

Новые старые тренды. Практика в сфере рекламы

Мария Борзова, юридическая фирма «Трубор»

Правоприменительная практика в сфере рекламы лекарственных препаратов продолжает оставаться одной из наиболее сложных и неоднозначных регуляторных областей. Участники рынка разрабатывают отраслевые рекомендации, компании утверждают локальные акты по работе с рекламными материалами и стратегии нивелирования рисков. Тем не менее жизнь всегда вносит коррективы даже в применение устоявшихся алгоритмов. Одни подходы правоприменителя глубже укореняются, другие обрастают новыми нюансами, что зачастую также требует отражения во внутренних политиках рекламодателей и рекламораспространителей. Не стала исключением и практика антимонопольного органа в 2020 г. В связи с чем в данной статье будут коротко проанализированы ключевые, с нашей точки зрения, решения правоприменителя и обобщены старые и новые толкования.

Ключевые слова: лекарственные препараты, реклама, продвижение, практика ФАС России, разъяснения

New old trends. Advertising practice

Maria Borzova, Trubor Law Firm

Law enforcement practice in the sphere of drug advertising continues to be one of the most challenging and controversial regulatory areas. Market players develop industry guidelines, companies enact by-laws to deal with advertising materials and risk mitigation strategies. However, life always makes adjustments even to the application of well-established algorithms. Some approaches of the law enforcers get deeper roots, while others grow more and more detailed, which often needs to be reflected in the internal policies of advertisers and advertising distributors. The antimonopoly authority practice was no exception in 2020. In this regard, the article will provide a brief review of the key, in our opinion, decisions of law enforcement authorities and summarize the old and new interpretations.

Keywords: drugs, advertising, promotion, FAS Russia's practice, clarifications

ПАНДЕМИЯ COVID-19 И РЕКЛАМА ЛЕКАРСТВЕННЫХ ПРЕПАРАТОВ

Пандемия COVID-19 поставила и участников рынка, и правоприменителя перед лицом беспрецедентной ситуации. При этом в сложившихся условиях оказалось как никогда важно правильно информировать потребителей о свойствах и характеристиках лекарственных препаратов. Исходя из этого, антимонопольный орган принял несколько принципиальных решений.

В частности, решение ФАС России от 10 марта 2020 года по делу № 08/05/24-10/2020 описывает подход к оценке рекламного аудиоролика, в котором сообщалось, что препарат «активен даже против коронавируса». Антимонопольный орган установил, что, согласно разделу «Фармакодинамика» инструкции по применению, препарат являлся противовирусным средством, которое специфически подавляет вирусы гриппа, а также «другие

вирусы – возбудители острых респираторных вирусных инфекций (ОРВИ) (коронавирус (Coronavirus)), ассоциированные с тяжелым острым респираторным синдромом (ТОРС)». Однако на момент распространения рекламы в инструкции по применению препарата в разделах «Показания к применению» и «Способ применения» отсутствовала информация об инфекционном заболевании, вызываемом коронавирусом 2019-nCoV. Таким образом, антимонопольный орган заключил, что на момент выхода рекламы содержащийся в ней рекламный посыл относительно действия препарата против нового коронавируса выходил за пределы показаний, указанных в инструкции по применению и до внесения в инструкцию соответствующих дополнений был преждевременным.

В то же время антимонопольному органу были представлены пояснения о том, что китайскими учеными проведены исследования

активности ряда лекарственных препаратов в отношении нового коронавируса. Учитывая в т.ч. результаты данных исследований, рекламируемый препарат был включен Государственным комитетом КНР по делам здравоохранения в рекомендации по лечению COVID-19 в Китае. Антимонопольный орган принял данное пояснение во внимание, в связи с чем не нашел оснований для признания соответствующей рекламы недостоверной и нарушающей п. 11 ч. 3 ст. 5 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе). Тем не менее реклама была признана нарушившей ч. 6 ст. 24 Закона о рекламе, поскольку в рекламе сообщалось о свойствах и характеристиках лекарственного препарата вне пределов показаний, содержащихся в инструкции по применению. Решение ФАС России от 26 ноября 2020 года по делу № 08/05/24-80/2020 описывает схожий подход. Так, в телевизионной рекламе

препарата утверждалось, что «курсовой прием повышает шанс переболеть в легкой форме при заражении коронавирусом». Однако в разделе «Показания к применению» в инструкции к препарату коронавирусная инфекция отсутствовала. В связи с этим антимонопольный орган заключил, что в нарушение ч. 6 ст. 24 Закона о рекламе, в рекламе сообщалось о свойствах и характеристиках препарата вне пределов показаний, содержащихся в инструкции по применению.

