

ЛЕКАРСТВО от всех болезней. РЕКЛАМИРУЕМ по закону



Надежда Лазовская
юрист «Пепеляев Групп»

Реклама лекарств, как и любых товаров, нацелена в первую очередь на увеличение продаж. Однако в инструкции к «среднестатистическим» таблеткам присутствует огромное количество серьезных противопоказаний и мер предосторожности. Из-за нехватки времени и нежелания вникать в медицинскую терминологию покупатель зачастую руководствуется собственными познаниями, которые формируются в т. ч. под влиянием прессы и промодеятельности фармацевтических компаний. В результате некорректная подача информации либо недобросовестная реклама, преподносящая несуществующие преимущества препарата, может негативно отразиться на здоровье пациента.

Мир рекламы

Правовому регулированию рекламы лекарственных препаратов, отпускаемых по рецептам врача, традиционно уделяется пристальное внимание, поскольку их неправильное применение опасно для здоровья. Лишь некоторые страны готовы разрешить подобную рекламу непосредственно среди населения.

Так, в США в настоящее время реклама рецептурных лекарственных препаратов разрешена, несмотря на ранее существовавший запрет (Code of Federal Regulations, Title 21). По мнению ее сторонников, подобная реклама помогает доводить информацию о симптомах болезни, режиме ее лечения, целесообразности назначения того или иного препарата, повышать у пациентов уровень заботы о своем здоровье, способствовать развитию взаимоотношений пациента с врачом.

Аналогичное разрешение на прямую рекламу лекарственных препаратов рецептурного отпуска находим и в законодательстве Новой Зеландии (Medicines Act No 118 dated 23.10.1981, Medicines Regulations (SR 1984/143) dated 05.06.1984).

В государствах – членах Европейского союза, напротив, действует запрет на прямую рекламу рецептурных лекарственных средств для населения, за исключением тех, которые предназначены для массовых кампаний по вакцинации, проводимых с согласия компетентных органов соответствующих государств (ст. 88 Директивы № 2001/83/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского союза «О Кодексе Сообщества о лекарственных средствах для использования человеком» от 06.11.2011). Европа придерживается мнения, что чрезмерное продвижение лекарственных препаратов приводит к самодиагностированию пациентами псевдозаболеваний, которыми они на самом деле не страдают, а сила коммерческой выгоды от такой рекламы превосходит заботу о здоровье и образовании. Кроме того, это негативно влияет на взаимоотношения врачей с пациентами и ведет к выписыванию неподходящих рецептов, а также поощряет потребление новых лекарств, которое может привести к непредвиденным рискам.

Российское законодательство, в частности Федеральный закон от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон № 38-ФЗ), поддерживая концепцию

Нестандартный ход

Имейте в виду, что и другие формы продвижения рецептурных препаратов, в т. ч. завуалированные, чреватые признанием информации ненадлежащей рекламой. Так, в свободном доступе распространялись листовки, содержащие слоган «Найди комбинацию лечения простуды» и ниже кроссворд, после заполнения которого получалось ключевое слово – название рецептурного препарата от простуды.

Таких «развлекательных» опций может быть множество. Например, на одном из сайтов о женском здоровье, посвященном методам контрацепции, посетителям предлагалось пройти тест и узнать, какой из методов контрацепции для них оптимален исходя из выбранных ответов об образе жизни, предпочтениях и т. п. При этом в результатах теста в большинстве случаев фигурировал один и тот же метод контрацепции. Несмотря на то что конкретный бренд лекарственного средства не поименован, по нашему мнению, подобная информация является косвенной рекламой, поскольку указанный метод основан на действии активного вещества, международное непатентованное наименование (МНН) которого зарегистрировано в России только у единственного производителя и потому уникально. Вместе с тем описание иных методов контрацепции на сайте не сбалансировано, с явным перевесом в пользу преимуществ продвигаемого метода.

Евросоюза, разрешает рекламировать лекарственные препараты в формах и дозировках, отпускаемых по рецептам врача, не иначе как в местах проведения медицинских или фармацевтических выставок, семинаров, конференций и иных подобных мероприятий и в предназначенных для медицинских и фармацевтических работников специализированных печатных изданиях (п. 8 ст. 24).

При этом фармацевтические производители сталкиваются с рядом трудностей при выполнении данного требования. Несмотря на наличие добровольных стандартов продвижения лекарственных средств, в т. ч. Кодекса надлежащей практики АІРМ, нормы которого во многом более строгие и детализированные, чем положения Закона № 38-ФЗ, некоторые вопросы продвижения рецептурных лекарственных препаратов остаются в т. н. серой зоне правового поля. Достаточно часто используются приемы завуалированной, скрытой рекламы, когда препараты,

подпадающие под запрет, продвигаются иным способом, например под видом рекламы иного товара либо распространения нерекламной информации.

