

Version anonymisée

Traduction

C-370/20 – 1

Affaire C-370/20

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

7 août 2020

Juridiction de renvoi :

Bundesgerichtshof (Allemagne)

Date de la décision de renvoi :

25 juin 2020

Demandeur et demandeur au pourvoi en Revision :

Pro Rauchfrei eV

Défendeur et défendeur au pourvoi en Revision :

JS

**BUNDESGERICHTSHOF (COUR FÉDÉRALE DE JUSTICE,
ALLEMAGNE)**

ORDONNANCE

[OMISSIS]

dans l'affaire

Pro Rauchfrei eV, [OMISSIS] Munich,

demandeur et demandeur au pourvoi en Revision,

[OMISSIS]

contre

JS, [OMISSIS] Munich,

FR

défendeur et défendeur au pourvoi en Revision,

[OMISSIS] [Or. 2]

À la suite de l'audience de plaidoiries du 14 mai 2020, la première chambre civile du Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) [OMISSIS]

ordonne :

- I. Il est sursis à statuer.
- II. La Cour est saisie des questions préjudicielles suivantes portant sur l'interprétation de l'article 8, paragraphe 3, première phrase, et de l'article 8, paragraphe 8, de la directive 2014/40/UE du Parlement européen et du Conseil, du 3 avril 2014, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac et des produits connexes, et abrogeant la directive 2001/37/CE (JO 2014, L 127, p. 1) :
 1. La notion de « mise sur le marché », au sens de l'article 8, paragraphe 3, première phrase, de la directive 2014/40, comprend-elle la mise en vente de produits du tabac par l'intermédiaire de distributeurs automatiques dans lesquels les unités de conditionnement de cigarettes, bien que présentant les avertissements réglementaires, sont stockées de telle manière qu'elle ne sont pas initialement visibles pour le consommateur, les avertissements présents sur les unités de conditionnement ne devenant visibles qu'au moment où le distributeur, préalablement déverrouillé par l'hôte ou l'hôtesse de caisse, est actionné par le client et où, de ce fait, l'unité de conditionnement est éjectée sur le tapis de caisse avant que le client ne procède au paiement ? [Or. 3]
 2. La dissimulation complète de l'emballage des produits du tabac présentés dans un distributeur tombe-t-elle sous le coup de l'interdiction de « dissimuler [les avertissements] par tout autre élément » prévue à l'article 8, paragraphe 3, première phrase, de la directive 2014/40 ?
 3. Une image constitue-t-elle une « image d'une unité de conditionnement », au sens de l'article 8, paragraphe 8, de la directive 2014/40, dès lors que le consommateur l'associe à un emballage de tabac en raison de son aspect, à savoir ses contours, ses proportions, ses couleurs ainsi que le logo de la marque, même si la représentation utilisée n'est pas une reproduction fidèle de l'emballage d'origine ?
 4. Les exigences de l'article 8, paragraphe 8, de la directive 2014/40 sont-elles remplies, quelle que soit la représentation utilisée, dès lors que le

consommateur a la possibilité de voir les emballages de cigarettes ainsi que les avertissements réglementaires présents sur ceux-ci préalablement à la conclusion du contrat de vente ?

Motifs :

- 1 A. Le demandeur est une entité qualifiée au sens de l'article 8, paragraphe 3, point 3, du Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (loi relative à la lutte contre la concurrence déloyale, ci-après l'« UWG »). Le défendeur exploite deux supermarchés à Munich. Après le 20 mai 2017, il a mis des cigarettes en vente aux caisses de ces magasins, dans le distributeur automatique représenté ci-dessous. **[Or. 4]**