Антимонопольному органу были представлены пояснения о том, что успешное применение рекламируемого препарата при лечении коронавирусной инфекции подтверждено в клинической практике, а результаты применения препарата при лечении коронавирусной инфекции опубликованы в ведущих медицинских изданиях. Однако антимонопольный орган отметил, что по смыслу Закона о рекламе сообщения о свойствах и характеристиках препарата не должны выходить за пределы показаний, содержащихся в инструкции. При этом применение врачами препарата при лечении коронавирусной инфекции и эффективность данного препарата в снижении интоксикации не могли, по мнению антимонопольного органа, являться основанием для сообщения в рекламе информации вне пределов инструкции по применению.

На основании анализа указанных дел можно сформулировать следующие выводы:

- при утверждении рекламных материалов необходимо с осторожностью обосновывать рекламный текст исключительно со ссылкой на раздел «Фармакодинамика» инструкции по применению (что также подтверждается решениями из более ранней правоприменительной практики);
- ссылки на клинические исследования, клиническую практику, а также публикации в научной литературе могут быть не приняты в качестве надлежащего

обоснования рекламного утверждения, если соответствующее утверждение не подтверждается информацией, содержащейся в инструкции по применению.

ОБОБЩЕНИЯ И СРАВНЕНИЯ В РЕКЛАМНОМ МАТЕРИАЛЕ

В дополнение к описанным выше решениям, практика 2020 г. также указывает на то, что необходимо с осторожностью подходить к использованию таких приемов, как обобщение и сравнение при разработке рекламных материалов, т.к. применение таких приемов может расцениваться антимонопольным органом как сообщение о свойствах препарата, не указанных в инструкции по применению, или квалифицироваться по иным составам Закона о рекламе.

Так, решение ФАС России от 25 августа 2020 года по делу № 08/05/24-36/2020 описывает следующий подход в отношении обобщений при описании свойств лекарственного препарата. В рекламной листовке сообщалась следующая информация: «лекарственный растительный препарат... Для лечения и профилактики острых и хронических рецидивирующих инфекций мочевыводящих путей, а также мочекаменной болезни». Антимонопольный орган обратился к инструкции по применению препарата и установил, что, согласно разделу «Показания к применению», препарат применялся в комплексной терапии при лечении хронических инфекций мочевого пузыря (цистита) и почек (пиелонефрита), при неинфекционных хронических воспалениях почек (гломерулонефрит, интерстициальный нефрит), в качестве средства, препятствующего образованию мочевых камней (также после удаления мочевых камней). Антимонопольный орган посчитал, что в нарушение ч. 6 ст. 24 Закона о рекламе в рассматриваемой рекламе сообщалось о применении препарата для лечения острых инфекций мочевыводящих путей, а также мочекаменной болезни

и профилактики инфекций мочевыводящих путей вне пределов показаний, содержащихся в инструкции по применению.

Решение ФАС России от 14 января 2020 года по делу № 08/05/24-153/2019 также демонстрирует подход правоприменителя к оценке использования обобщений в рекламе. Так, в телевизионном рекламном ролике сообщалось, что препарат «способствует борьбе с простудой и снижению риска осложнений в три раза». Для подтверждения данного заявления в ролике демонстрировался дисклеймер: «риск осложнений в виде среднего отита по сравнению с отсутствием иммунизирующей терапии» со ссылкой на научную публикацию. Однако антимонопольный орган установил, что в инструкции по применению препарата отсутствовали такие свойства и характеристики, как снижение риска осложнений (в т.ч. осложнений в виде среднего отита) в три раза. Антимонопольный орган не принял пояснения о том, что снижение риска осложнений в три раза, в т.ч. в виде среднего отита, доказано клиническим исследованием, результаты которого опубликованы в научном издании. Антимонопольный орган отметил, что исследование не может быть принято в качестве доказательства снижения риска осложнений, поскольку не представлено документального подтверждения того, что данное исследование одобрено Минздравом России, а результат данного исследования не отражен в инструкции по применению препарата. Антимонопольный орган также не принял пояснение о том, что лизаты бактерий, содержащиеся в составе рекламируемого препарата, воздействуют на бактерии, являющиеся возбудителями острого среднего отита, т.к., по мнению антимонопольного органа, соответствующее заключение мог сделать лишь обладающий медицинским образованием специалист, в то время как реклама адресована неограниченному кругу потребителей. В связи с этим

в рассматриваемом случае было выявлено нарушение ч. 6 ст. 24 Закона о рекламе, выразившееся в сообщении о свойствах и характеристиках препарата вне пределов показаний, содержащихся в инструкции по применению.

