

СЕКЦІЯ 4 ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО; ГОСПОДАРСЬКО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО

УДК 347.129 (477)

ОПИТУВАННЯ СПОЖИВАЧІВ ЯК ЗАСІБ ДОКАЗУВАННЯ У СПРАВАХ ПРО НЕДОБРОСОВІСНУ КОНКУРЕНЦІЮ: КОНЦЕПТУАЛЬНІ ЗАСАДИ ТА ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ

Бакалінська О.О., д. ю. н.,
доцент, старший науковий співробітник відділу правових проблем ринкової економіки
Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака
Національної академії правових наук України

Стаття присвячена актуальним проблемам доказування фактів недобросовісної конкуренції в діяльності органів Антимонопольного комітету України. Визначено, що найбільш ефективним методом збору доказів по окремих категоріях справ про недобросовісну конкуренцію є опитування споживачів. Опитування використовуються в судах для забезпечення необхідних доказів. У випадках порушення прав інтелектуальної власності, дослідження часто є переважаючим засобом, щоб зібрати інформацію про «стан свідомості споживачів». Належно здійснене дослідження забезпечує докази сприйняття покупцем інформаційного повідомлення та торговельних марок (брендів).

Ключові слова: недобросовісна конкуренція, опитування споживачів та конкурентів, докази та доказування.

Статья посвящена актуальным проблемам доказывания фактов недобросовестной конкуренции в деятельности органов Антимонопольного комитета Украины. Определено, что наиболее эффективным методом сбора доказательств по отдельным категориям дел о недобросовестной конкуренции является опрос потребителей. Должным образом осуществленное исследование обеспечивает доказательства восприятия покупателями информационного сообщения и торговых марок (брендов).

Ключевые слова: недобросовестная конкуренция, опросы потребителей и конкурентов, доказательства и доказывание.

Bakalinska O.O. THE SURVEY AS A MEANS OF PROOF IN CASES OF UNFAIR COMPETITION: A CONCEPTUAL PRINCIPLES AND PRACTICAL ASPECTS

The article is devoted to actual problems proving facts of unfair competition in work of Antimonopoly Committee of Ukraine. Determined that most effective method of collecting evidence on certain categories of cases of unfair competition is consumer survey.

The surveys used in courts to provide necessary evidence. In cases of intellectual property infringement, research is often predominant means to gather information about «state of consciousness of consumers». Properly performed research provides proofs of perception by buyer an information notice and trademarks (brands). The survey prevailed in cases of informational false statements, when they can provide two types of key evidence. In cases where advertising (information message) is literally false, then surveys often indicates about materiality of information statement; in cases, where statement not literally false (incomplete, inaccurate information), survey can provide proof of how consumers perceive a certain statement.

Key words: unfair competition, misleading information, misleading, consumer protection.

Постановка проблеми. Формування системи добросовісної конкуренції в умовах ринкової економіки є найважливішим чинником стабільного економічного розвитку країни. Загострення конкурентної боротьби як на внутрішньому, так і на зовнішньому ринках, підвищення вимог щодо якості, безпечності, оригінальності продукції, об'єктивна необхідність якнайкращого задоволення зростаючих потреб споживачів вимагає від суб'єктів господарювання значних фінансових та інтелектуальних ресурсів, часу для створення нової продукції та завоювання прихильності споживачів. Відсутність досвіду ведення чесної та етичної конкурентної боротьби, націленість на короткострокову перспективу та бажання отримати швидкі прибутки зумовили значну інтенсивність процесів недобросовісної конкуренції.

Ступінь розробленості проблеми. Визначенню правової природи та особливостям квалі-

фікації певних дій як недобросовісної конкуренції присвячені праці українських та зарубіжних дослідників, зокрема О. Безуха, З. Борисенко, І. Дахна, А. Дерінгера, В. Гладкої, І. Коваль, О. Кондратьєвої, С. Кузьміної, Н. Круглової, О. Мельниченка, І. Нойффера, М. Панченка, Н. Саніахметової, С. Стефановського та ін.

Мета статті. Дослідити теоретичні та методологічні проблеми розширення доказової бази кваліфікації дій як недобросовісної конкуренції в діяльності органів Антимонопольного комітету України, визначити особливості застосування опитувань підприємців і споживачів при виявленні фактів оманливої реклами та при кваліфікації дій як недобросовісної конкуренції в українській правозастосовній практиці.