- 2 Les unités de conditionnement de cigarettes stockées dans le distributeur n'étaient pas visibles pour le client. Les touches de sélection du distributeur permettaient certes d'identifier différentes marques de cigarettes, mais ne présentaient pas les avertissements sanitaires réglementaires.
- 3 La vente se déroulait de la manière suivante : le client demandait tout d'abord à l'hôte ou à l'hôtesse de caisse de déverrouiller le distributeur, puis appuyait sur la touche de sélection correspondant à la marque de cigarettes souhaitée ; l'unité de conditionnement était alors éjectée sur le tapis de caisse par le dispositif d'éjection du distributeur ; le client payait ensuite l'unité de conditionnement à la caisse, si telle était toujours son intention. La mise en place de ce processus de vente par distributeur automatique visait à prévenir les vols et protéger les mineurs. **[Or. 5]**
- 4 Le demandeur soutient que la mise en vente de cigarettes par l'intermédiaire du distributeur automatique exploité par le défendeur est constitutive d'une infraction au droit de la concurrence sous la forme d'une pratique commerciale déloyale, notamment au titre de la violation de l'interdiction de dissimuler les

avertissements sanitaires présents sur les unités de conditionnement de cigarettes et de l'interdiction des omissions trompeuses, du fait de l'omission d'informations substantielles pour le consommateur.

- 5 Le demandeur a conclu à ce qu'il plaise au Landgericht (tribunal régional, Allemagne) d'interdire au défendeur, sous astreinte,

de mettre en vente [à titre commercial] des produits du tabac, notamment des cigarettes, de manière que les avertissements sanitaires présents sur les unités de conditionnement ou tout emballage extérieur soient dissimulés lors de la mise en vente, lorsque celle-ci a lieu de la façon représentée en annexe A [qui correspond à l'illustration insérée ci-dessus] ;

à titre subsidiaire,

de mettre en vente [à titre commercial] des produits du tabac, notamment des cigarettes, de manière que soient présentées, en lieu et place de l'emballage du produit, des représentations de l'emballage dénuées d'avertissements sanitaires, lorsque celle-ci a lieu de la façon représentée en annexe A [qui correspond à la l'illustration insérée ci-dessus].

- 6 Le Landgericht (tribunal régional) a débouté le demandeur de ses conclusions [OMISSIS]. L'appel formé par celui-ci a été rejeté [OMISSIS]. Par son pourvoi en Revision, introduit avec l'autorisation de la juridiction d'appel et dont le défendeur demande le rejet, le demandeur maintient ses conclusions.
- 7 B. L'issue du pourvoi en Revision dépend de l'interprétation de l'article 8, paragraphe 3, première phrase, et de l'article 8, paragraphe 8, de la directive 2014/40. Par conséquent, il y a lieu de surseoir à statuer sur ledit pourvoi et de saisir la Cour d'une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267, premier alinéa, sous b), et de l'article 267, troisième alinéa, TFUE. **[Or. 6]**
- 8 I. La juridiction d'appel considère que les demandes du demandeur ne sont pas fondées au motif que, lors de la mise sur le marché de cigarettes au moyen du distributeur automatique litigieux, non seulement les avertissements sanitaires réglementaires qui participent de l'aspect des unités de conditionnement ne sont pas dissimulés, mais le distributeur ne présente pas non plus de représentations ou d'images d'unités de conditionnement dénuées de ces avertissements. Voici ce que dit la juridiction d'appel à ce sujet.
- 9 La demande principale en cessation, qui vise l'interdiction de dissimuler les avertissements sanitaires présents sur les unités de conditionnement de cigarettes, n'est pas fondée. Les faits ne sont pas constitutifs d'une infraction au droit de la concurrence sous la forme d'une pratique commerciale déloyale. L'interdiction légale de dissimuler les avertissements ne s'étend pas aux modalités de vente telles que le stockage d'unités de conditionnement, « sous clef », dans le distributeur automatique litigieux. En tout état de cause, on ne saurait considérer que ces avertissements sont dissimulés lorsque, comme dans la présente affaire, le

consommateur peut voir l'unité de conditionnement concernée ainsi que l'avertissement sanitaire, non dissimulé, préalablement à la conclusion du contrat de vente et peut ainsi décider de l'acheter en toute connaissance des avertissements présents sur l'emballage et non dissimulés ou de renoncer à la transaction.