ПРИМЕР

ФАС России привлекла к ответственности сеть аптек «ГОРЗДРАВ» за ненадлежащую рекламу рецептурных лекарств под видом рекламы аптечной сети. Вопреки доводам аптеки, что наименования и цены лекарств приведены исключительно с информационно-образовательной целью, а объектом рекламирования выступает названная сеть аптек, регулятор указал, что содержание спорной рекламы, а также фраза «Внимание! Не переплачивайте за лекарства!» свидетельствуют о привлечении рекламодателем внимания потенциальных потребителей к конкретным препаратам, предлагаемым к продаже аптеками «ГОРЗДРАВ» по привлекательным ценам (Решение УФАС по г. Москве от 15.05.2014 по делу № 3-24-41/77-14).

Реклама и информация. В чем разница?

Одним из наиболее острых вопросов остается соотношение рекламы препарата и информации о нем, не несущей промоционный характер. Часто производители, стремясь обойти требования Закона № 38-ФЗ, делают акцент на том, что предоставляемые сведения о рецептурном препарате не являются рекламой. Для информации о рецептурном препарате, которая не носит рекламный характер, установлен более широкий перечень допустимых источников размещения, чем для рекламы (п. 1 ст. 67 Федерального закона от 12.04.2010 № 61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств»). В числе таких источников специализированные издания для медицинских и фармацевтических работников, что подразумевает возможность размещения данных о лекарственных препаратах рецептурного отпуска не только в печатных изданиях, но и на специальных ресурсах в сети Интернет.

Однако грань между информацией о лекарственном препарате и его рекламой порой бывает достаточно тонкой. Согласно позиции ФАС России информация о производимых или реализуемых товарах (происхождении товаров, комплектации, ассортименте, цене, потребительских свойствах и иная подобная информация, характеризующая товары для потребителя), размещенная на официальном сайте их производителя или продавца, если указанные сведения предназна-

чены для информирования посетителей сайта об ассортименте товаров, правилах пользования и т. п., не считается рекламой. Следовательно, положения Закона № 38-ФЗ на нее не распространяются (Письмо ФАС России от 02.05.2012 № АК/13623 «О рекламе на транспортных средствах и квалификации информации, размещенной на сайте»).

Официальный сайт

Действующее законодательство не раскрывает понятие «официальный сайт производителя», поэтому пробуем самостоятельно разобраться в его значении.

Сайт в сети Интернет – это совокупность программ для ЭВМ и иной информации, содержащейся в информационной системе, доступ к которой обеспечивается посредством информационно-телекоммуникационной сети Интернет по доменным именам и (или) по сетевым адресам, позволяющим идентифицировать сайты в сети Интернет (п. 13 и 17 ст. 2 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»).

Владельцем сайта в сети Интернет признается лицо, самостоятельно и по своему усмотрению определяющее порядок его использования, в т. ч. порядок размещения на нем информации.

Получается, что фактически любой сайт, принадлежащий конкретному лицу и содержащий информацию о нем, теоретически может быть признан официальным сайтом данного лица. Так, ФАС России подтвердила допустимость размещения на сайте фармацевтического производителя, содержащем бренд препарата в своем названии, информации о рецептурном препарате для лечения гепатита, поскольку в данном случае речь шла о предоставлении справочно-информационных сведений о заболевании хроническим вирусным гепатитом С, а не о рекламе самого препарата (Определение ФАС России о прекращении производства по делу № 3-24-86/00-08-13 от 21.01.2014).

В то же время ФАС России подчеркивает, что есть риск признания рекламой размещенной на официальном сайте производителя информации о лекарственном препарате, если она направлена не столько на оповещение потребителей о деятельности организации или реализуемых товарах, сколько на выделение определенных товаров или самой организации среди однородных товаров, организаций. Таким образом, в спорной ситуации придется доказывать, что размещенная на официальном сайте производителя информация носит исключительно справочный характер и не содержит описания преи-

муществ по сравнению с другими товарами, эмоциональной окрашенности, оценочных суждений и иных приемов по привлечению внимания покупателей.

