

Мария БОРЗОВА, юридическая фирма «Трубор»

10.21518/1561-5936-2018-12-8-16



# РЕКЛАМА НА ФАРМРЫНКЕ: ОЦЕНКА ПРАКТИКИ 2018 ГОДА И ПРОГНОЗЫ ДЛЯ САМОРЕГУЛИРОВАНИЯ

С 2017 г. саморегулирование начало постепенно выходить на качественно новый уровень, однако продолжила развиваться и правоприменительная практика антимонопольного органа и судов. В связи с этим целью настоящей статьи является как анализ общих трендов развития саморегулирования в сфере рекламы на фармацевтическом рынке, так и анализ практических вопросов, на данный момент не разрешенных в процессе формирования механизмов саморегулирования, но описанных в отраслевой правоприменительной практике.

## ТЕКУЩИЕ ТРЕНДЫ САМОРЕГУЛИРОВАНИЯ В СФЕРЕ РЕКЛАМЫ

28 сентября 2017 г. Федеральной антимонопольной службой (ФАС России), правительством Санкт-Петербурга и Европейским альянсом по рекламным стандартам (EASA) был подписан Меморандум «О разработке «дорожной карты» по созданию и организации деятельности органа рекламного саморегулирования в России и утверждению пилотного субъекта по развитию деятельности СРО» [1].

14 июня 2018 г. Главное управление Министерства юстиции РФ по Санкт-Петербургу подписало распоряжение о регистрации Ассоциации маркетинговой индустрии «Рекламный совет» (АМИ РС), которая, согласно меморандуму, призвана стать первой в России саморегулируемой организацией (СРО) в рекламной индустрии, развивающей сферу своего влияния с Санкт-Петербурга как пилотного субъекта до всех остальных регионов России [2].

21 сентября 2018 г. было подписано четырехстороннее соглашение между

### Ключевые слова:

лекарственные препараты, реклама, саморегулирование, продвижение, добросовестная конкуренция

Нижегородским УФАС России, Ассоциацией маркетинговой индустрии «Рекламный совет», Комитетом ТПП РФ по предпринимательству в сфере рекламы и Торгово-промышленной палатой Нижегородской области. Предметом данного соглашения является установление партнерских отношений и развитие долгосрочного, эффективного и взаимовыгодного сотрудничества в сфере рекламы и маркетинговых коммуникаций по созданию полноценных условий для продвижения и внедрения на рекламном рынке России в целом и в Приволжском федеральном округе в частности цивилизованных мировых рекламных стандартов [3].

В открытых источниках приводится информация о планах развития аналогичного саморегулирования, например, в Новосибирске и Челябинске [4]. Кроме того, 7 ноября 2018 г. при участии ФАС России состоялось подписание Рекомендаций по соблюдению законодательства о рекламе безрецептурных лекарственных средств (далее – Рекомендации), разработанных по инициативе отраслевых ассоциаций [5].

В совокупности с расширением механизмов саморегулирования в рекламной сфере разработка и подписание Рекомендаций являются важным

## SUMMARY

**Keywords:** drugs, advertising, self-regulation, promotion, fair competition

Self-regulation started to slowly rise to a qualitatively new level since 2017. However, the law enforcement practice of the antimonopoly authority and the courts continued to develop as well. In this regard, the article is aimed at analysing the general self-regulation development trends in advertising in the pharmaceutical market, and reviewing the practical issues that are not currently resolved in the process of forming self-regulation mechanisms, but described in the law enforcement practice of the industry.

Maria Borzova, Trubor Law Firm.

ADVERTISING IN THE PHARM MARKET: EVALUATION OF 2018 PRACTICE AND FORECASTS FOR SELF-REGULATION

шагом для построения прозрачных правил игры и создания ориентиров для специалистов маркетинговых подразделений компаний – производителей лекарственных средств.

Однако важно отметить, что правоприменительная практика также находится в постоянном развитии. На фармацевтическом рынке практика может разветвляться и создавать отдельные направления, например в отношении рекламы лекарственных препаратов, медицинских изделий, рекламы аптечных организаций, рекламы БАД к пище, рекламы медицинских услуг. Также важно, что практика не только не стоит на месте, но и формирует тренды, которые могут переходить из решения в решение от оценки одного объекта рекламирования к другому. Например, выводы, формирующиеся в делах о рекламе аптечных организаций, могут быть применимы и в отношении иной перечисленной выше рекламы (в т. ч. для детализации подходов, описанных в Рекомендациях), и наоборот. Таким образом, мониторинг развития правоприменительной практики остается актуальным. Кроме того, анализ тенденций в толкованиях норм права при оценке промоматериалов не сводится только к применению законодательства о рекламе.

Важно помнить, что продвижение товара на рынке – процесс комплексный, который подпадает не только в сферу регулирования федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), но и в сферу регулирования федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции). И если саморегулирование затрагивает рекламную сферу, то продвижение, не подпадающее под определение рекламы, лежит в плоскости иных нормативных правил и полностью остается под контролем антимонопольного органа. В связи с этим необходимо понимать, каким образом разграничиваются сферы применения названных законов и в каких

случаях необходимо подходить к анализу промоматериалов с позиций разных актов.