Виклад основного матеріалу. Передумовами існування надійного захисту від будь-яких проявів недобросовісної конкуренції є створення та підтримання державою надійного та ефек-



тивного механізму попередження, виявлення і припинення порушень законодавства про захист від недобросовісної конкуренції, зокрема таких, як поширення інформації, що вводить в оману.

Введення в оману можна визначити як створення суб'єктом господарювання хибного враження щодо власної продукції або послуг. Цей вид порушень є найбільш поширеною формою недобросовісної конкуренції, що має досить серйозні наслідки: споживач, спираючись на некоректну інформацію, страждає фінансово. Чесний конкурент втрачає клієнтів. Прозорість ринку зменшується з незадовільними наслідками для економіки в цілому. З огляду на це існує необхідність комплексного дослідження підходів щодо виявлення і припинення фактів поширення інформації, що вводить в оману, серед яких важливе місце відводиться опитуванню суб'єктів господарювання та споживачів.

Опитування використовуються в судах для забезпечення необхідних доказів. У випадках порушення прав інтелектуальної власності, дослідження часто є переважаючим засобом, щоб зібрати інформацію про «стан свідомості споживачів». Такі дослідження також використовуються у випадку визначення перехресної еластичності та заміщення продуктів в антимонопольних справах. Загалом опитування як доказ розглядається у судах, а мінливість у прийнятті таких досліджень означає лише, що ці докази можуть бути і часто оскаржуються енергійно в тих випадках, коли опитування є ключовим фактором доведення і кваліфікації проступків.

Належно здійснене дослідження забезпечує докази сприйняття покупцем інформаційного повідомлення та торговельних марок (брендів). Опитування поширені у випадках неправдивих інформаційних тверджень, коли вони можуть забезпечити два типи ключових доказів. У випадках, в яких реклама (інформаційне повідомлення) є буквально неправдивою, тоді опитування часто свідчить про матеріальність інформаційного твердження; у випадках, коли твердження не є буквально неправдивим (неповні, неточні дані), то опитування може надати докази того, як споживачі сприймають певне твердження.

Для цілей розслідування у справах про введення в оману, як правило, опитування споживачів проводяться дослідницькою організацією, яка спеціалізується в галузі проведення соціологічних або маркетингових досліджень, на замовлення правозастосовного органу чи осіб, які беруть участь у справі. Хоча мають місце випадки, коли такі опитування проводяться також і громадськими організаціями у сфері захисту прав споживачів.

У 2006 році в Геттеборзі (Швеція) відбувся 40-й Всесвітній конгрес з інтелектуальної власності, організований Міжнародною асоціацією із захисту інтелектуальної власності (International Association for Protection of Intellectual Property – AIPPI) [1]. До складу експертів одного з семінарів даного конгресу увійшли юристи з Аргентини, Англії, Франції, Японії і США, обговорюючи «Роль опитувань як доказів у ході розгляду справ відносно суперечок щодо товарного знаку та інформації, що вводить в оману» у країнах та регіонах по всьому світу» [2]. Суди у США, Великобританії та країнах загального права усі спочатку висловили скептицизм стосовно опитувань головним чином через їхній характер суджень із «чужих слів». Але згодом вони

визначили більш важливе питання: чи є спроектоване та проведене дослідження науковим, об'єктивним та неупередженим. Якщо це так, тоді результати опитування є потужним доказом, що представляє когнітивні реакції та асоціації представників відповідної цільової групи, які мають безпосереднє відношення до більшості товарних знаків, недобросовісної конкуренції та випадків неправдивої реклами, та такої, що вводить в оману [3]. Якщо опитування проведено недостовірним та ненадійним способом, тоді воно буде або взагалі відхилене судом, або буде враховуватись із зниженням власної значущості у зв'язку з недоліками організації дослідження, що на це впливають. У наш час неупереджені дослідження, спроектовані та виконані під ретельним контролем, керуючись науковою чесністю регулярно приймаються судами. У деяких країнах наполегливо рекомендується проводити такі опитування, а то навіть і вимагається у випадках суперечок щодо товарних знаків та недобросовісної конкуренції. Тим не менш, учасники дискусії семінару погодились, що результати опитувань як доказ досі є одним із декількох способів довести чіткість та ясність у випадках змішування або оманливості, також у відповідності із законом не всі справи повинні потребувати проведення опитування.

