

Copie

Délivrée à: me. ENGLEBERT Jacques

art. 792 C.J.

Exempt du droit de greffe - art. 280,2° C.Enr.

270

Expédition

Numéro du répertoire
2019 / 4332
Date du prononcé
14 -06- 2019
Numéro du rôle
2018/AR/2063

Délivrée à	Délivrée à	Délivrée à
le	le	le
€	€	€
CIV	CIV	CIV

☐ Non communicable au
receveur

Arrêt définitif

*Pratiques du marché - action
en cessation – liberté
d'expression – sujet d'intérêt
général – pas de discours
commercial – protection
accrue – base factuelle
suffisante – bonne foi*

Cour d'appel Bruxelles

Arrêt

9ème chambre
affaires civiles

Présenté le
Non enregistrable

COVER 01-00001432095-0001-0019-01-01-1



ent 772 + dor
t
CC. fop ECO

En cause de :

L'UNION NATIONALE DES MUTUALITES SOCIALISTES, BCE 0411.724.220, dont le siège social est établi à 1000 BRUXELLES, Rue Saint-Jean 32-38, en abrégé UNMS,

partie appelante,

représentée par Maître ENGLEBERT Jacques, avocat à 5000 NAMUR, rue Godefroid 43,

Contre :

BELGIAN ASSOCIATION OF CONSUMER HEALTHCARE INDUSTRY ASBL, BCE 0809.465.691, dont le siège social est établi à 1380 LASNE, chaussée de Louvain, 431, en abrégé BACHI,

partie intimée,

représentée par Maîtres BAETE Timothy et LOUBKINE Alexei, avocats à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 221,

plaideur : Maître BAETE Timothy.

I. Les décisions entreprises

L'appel est dirigé contre les jugements prononcés les 21 juin et 28 novembre 2018 par le président du tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles siégeant en cessation.

Les parties ne produisent pas d'acte de signification de ces jugements.



II. La procédure devant la cour

L'appel est formé par exploit signifié le 10 décembre 2018 à la requête de l'Union Nationale des Mutualités Socialistes.

L'appel incident est introduit par conclusions déposées par l'ASBL Belgian Association of Consumer Healthcare Industry, au greffe de la cour, le 31 janvier 2019.

La cause a été mise en état et attribuée à une chambre à trois conseillers en vertu de deux ordonnances rendues le 13 décembre 2018, respectivement sur pied de l'article 747, § 2 du Code judiciaire et de l'article 109 bis, § 3 du même Code.

La procédure est contradictoire.

Il est fait application de l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire.

III. Les faits et antécédents de la procédure

1. L'ASBL Belgian Association of Consumer Healthcare Industry (en abrégé BACHI) est une association belge ayant pour objet social « la représentation et la défense des intérêts moraux et matériels de l'industrie *Consumer Healthcare* étant, au sens large du terme, l'ensemble des entreprises actives en Belgique dans le domaine des médicaments qui peuvent être délivrés sans ordonnance comme des produits qui ne tombent pas sous l'appellation de médicaments ».

L'Union Nationale des Mutualités Socialistes (en abrégé UNMS) est une union de onze mutualités belges agissant sous la dénomination commune « Solidaris ». Elle a notamment pour mission légale l'« *octroi d'aide, d'information, de guidance et d'assistance en vue de promouvoir le bien-être physique, psychique et social* » des personnes (article 3 c de la loi du 6 août 1990 sur les mutualités). Dans le cadre de sa mission d'information, l'UNMS publie régulièrement des travaux relatifs à des sujets



intéressant la santé en général tels que l'alimentation, les maisons de repos, le travail, les médicaments, etc.

2. Le 12 juin 2018, l'UNMS annonce par un communiqué Belga le lancement d'une campagne visant à aider les citoyens à décoder les stratégies des publicités pour les médicaments :

« La mutualité socialiste Solidaris, partant du constat qu'on consomme trop de médicaments, lance mardi sur les réseaux sociaux une campagne dont l'objectif est d'aider les citoyens à décoder les stratégies des publicités pour les médicaments, ainsi qu'une pétition qui vise à les interdire. La pétition sera adressée à Maggie De Block, ministre des Affaires sociales et de la Santé publique et à Kris Peeters, ministre de l'Economie et des Consommateurs.

Solidaris estime que la publicité pour les médicaments devrait être interdite car il ne s'agit pas de produits de consommation comme les autres. La mutualité demande un renforcement de la réglementation pour mieux protéger les intérêts des patients et une application beaucoup plus stricte de celle-ci, une interdiction, à terme, de toute publicité à destination du grand public pour les produits médicamenteux et une prise de position ferme et volontariste auprès des instances européennes afin que cette interdiction soit valable pour toute l'UE .

En plus de la pétition, le service Promotion de la santé de Solidaris a créé huit capsules vidéos destinées à être diffusées sur internet, spécialement sur les réseaux sociaux, afin de sensibiliser le grand public et de l'aider à décoder les stratégies des publicités pour les médicaments ».