### РЕКЛАМА И НЕДОБРОСОВЕСТНАЯ КОНКУРЕНЦИЯ

Составы правонарушений, указанные в ст. 5 Закона о рекламе и главе 2.1 Закона о защите конкуренции, содержат ряд сходных положений в отношении распространения несоответствующих действительности сведений, введения потребителей в заблуждение, некорректного сравнения товаров между собой. В правоприменительной практике судов и антимонопольного органа были даны разъяснения в отношении того, как соответствующие нормы коррелируют друг с другом.

Так, в Информационном письме от 25 июня 2014 г. № АК/25319/14 ФАС России указала, что если информация, которая содержит несоответствующие действительности сведения, вводит потребителей в заблуждение,



приводит некорректное сравнение товаров между собой, распространяется исключительно в рекламе, то такая информация подлежит оценке на предмет соответствия законодательству о рекламе. Если же подобная информация распространяется не только посредством рекламы, но и иными способами (например, на этикетках товара, в переписке с контрагентами по договорам и т.д.), то она подлежит оценке на предмет соответствия антимонопольному законодательству (в части недобросовестной конкуренции). В целом такой подход соотносится с правовой позицией, изложенной в п. 7 постановления Пленума Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 8 октября 2012 г. № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами федерального закона «О рекламе».

В связи с этим мы рекомендуем оценивать стратегии продвижения, в т. ч. с позиций главы 2.1 Закона о защите конкуренции. Это может быть

актуально при подготовке презентаций о товаре, которые направляются конкретным адресатам; при выборе наименований и определении дизайнера продукции и т.д. Для целей соответствующего анализа возможно по аналогии применять и положения Рекомендаций, но с поправками на то, что у главы 2.1 Закона о защите конкуренции есть собственная практика применения и свои прецеденты.

### ОТЛИЧИЯ РЕКЛАМЫ ОТ ИНФОРМАЦИИ НЕРЕКЛАМНОГО ХАРАКТЕРА

В соответствии со ст. 3 Закона о рекламе, рекламой является информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Вместе с тем под объектом рекламирования понимается товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в т. ч. спортивное соревнование, концерт, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама.

Приведенные определения являются крайне важными, т.к. в правоприменительной практике нередко встречается довод о том, что спорный материал предназначен для целей информирования, а не для целей рекламы. При этом возможность провести разграничение между рекламным материалом и информацией нерекламного характера является принципиальной для определения применимого законодательства. Однако проводимый водораздел является тонким, а доводы об информационном или образовательном характере материала не всегда встречают поддержку со стороны правоприменителя. Ниже мы разберем практические примеры и постараемся понять, почему соответствующая аргументация не всегда работает, а порой создает дополнительные риски.

Например, Решение Пензенского УФАС от 27 февраля 2018 г. по делу №3-01/06-2018 рассматривает следующую ситуацию. В январе 2018 г. на территории торгового центра (в торговом зале и у входа в магазин) транслировался аудиоролик, который указывал на предложение магазином подарков для красоты и здоровья, а также на большой выбор различных медицинских изделий. Аудиоролик указывал: «[Магазин] спешит поздравить всех с предстоящими праздниками. Мы предлагаем замечательные подарки для красоты и здоровья. Большой выбор массажеров, ортопедических подушек, шагомеров, солевых ламп. Есть подарочные сертификаты, можно сделать заказ на сайте [X] и по телефону [X]. [ТЦ], 1-й этаж». Антимонопольный орган заключил, что распространяемая информация содержала все признаки рекламы, позволяющие квалифицировать ее в этом качестве и отличить от информации нерекламного характера: была предназначена для неопределенного круга лиц; преследовала строго заданные цели, а именно формировала и поддерживала интерес к объектам рекламирования (перечисленным медицинским изделиям) и способствовала их продвижению на рынке. По своему характеру не являлась разовым предложением. В связи с этим антимонопольный орган заключил, что распространение рекламы медицинских изделий было направлено на формирование у потребителя желания воспользоваться ими. Антимонопольный орган посчитал, что существенной является не только информация, привлекательная для потребителя, но и информация, способная обмануть ожидания, сформированные такой рекламой. Поэтому отсутствие информации с предупреждением о наличии противопоказаний при использовании медицинских изделий и необходимости предварительной консультации со специалистом, по мнению антимонопольного органа, могло привести к неблагоприятным последствиям и было квалифицировано



как нарушение ч. 7 ст. 5, ч. 7 ст. 24 Закона о рекламе.

В Решении Тамбовского УФАС от 20 сентября 2018 г. по делу №Р-23/18 не был принят довод о том, что информация «Цены всегда ниже!», размещенная в торговых витринах, а также на кассе аптечной организации, не являлась рекламой, т.к. размещалась только внутри аптеки, а в тексте отсутствовали сведения о преимуществах рекламируемого товара и сравнение с товарами конкурентов. Антимонопольный орган заключил, что словосочетание «Цены всегда ниже!» воспринимается не просто как информация, а именно как реклама, поскольку информация о сниженных ценах формирует интерес потребителей к аптеке, реализуемым ею лекарственным препаратам и способствует их продвижению на соответствующем рынке. Антимонопольный орган в данном решении указал, что цены на товары представляют собой один из ведущих факторов конкурентной борьбы. Поэтому указание на низкие цены, по мнению антимонопольного органа, было способно сформировать интерес потребителей к соответствующей аптеке и ее ассортименту. Аналогичный подход можно проследить в Решении Вологодского УФАС России от 8 ноября 2018 г. по делу №6/2018. Таким образом, информация, которая размещается в аптеках или специализированных магазинах, в т.ч. при проведении маркетинговых акций, может рассматриваться как реклама и, следовательно, должна оцениваться с позиций применимых ограничений Закона о рекламе.