- 10 En outre, toujours selon la juridiction d'appel, les faits ne sont pas non plus constitutifs d'une omission trompeuse. En ayant recours au distributeur automatique litigieux, le défendeur n'a pas omis des informations substantielles pour la décision commerciale du consommateur. En effet, celui-ci aura pu prendre connaissance, à chaque fois, avant la conclusion du contrat de vente, des avertissements présents sur l'unité de conditionnement sélectionnée en vue de son achat et éjectée par le distributeur sur le tapis de caisse. **[Or. 7]**
- 11 La juridiction d'appel considère enfin que la demande subsidiaire n'est pas non plus fondée. Selon elle, l'obligation légale selon laquelle les avertissements sanitaires doivent également être présents sur les images d'unités de conditionnement vise à prévenir le contournement des règles d'étiquetage. Elle ne s'applique que si l'image de l'unité de conditionnement est présentée au consommateur en lieu et place de l'unité de conditionnement elle-même. Tel n'est pas le cas dans la présente affaire, car le consommateur peut prendre connaissance de l'unité de conditionnement elle-même ainsi que des avertissements présents sur celle-ci préalablement à la conclusion du contrat de vente.
- 12 II. S'agissant la demande principale du demandeur, l'issue du pourvoi en Revision dépend de la question de savoir si la présentation de cigarettes au moyen du distributeur automatique litigieux est contraire à l'interdiction de dissimuler les avertissements sanitaires qui doivent être présents sur l'unité de conditionnement d'un produit du tabac conformément à l'article 8, paragraphe 3, première phrase, de la directive 2014/40 (B III). S'agissant de la demande subsidiaire, l'issue du pourvoi dépend de la question de savoir si le distributeur automatique présente des images d'unités de conditionnement de cigarettes dénuées d'avertissements sanitaires, en violation de l'obligation prévue à l'article 8, paragraphe 8, de la directive 2014/40 (B IV).
- 13 III. Le bien-fondé de la demande principale est susceptible de découler de l'article 8, paragraphe 1, et de l'article 3, paragraphe 1, UWG, lus en combinaison avec les éléments constitutifs d'une infraction au droit de la concurrence déloyale au titre de l'article 3 bis UWG, lui-même lu en combinaison avec l'article 11, paragraphe 1, première phrase, point 4, de la Verordnung über Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse (Tabakerzeugnisverordnung) (règlement relatif aux produits du tabac et aux produits connexes, ci-après la « TabakerzV »). L'application de cette disposition soulève des questions d'interprétation du droit de l'Union qui appellent une clarification (B III 3 et B III 4). Ces questions sont décisives pour l'issue du pourvoi en Revision, car [elles ont une incidence sur] le bien-fondé de la demande principale en cessation au titre de la violation de

l'interdiction des omissions trompeuses prévue à l'article 5 bis UWG (B III 5).
[Or. 8]