ПРИМЕР

Рекламу сайта, именованного брендом рецептурного препарата, ФАС России признала ненадлежащей, ссылаясь, в частности, на то, что в имени сайта фигурирует название рецептурного препарата. Данная реклама распространялась в Московском метрополитене, и, оценив ее текстовые и изобразительные элементы в совокупности, регулятор пришел к выводу, что в качестве объекта рекламирования выступает определенный лекарственный препарат, служащий целям контрацепции и выделяемый среди аналогичных товаров за счет отсутствия гормонального воздействия на организм женщины. При этом довод рекламодателя о том, что объектом рекламирования является сам информационный ресурс, а не препарат, признан необоснованным в силу очевидной направленности всех элементов макета на привлечение внимания и выделение определенного лекарственного препарата, а также в связи с наличием возможности получения дополнительной информации не только на интернет-сайте, но и по телефону (Решение УФАС по г. Москве от 11.04.2013 № НК/10620).

Таким образом, при наполнении интернет-сайта информацией о препаратах рецептурного отпуска необходимо убедиться в отсутствии у нее рекламной направленности.

Имеются противопоказания...

Важное требование к рекламе лекарственных средств – указание предупреждения о наличии противопоказаний к их применению и использованию, необходимости ознакомления с инструкцией по применению или получения консультации специалиста.

Помимо нарушений в виде отсутствия в рекламе предупреждения (Постановление ФАС Московского округа от 11.01.2013 по делу № А40-69027/12-139-654), есть примеры привлечения к ответственности при несоответствии предупреждения приведенным требованиям.

ПРИМЕР

В рекламе лекарственного средства «ТераФлю» на стороннем сайте в Интернете данному предупреждению было отведено только 4% рекламной площади. Для установления процентного соотноше-

Требования к предупреждению

1. Для радиопрограмм продолжительность трансляции предупреждения должна составлять не менее трех секунд. Вся обязательная информация, в т. ч. предупреждение о противопоказаниях, должна быть четкой, с хорошим звуком, т. е. легко воспринимаемой слушателем.
2. Для телепрограмм, при кино- и видеообслуживании продолжительность предупредительной надписи – не менее пяти секунд, с отведением не менее 7% площади кадра.
3. Для иных способов распространения рекламы – не менее 5% рекламной площади (рекламного пространства).

Пункт 7 ст. 24 Закона № 38-ФЗ

ния судом были использованы скриншоты с сайта и измерительные приборы. Довод ответчика о том, что рекламой является только изображение продуктовой линейки с препаратами (меньшей по размеру), был отклонен, поскольку в верхней и нижней части рассматриваемого рекламного макета изложена информация, направленная на привлечение внимания к лекарственному средству «ТераФлю», следовательно, необходимо рассматривать площадь рекламного макета полностью (Решение Арбитражного суда Краснодарского края от 13.02.2014 по делу № А33-15049/2013).

Согласно практике судов, если на одной странице печатного издания находится несколько рекламных объявлений, достаточно одного предупреждения. Но стоит учесть, что размер последнего должен быть рассчитан в процентном соотношении от общей полосы (т. е. всей страницы, на которой находятся данные объявления), поскольку законом установлено лишь обязательное наличие предупреждения определенного размера по отношению к тексту рекламы, но не конкретизировано положение текста предупреждения по отношению к самому рекламному объявлению (Постановление ФАС Московского округа от 26.05.2009 № КА-А40/4450-09 по делу № А40-42555/08-148-394).

Не стоит забывать, что за отсутствие необходимой предупреждающей надписи в рекламе лекарств отвечает и рекламодатель. Не так давно ООО «Гугл» было привлечено к ответственности за размещенную в системе Google ненадлежащую рекламу лекарственных препаратов, среди которых были «Кагоцел» и «Иммунал» (Постановление ФАС России от 11.07.2014 по делу № 4-14.3-336/00-08-14).

Таким образом, основное требование к размещению предупреждения – его выделение (как визуальное, так и звуковое) среди рекламной информации с целью обращения внимания пациента.

Чей препарат лучше

Традиционно множество вопросов вызывает возможность сравнения рекламируемых препаратов с препаратами конкурентов и соотнесение такого сравнения с принципом добросовестности.

Согласно ч. 2 ст. 5 Закона № 38-ФЗ недобросовестной признается реклама, которая, в частности:

- содержит некорректные сравнения рекламируемого товара с находящимися в обороте товарами, которые произведены другими изготовителями или реализуются другими продавцами;
- является актом недобросовестной конкуренции в соответствии с антимонопольным законодательством.