Quelques jours auparavant, le 5 juin 2018, l'UNMS informe la Commission de contrôle de la publicité sur les médicaments du lancement de cette action consistant en une pétition et une « série de faux spots pour des médicaments imaginaires ».

La campagne d'information est annoncée par une page spécifique du site web de l'UNMS (« Publicité médicaments »), sous le titre :

« *N'avez pas tout ce qu'on vous raconte ! Vidéos de décodage des publicités pour les médicaments* ». A la suite de ce message, apparaissent huit images de huit capsules vidéos intitulées : *Instant magique*, *Le bon gout fraise*, *Vice/versa*, *L'habit ne fait pas le moine*, *À chaque remède son mal*, *Vis ta vitamine*, *Un mal heureux événement* et *Ça sent le sapin*. Seule l'image de la première vidéo (*Instant magique*) apparaît avec



un hyperlien vers une vidéo (ce lien n'étant pas encore activé pour les sept autres capsules).

La seule capsule vidéo active (« *Instant magique* ») débute avec l'image d'un père de famille qui s'apprête à prendre une bouteille de champagne dans un frigo ; la scène se déroule peu avant minuit au nouvel an et l'on entend sa famille en fond sonore qui le réclame. Il ressent alors des gargouillements, signes précurseurs d'une diarrhée aiguë et d'une « soirée fichue », ainsi que l'annonce une voix-off. Cette même voix-off poursuit en le rassurant : « *mais non : en cas d'urgence, découvrez Diastop Instant. Diastop Instant traite efficacement votre diarrhée grâce à son comprimé. En un instant* », pendant que le père de famille avale ledit comprimé. Il réapparaît soulagé, sur le point de déboucher la bouteille de champagne, entouré de sa famille qui entame le décompte des douze coups de minuit.

La scène est interrompue par une autre dans laquelle apparaît « Marc Dividende », directeur marketing de la firme Pharmacorp, assis dans un fauteuil dans un espace anonyme. Il annonce avec un air narquois « *Haha...Jouer sur les mots, c'est magique* » et expose que « *le terme « instant » sous-entend que le médicament agit plus vite, alors que pas du tout ! Cela signifie juste qu'il fond instantanément dans la bouche* ». Il conclut en déclarant qu'« *il nous suffit d'ajouter un mot pour le vendre plus cher...instantanément* ».

La capsule se poursuit avec un retour sur l'image de la famille qui achève le décompte des douze coups de minuit, du visage du père dont il se déduit de l'expression que son mal n'est pas endigué tandis qu'il débouche la bouteille de champagne et de la mine dépitée de l'ensemble de la famille lorsque le champagne jaillit.

Le personnage de Marc Dividende réapparaît, trinquant « à tous ces instants magiques ».

Apparaissent ensuite les phrases « *Les firmes pharma jouent sur les mots : ne vous laissez pas berner ! N'avez pas tout ce qu'on vous raconte. Même pour les médicaments, la pub, c'est pour vendre !* », reprise par la voix-off, suivie du logo de Solidaris et de sa campagne « *Dosez-moi ça ! Des médicaments, seulement quand il faut et toujours comme il faut* ».

Sous les huit images, il est précisé :

« Solidaris diffuse des capsules vidéos qui décodent avec vous les stratégies marketing des publicités pour les médicaments.



Pour Solidaris, la publicité pour les médicaments devrait être interdite (signer la pétition) (<https://www.mesopinions.com/petition/sante/interdiction-publicite-medicaments/43892>) parce que ce ne sont pas des produits comme les autres.

Malheureusement ce n'est pas le cas : les firmes pharmaceutiques ont l'autorisation de diffuser des pubs pour les médicaments ! Et comme la réglementation n'est pas stricte, elles font passer des messages souvent peu nuancés et parfois trompeurs ! En jouant par exemple sur les mots, les goûts et les couleurs, ou en insistant sur les effets bénéfiques et en taisant - ou presque - les effets secondaires...

A chaque épisode de la série, de nouvelles aventures de la famille Padupe aux prises avec les stratagèmes de Marc Dividende, Directeur marketing de chez Pharmacorp...

Inscrivez-vous ici pour recevoir les nouveaux épisodes en primeur ! ».

La page internet propose ensuite trois hyperliens renvoyant vers trois autres pages traitant des sujets suivants :

- « Pourquoi la publicité pour les médicaments devrait être interdite »,
- « Pourquoi la réglementation de la publicité ne suffit pas »,
- « Faites connaissance avec la famille Padupe ».