Опитування як доказ також задовольняє визнання за подібних обставин і з урахуванням аналогічних умов у Франції та країнах цивільного права Європейського Союзу і використовуються частіше для доведення самотутності (чіткості, ясності), ніж ймовірності змішування. Така ж ситуація і в Японії, де опитування були прийняті в ряді випадків і стають все більш поширеним явищем [3, с. 117].

На нашу думку, всі випадки застосування опитування можна розділити на дві групи: випадки, коли опитування споживачів та його результати є ключовим фактором доведення правопорушення у формі недобросовісної конкуренції і є обов'язковим етапом кваліфікації порушення, і випадки, коли опитування є додатковим засобом доказування, а його результати дозволяють визначити загальний «фон», за умов якого здійснюється певна господарська діяльність.

До випадків, коли опитування споживачів повинно проводитися обов'язково, варто віднести:

1. Якщо поширювана інформація містить неповні та / неточні відомості про товари, роботи, послуги, діяльність суб'єкта господарювання.

Це пояснюється тим, що неповнота та/або неточність відомостей може бути зумовлена, до прикладу, замовчуванням, неясними формулюваннями, перекручуваннями фактів, грою слів та фраз у певному повідомленні, специфічним поєднанням текстової та графічної інформації тощо. Очевидно, що проводити опитування споживачів у разі поширення неправдивої інформації є зайвим. Неправдивість відомостей про товари, роботи, послуги, діяльність суб'єкта господарювання, які поширюються певною колу осіб, вже сама по собі несе загрозу введення в оману, оскільки неправда – це інформація, яка не відповідає дійсності, фактично є обманом адресатів такої інформації [4].

2. Якщо поширена інформація має не лише одне пряме значення, а може мати декілька значень, які можуть бути сприйняті адресатами такої інформації по-різному.

3. Якщо поширена інформація містить крім основного твердження, яке може бути достовірним, ще й приховане або таке, що насправді малося на увазі замовником під час розробки, до прикладу, реклами.

Також необхідно гарантувати право особам, які беруть участь у справі, виступати із пропозицією щодо проведення опитування споживачів. При цьому, органи Антимонопольного комітету України повинні в обов'язковому порядку розглядати такі пропозиції, що надійшли від осіб, які беруть участь у справі. Результатом розгляду може бути погодження проведення опитування, або навпаки, відмова у проведенні опитування, яка повинна бути вмотивованою.

Відповідно до статті 43 Закону України «Про захист економічної конкуренції» органи Антимонопольного комітету України за власною ініціативою чи за клопотанням особи, яка бере участь у справі, мають право призначати експертизу, про що приймається розпорядження. Ця норма Закону стосується випадків, коли для з'ясування певного питання є необхідними спеціальні знання. Що ж стосується опитувань споживачів, то споживачі не є особами, які володіють спеціальними знаннями, а навпаки, є некритично налаштованими та достатньо легковірними. Водночас для проведення якісного опитування споживачів є необхідними відповідні спеціальні знання та кваліфікація, оскільки опитування передбачає розробку та застосування певної методики, методів статистичного аналізу тощо.

Оскільки експертиза та опитування споживачів є різними поняттями, то застосовувати відповідну норму статті 43 Закону з метою призначення проведення опитування уявляється неможливим. Проте, якщо розглядати результати опитування споживачів як доказ у справах, є необхідним закріплення відповідної норми у законодавстві, яка б регламентувала не лише визначення опитування споживачів як доказу у справах, але й основні вимоги до його проведення. За аналогією зі статтею 43 Закону вбачається за доцільне оформляти прийняття рішення щодо проведення опитування таким процесуальним документом, як розпорядження державного уповноваженого Антимонопольного комітету України, в якому і мають бути визначені мета опитування, терміни для його проведення, організацію, якій доручено проведення відповідного опитування тощо.

Під час визначення достовірності результатів опитування необхідно брати до уваги такі фактори:

1. Для ефективного дослідження повинна бути підібрана відповідна сукупність суб'єктів – споживачів. До прикладу, жінки, чоловіки певного віку чи професії, споживачі, які в минулому не купували товар, щодо реклами якого йде опитування тощо.

