

**Нікітченко і Партнери//**  
**Практика антимонопольних спорів**  
**«Антиконкурентні» нулі**  
**в тарифах мобільного зв'язку**

- Антимонопольний комітет України зобов'язав найбільших операторів мобільного зв'язку припинити поширення оманливої реклами про так звані «нульові тарифи», яка конкурентним законодавством визначається як недобросовісна конкуренція у вигляді досягнення неправомірних переваг у конкуренції.
- Нагадаємо, згідно ст. 15<sup>1</sup> Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» до недобросовісної конкуренції відноситься поширення інформації, що вводить в оману, тобто повідомлення суб'єктом господарювання, у тому числі в рекламі, неповних, неточних, неправдивих відомостей, зокрема внаслідок обраного способу їх викладення, замовчування окремих фактів чи нечіткості формулювань, що вплинули або можуть вплинути на наміри споживачів щодо придбання (замовлення) товарів, робіт, послуг такого суб'єкта господарювання. Інформація, що вводить в оману, може стосуватися, серед іншого, особливостей реалізації товарів, робіт, послуг, ціну і знижки на них, а також інших істотних умов договору.
- Ще в липні 2009 року НКРЗ за наслідками розгляду звернення ЗАТ «Київстар Дж. Ес. Ем.» прийняла Рішення № 1579 щодо заборони операторам телекомунікацій встановлювати тарифи на послуги рухомого (мобільного) зв'язку у розмірі 0,00 грн. за тарифну одиницю послуги (часову чи кількісну) без урахування собівартості цих послуг та отримання прибутку, оскільки такі дії є порушенням вимог законодавства у сфері телекомунікацій. Оператори зобов'язані були привести свою діяльність щодо інформування споживачів та встановити тарифи у відповідності до законодавства у термін до 01.09.2009.

- Таким чином, вищевказана позиція АМКУ стала реакцією на невиконання мобільними операторами Рішення № 1579. Оператори ЗАТ «Київстар Дж.Ес.Ем.», ЗАТ «Український мобільний зв'язок» (бренд МТС) і ТОВ «Астеліт» (бренд life:)), які, до речі, в сукупності володіють часткою у 93,7% ринку послуг мобільного зв'язку, зобов'язались добровільно виконати вимоги антимонопольщиків і переглянути свою маркетингову політику рекламування тарифів на послуги зв'язку, так як розуміють, що до висунення їм звинувачень з боку Комітету у зловживанні монопольним становищем на ринку – один крок.
- При цьому, за інформацією АМКУ, щодо трьох інших провайдерів – ЗАТ «Українські радіосистеми» (бренд Beeline), філії «Утел» ВАТ «Укртелеком» і ТОВ «Голден Телеком» розпочато розслідування, так як вказані гравці ринку відмовились слідувати вказівкам антимонопольних органів.
- В даній ситуації вбачається тактика використання ЗАТ «Київстар Дж.Ес.Ем.» Рішення НКРЗ № 1579 з метою боротьби руками антимонопольного відомства з «тарифними нулями» своїх найбільших конкурентів – ЗАТ «Український мобільний зв'язок» і ТОВ «Астеліт», а відтак і з самими конкурентами, проте заодно «притягли» й інших гравців ринку.
- Формальна ж підстава для включення АМКУ у боротьбу з «оманливою рекламою» мобільних провайдерів – згадана ст. 15<sup>1</sup> Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції». До речі, за словами представників філії «Утел» ВАТ «Укртелеком», компанія «Утел» взагалі ніколи не використовувала в своїй рекламній політиці «тарифні нулі», а тому претензії антимонопольщиків до «Утелу» є щонайменше незрозумілими.

- Тепер стосовно безпосередньо редакції ст. 15<sup>1</sup> Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції».
- З аналізу даної статті закону вбачається, що фактично в будь-якій, зокрема телевізійній рекламі, при бажанні та належній підготовці, можна виявити відомості, які містять неповні, неточні або неправдиві дані про походження товару, виробника, продавця, спосіб виготовлення, джерела та спосіб придбання, реалізації, кількість, споживчі властивості, якість, комплектність, придатність до застосування, стандарти, характеристики, особливості реалізації товарів, робіт, послуг, ціну і знижки на них, а також про істотні умови договору (особливо це стосується фармацевтичних та косметичних товарів).
- І не тому, що всюди і скрізь рекламодавці бажають чи несвідомо допускають введення в оману своїх потенційних споживачів, а тому, що випробувані роками методи маркетингу та просування товару на ринку об'єктивно не передбачають викладення всієї сукупності інформації, яка стосується реклами конкретного товару чи послуги, так як за великою кількістю інформації про товар втрачається конкретна конкурентна перевага товару, яку споживачу намагаються донести через рекламу.
- Таким чином, фактично будь-яку рекламу за об'єктивними ознаками, зокрема за способом викладення, можна підвести під «повідомлення неповних відомостей про товар (зокрема про його кінцеву ціну), що може вплинути на наміри споживачів щодо придбання такого товару», а відтак і під визначення оманливої реклами.
- Не те, щоб чинна редакція ст. 15<sup>1</sup> Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» давала підстави одним гравцям ринку для нечесної конкурентної боротьби проти інших учасників, проте справа «нульових тарифів» очевидно стала першою спробою саме **такого** застосування вказаної норми закону.