3. Le 15 juin 2018, BACHI fait citer l'UNMS devant le président du tribunal de commerce francophone de Bruxelles. Elle sollicite sur le fondement de l'article 19, alinéa 3 du Code judiciaire de :

- ordonner à l'UNMS de cesser la campagne relative à la publicité sur les médicaments sur le site internet www.solidaris.be, sur le compte Facebook Solidaris et sur tout autre site internet, support, média et par voie de presse ;
- ordonner à l'UNMS de rendre inactive et inaccessible la page internet de cette campagne et entre autres le lien internet suivant : <http://www.solidaris.be/SolidarisMutsoc/campagnes/Publicite-medicaments/Pages/index.aspx>;
- ordonner à l'UNMS de rendre inactive et inaccessible la vidéo intitulée « Instant magique » et entre autres le lien internet suivant : <https://vimeo.com/272378174> ;
- faire interdiction à l'UNMS de diffuser de nouvelles vidéos relatives à la publicité sur les médicaments sur le site internet www.solidaris.be, sur le compte



Facebook Solidaris et sur tout autre site internet, support, média et par voie de presse,
le tout, sous peine d'astreintes.

Le premier jugement entrepris fait droit à ces demandes dans l'attente du jugement sur le fond de la demande.

Au fond, BACHI demande au président du tribunal, avant-dire droit, d'ordonner à l'UNMS de produire les vidéos relatives à la publicité sur les médicaments réalisées dans le cadre de sa campagne et non encore diffusées, conformément aux articles 871 et 877 du Code judiciaire et selon la forme et les modalités à déterminer, sous peine d'astreintes et réitère les demandes qu'elle avait déjà formulées à titre de mesures provisoires.

Par le second jugement entrepris, le premier juge déclare la demande de BACHI « fondée comme dit ci-après et en conséquence :

- ayant constaté qu'en diffusant notamment sur son site Internet une page comportant notamment les affirmations et expressions « *N'avez pas tout ce qu'on vous raconte* », « *Les firmes pharmaceutiques (...) font passer des messages souvent peu nuancés et parfois trompeurs ! En jouant par exemple sur les mots* », « *Famille Padupe* », « *Les stratagèmes de Marc Dividende* » et en diffusant un faux spot publicitaire intitulé « Instant magique », l'UNMS a violé l'article VI. 104 du Code de droit économique ;
- ordonnons à l'UNMS de rendre inactive et inaccessible la page Internet de la campagne relative à la publicité sur des médicaments et mettant en scène la « Famille Padupe » et « Marc Dividende », et entre autres le lien Internet suivant : <http://www.solidaris.be/SolidarisMutsoc/campagnes/Publicite-medicaments/Pages/index.aspx> sous peine d'astreintes de 2.000,00 EUR par jour mis à se conformer au présent jugement, huit jours après sa signification ;
- ordonnons à l'UNMS de rendre inactive et inaccessible la vidéo intitulée « Instant Magique » et entre autres le lien Internet suivant : <https://vimeo.com/272378174>, sous peine d'astreintes de 2.000,00 EUR par jour mis à se conformer au présent jugement, huit jours après sa signification ;
- ordonnons à l'UNMS l'interdiction de toute autre communication, par quelque média que ce soit, comportant une ou des vidéos présentant une fausse publicité pour un médicament imaginaire et mettant en scène le cas échéant la famille Padupe ou Marc Dividende ou tout autre personnage portant un nom à



connotation dénigrante pour les membres de BACHI, sous peine d'astreintes de 2.000,00 EUR par jour mis à se conformer au présent jugement, huit jours après sa signification ».

En appel, l'UNMS demande à la cour de réformer les jugements dont appel et de déclarer les demandes de BACHI non fondées, au même titre que l'appel incident et la demande de production forcée des capsules vidéos non encore diffusées.

BACHI sollicite la confirmation du jugement entrepris sauf en tant qu'il a dit que l'UNMS pouvait se prévaloir d'une protection accrue de la liberté d'expression, que la communication de l'UNMS n'a pas trait à un discours commercial et que le juge des cessations n'a pas une marge d'appréciation élargie. Si la cour devait réformer l'ordre de cessation des sept autres « faux spots », BACHI en sollicite la production, avant dire droit sur pied de l'article 877 du Code judiciaire.

IV. Discussion

4. Sur le fondement de l'article VI.104 du Code de droit économique (CDE), BACHI a sollicité et obtenu du premier juge qu'il ordonne à l'UNMS de cesser sa campagne d'information relative à la publicité sur les médicaments en ce qu'elle constituait des actes de dénigrement à l'égard des membre de BACHI.

L'UNMS oppose à cette demande que les mesures sollicitées par BACHI constituent une ingérence dans sa liberté d'expression ne répondant pas aux exigences des articles 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et 19 de la Constitution.

5. La liberté d'expression est un droit fondamental dont l'exercice ne peut être restreint qu'à la triple condition que l'ingérence soit légale, légitime et nécessaire dans une société démocratique. En ce qui concerne la communication dont elle avait entrepris la diffusion, l'UNMS ne conteste pas que l'ingérence est prévue par la loi et qu'elle est légitime. Elle conteste en revanche que les mesures d'interdiction postulées répondent à un besoin impérieux dans une société démocratique.