2. Необхідно підібрати відповідний метод відбору споживачів, які б відображали відповідну сукупність груп споживачів.

3. Визначити необхідну та достатню кількість суб'єктів, які будуть брати участь в опитуванні, стосовно кожного окремого випадку, який необхідно досліджувати.

4. Наявність професійної кваліфікації осіб, які розробляли та які проводили опитування.

5. Адекватність та належність підготовки осіб, які брали інтерв'ю у споживачів.

6. Використання адекватних та належних методів для підтвердження законності та реально-

сті проведення опитування (до прикладу, після проведення опитування організація, яка його проводила, зв'язується з визначеною кількістю споживачів, які брали участь у дослідженні, з метою отримання підтвердження, що вони насправді були учасниками опитування).

7. Нейтральність у структурі поставлених питань та у їх формулюваннях.

8. Використання запитань відкритого та закритого типу, які стосуються теми. (Запитання відкритого типу – це питання, в якому не міститься відповіді на нього. Наприклад, «В чому полягає головна ідея цієї реклами?». Запитання закритого типу – це питання, в якому міститься відповідь: «так» або «ні» або містяться варіанти відповідей, з яких треба вибрати один. Наприклад, «Чи повідомляється у рекламі щось про те, що товар запобігає розвитку певної хвороби?»).

9. Використання відповідних контрольних інструментів, таких як контрольні запитання. Цей підхід полягає у тому, що споживачу ставляться питання щодо тверджень, яких у рекламі немає, для того щоб перевірити, чи дійсно споживач звернув увагу на рекламу чи просто автоматично казав «так» або «ні» незалежно від змісту запитання [5, с. 118].

Використання відповідних категорій кодування для відповідей на запитання відкритого типу. Оскільки споживачі відповідають на питання відкритого типу своїми словами або ж обирають із наданих варіантів відповіді певну відповідь, відтак їх відповіді повинні бути згруповані в окремі категорії для визначення значимості їх відповідей. Наприклад, якщо під час опитування ставилося, зокрема, питання «Що в рекламі говорилося стосовно прального порошку?», споживачі можуть дати такі відповіді: «не дуже дорогий» або «має прийнятну ціну», або «коштує як інші порошки» тощо. Кодувальник повинен вирішити, чи є можливим згрупувати такі відповіді, оскільки вони по суті є однією і тією самою відповіддю.

Враховуючи зазначені фактори, слід акцентувати увагу на тому, що загальними вихідними параметрами будь-якого опитування споживачів має бути цільова аудиторія, її якісний та кількісний склад, та територія, яку охоплюватиме відповідне опитування. Ці параметри залежать від того, який результат очікується від проведеного опитування, а також від того, чи проводиться опитування в рамках розгляду конкретної справи (оскільки в такому випадку формат опитування стає вужчим).

Рекламні та інформаційні повідомлення, які містять неповні, неточні, неправдиві відомості, націлені на більш лояльного споживача, який не піддає сумніву те чи інше твердження. До того ж, будучи більш обізнаним у окремих питаннях стосовно характеристик товару, споживач буде критично оцінювати надану інформацію. Таким чином, очевидно для того, щоб рекламні або інформаційні повідомлення, що можуть вестися в оману, мали ефект, вони направлені на необізнаного споживача. Отже, вибіркова сукупність для дослідження складається зі середньостатистичних необізнаних споживачів.

Відповідно, дослідження у випадках порушення статті 151 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» має виходити з того, що не існує зв'язку між здатністю споживача визначити вид продукції та демографічними даними (стать, освіта, рівень доходу, регіон



проживання та інші, окрім віку – встановлюємо нижчий граничний показник 18 років, оскільки споживачі до 18 років не є матеріально спроможними), між здатністю споживача визначити вид продукції та приналежністю споживача до групи: необізнаний та обізнаний. Адже кожна людина може отримати інформаційне повідомлення про товар, що буде причиною виникнення певної думки. Думка, оброблена відповідно до власного досвіду соціалізації, формує ставлення до інформаційного повідомлення та до об'єкта (в нашому випадку до товару, роботи, послуги).

У разі, якщо дослідження товарів широкого вжитку здійснюється на основі аналізу генеральної сукупності і становить населення України віком від 18 років, а вибірку сукупність становить 400 осіб із довірчим інтервалом 5% і довірчою ймовірністю 0,954 [4, с. 170].