- На чому ж в такому разі може будуватися захист мобільних операторів у разі висунення їм звинувачення у здійсненні недобросовісної конкуренції шляхом поширення оманливої реклами?
- Слід з так званого факту правопорушення (конкретні дії рекламодавця, які відображені в кінцевій рекламній продукції – наприклад, поліграфічна реклама у вигляді флаера), зокрема його об'єктивної сторони, виділити окремі одиничні дії, та здійснити їхню кваліфікацію на предмет відповідності диспозиції ст. 15<sup>1</sup> Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції».
- Так, позначення меншим шрифтом, у порівнянні з іншою частиною тексту флаера, відомостей про невключення до ціни тарифу ПДВ та відрахувань до Пенсійного фонду України не може вважатися неповним викладенням всієї інформації про послугу, тариф (її кінцеву ціну), зокрема внаслідок обраного способу викладення відомостей про ПДВ і відрахувань до Пенсійного фонду, так як об'єктивно такі відомості в рекламному продукті наявні, та почасти передбачено застереження, згідно якого детальніше про умови користування тарифом можна дізнатися за телефоном чи на сайті оператора мобільного зв'язку.
- Обраний же спосіб викладення окремих частин відомостей про послугу (тариф) пов'язаний виключно з необхідністю належного маркетингового та поліграфічного оформлення тексту реклами з тим, щоб донести до споживача основну мету реклами (конкурентну перевагу послуги). Такий спосіб не спрямований на введення споживачів в оману, тим паче не рекламодавець не має на меті використання зазначеного способу подання реклами для досягнення неправомірних переваг у конкуренції.

- Так можна продовжувати по кожній одиничній дії об'єктивної сторони правопорушення. Слід звернути особливу увагу на доказування відсутності причинно-наслідкового зв'язку між поширенням рекламного продукту та наслідками його поширення, які можуть полягати в бажанні споживачів підключитися до конкретного оператора на умовах рекламованого тарифу – чи є такий наслідок поширеної реклами, чи на вибір споживача також впливали й інші об'єктивні та суб'єктивні чинники – відомість та репутація бренду оператора, незадоволеність обслуговуванням у попереднього оператора, тощо.
- Слід критично оцінювати висновки експертних досліджень (які проводяться, як правило, однією особою), підготовлені Антимонопольним комітетом, які стверджуватимуть, що поширена реклама про тарифи могла ввести чи ввела в оману необмежену кількість споживачів стосовно дійсної кінцевої ціни послуги.
- Враховуючи специфіку діяльності та загальноприйняті ділові звичаї на ринку надання послуг мобільного зв'язку, вказана обставина повинна підтверджуватися щонайменше соціологічним опитуванням споживачів фахівцями з відповідною підготовкою стосовно бажання скористатися тарифом оператора чи факту такого користування як наслідок поширеної реклами, причин, які детермінували таке бажання (зокрема, чи пов'язане таке бажання з отриманням неповної інформації про кінцеву ціну тарифу).
- Слід також ретельно дослідити структуру клієнтського портфелю оператора, які користуються конкретним тарифом, зокрема варто встановити кількість споживачів в загальній структурі клієнтів, які раніше не користувалися послугами даного оператора, а також слід дослідити динаміку користування таким тарифом вказаними споживачами.

- **Викладене дає підстави для такого висновку:**
- Чинна редакція ст. 15<sup>1</sup> Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» хоча й дає великі можливості для боротьби з оманливою рекламою і тим самим – з недобросовісною конкуренцією, проте так само дає підстави для зловживань з боку контролюючих органів та самих учасників конкурентних відносин; справа про «тарифні нулі» стала наочним прикладом демонстрації як першого, так і другого;
- Операторам мобільного зв'язку, в рекламній діяльності яких Антимонопольний комітет запідозрив оманливу рекламу, спрямовану на досягнення неправомірних переваг у конкуренції, слід ретельно підійти до аналізу та подальшого спростування доказів, якими Комітет буде обґрунтовувати прийняте за наслідками розслідування рішення.
- Враховуючи відсутність як такої правозастосовчої та судової практики щодо оманливої реклами у конкуренції, самостійно формувати таку практику, яка не допускатиме досягнення суб'єктами ринку неправомірних переваг у конкуренції з одного боку, з одночасним наданням суб'єктам ринку повної свободи, з дотриманням принципів диспозитивності, невтручання та здорової конкуренції в формуванні та використанні гравцями ринку інструментів своєї маркетингової політики та просування товару на ринку – з іншого боку.