Ограничительный подход может применяться антимонопольным органом и при оценке таких приемов, как сравнение в рекламном материале, что, в частности, подтверждается решением ФАС России от 3 сентября 2020 года по делу № 08/05/5-44/2020. Так, в рекламном ролике сообщалось: «витамины с самой сильной формулой», а также, что дозировка препарата «выше в 3 раза, чем у многих». Для обоснования данного заявления реклама сопровождалась дисклеймером, который, в частности, указывал: «на основании сравнения средних отношений дозировок, входящих в состав витаминов, к нормам суточных потребностей среди топ-3 брендов по объему продаж среди лекарственных препаратов». Антимонопольный орган установил, что в рекламируемом лекарственном препарате в три или более раз превышалась дозировка только двух витаминов. В связи с этим антимонопольный орган заключил, что использованные в рекламе утверждения «витамины с самой сильной формулой» и дозировка «выше в 3 раза, чем у многих» дают потребителям основание полагать, что сравнение лекарственных препаратов проводится по дозировкам каждого из входящих в них витаминов, и в рекламируемом препарате дозировка каждого из витаминов превышает дозировку в составе других комплексов в 3 раза. Антимонопольный орган отметил, что подобное сравнение искажает представление потребителей о рекламируемом товаре и не позволяет объективно оценить его свойства. На основании изложенного реклама была признана нарушающей п. 1 ч. 2 ст. 5 Закона о рекламе.

В дополнение к перечисленным отступлениям от инструкции

по применению в рекламном материале может быть квалифицировано и как недостоверная реклама. Например, решение ФАС России от 26 ноября 2020 года по делу № 08/05/24-79/2020 описывает следующую ситуацию. В рекламном буклете сообщалось, что в период лактации лекарственный препарат необходимо применять с осторожностью. Однако антимонопольный орган установил, что, согласно инструкции по применению, период грудного вскармливания являлся противопоказанием к применению препарата. Таким образом, антимонопольный орган заключил, что в рекламе сообщались несоответствующие действительности сведения о характеристиках препарата. Кроме того, в буклете было приведено изображение упаковки, на которой сообщалось, что активным веществом препарата является прогестерон натуральный микронизированный. Вместе с тем, согласно инструкции по применению, проанализированной антимонопольным органом, активным веществом являлся прогестерон микронизированный. Соответствующая реклама была признана недостоверной и нарушающей п. 2 ч. 3 ст. 5 Закона о рекламе.

На основании анализа указанных дел можно сформулировать следующие выводы:

- при использовании в рекламных текстах обобщений или сравнений необходимо соотносить итоговое утверждение не только с результатами исследования, подтверждающего такое утверждение, но и с информацией, содержащейся в инструкции по применению препарата;
- при оценке рекламных текстов, в т.ч. в сравнении с инструкцией по применению, целесообразно использовать такие инструменты, как круги Эйлера для перепроверки логических взаимосвязей и исключения рисков некорректного обобщения или некорректного сравнения.

СЛОВА-ТРИГГЕРЫ В РЕКЛАМНЫХ ЗАЯВЛЕНИЯХ

На основании системного анализа правоприменительной практики можно выделить целый список слов, которые потенциально могут быть квалифицированы как слова-триггеры, свидетельствующие о возможном нарушении требований Закона о рекламе. К числу таких слов можно отнести, например, прилагательные «эффективный» и «безопасный» применительно к описанию самого препарата или механизма его действия. В частности, использование таких слов может свидетельствовать о нарушении п. 8 ч. 1 ст. 24 Закона о рекламе, т.к. реклама лекарственных средств не должна гарантировать положительное действие объекта рекламирования.

Так, решение ФАС России от 26 ноября 2020 года по делу № 08/05/24-79/2020 выявило нарушение п. 8 ч. 1 ст. 24 Закона о рекламе в части указания на гарантию эффективности лекарственного препарата вследствие использования в рекламе следующих выражений: «эффективный контроль», «эффективное сохранение», препарат «высокоэффективен для сохранения», препарат «высокоэффективен в профилактике», препарат «эффективно снижает частоту». Кроме того, использование в рекламе выражения «безопасен для матери и плода» было квалифицировано как гарантия безопасности препарата.

Схожий подход можно проследить в решении ФАС России от 25 августа 2020 года по делу № 08/05/24-36/2020. Так, антимонопольный орган выявил нарушение п. 8 ч. 1 ст. 24 Закона о рекламе в сообщении о том, что «применение препарата... эффективно снижает выраженность симптомов инфекции... к 7-му дню терапии», квалифицировав данное сообщение как гарантию положительного действия лекарственного препарата и его эффективности. Указанное решение представляет дополнительный интерес, т.к. в нем отклоняется довод об отсутствии гарантии в связи с тем,

что рекламный материал (рекламная листовка) был предназначен исключительно для врачей – участников конференции, и используемое в рекламе утверждение приводило для специалистов (врачей) статистические данные, взятые из исследований.