- 14 1. Les conditions générales de l'action en cessation d'infraction au droit de la concurrence (article 8, paragraphe 1, article 3, paragraphe 1, et article 3 bis UWG) dont dépend le bien-fondé de la demande principale et sur lesquelles les présentes questions d'interprétation n'ont aucune incidence sont remplies.
- 15 [développements relatifs au droit national] L'harmonisation complète, en principe, de la réglementation des États membres relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs par la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (JO 2005, L 149, p. 22), ne fait pas obstacle à la poursuite d'une infraction à l'article 11 TabakerzV [interdiction de dissimuler les avertissements sanitaires sur les unités de conditionnement de produits du tabac] en tant que pratique commerciale déloyale (article 3, paragraphe 1, et article 4 de la directive 2005/29). Aux termes de son article 3, paragraphe 3, cette directive s'applique sans préjudice des dispositions de l'Union ou des États membres relatives à la santé et à la sécurité des produits [OMISSIS]. L'article 11, paragraphe 1, première phrase, point 4, TabakerzV est une telle disposition.
- 16 2. S'agissant du bien-fondé de la demande principale, la disposition pertinente, à savoir l'article 11, paragraphe 1, première phrase, point 4, TabakerzV, doit être interprétée conformément au droit de l'Union. **[Or. 9]**
- 17 a) [OMISSIS] [développements relatifs au droit national] [L']article 11, paragraphe 1, première phrase, point 4, TabakerzV dispose que les avertissements sanitaires [OMISSIS] présents sur les unités de conditionnement ou tout emballage extérieur ne doivent pas être dissimulés ou interrompus, partiellement ou en totalité, lors de leur mise sur le marché, en ce compris lors de leur mise en vente. Cette disposition transpose l'article 8, paragraphe 3, première phrase, de la directive 2014/40 [OMISSIS]. Aux termes de ce dernier, les États membres veillent à ce que les avertissements sanitaires présents sur une unité de conditionnement ou tout emballage extérieur soient imprimés de façon inamovible, indélébile et pleinement visible et ne soient pas dissimulés ou interrompus, partiellement ou en totalité, par des timbres fiscaux, des étiquettes de prix, des dispositifs de sécurité, des suremballages, des enveloppes, des boîtes ou tout autre élément lors de la mise sur le marché des produits du tabac.
- 18 b) L'interprétation de l'article 11, paragraphe 1, première phrase, point 4, TabakerzV conformément au droit de l'Union soulève des questions concernant l'interprétation de l'article 8, paragraphe 3, première phrase, de la directive 2014/40 qui appellent une clarification. D'une part, ces questions ont trait à la

notion de « mise sur le marché » (B III 3, première question préjudicielle). D'autre part, se pose la question de savoir si, dans des circonstances telles que celles de la présente affaire, les faits sont constitutifs d'une dissimulation par tout autre élément, au sens de l'article 8, paragraphe 3, première phrase, de la directive 2014/40 (B III 4, deuxième question préjudicielle). **[Or. 10]**

- 19 3. Tout d'abord, se pose la question de savoir si la présentation d'unités de conditionnement de cigarettes dans un distributeur automatique, qui fait l'objet de la demande principale, constitue une « mise sur le marché » au sens de l'article 8, paragraphe 3, première phrase, de la directive 2014/40.
- 20 a) La mise en vente, dans la présente affaire, de cigarettes par l'intermédiaire du distributeur automatique litigieux est caractérisée par le fait que les unités de conditionnement de cigarettes qui s'y trouvent, bien que présentant les avertissements réglementaires, sont stockées de telle manière qu'elles ne sont pas initialement visibles pour le consommateur. Les unités de conditionnement et les avertissements présents sur celles-ci ne deviennent visibles qu'au moment où le distributeur automatique, préalablement déverrouillé par l'hôte ou l'hôtesse de caisse, est actionné par le client et où, de ce fait, l'unité de conditionnement est éjectée sur le tapis de caisse avant que le client ne procède au paiement. Il n'est pas possible de répondre avec certitude à la question de savoir si ce processus d'achat, qui s'inscrit dans la durée et qui s'étend du stockage des unités de conditionnement de cigarettes dans le distributeur jusqu'à leur paiement, en passant par leur sélection par le consommateur, et au cours duquel les avertissements sanitaires présents sur lesdites unités ne sont visibles que pendant un moment, constitue une « mise sur le marché » au sens de l'article 8, paragraphe 3, première phrase, de la directive 2014/40.
- 21 b) Le libellé de l'article 8, paragraphe 3, première phrase, de la directive 2014/40 s'oppose à une interprétation restrictive selon laquelle la notion de « mise sur le marché » se limiterait au seul transfert de la détention matérielle de l'unité de conditionnement du vendeur au client après que celui-ci a procédé au paiement, c'est-à-dire à la partie du processus d'achat pendant laquelle, dans la présente affaire, le client peut voir ladite unité préalablement éjectée par le distributeur automatique ainsi que les avertissements sanitaires présents sur celle-ci. **[Or. 11]**
- 22 Aux termes de l'article 2, point 40 de la directive 2014/40, on entend par « mise sur le marché » le fait de mettre des produits à disposition, à titre onéreux ou non. Le terme « mettre à disposition » devrait a priori englober la mise en vente de cigarettes dans des distributeurs automatiques permettant au client d'initialiser lui-même le processus de distribution, comme dans la présente affaire.
- 23 c) L'économie de la directive 2014/40 ne permet pas de dégager une interprétation sûre du terme « mise sur le marché ».
- 24 aa) La juridiction d'appel considère que le stockage d'unités de conditionnement de cigarettes dans le distributeur automatique litigieux ne représente qu'une