6. C'est d'abord à juste titre que l'UNMS soutient pouvoir bénéficier, en sa qualité de « chien de garde de la démocratie », de la protection accrue de la liberté reconnue par l'article 10 de la CEDH, lorsqu'elle s'exprime sur une question de santé comme elle l'a fait au travers de la campagne litigieuse. Cette protection accrue est reconnue non seulement à la presse, mais aussi et notamment à des organisations non gouvernementales, des associations, des « petits groupes de militants non officiels », des chercheurs, des auteurs d'ouvrages qui, par leur expression, appellent « l'attention de l'opinion sur des sujets d'intérêt public » (cf. jurisprudence de la Cour eur. D.H. citée par l'UNMS dans ses conclusions en réponse (sous forme de conclusions de synthèse) remises au greffe le 7 mars 2018, pp.20-25 ; voir aussi Cour eur. D.H, arrêt *Bédât c. Suisse* du 29 mars 2016, point 49). En diffusant au public le message d'information critiqué, l'UNMS - dont l'objectif est « d'obtenir un changement de la législation et des politiques publiques dans le domaine de la publicité pour les médicaments » - « traite[] d'un sujet relatif à la santé publique » et « contribue à un débat sur un sujet d'intérêt public », selon les termes du second jugement entrepris auxquels la cour se rallie. Il n'est donc pas requis, pour qu'elle puisse bénéficier d'une protection accrue, que l'UNMS soit un organe de presse ou une organisation non gouvernementale, ce qu'elle ne soutient du reste pas.

L'appel incident de BACHI sur ce point n'est dès lors pas fondé.

7. Il ne l'est pas davantage en ce qu'il fait grief au second jugement entrepris d'avoir considéré que la communication de l'UNMS ne s'inscrivait ni dans un contexte concurrentiel, ni dans un contexte commercial, ce qui impliquait de ne pas la priver d'une protection accrue.

Cette protection accrue ne s'efface qu'en présence d'un discours commercial tenu dans un contexte de concurrence (voir Cour eur. D.H, arrêt *Markt intern Verlag GmbH c. Allemagne*, du 20 novembre 1989, dans lequel une maison d'édition s'employant à protéger les intérêts des droguistes et des détaillants de produits de beauté dénonçait dans une publication disponible sur abonnement les pratiques d'un opérateur identifié ; Cour eur. D.H, arrêt *Jacobowski c. Allemagne*, du 23 juin 1994, qui concernait des propos tenus par le directeur d'une nouvelle agence de presse en vue de détourner la clientèle de son ancienne agence ; Cour eur. D.H, arrêt *Arztekammer für Wienand Dorner c. Austria*, du 16 février 2016, dans lequel une association de médecins – dont il avait été reconnu qu'elle avait une activité de nature concurrentielle - critiquait un fonds d'investissement).



En l'espèce, si, ainsi que le fait valoir BACHI, l'UNMS propose certes à ses affiliés une assurance complémentaire, des produits d'assurance ou d'autres services payants, cette activité n'est pas concurrente de celle des membres de BACHI. En outre, l'UNMS ne développe pas un discours commercial, la communication litigieuse portant sur des stratégies marketing, dans une visée d'intérêt général, tandis que BACHI défend les intérêts moraux et matériels de ses membres, des entreprises pharmaceutiques.

8. Les limites de l'appréciation du juge des cessations et de la protection conférée à l'UNMS étant précisées, il doit être vérifié que l'UNMS n'a pas excédé les limites admissibles de la liberté d'expression ; ce contrôle implique de s'assurer qu'elle disposait d'une base factuelle suffisante et qu'elle était de bonne foi. S'agissant de la preuve d'une base factuelle suffisante, il convient de rappeler que si la matérialité des faits doit être prouvée, les jugements de valeur ne se prêtent pas à une démonstration de leur exactitude et que dans ce cas l'obligation de preuve, impossible à remplir, porte atteinte à la liberté d'expression elle-même, élément fondamental du droit garanti par l'article 10 (cf. Cour eur. D.H, arrêt *Morice c. France*, du 23 avril 2015, § 155). N'étant pas journaliste, l'UNMS n'est pas soumise aux règles – notamment déontologiques – qui s'appliquent à cette profession.

Ce n'est qu'en cas « d'attaques gravement préjudiciables dénuées de fondement sérieux » (cf. idem, § 131) qu'une ingérence pourrait être justifiée pour autant qu'elle soit proportionnée au but légitime poursuivi et qu'elle repose sur des motifs pertinents et suffisants.

9. La campagne conçue par l'UNMS se présente sous la forme d'une page web dont le texte est reproduit précédemment et de huit capsules vidéos à visionner sur internet, dont une seule a été rendue accessible au public.