Схожим образом обстоит дело, если информация о медицинских товарах приводится в радиоэфире или телепередачах. Аргументы о том, что соответствующая информация не имеет рекламного характера, могут быть не приняты во внимание со стороны правоприменителя.

Например, в Постановлении Новгородского УФАС о наложении штрафа по делу №13 об административном правонарушении от 22 октября

2014 г. был отклонен довод о том, что выпуски телепередачи «Красота и здоровье» носили не рекламный, а справочно-информационный характер. При проверке антимонопольный орган установил, что в указанных выпусках содержалась подробная информация об определенных товарах – прогрессивных оптических линзах конкретной торговой марки и перед окончанием телепередачи транслировалась информация в текстовой форме, которая в контексте предыдущего содержания программы очевидным образом указывала на конкретное лицо, к которому можно обратиться за приобретением соответствующих товаров. В связи с этим антимонопольный орган пришел к выводу о том, что указанные выпуски телепередачи «Красота и здоровье» были направлены на привлечение внимания, формирование интереса потребителей к определенному товару (оптическим линзам) и к лицу его реализующему (сети салонов по продаже линз). При таких обстоятельствах антимонопольный орган не смог сделать вывод о справочно-информационном характере телепередачи и отсутствии объекта рекламирования, поскольку целью распространения данной информации в телеэфире было продвижение товаров конкретного продавца.

Кроме того, на практике такие материалы, как статьи, брошюры, буклеты, листовки и т.д., также могут быть квалифицированы как материалы рекламного характера.

Например, в Решении УФАС по Московской области от 10 июля 2014 г. по делу №08-21/1-14 было признано рекламой размещение в печатном СМИ информации об аптечной организации с указанием наименований лекарственных препаратов и цен на них, несмотря на доводы самой аптеки о том, что такая информация относилась к справочно-информационным материалам.

В Постановлении Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 29 июля 2014 г. по делу №А56-74059/2013 не были приняты доводы о том, что буклет аптечной организации (в котором перечислились

адреса аптек, приводилась информация о применяемых в аптеках дисконтных системах, а оставшиеся страницы содержали информацию о лекарственных средствах и услугах партнеров соответствующей аптечной организации) был направлен на продвижение товарного знака аптеки и не содержал рекламы реализуемых лекарственных препаратов. Суд установил, что в буклете аптечной организации отсутствовала какая-либо значимая информация о товарном знаке (знаке обслуживания или иных средствах индивидуализации юридического лица). В связи с этим суд не нашел оснований для вывода о том, что размещенная в буклете информация о лекарственных средствах была направлена на привлечение внимания к какому-либо иному объекту рекламирования, кроме собственно лекарственных средств.

Отдельное внимание необходимо обратить на размещение материалов в сети Интернет и на официальных сайтах компаний-производителей и аптечных организаций. Так, Решение Челябинского УФАС от 17 октября 2018 г. по делу №44-08/2018 рассматривает следующую ситуацию. На главной странице интернет-сайта (используемого аптечной организацией для резервирования товаров покупателями в выбранной ими аптеке) были размещены баннеры с информацией о лекарственных средствах и БАД, а также с изображениями соответствующих товаров (в частности, в разделах «новинки и акции»). В антимонопольный орган поступила жалоба потребителя – физического лица о том, что на данном интернет-сайте осуществляется распространение рекламы лекарственных препаратов и БАД без указания предупредительной надписи, т.е. с признаками нарушения законодательства. Однако антимонопольный орган не выявил в данном случае нарушений Закона о рекламе.

В тексте приведенного решения указано, что ФАС России в Письме вх. №13930 от 9 октября 2018 г. по запросу Челябинского УФАС России об отнесении информации в виде всплывающих баннеров

к рекламе, размещенной на спорном сайте в информационно-телекоммуникационной сети Интернет, сообщила, что не каждый всплывающий баннер может рассматриваться в качестве рекламы. Так, ФАС России указала, что к рекламе может быть отнесен баннер на главной странице сайта, если он не исчезает после перехода с главной страницы в иные разделы сайта и сохраняется на своем месте. На главной странице спорного сайта содержались баннеры с меняющимися кадрами с информацией об определенных лекарственных средствах и препаратах, реализуемых в рамках акции, но при переходе в другие разделы сайта указанная информация исчезала. Таким образом, по мнению антимонопольного органа, информация на спорном интернет-ресурсе не могла рассматриваться в качестве рекламы, т.к. была размещена непосредственно на официальном сайте компании и предназначалась для информирования посетителей сайта об ассортименте товаров, а также об акциях на отдельные виды товаров, реализуемых указанной компанией (что соответствует позиции, изложенной в Письме ФАС России от 28 августа 2015 г. №АК/45828/15 «О рекламе в сети Интернет»).

Как следствие, при оценке материалов, в т. ч. размещаемых в сети Интернет, мы рекомендуем проводить комплексную оценку возможных рисков и исходить из положений Закона о рекламе (и Рекомендаций в применимой части), Закона о защите конкуренции, текущих решений, сформированных правоприменительной практикой, и позиций антимонопольного органа, изложенных в информационных письмах.