simple modalité de vente. Selon elle, il ressort du considérant 48 de la directive 2014/40 que l'objectif d'harmonisation que celle-ci poursuit ne s'étend pas aux modalités de vente et de publicité. Dès lors, les dispositions pertinentes de cette directive ne portent pas sur la mise en vente de cigarettes dans des distributeurs automatiques, comme dans la présente affaire,

- 25 bb) Il n'est pas certain que l'on puisse souscrire à un telle interprétation.
- 26 (1) Il est vrai que, aux termes du considérant 48 de la directive 2014/40, celle-ci n'harmonise ni les règles relatives aux environnements sans tabac, ni les modalités de vente et de publicité sur les marchés nationaux, ni les règles en matière d'extension de marque, et elle n'introduit pas non plus de limite d'âge pour les cigarettes électroniques ou les flacons de recharge. La juridiction d'appel en déduit que cette directive régit uniquement l'aspect du produit lui-même (qui n'est pas en cause dans la présente affaire) et non les modalités de la vente des produits du tabac telles que, par exemple, leur présentation dans des distributeurs automatiques (comme dans la présente affaire) [OMISSIS]. **[Or. 12]**
- 27 (2) Le demandeur, quant à lui, estime que le considérant 48 de la directive 2014/40 annonce tout au plus la portée réglementaire de celle-ci en ce qui concerne les « cigarettes électroniques » et leurs « flacons de recharge ». Selon lui, cela découle également de la place qu'occupe le considérant 48 au sein de cette directive. En effet, les considérants 36 à 47 qui le précèdent traitent déjà expressément des exigences liées aux cigarettes électroniques, mais non, précisément, des produits du tabac. Or, dans son article 1^{er}, sous a), b) et f), la directive 2014/40 établit une distinction claire entre les « produits du tabac », d'une part, et les « cigarettes électroniques » et leurs « flacons de recharge », d'autre part.
- 28 (3) Toutefois, on pourrait faire valoir à l'encontre de ce point de vue que les différents éléments évoqués dans la première phrase du considérant 48 (environnements sans tabac, extension de marque) sont applicables non seulement aux cigarettes électroniques, mais aussi aux produits du tabac. En outre, le considérant 48 se situe entre les considérants 36 à 47, qui traitent des cigarettes électroniques, et le considérant 49, qui a trait aux produits à fumer à base de plantes, c'est-à-dire des produits à base de végétaux, de plantes aromatiques ou de fruits, ne contenant pas de tabac et pouvant être consommés au moyen d'un processus de combustion (article 2, point 15, de la directive 2014/40). Dès lors, il n'y a pas nécessairement lieu de considérer que le considérant 48 relève uniquement du domaine de la réglementation des cigarettes électroniques. Il convient également de garder à l'esprit que si, outre les « modalités de vente », le considérant exclut aussi la « publicité » de l'objectif d'harmonisation poursuivi par la directive 2014/40, celle-ci contient néanmoins, à l'article 20, paragraphe 5, ainsi qu'au considérant 43, des dispositions explicites en ce qui concerne la publicité pour les cigarettes électroniques. **[Or. 13]**