Несложно привести большое количество примеров, когда использование сравнения в пользу рекламируемого препарата становится удачным маркетинговым ходом и тем самым выделяет препарат в представлении потребителя из линейки схожих товаров. Но на практике корректность данного сравнения может быть легко оспорена заинтересованным лицом, а на рекламодателя будет наложен штраф за несоблюдение рекламного законодательства.

В настоящий момент законодательство не содержит разъяснений, что именно следует считать некорректным сравнением, нет и критериев «корректности». В то же время суды признают некорректным сравнением, в частности, предположения без видимых оснований, что только рекламируемый товар обладает определенными свойствами, а товары иных организаций во многом уступают ему. При этом товары конкурентов, а нередко и сами конкуренты, снабжаются эпитетами, принижающими их качественные характеристики. Общей речевой стратегией такой рекламы избирается дискредитация на основе сравнения (Постановление ФАС Северо-Кавказского округа

от 24.01.2014 по делу № А63-1412/2013). Ее цель – снижение имиджа с помощью комплекса приемов по передаче отрицательной информации, направленных на формирование предпочтения к рекламируемому товару, продавцу за счет негативной, зачастую уничижительной оценки аналогичных товаров, других продавцов.

При этом рекламодатель несет ответственность за достоверность как сведений, относящихся к его собственному товару – объекту рекламирования, так и тех, которые относятся к товару его конкурентов, объектом рекламирования не являющемуся (п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона “О рекламе”») (далее – Постановление № 58). Сравнение, основанное на несопоставимых критериях, или неполное сравнение товаров запрещено, поскольку это искажает представление о рекламируемом товаре и не позволяет объективно оценить его свойства. Таким образом, реклама может быть признана недостоверной и в том случае, когда не соответствующие действительности сведения касаются товара конкурентов.

Превосходная степень

Оценивать достоверность приводимых сравнений следует также при использовании в рекламе сравнительной характеристики объекта рекламирования с иными товарами путем употребления слов «лучший», «первый», «номер один». Такое сравнение допустимо только с указанием конкретного критерия, по которому оно осуществляется и который имеет объективное подтверждение. 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 (п. 29 Постановления № 58).

ПРИМЕР 1

Также признана ненадлежащей реклама рецептурного лекарственного препарата «Голдлайн», распространявшаяся в виде баннера под видом рекламы другого товара – биологически активной добавки «Голдлайн Лайт» на сайте www.gold-line.ru и рекламной статьи в Интернете. Статья содержала некорректное сравнение препаратов «Голдлайн» и «Редуксин». По мнению ФАС России, такая рекла-

«ASTRA и никаких ФОКУСОВ»

Интересным примером, хотя и не совсем по теме статьи, служит судебное решение о рекламном щите с надписью «ASTRA и никаких ФОКУСОВ», который представлял собой рекламу автомобиля марки Opel, о чем свидетельствовали логотип марки и буквенное обозначение модели. Спорный рекламный щит находился в непосредственной близости от салона, реализующего автомобили марки Ford, в то время как автосалон рекламодателя расположен в другой части города. Суд указал, что в данном слогане сравниваются автомобили Opel Astra и Ford Focus и акцентируется превосходство автомобиля Opel Astra без указания критериев первенства объектов рекламирования. В результате рекламируемый товар воспринимается потребителями как первый по всем возможным показателям, а реклама способна ввести их в заблуждение относительно потребительских свойств и качеств товаров при их выборе (Постановление ФАС Северо-Западного округа от 08.08.2013 по делу № А66-7255/2012).

ма создает искаженное представление о тождественности указанных препаратов и ценовой привлекательности препарата «Голдлайн», что противоречит требованиям Закона № 38-ФЗ.

ПРИМЕР 2

В рекламном сообщении «Одна таблетка белого угля заменяет девять таблеток черного» суд также усмотрел некорректное сравнение биологически активной добавки «Белый уголь» с зарегистрированным лекарственным средством – черным активированным углем. Эти препараты находятся в разных категориях товаров, а потому несопоставимы. Помимо этого, ответчиком не представлены документы, подтверждающие заявленные преимущества рекламируемого товара, что также влечет признание данной рекламы недостоверной (Решение УФАС по Нижегородской области от 13.05.2013 № 282-ФАС52-07/13).

Использовать сравнения в рекламе лекарственных средств следует с осторожностью, убедившись при этом, что в них отражены конкретные подлежащие сравнению показатели, а также объективные критерии первенства объектов рекламирования. Не стоит забывать, что в каждой спорной ситуации могут быть свои индивидуальные факторы, влияющие на исход дела, поэтому при разработке рекламной концепции необходимо учитывать все юридические риски.