- На основании анализа указанных дел можно сформулировать следующие выводы:

- целесообразно использовать консервативный подход при оценке рекламных материалов, предназначенных для медицинских специалистов и распространяемых во время проведения профессиональных мероприятий;

- необходимо избегать использования слов-триггеров в рекламном материале, заменяя такие слова на более нейтральные по значению, с учетом выработанных отраслевых добросовестных практик и внутренних политик компании.

РЕКЛАМА В СОЦИАЛЬНЫХ СЕТЯХ

По мере того как усиливается роль онлайн-коммуникаций, будет усиливаться и контроль за соответствующей сферой. Как указывает письмо ФАС России от 25 сентября 2019 года №АК/83509/19 «О разъяснении по вопросу рекламы в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» (далее – Письмо №АК/83509/19), способы распространения рекламы не ограничены. При этом, согласно Письму № АК/83509/19, реклама в социальных сетях (например, «Вконтакте» и «Одноклассники») должна соответствовать требованиям Закона о рекламе, в т.ч. требованиям достоверности и добросовестности.

При этом решением Псковского УФАС России от 6 ноября 2020 года по делу № 060/05/7-568/2020 была признана ненадлежащей реклама незарегистрированного лекарственного препарата, размещенная в социальной сети «Instagram», в социальной сети «Вконтакте» (на странице сообщества, а также на личной странице администратора сообщества),

как противоречащая требованиям п. 7 ст. 7 Закона о рекламе.

Решением Псковского УФАС России от 28 апреля 2020 года по делу № 060/05/7-188/2020 была признана ненадлежащей реклама незарегистрированного препарата, размещенная в социальной сети «ВКонтакте», в социальной сети «Instagram», на сайте объявлений www.avito.ru в разделе «Все объявления в Пскове/Личные вещи/Красота и здоровье/Косметика», как противоречащая требованиям п. 7 ст. 7 Закона о рекламе.

При этом, согласно Письму № АК/83509/19, не относятся к рекламе однотипные сведения о предлагаемых товарах (услугах), наполняющие различные рубрики, размещаемые на сайтах объявлений, например www.avito.ru и др. Тем не менее разумно предположить, что в реальной жизни информация, размещаемая на различных ресурсах, может соответствовать признакам, определяющим такую информацию, как рекламу. Так, например, обозначенное выше решение Псковского УФАС России от 6 ноября 2020 года по делу № 060/05/7-568/2020 прямо определяет следующие признаки рекламы в социальной сети:

- объектом рекламирования являлся незарегистрированный лекарственный препарат;
- информация о незарегистрированном препарате была доступна неопределенному кругу лиц;
- соответствующая информация была направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования (незарегистрированному препарату), формирование и поддержание интереса к нему и его продвижению на рынке.

Таким образом, аналогичная логика могла быть применима и при принятии решения Псковского УФАС России от 28 апреля 2020 года по делу № 060/05/7-188/2020 в отношении рекламы незарегистрированного препарата на сайте объявлений.

На основании анализа указанных дел можно сформулировать следующие выводы:

- необходимо принимать во внимание, что по мере того, как усложняются связи между различными участниками коммерческого оборота и усиливается роль онлайн-пространства, количество подобных дел может расти;

- целесообразно оценивать инструменты продвижения в социальных сетях и на иных интернет-платформах критически, с позиций применения общих требований Закона о рекламе.

Таким образом, можно заключить, что административная практика 2020 г. в целом демонстрирует преемственность в отношении сложившихся ранее толкований. В то же время появляются и новые тенденции, развитие которых (в частности, на уровне практики территориальных управлений) необходимо отслеживать в будущем. При этом компаниям – участникам рынка целесообразно гибко адаптировать внутренние политики по соблюдению комплаенса в рекламной сфере с учетом оценки актуальных трендов развития правоприменительной практики. 

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Федеральный закон от 13 марта 2006 года №38-ФЗ «О рекламе».
2. Письмо ФАС России от 25 сентября 2019 года №АК/83509/19 «О разъяснении по вопросу рекламы в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет».
3. Решение ФАС России от 14 января 2020 года по делу №08/05/24-153/2019.
4. Решение ФАС России от 10 марта 2020 года по делу №08/05/24-10/2020.
5. Решение Псковского УФАС России от 28 апреля 2020 года по делу №060/05/7-188/2020.
6. Решение ФАС России от 25 августа 2020 года по делу №08/05/24-36/2020.
7. Решение ФАС России от 3 сентября 2020 года по делу №08/05/5-44/2020.
8. Решение Псковского УФАС России от 6 ноября 2020 года по делу №060/05/7-568/2020.
9. Решение ФАС России от 26 ноября 2020 года по делу №08/05/24-79/2020.
10. Решение ФАС России от 26 ноября 2020 года по делу №08/05/24-80/2020.