### **ТРЕНДЫ ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ПРАКТИКИ В СФЕРЕ РЕКЛАМЫ В 2018 Г.**

#### ***Как рекламу оценивает потребитель***

В 2018 г., как и ранее, антимонопольный орган и суды продолжают оценивать рекламные материалы

с позиции обычного потребителя, не обладающего специальными знаниями в различных областях науки и техники, который должен воспринимать весь текст рекламного материала без приложения специальных усилий и без применения специальных средств.

В данном случае иллюстративным примером является Решение Чувашского УФАС от 16 апреля 2018 г. по делу №04-Р-2018, в котором рассматривается следующая ситуация. В проеме окна в месте нахождения аптеки размещался щит со слоганом «Аптечная сеть №1». В нижней части щита под знаком «звездочки» размещалось примечание: «В [городе X] по данным аналитической компании [Y]».

Антимонопольный орган сопоставил размер рекламной конструкции, размер шрифта (цветовую гамму) и пришел к выводу, что текст примечания был недоступен для ознакомления потребителями без специальных усилий и применения специальных средств. В рассмотренном деле необходимо также обратить внимание на то, что непосредственно в самом слогане символ «звездочки» не присутствовал. В то же время, по мнению антимонопольного органа, данный символ был необходим потребителю, не обладающему специальными познаниями, чтобы произвести параллель между слоганом и обосновывающей информацией. В тексте решения указано, что соответствующее исполнение сноски не позволяло потребителю ознакомиться с содержанием рекламы в полном и необходимом объеме, что привело к искажению ее смысла. Таким образом, информация, приведенная в примечании под знаком «звездочки», была квалифицирована как формально присутствующая, но не доведенная до потребителя на момент ознакомления с рекламой. Примечательно, что в 2018 г. правоприменительная практика не выработала подходов к размеру и цвету шрифта в поясняющих сносках. Так, рассмотренное выше Решение Чувашского УФАС от 16 апреля 2018 г. по делу №04-Р-2018 указывает, что законодательно не регламентирован размер, вид и цвет шрифтов в рекламных

плакатах и макетах рекламодателя. Тем не менее, по мнению антимонопольного органа, данное обстоятельство не свидетельствует о том, что размер шрифта может быть любым, поскольку реклама должна быть добросовестной и достоверной и не должна вводить в заблуждение потребителей. В то же время, если информация изображена таким образом, что она не воспринимается или плохо воспринимается потребителем, и это обстоятельство приводит к искажению ее смысла, данная информация считается отсутствующей, а соответствующая реклама – ненадлежащей (в силу того, что она не содержит части существенной информации о рекламируемом товаре, условиях его приобретения или использования). При этом антимонопольный орган в ряде решений отмечает, что существенной считается не только информация, привлекательная для потребителя, но и информация, способная обмануть ожидания, сформированные рекламой. Таким образом, правоприменительная практика определяет лишь общие принципы и инструменты доведения информации до потребителя. В связи с этим важно обратить внимание на то, что Рекомендации дают дополнительную ценность для разных участников фармацевтического рынка, т.к. содержат более развернутые положения в части применения шрифтов в рекламных материалах и детализацию в отношении контрастности и стиля текста, которым выполняется примечание.

В то же время анализ правоприменительной практики в сфере ТВ-рекламы позволяет выявить следующие подходы к оценке поясняющих сносок в видеороликах. Так, в ряде дел указано, что форма и условия размещения рекламы не позволяли потребителям воспринять (прочитать) текст пояснения ввиду мелкого шрифта и краткого времени показа в отношении следующих сносок: демонстрируемых 2,6 с на 1/52 площади кадра; демонстрируемых 3 с на 1/100 площади кадра; демонстрируемых 3 с на 1/60 площади кадра; демонстрируемых 3 с на 1/30 площади кадра; демонстрируемых 3 с на 1/25 площади

кадра; демонстрируемых 2 с на 1/12 площади кадра; демонстрируемых 3 с на 1/6 площади кадра [6]. Однако, в то время как практика по вопросам оценки ТВ-рекламы сформировала негативный подход (в части того, что считается ненадлежащим исполнением сносок), в Рекомендациях вопрос оформления сносок в ТВ-рекламе затрагивается в позитивном ключе с описанием возможных приемов.

#### **Обращение потребителя с жалобой как дополнительный индикатор нарушения**

В решениях 2018 г. антимонопольный орган не раз указывал, что само обращение потребителя с жалобой на недобросовестную рекламу может свидетельствовать о том, что потребитель видит в рекламном материале несоответствия. Например, в Решении Мурманского УФАС от 24 мая 2018 г. по делу №08-04-18/05 рассматривается рекламная статья «Не просто таблетки», которая сопровождалась снимками вновь открывшейся аптеки с ее персоналом в белых халатах; торгового зала и подсобных помещений; фотографией руководителя, сидящего за рабочим столом в белом халате с логотипом компании. В антимонопольный орган обратился потребитель – физическое лицо с жалобой на данную статью, которая, по мнению потребителя, была направлена на недобросовестное продвижение аптечной сети с использованием образа фармацевтического работника. Проанализировав материалы дела, антимонопольный орган выявил в действиях аптечной сети признаки нарушения Закона о рекламе. Антимонопольный орган установил в совокупности слов и образов, использованных в статье, невербальный подтекст, который позволял донести до потребителей нужные сигналы и образы. Присутствие такого подтекста и достижение задуманного автором рекламы результата, с точки зрения антимонопольного органа, подтверждалось самим фактом



обращения потребителя с жалобой.