- 29 Par ailleurs, il ressort du considérant 60 de la directive 2014/40 que les objectifs poursuivis par celle-ci incluent le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres, notamment en matière de « présentation » du tabac. L'on pourrait déduire du terme « présentation » employé dans la version en langue anglaise de cette directive que celle-ci porte non seulement sur la présentation de l'unité de conditionnement du produit du tabac elle-même, mais aussi sur les circonstances de sa présentation dans le cadre de sa mise en vente.
- 30 d) La finalité de l'article 8, paragraphe 3, première phrase, de la directive 2014/40 ne permet pas non plus de déterminer avec certitude si la notion de « mise sur le marché » comprend la présentation d'unités de conditionnement de cigarettes dans des distributeurs automatiques, comme dans la présente affaire.
- 31 aa) Il découle du considérant 28 de la directive 2014/40 que l'interdiction de dissimuler les avertissements sanitaires prévue à l'article 8, paragraphe 3, première phrase, de cette directive vise à garantir leur intégrité et leur visibilité et à maximiser leur efficacité (voir arrêt du 4 mai 2016, Philip Morris Brands e.a., C-547/14, EU:C:2016:325 [OMISSIS]). Partant, cette interdiction, tout comme l'obligation relative aux avertissements sanitaires, a pour finalité la protection de la santé par la présence d'avertissements à propos des effets indésirables sur la santé humaine d'un produit ou à propos d'autres conséquences non souhaitées de sa consommation (voir article 1^{er} et article 2, point 32, de la directive 2014/40). Il s'ensuit que [l'interdiction] de dissimuler les avertissements sanitaires prévue à l'article 8, paragraphe 3, première phrase, de la directive 2014/40 vise à garantir que le consommateur puisse voir ceux-ci et les prendre en considération lorsqu'il prend sa décision définitive dans le cadre du processus d'achat. **[Or. 14]**
- 32 bb) D'après les constatations de la juridiction d'appel, le contrat de vente n'est pas conclu dès que le consommateur appuie sur le bouton de sélection du distributeur, mais seulement lorsque, peu après, il procède au paiement des cigarettes. Parce que le paquet de cigarettes est éjecté sur le tapis de caisse lorsque l'on appuie sur le bouton de sélection du distributeur, le consommateur peut examiner l'unité de conditionnement dans son entier, de tous côtés et sans aucune restriction, avant la conclusion du contrat, et peut ainsi décider de l'acheter en toute connaissance des avertissements présents sur l'emballage et non dissimulés ou de renoncer à la transaction. Par ailleurs, la juridiction d'appel n'a pas constaté de situation de stress susceptible d'empêcher le consommateur de remarquer les avertissements, contrairement à ce que soutient le demandeur. Selon elle, le paiement des produits qui se trouvent sur le tapis de caisse fait partie des opérations quotidiennes et les avertissements ont été conçus pour attirer l'attention, à tel point que l'on ne voit pas pourquoi le consommateur serait susceptible de ne pas les voir dans la situation en cause. Cette appréciation, qui relève essentiellement de la compétence du juge du fond, n'apparaît être entachée d'aucune erreur de droit, de sorte que c'est sur celle-ci que doit se fonder la juridiction de renvoi lors de l'examen du pourvoi en Revision.