Il convient d'avoir égard au (seul) message effectivement délivré par l'UNMS. Il doit en effet être souligné qu'aucune des affirmations que BACHI prête à l'UNMS (cf. p.43 de ses conclusions additionnelles et de synthèse d'appel) ne se retrouvent dans les communications litigieuses. Le « ressenti » de BACHI ne constitue pas une relation fidèle des propos de l'UNMS. Ainsi, l'UNMS n'affirme pas que :



- les entreprises pharmaceutiques tromperaient sciemment les patients-consommateurs ;
- l'utilisation du terme « *instant* » pour qualifier certains médicaments (notamment Imodium Instant) aurait pour but de faire croire aux patients-consommateurs que ces médicaments agiraient immédiatement, alors qu'en réalité ils fondent instantanément dans la bouche, et ce pour permettre aux entreprises pharmaceutiques de les vendre plus chers ;
- les entreprises pharmaceutiques commercialiseraient des produits inefficaces ;
- les entreprises pharmaceutiques n'auraient comme seul objectif que d'enrichir leurs actionnaires, au mépris de la santé des patients-consommateurs ;
- les entreprises manipuleraient les patients-consommateurs.

10. La première phrase de la page web contenant la communication conçue par l'UNMS interpelle le public avec une phrase nuancée : « *N'avez pas tout ce qu'on vous raconte ! Vidéos de décodage des publicités pour les médicaments* » (souligné par la cour).

L'UNMS expose ensuite la teneur générale de sa communication (campagne d'information et pétition) et ses motivations (notamment d'obtenir l'interdiction de la publicité pour les médicaments non soumis à prescription médicale ou « OTC »). Au sujet des capsules vidéos diffusées sur internet, elle indique vouloir sensibiliser le grand public et l'aider « *à décoder les stratégies des publicités pour les médicaments* ». Après une série de huit images fixes des capsules vidéos, l'UNMS poursuit son message en déplorant le caractère trop peu strict de la réglementation de la publicité pour les médicaments, ce qui permet aux firmes pharmaceutiques de faire « *passer des messages souvent peu nuancés et parfois trompeurs ! En jouant par exemple sur les mots, les goûts et les couleurs, ou en insistant sur les effets bénéfiques et en taisant - ou presque - les effets secondaires...* ». La page renvoie également à un argumentaire explicitant pourquoi la publicité pour les médicaments devrait être interdite et pourquoi la réglementation ne suffit pas.

11. Contrairement à ce que soutient BACHI, l'UNMS n'accuse pas les entreprises pharmaceutiques de tromper généralement le public en intégrant dans leurs publicités des stratagèmes créés par des professionnels de la communication. Après avoir émis des critiques générales sur la publicité pour les médicaments en vente libre, son propos est plus nuancé (par l'usage des mots « souvent » et « parfois ») et



cible des pratiques bien déterminées. Sa communication ne dévalorise pas les médicaments dans leur ensemble ou même un médicament en particulier, mais vise à mettre en évidence l'existence de certaines stratégies marketing qui sont de nature à augmenter des ventes sous des motifs erronés.

Ce discours, qui souligne les risques de la publicité pour les médicaments en vente libre, trouve appui dans plusieurs articles de presse et documents produits par l'UNMS (pièces 17 à 23 de son dossier de pièces et références citées pp.53-57 de ses conclusions en réponse) qui mettent en évidence la nécessité pour le public de disposer d'une information objective au regard des risques que leur fait courir l'automédication.

Le message général de la campagne ne soutient notamment pas que les médicaments seraient inefficaces ou que les entreprises pharmaceutiques ne respecteraient pas la réglementation qui leur est applicable, qu'elle soit relative aux médicaments (voir pts 65 à 90 des conclusions de BACHI) ou à leur publicité. Bien qu'admettant que la publicité radiophonique et télévisuelle pour les médicaments fasse l'objet d'un contrôle préalable et que les membres de BACHI s'y soumettent, l'UNMS considère comme d'autres (notamment Test-Achats, pièce 2 du dossier de l'UNMS) que la réglementation n'est pas assez stricte et que son contrôle est insuffisant.

Le slogan qui apparaît à la fin du texte présentant la campagne confirme d'ailleurs que l'UNMS ne milite pas de manière générale contre les médicaments mais en faveur d'un usage modéré et raisonné de ceux-ci puisqu'il indique « *Dosez-moi ça! Des médicaments, seulement quand il faut et toujours comme il faut* ».

Compte tenu de ces éléments, il doit être considéré que l'UNMS disposait d'une base factuelle suffisante et qu'elle était de bonne foi.

12. La communication de l'UNMS est complétée par huit capsules vidéo présentées comme autant d'épisodes d'une série illustrant des moments de vie de la « famille Padupe » confrontée aux médicaments; seule la première capsule vidéo a été rendue accessible au public. L'accès à ces capsules se faisant à l'occasion de la consultation de la page internet conçue par l'UNMS et du message qu'elle contient, le public avait normalement pris connaissance du contexte d'information dans lequel ces capsules s'inscrivaient.