В частности, текст решения указывает: «границы подтекста в креолизованном рекламном тексте обозримы, т.к. нацеленность автора на восприятие акцента потребителем достигнута. Неслучайно потребитель обратился с заявлением...». Соответствующий подход был в последующем подтвержден в Постановлении Мурманского УФАС России от 15 июня 2018 г. №08-05-18/14, причем важно отметить, что подобная презумпция может осложнить доказывание для компаний-реklamодателей.

#### **Отдельные практические вопросы размещения в рекламе предупреждений с позиции восприятия обычного потребителя**

С точки зрения оценки рекламного материала потребителем также имеет значение момент трансляции определенной информации в рекламе. Например, Решение Волгоградского УФАС по делу №17-03-5-02/677 (дата публикации 12 апреля 2018 г.) рассматривает следующую ситуацию. В радиопрограмме рекламировались таблетированные конфеты, которые являлись пищевой продукцией. В своем решении антимонопольный орган указал на то, что практически всю 25-минутную трансляцию рекламируемый товар обозначался как «средство», «уникальный комплекс», «комплекс веществ», «новый продукт» и т.д. Исходя из этого, антимонопольный орган пришел к выводу, что общее смысловое содержание рекламы указывало на наличие у товара лечебных свойств для здоровья. Такое заключение антимонопольный орган сделал несмотря на то, что в завершении радиопередачи звучало предупреждение «Не является БАД, не является лекарством». Антимонопольный орган отметил, что тот факт, что рекламируемый товар являлся «таблетированной конфетой» (т.е. пищевой продукцией), в рекламе был обозначен один раз в самом начале передачи, в момент, когда потребитель еще ничего не слышал о рекламируемых свойствах товара. Далее

сочетание «таблетированные конфеты» упоминалось еще один раз, когда речь шла о натуральном составе продукции. На основании анализа совокупности приведенных обстоятельств антимонопольный орган посчитал, что информация о том, что рекламируемый товар является пищевым продуктом, не была доведена до потребителя в доступном для восприятия виде. Еще одним показательным примером является Постановление ФАС России от 2 февраля 2017 г. по делу № 4-14.3-55/00-08-17. Так, в ТВ-ролике содержался видеоряд, в котором демонстрировалась упаковка БАД с информацией о том, что БАД «выводит бактерии хеликобактер из организма и способствует профилактике болезней желудка». Антимонопольный орган заключил, что упаковка товара не может рассматриваться в качестве рекламы как таковой. Однако антимонопольный орган отметил, что такое исключение не относится к демонстрации в рекламе упаковки товара со всей размещенной на ней информацией, поскольку в данном случае информация о товаре составляет содержание рекламы и должна в полной мере соответствовать требованиям закона. Антимонопольный орган также обратил внимание на то, что на демонстрируемой в рекламном ролике упаковке присутствовала информация о свойствах товара и его действии, которая не являлась обязательной к размещению. При этом антимонопольный орган отметил, что предупреждение о том, что БАД не является лекарственным средством, сопровождало только основной видеоряд ролика. Указание на то, что данный товар является БАД, в видеоряде, в котором демонстрировалась упаковка БАД, отсутствовало. Следовательно, для фактической оценки рекламного материала может иметь значение не только размер, шрифт, стиль и длительность демонстрации предупреждения, но и момент, в который такое предупреждение приводится. В то же время выводы антимонопольного органа, содержащиеся в описанных решениях, могут быть по аналогии применимы к иным объектам рекламирования.

### **Вопросы сравнения с позиции обычного потребителя**

Зачастую в рекламных материалах присутствуют утверждения о «самом», «лучшем», «абсолютном», «единственном», «№ 1» и т.д. товаре. В связи с этим Рекомендации содержат подробную оценку вопросов использования сравнений в рекламе лекарственных препаратов, отпускаемых без рецепта врача. При этом в правоприменительной практике 2018 г. можно найти примеры толкований, в которых приводятся дополнительные актуальные для всех участников рынка детали.

Необходимо отметить, что в целом использование в рекламе сравнений допустимо, если сравнительные характеристики должным образом обоснованы, а критерий, по которому приводится сравнение, понятен. Так, Решение Чувацкого УФАС от 16 ноября 2018 г. по делу № 28-Р-2018 поясняет, что для обыденного сознания потребителей, в зависимости от их личного социального и индивидуального опыта, характерно множественное понимание смысла того или иного рекламного текста. В силу этого, по мнению антимонопольного органа, слоган и утверждение «№ 1» может восприниматься по-разному, однако доминирующим смыслом данного слогана для обыденного сознания потребителей является его буквальное толкование: «№ 1 – это преимущество перед остальными».

В данном решении антимонопольный орган указал, что использование в рекламе сравнительной характеристики объекта рекламирования с иными товарами, например путем употребления слов «лучший», «первый», «номер один», должно производиться с указанием конкретного критерия, по которому осуществляется сравнение и который имеет объективное подтверждение. Поэтому реклама, не сопровождаемая таким подтверждением, должна считаться недостоверной как содержащая не соответствующие действительности сведения о преимуществах рекламируемого товара перед находящимися в обороте товарами, изготовленными другими производителями или реализуемыми другими продавцами. Вместе

с тем из системного толкования Решения ФАС России от 29 марта 2017 г. по делу № 3-5-1/00-08-17, Решения ФАС России от 5 сентября 2017 г. по делу № 3-24-41/00-08-17 следует, что к основаниям приобретения лекарственным препаратом статуса «№ 1» можно отнести, например, год выхода лекарственного препарата на рынок или дату государственной регистрации лекарственного препарата.