У більшості досліджень у справах про недобросовісну конкуренцію не проводиться різниця між населенням в областях і містах України, тоді в основу дослідження покладають населення м. Київ, як найбільш густонаселеного міста країни. Таким чином, міське населення Києва віком від 18 років є генеральною сукупністю. Зменшивши показник довірчої ймовірності до допустимого значення у 90% (допустиме відхилення спостережуваних значень від істинних) [6], отримуємо розмір вибірки 150 респондентів для роботи моделі з трьома змінними із довірчим інтервалом 6,74%, що менше 10% та є допустимим. Для роботи моделі з двома змінними необхідна вибірка не менше 50 респондентів. Запропонована кількість у 150 респондентів задовольняє вимоги методів обчислювання даних [7].

Найбільш ефективним методом збору даних у сучасних умовах є електронне опитування. Даний метод дозволяє знизити вплив інтерв'юера на респондента, отримувати та обробляти дані в режимі реального часу, економити фінансові ресурси, швидше проводити дослідження. Як правило, респондентам на електронну пошту надсилається адреса певного електронного ресурсу, де пропонується отримати інструкції щодо участі в опитуванні та заповнити анкету. Для пошуку необхідних респондентів варто залучити бази даних соціологічних та маркетингових організацій на основі тендеру, або на сайті АМК України розмішувати оголошення про опитування із посиланням на певний електронний ресурс, де пропонується отримати інструкції щодо участі в опитуванні та заповнити анкету. В подальшому отримані дані мають бути оброблені і інтерпретовані належним чином фахівцями, зокрема Центру комплексних досліджень з пи-

тань антимонопольної політики Антимонопольного комітету України. Досвід Центру з питань формування програм та опитування споживачів у справах про недобросовісну конкуренцію [8, с. 84] дозволяє констатувати, що процентний показник рівня ймовірності введення в оману коливається від 11 до 26%. При тому, що показник у 11% свідчить про існування ймовірності введення в оману, а встановлення або спростування ймовірності введення в оману потребує додаткового розслідування; при тому, що показник у 26% свідчить про суттєву ймовірність введення в оману [8, с. 111].

Висновки. Підсумовуючи, зазначимо наступне: опитування споживачів та контрагентів у справах про недобросовісну конкуренцію – це та форма комунікації, що дозволяє отримати необхідну інформацію, яка формує необхідну основу для застосування їх результатів не тільки як засобу доказування фактів недобросовісної конкуренції, а й як превентивного механізму захисту прав суб'єктів господарювання від недобросовісної конкуренції та формує швидкий та ефективний канал зв'язку між товаровиробниками та споживачами.

ЛІТЕРАТУРА:

1. People power? A survey of surveys. Robert W Sacoff / World Trademark Review/. – April/May 2013. – www.WorldTrademarkReview.com.
2. Роль опитувань як доказів у ході розгляду справ відносно суперечок щодо товарного знаку та інформації, що вводить в оману. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.aippi.org/download/gothenburg2006/report_workshop_V.pdf.
3. Кислицын А.А. Вводящая в заблуждение реклама: понятие и проблемы квалификации. Опыт сравнительно-правового исследования права России и США : дис. канд. юр. наук : 12.00.03 / А.А. Кислицын – М. : РГБ, 2006. – 202 с.
4. Паниотто В.И., Максименко В.С. Количественные методы в социологических исследованиях. – Киев. – 2003. – 170 с. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ecsocman.hse.ru/text/19153534/>.
5. НДР «Методологічні підходи щодо визнання інформації оманливою відповідно до статті 15-1 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» (07-12) / О.О. Бакалінська кер. – К: ЦКД із питань антимонопольної політики, 2012. – 174 с.
6. <http://socioline.ru/rv.php>, <http://www.quans.ru/research/control/select-interval/>.
7. Тавокин Е.П. Основы методики социологического исследования: Учебное пособие. – М.: ИНФРА-М, 2009. – 239 с.
8. НДДКР «Методичні підходи до застосування анкетного опитування споживачів у контексті проведення розслідувань у справах про захист від недобросовісної конкуренції у випадках поширення інформації, що вводить в оману» (05-14) / О.О. Бакалінська кер. – К: ЦКД із питань антимонопольної політики, 2014. – 201 с.