Cette première vidéo n'est pas un « faux spot publicitaire », à défaut de faire la promotion d'un produit, fût-il imaginaire. Si, dans un premier temps, elle en adopte le format et les codes, elle s'en distingue nettement par l'insertion de messages d'information au milieu et à la fin de la vidéo. Il est sans pertinence que la représentante de l'UNMS au sein de la Commission de contrôle de la publicité pour les médicaments l'a qualifié tel dans un message qu'elle a adressé à cette Commission, cette information n'étant pas destinée au public. Aucun doute n'est du reste permis dès l'instant où la capsule est diffusée sur le site internet de l'UNMS avec une explication claire de l'objectif de sa communication.

13. La capsule vidéo vise plus précisément à informer le consommateur sur la signification exacte du suffixe « Instant » apposé à la suite du nom du médicament (ou « marque ombrelle »).

Contrairement à ce qu'a décidé le second jugement entrepris, le défaut de base factuelle suffisante et de bonne foi ne pouvait être déduit de la seule considération que la capsule vidéo reposait sur une mise en scène inventée et donc sur une situation inexistante. Le parti pris par l'UNMS consistait à l'évidence à communiquer une information en adoptant, pour les dénoncer, les codes de la publicité télévisuelle mais non à critiquer une publicité en particulier, ce qui l'aurait exposée à la critique (cf. Cour eur. D.H, arrêt *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft c. Suisse*, du 12 avril 2001, où la mise en cause d'un médicament en particulier, le C-pain, a été sanctionnée).

C'est dès lors également vainement que BACHI fait grief à l'UNMS de ne pas produire « les spots publicitaires incriminés » : le message tel que diffusé par l'UNMS ne concerne pas un spot publicitaire, mais la technique de marketing qui consiste à apposer le suffixe « Instant » à un nom de médicament sans en expliquer la signification.

14. Selon un document « *guideline nationale relative à la nomenclature des médicaments à usage humain* » émanant de l'AFMPS (Agence fédérale des médicaments et des produits de santé) « *les suffixes, préfixes et abréviations sont acceptables si ils apportent un éclaircissement en rapport avec les propriétés (au sens large) du médicament permettant aux patients et/ou praticiens d'identifier plus facilement les*



médicaments », le suffixe apposé au nom commercial du médicament « ne peut avoir un caractère promotionnel quant aux propriétés thérapeutiques ou pharmaceutiques » ou encore sont refusés les suffixes « Express », « Immédiat », « Rapid » ou « Quick ».

L'UNMS soutient qu'en dépit de ces directives, l'usage du suffixe « Instant » apposé à la suite de la marque « ombrelle » du médicament, sans explication immédiate, peut être à la source d'une mauvaise compréhension du public. Cette affirmation repose sur une base factuelle suffisante, compte tenu des éléments objectifs suivants :

- le résumé des caractéristiques de deux médicaments connus sur le marché indique que leurs différentes formes d'administration (gélules, comprimés orodispersibles, ...) sont bio-équivalentes ;
- une enquête d'opinion réalisée à la demande de l'UNMS sur la compréhension du terme « Instant » montre que l'usage de ce terme peut inciter des consommateurs à acheter un médicament en raison de la vertu qu'ils lui prêtent d'agir (plus) rapidement. BACHI affirme sans le démontrer qu'il s'agit d'une enquête « pilotée », le sondage ayant été réalisé par une firme spécialisée (Dedicated) ; les questions qui étaient posées, compte tenu de leur variété, sont suffisamment objectives et ne révèlent aucune intention d'en diriger les réponses. Ce sondage a une valeur probante suffisante.

C'est à tort que BACHI invoque l'adage « nul ne peut se constituer de preuve à lui-même » pour disqualifier le sondage : ce dernier est en effet utilisé pour établir un fait dont la preuve est libre (*Droit judiciaire*, tome 2, sous la dir. de de Leval, G., Larcier, 2015, p. 473) ;

- sur trois boîtes de médicaments produites par l'UNMS, la précision selon laquelle il s'agit de comprimés orodispersibles (pour le Transityl Instant et l'Imodium Instant) ou de granulés en sachets – dont l'ingestion ne nécessite pas qu'ils soient pris avec de l'eau – (pour le Dafalgan Instant) n'apparaît respectivement qu'en troisième, quatrième et troisième lignes ; cette indication ne présente aucun lien direct avec le mot « Instant » qui est accolé à la marque « ombrelle » du médicament, ces deux mots figurant en première ligne et en évidence (par l'usage de caractères de plus grande dimension) ;
- un spot publicitaire diffusé pour le médicament *Imodium Instant* met en scène une jeune femme pressée et dynamique dont l'activité est soudainement menacée par une diarrhée. Après la précision qu'il s'agit d'un « petit comprimé fondant qui se dissout instantanément », il est ajouté que c'est « pour vous remettre rapidement dans le bon rythme ». Le spot s'achève avec le slogan



final : « Aide instantanée en cas de diarrhée » et la jeune femme qui repart d'un bon pied.