В то же время действует презумпция несоответствия утверждений и терминов в превосходной степени действительности, если рекламодаделец не подтвердит их истинность [7]. При этом, если в рекламном материале содержится обосновывающая сноска, ее содержание также оценивается антимонопольным органом на предмет достоверности. Если в ходе анализа представленных данных выясняется, что объект рекламирования, обозначенный как «лучший» или «№ 1», является одним из группы однородных объектов, но позиционируется как единственный или лучший, то соответствующее сравнение в рекламе может оцениваться как ненадлежащее.

Аналогично, если обоснование утверждения в превосходной степени приводится способом, затрудняющим восприятие для потребителя, риск признания такой информации недоведенной до потребителя является высоким. Например, Постановление ФАС России от 17 октября 2017 г. по делу 4-14.3-1682/00-08-17 указывает, что в видеоряде рекламного ролика с 18-й по 20-ю секунду демонстрировалась упаковка лекарственного препарата с утверждением «№ 1 выбор среди сиропов от кашля». Данное утверждение сопровождалось сноской, содержащей данные о продажах лекарственного препарата за период с сентября 2014 г. по август 2015 г. Вместе с тем антимонопольный орган заключил, что текст сноски был выполнен мелким шрифтом и демонстрировался в рекламном видеоролике в течение 3 с. По мнению антимонопольного органа, соответствующие форма и условия размещения рекламы не позволяли

потребителям воспринять (прочитать) текст сноски. Вместе с тем информация, приведенная в сноске, была квалифицирована антимонопольным органом как существенная для раскрытия смысла рекламного утверждения. Однако в связи с тем, что форма предоставления данных сведений была такова, что они не воспринимались потребителями, антимонопольный орган квалифицировал соответствующие сведения как фактически отсутствующие в рекламе.

### *Продолжение более ранних трендов*

Правоприменительная практика 2017 г. существенно повлияла на ключевые положения Рекомендаций. Одновременно с этим в 2018 г. также встречались отдельные решения, ставшие продолжением развития подходов, разработанных ранее. Так, Решение ФАС России от 16 января 2018 г. по делу №3-24-12/00-08-17 содержит оценку рекламного утверждения: «быстрое облегчение дыхания», в котором была выявлена гарантия положительного действия лекарственного препарата и его эффективности в устранении симптомов заболеваний верхних дыхательных путей. Также, по мнению антимонопольного органа, в рекламном ролике отсутствовала информация о скорости действия лекарственного препарата на симптомы заболеваний верхних дыхательных путей, обосновывающая указанное утверждение. Вместе с тем антимонопольный орган посчитал, что информация о скорости действия рекламируемого препарата на симптомы заболеваний верхних дыхательных путей, обосновывающая утверждение «быстрое облегчение дыхания», являлась существенной для раскрытия смысла рекламы. Однако данные сведения были квалифицированы как не доведенные до потребителей. Наряду с этим, дальнейшего развития обозначенная практика в 2018 г. не получила, а в Рекомендации были включены слова-индикаторы и их признаки для минимизации рисков повторения подобных разбирательств в будущем.

В 2018 г. оставался в достаточной степени единообразным и подход

к оценке указания на способы доставки медицинских товаров в рекламе. Так, Решение Омского УФАС от 21 июня 2018 г. по делу №06-06/31-2018 рассматривает следующую ситуацию. В рекламе медицинского изделия содержалась информация о возможности приобретения аппарата по выгодной цене при заказе данного товара по телефону бесплатной федеральной линии, а также о способах доставки товара и его оплате. При этом ФАС России в письме от 22 марта 2016 г. №АК/17858/16 указывает на то, что норма п. 1 ст. 7 Закона о рекламе устанавливает не только запрет рекламы тех товаров, которые в принципе не допускаются к обороту на территории РФ любым способом, но и запрет распространения рекламы товаров с указанием на отдельные способы реализации данных товаров, если реализация данных товаров такими способами запрещена. Соответственно, продажа медицинских изделий дистанционным способом не допускается. Поэтому со ссылками на указанное письмо антимонопольный орган заключил, что реклама дистанционного способа продажи медицинского аппарата противоречила ч. 1 ст. 7 Закона о рекламе.

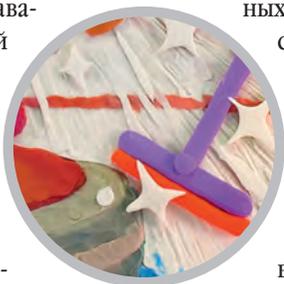
В целом такой подход правоприменителя соответствует практике, которая формировалась ранее. Так, Решение Омского УФАС России от 28 января 2016 г. по делу №06-10.1/90-2015 рассматривает рекламу сети аптек, которая распространялась в эфире радиоканала и указывала: «Новая услуга [...]. Доставка до двери от [...] рублей при заказе на сайте [аптеки] или по бесплатному телефону [...]. Онлайн-заказ всегда выгодней...». Антимонопольный орган заключил, что данная реклама была направлена на привлечение внимания к товарам, предлагаемому к реализации через интернет-сайт или с использованием телефонной связи, а также к доставке лекарственных средств на дом. В связи с этим, по мнению антимонопольного органа, рекламируемый способ продажи подпадал под понятие «дистанционный способ продажи товаров». В то же время продажа лекарственных препаратов дистанционным

способом, при котором возможна реализация таких товаров вне специально оборудованных помещений, не допускается. Таким образом, антимонопольный орган признал рекламу дистанционного способа продажи лекарственных препаратов недостоверной и нарушающей п. 3 ч. 3 ст. 5 Закона о рекламе.

Также представляет интерес Решение Омского УФАС России от 17 августа 2016 г. по делу №06-10.1/61-2016. Так, антимонопольный орган прекратил дело, возбужденное по признакам нарушения п. 3 ч. 3 ст. 5 Закона о рекламе, и признал не противоречащей Закону о рекламе следующую информацию (содержащуюся в рекламной конструкции на фасаде здания аптечной организации): «[Наименование сети аптек] лекарства по доступным ценам. Резервирование товара в аптеке [по телефону и на сайте]».

Однако рекламная информация в виде баннера с текстом «[наименование аптеки] – лекарства по доступным ценам. Доставка на дом [телефон, адрес сайта]» была признана нарушающей ч. 7 ст. 5 Закона о рекламе ввиду отсутствия части существенной информации. На приведенную квалификацию антимонопольного органа повлияли следующие пояснения. Рекламодатель указал, что законодательные акты, на которые ссылался антимонопольный орган, содержат запрет на рекламу дистанционного способа продажи только в отношении лекарственных средств. Тем временем аптеки и аптечные пункты, помимо лекарственных средств, имеют право реализовывать, например, медицинские изделия, дезинфицирующие средства, предметы и средства личной гигиены, посуду для медицинских целей, предметы и средства, предназначенные для ухода за больными, новорожденными и детьми, не достигшими возраста трех лет, очковую оптику и средства ухода за ней, парфюмерные и косметические средства, медицинские и санитарно-просветительные печатные издания, предназначенные для пропаганды здорового образа жизни. Кроме того, рекламодатель отметил, что действующее законодательство допускает доставку

на дом и лекарственных средств, но с существенным ограничением: лишь определенным категориям граждан (Героям Социалистического Труда, Героям Труда Российской Федерации, полным кавалерам ордена Трудовой Славы и полным кавалерам ордена Славы), что, по мнению рекламодателя, следовало из системного толкования ст. 1.1 Закона РФ №4301-1 от 15 января 1993 г. «О статусе Героев Советского Союза, Героев РФ и полных кавалеров ордена Славы», ст. 2 федерального закона №5-ФЗ от 9 января 1997 г. «О предоставлении социальных гарантий Героям Социалистического Труда, Героям Труда РФ и полным кавалерам ордена Трудовой Славы». Данный подход показателен с точки зрения возможной перекалфикации нарушения. Однако применимость данного толкования в практике 2018 г. и в будущем требует отдельного анализа.



### САМОРЕГУЛИРОВАНИЕ И ОРГАНИЗАЦИЯ ВНУТРЕННЕЙ РАБОТЫ

Развитие саморегулирования в рекламной отрасли и принятие Рекомендаций в отношении рекламы лекарственных препаратов,

отпускаемых без рецепта врача, можно рассматривать как новый этап развития фармацевтического сектора. При этом расширение инструментария для формирования добросовестных практик может существенно снизить нагрузку на антимонопольный орган и способствовать поддержанию здоровой конкурентной среды.

На основе текста Рекомендаций, а также анализа правоприменительной практики саморегулируемые организации и сами компании могут формировать карты рисков и так называемые чек-листы. В рамках чек-листов могут также проводиться градации рисков по категориям: «существенные», «средние», «низкие». Вместе с тем необходимо отметить, что практика может описывать более широкое количество применимых составов, чем отраслевые документы. При этом постоянный анализ практики также позволяет увидеть конкретные приемы (без обобщений, неизбежных на уровне кастомизированных документов), которые могут рассматриваться как сопряженные с рисками, а также давать детализированное понимание в отношении возможного выстраивания стратегии продвижения продуктов.

В данном контексте также важно учитывать, что саморегулирование

в сфере рекламы должно получить закрепление на уровне закона. Тогда решения саморегулируемого органа будут напрямую обжаловаться в суде, что станет закономерной эволюцией для существующих возможностей медиации.

### ПРАКТИЧЕСКОЕ ЗАДАНИЕ: ЧТО НЕ ТАК С РЕКЛАМОЙ?

Продвижение и реклама – процессы, неразрывно связанные с креативом и творчеством. В связи с этим удобным инструментом для бизнеса является организация практических семинаров для сотрудников маркетинговых подразделений. В рамках такого обучения можно не только анализировать теоретическую основу, но и решать практические задачи, помогающие закрепить понимание «добросовестных практик» на примерах.

В заключении настоящей статьи мы постараемся проиллюстрировать подход к составлению подобного рода задач для применения во внутренних обучающих программах. Задания ниже составлены таким образом, что в отдельных моментах утрируют возможные нарушения, а в других – маскируют. А ответ на вопрос: «Что не так?» – может не только включать в себя описание рисков, но и стратегию возможных контрдоводов на основе существующей положительной практики.