Ce message ne précise pas que le terme « Instant » se rapporte à son mode d'administration et annonce en revanche qu'il remet rapidement dans le bon rythme ;

- le suffixe « Instant » est utilisé pour des médicaments dont il est généralement attendu qu'ils produisent un effet le plus immédiat possible – ce qui est le cas par exemple d'un antidouleur, d'un anti-diarrhéique ou d'un antiémétique (voir liste des médicaments « Instant » disponibles sur le marché belge, p. 75 des conclusions en réponse d'UNMS).

15. L'UNMS est également de bonne foi.

Dans sa capsule vidéo « *Instant Magique* », contrairement à ce que fait valoir BACHI, elle ne met pas en cause l'efficacité des médicaments auxquels le suffixe « Instant » est apposé. L'UNMS ne prétend pas davantage que le nom du médicament est choisi librement par les firmes pharmaceutiques ou que l'usage du terme « Instant » ne serait pas autorisé : il n'est en effet pas contesté que l'adjonction du suffixe « Instant » à la suite du nom commercial d'un médicament (marque ombrelle) est autorisée pour indiquer qu'il est orodispersible, c'est-à-dire qu'il fond dans la bouche et peut être ingéré sans avaler d'eau. Par sa capsule, l'UNMS tente d'alerter le public sur une mauvaise compréhension du mot « Instant » – signifiant « (très) petit espace de temps » - qui fait partie de la marque du médicament, en ce que ce public pourrait croire que le médicament produit un effet immédiat alors qu'il qualifie seulement un mode d'administration du médicament ; l'UNMS attire l'attention du consommateur



sur le fait que l'information dont il dispose est sur ce point ambiguë, ce qui peut la rendre trompeuse. Ainsi, un article de presse produit par l'UNMS met en évidence que la communication relative au Paracétamol orodispersible promeut la facilité de les avaler alors qu' « *il existe peu de situations où avaler du paracétamol est si urgent que vous ne puissiez attendre de trouver un verre d'eau* » (pièce 17 du dossier de l'UNMS – article sur le site quechosir.org, « Efferalgan Cappuccino et Vanille-Fraise – la saveur du marketing »).

16. BACHI soutient encore mais en vain que la capsule présenterait les entreprises pharmaceutiques à l'image dénigrante de « Big brother » au motif que le personnage de Marc Dividende observerait la famille Padupe de son ordinateur. Cette affirmation est inexacte et contraire au contenu de la capsule vidéo présentée à la cour : il se comprend que Marc Dividende regarde avec son ordinateur un message commercial conçu par son entreprise – dont il se félicite – et non une scène de vie d'une famille réelle.

L'usage d'une mise en scène et d'un ton humoristique n'est pas critiquable, s'agissant d'un moyen communément utilisé afin de faire passer un message sérieux. Il en va de même de la présentation volontairement caricaturale du directeur marketing de l'entreprise pharmaceutique – Marc Dividende ; le choix-même de représenter la firme pharmaceutique par cette fonction en particulier (et non par celle, plus parlante, d'un laborantin) est en parfaite adéquation avec le message de l'UNMS qui entend critiquer les stratégies marketing et pas les médicaments dans leur globalité. Le nom de famille « Padupe » (qui correspond à l'idée « pas dupe » et non de « dupe » ou « dupée ») vise quant à lui à soutenir l'idée que cette famille ne sera pas trompée à la condition d'être bien informée.

17. Il n'est pas davantage établi que la capsule ferait passer le message que les entreprises pharmaceutiques auraient pour seul objectif d'enrichir leurs actionnaires au mépris de la santé des patients consommateurs : d'une part, l'utilisation du nom de « Marc Dividende » est destinée à souligner le rôle d'un directeur marketing dans la société et non à la réduire à ce seul aspect ; d'autre part, il n'est nullement affirmé ou insinué que la santé des patients-consommateurs serait méprisée.

Quant à l'affirmation que cet usage permet de vendre les médicaments plus cher, l'UNMS ne conteste pas que les membres de BACHI sont soumis et respectent la



règlementation en matière de fixation de prix (titre 2 du livre V du CDE et AR du 10 avril 2014 fixant les conditions de recevabilité, les délais et les modalités pratiques des demandes de fixation de prix, des demandes de hausse de prix, des notifications de prix et de communications (de prix) des médicaments). Elle soutient en revanche que les nouvelles déclinaisons (dont la version « orodispersible ») de médicaments bien connus permettent en général d'en augmenter – parfois sensiblement – le prix de vente. Elle apporte, à titre d'exemple, la preuve que le médicament Imodium (anti-diarrhéique) est vendu au prix de 11,82 € pour 60 gélules de 2mg alors qu'il l'est au prix de 21,39 € dans sa forme « Instant » également pour 60 comprimés orodispersibles de 2mg (cf. pièce 6 du dossier de l'UNMS). Cette augmentation de prix – même si elle est autorisée – est, selon l'UNMS, injustifiée lorsque les consommateurs font choix d'une déclinaison du médicament pour un motif erroné. BACHI fait pour sa part valoir que le prix de vente du médicament est déterminé par ses coûts (des composants, de fabrication, notamment); au soutien de cette affirmation, elle se prévaut de deux études publiées en 2004 et 2013. Elle n'oppose cependant aucune contradiction documentée aux affirmations de l'UNMS.