#### ЗАДАНИЕ 1 Проанализировать сториборд



Картина семейного обеда. На столе лежит острая курица

Внезапно отец хватается за грудь. Сын говорит отцу: «Опять изжога? Прими [Лекарство]». Голос за кадром говорит: «При болях в желудке, изжоге – [Лекарство] избавит от всех досадных проблем»

Крупным планом демонстрируется упаковка препарата и лицо улыбающегося отца: «[Лекарство] – твой желудок – твои правила»

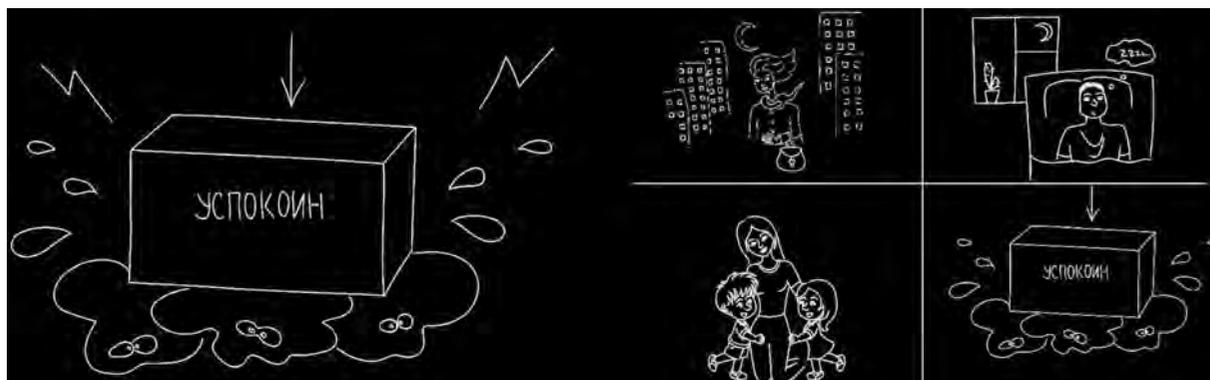
## ЗАДАНИЕ 2 Проанализировать сториборд



Женщина спешит домой вечером. Она тревожно озирается по сторонам. На заднем плане ее преследует облако с надписью «Тревога». Голос за кадром спрашивает: «Тревога?»

Мужчина просыпается среди ночи с криком «Отчет!». Его преследует облако с надписью «Стресс». Голос за кадром спрашивает «Стресс?»

Женщина прячется в шкафу от детей. Ее преследует облако с надписью «Раздражение». Голос за кадром спрашивает «Раздражение?»



Все три облака танцуют в кадре, и голос за кадром говорит: «Тревога, стресс, раздражение могут свидетельствовать о нервном истощении или быть симптомами серьезных нервных расстройств. Однако не все препараты одинаково эффективны». Сверху из облачка падает упаковка препарата «Успокоин» и разбивает облачка вдребезги

Голос за кадром: «Успокоин действует быстрее и бережнее, надежно защищая вашу нервную систему». На экране видны одновременно 4 картинки. На трех из них герои спокойны и довольны. А на четвертой изображена упаковка препарата. Картинка с препаратом вырастает и занимает весь кадр. Голос за кадром говорит: «Успокоин – надолго придаст спокойствия и сил»

## ИСТОЧНИКИ

1. Мы движемся в сторону развития саморегулирования рекламной отрасли. Пресс-релиз, опубликованный на официальном сайте ФАС России 28 сентября 2018 года. Доступно по ссылке: <http://opendata.fas.gov.ru/press-center/news/detail.html?id=51826>.
2. Крупный шаг по реализации Меморандума по созданию системы рекламного саморегулирования в России. Пресс-релиз, опубликованный на официальном сайте АМИ РС 29 июня 2018 года. Доступно по ссылке: <http://sovetreklama.org/2018/06/kрупnyj-shag-po-realizacii-memoranduma-po-sozdaniyu-sistemy-reklamnogo-samoregulirovaniya-v-rossii/>.
3. В Нижнем Новгороде создан второй в стране орган саморегулирования в рекламе. Пресс-релиз, опубликованный на официальном сайте ФАС России 25 сентября 2018 года. Доступно по ссылке: <https://fas.gov.ru/news/25983>.

4. Андрей Кашеваров о сорегулировании рекламной отрасли в рамках заседания экспертного совета по рекламе и НДК. Видеообзор, опубликованный на официальном сайте ФАС России 9 октября 2018 года. Доступно по ссылке: <http://fas.gov.ru/p/videos/1650>.
5. Фармацевтические производители и ассоциации подписали рекомендации по соблюдению законодательства о рекламе безрецептурных лекарственных средств. Пресс-релиз, опубликованный на официальном сайте ФАС России 8 ноября 2018 года. Доступно по ссылке: <https://fas.gov.ru/news/26296>.
6. Решения ФАС России от 14 марта 2017 года по делу № 3–24–3/00–08–17, от 14 марта 2017 года по делу № 3–00–5/00–08–17, от 14 марта 2017 года по делу № 3–5–4/00–08–17; Решение ФАС России от 28 марта 2017 года по делу № 3–5–14/00–08–17; Решение ФАС России от 11 марта 2016 года по делу № 3–5–3/00–08–16, Решение ФАС России от 15 июня 2017 года по делу № 3–5–23/00–08–17 и др.
7. Решение Чувашского УФАС от 16 апреля 2018 года по делу № 04-Р-2018.