18. Vainement BACHI prétend-elle que la campagne de l'UNMS met en cause en particulier et de façon dénigrante le médicament « Imodium Instant », commercialisé par un de ses membres, la SA Johnson & Johnson Consumer. Aucun médicament n'est jamais nommément désigné par l'UNMS dans sa campagne et il est constant qu'il ne s'agit ni du seul médicament, ni du seul anti-diarrhéique sur le marché auquel est apposé le suffixe « Instant ». Les seules allusions à ce médicament sont faites dans le cadre des conclusions d'appel de l'UNMS pour justifier les affirmations selon lesquelles le prix d'un médicament « Instant » est vendu plus cher et que la publicité pour ce médicament est source de confusion. La capsule vidéo « *Instant Magique* » qui évoque un médicament imaginaire (Diastop Instant) ne comporte aucune ressemblance avec le spot publicitaire diffusé pour « Imodium Instant ». En tout état de cause, BACHI n'est pas habilitée à représenter les intérêts d'une firme pharmaceutique en particulier.

La circonstance que le propos dérange ne constitue pas davantage une raison d'en interdire l'expression.

19. Enfin, même si la capsule était présentée isolément, son contenu est suffisamment explicite pour ne laisser aucun doute sur la circonstance qu'elle véhicule une



information sur la publicité pour les médicaments, ce message étant souligné à la fin de la capsule par l'annonce : « Les firmes pharma jouent sur les mots : ne vous laissez pas bernier ! N'avez pas tout ce qu'on vous raconte. Même pour les médicaments, la pub, c'est pour vendre! », suivie du logo de Solidaris et de sa campagne « Dosez-moi ça! Des médicaments, seulement quand il faut et toujours comme il faut ».

20. Il découle de l'ensemble des considérations qui précèdent que la campagne de l'UNMS ne dépasse pas les limites de la liberté d'expression et qu'il n'y avait pas lieu de l'interdire.

21. S'agissant des sept capsules vidéo dont la diffusion n'avait pas encore été initiée, BACHI justifie sa demande d'interdiction par l'affirmation qu'il est incontestable que les sept autres « faux spots » participent de la même volonté de dénigrement des entreprises pharmaceutiques et de certains de leurs produits en particulier et que la cessation de ces actes dont la commission était imminente était dès lors justifiée.

Il a été constaté que la diffusion de la première capsule vidéo ne dépassait pas les limites de la liberté d'expression et il ne résulte d'aucun élément objectif du dossier qu'à ce stade les autres capsules les enfreindraient. Il y a dès lors lieu de constater que ni la mesure de cessation ni celle de production des capsules ne peuvent se justifier, sans qu'il ne soit utile d'examiner la légalité et la constitutionnalité de l'ingérence demandée.

22. L'appel étant fondé, BACHI est condamnée à supporter les dépens d'instance et d'appel.

V. Dispositif

Pour ces motifs, la cour,

Reçoit les appels et dit l'appel principal seul fondé ;



Réforme les jugements entrepris sauf en tant que le premier d'entre eux a reçu la demande ;

Statuant à nouveau pour le surplus,

Dit la demande originaire non fondée ;

Met les dépens des deux instances à charge de l'ASBL Belgian Association of Consumer Healthcare Industry ;

Condamne l'ASBL Belgian Association of Consumer Healthcare Industry à payer à l'Union Nationale des Mutualités Socialistes l'indemnité de procédure de première instance (1.440,00 €) et d'appel (1.440,00 €) et les frais de la requête d'appel (513,34 €), à augmenter des intérêts au taux légal à partir du prononcé de l'arrêt.

Cet arrêt a été rendu par la 9^{ème} chambre de la cour d'appel de Bruxelles, composée de :

Mme Marie-Françoise CARLIER, président de la chambre,
Mme Françoise CUSTERS, conseiller,
Mme Catherine HEILPORN, conseiller,

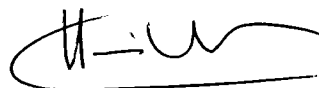
qui ont assisté à toutes les audiences et ont délibéré à propos de l'affaire.

Il a été prononcé en audience publique par Mme Marie-Françoise CARLIER, président de la chambre, assistée de Mme Patricia DELGUSTE, greffier, le

14 -06- 2019



Patricia DELGUSTE



Catherine HEILPORN



Françoise CUSTERS



Marie-Françoise CARLIER