- 33 cc) Dans ce contexte, on pourrait estimer que la vente de cigarettes au moyen du distributeur automatique litigieux n'affecte pas suffisamment la finalité de l'interdiction de dissimuler les avertissements sanitaires présents sur les unités de conditionnement, ceux-ci devenant pleinement visibles en temps utile au cours du processus de vente, c'est-à-dire avant que le consommateur ne prenne sa décision définitive.
- 34 D'un autre côté, compte tenu de l'importance des avertissements sanitaires pour la protection de l'intérêt juridique majeur que représente la santé, ainsi que de l'objectif de lutte antitabac énoncé par ailleurs à l'article 1^{er} de la directive 2014/40, l'on pourrait être amené à considérer que les avertissements sanitaires ne sont susceptibles d'avoir un effet suffisamment efficace que [Or. 15] s'ils sont susceptibles d'être perçus par le consommateur dès le stade de la présentation des cigarettes dans le distributeur automatique, c'est-à-dire à un moment où l'on franchit déjà une première étape essentielle pour la décision d'acheter ou non des cigarettes. Cela pourrait plaider en faveur du point de vue selon lequel la notion de « mise sur le marché » comprend la présentation des cigarettes dans le distributeur automatique, dès le début du processus d'achat, une telle présentation relevant, dès lors, du domaine de l'interdiction de dissimuler les avertissements sanitaires.
- 35 4. Ensuite, se pose la question de savoir si, dans des circonstances telles que celles de la présente affaire, les faits sont constitutifs d'une dissimulation par tout autre élément, au sens de l'article 8, paragraphe 3, première phrase, de la directive 2014/40. C'est ce problème d'interprétation qui fait l'objet de la deuxième question préjudicielle.
- 36 a) Le point de savoir si le fait que la mise à disposition d'unités de conditionnement de cigarettes dans un distributeur automatique entrave la visibilité des avertissements sanitaires présents sur celles-ci est constitutif d'une dissimulation, au sens de l'article 8, paragraphe 3, première phrase, de la directive 2014/40, est controversé.
- 37 Selon un point de vue, l'interdiction de dissimuler les avertissements s'étend également à la dissimulation complète de l'emballage par un distributeur, l'article 8, paragraphe 3, première phrase, de la directive 2014/40 visant à garantir leur visibilité dès le stade de la présentation des produits [OMISSIS].
- 38 Selon le point de vue contraire, il découle du considérant 48 de la directive 2014/40 que l'article 8, paragraphe 3, première phrase, de cette directive s'applique uniquement au produit lui-même ou à l'aspect de son conditionnement, et non à sa présentation ou à toute autre modalité de vente et, partant, à des facteurs extérieurs à l'unité de conditionnement. Le stockage des produits du tabac dans des distributeurs automatiques ou dans des rayons représente une simple modalité de vente, sans lien avec l'aspect du conditionnement régi par la directive 2014/40. Dès lors, il ne saurait être constitutif d'une dissimulation au sens [Or. 16] de l'article 8, paragraphe 3, première phrase, de cette directive [OMISSIS].

- 39 b) Il n'est pas possible de répondre avec certitude à cette question.
- 40 aa) Le libellé de l'article 8, paragraphe 3, première phrase, de la directive 2014/40 n'est pas incompatible avec le point de vue selon lequel peut également être constitutif d'une dissimulation par tout autre élément interdite par cette disposition le fait que la mise à disposition des unités de conditionnement de cigarettes dans le distributeur automatique entrave la visibilité des avertissements sanitaires. La dissimulation, par un élément, non seulement d'un avertissement sanitaire présent sur l'unité de conditionnement, mais de l'emballage complet, s'accompagne nécessairement d'une dissimulation de cet avertissement [OMISSIS].
- 41 bb) L'économie de la directive 2014/40 ne permet pas de dégager une interprétation sûre du terme « dissimulation ».
- 42 (1) Comme évoqué ci-dessus, il ne ressort pas clairement du considérant 48 de la directive 2014/40 si des modalités de vente telles que la mise en vente de cigarettes dans un distributeur automatique comme le distributeur litigieux sont exclues du champ d'application de l'article 8, paragraphe 3, première phrase, de cette directive pour des motifs liés à l'économie de cette dernière. Un tel point de vue pourrait s'appliquer non seulement à la notion de « mise sur le marché », mais aussi à la notion de « dissimulation ».
- 43 (2) En revanche, à défaut de référence à l'aspect même des unités de conditionnement de cigarettes, les éléments énumérés à titre d'exemple à l'article 8, paragraphe 3, première phrase, de la directive 2014/40 ne permettent pas de conclure qu'il était dans l'intention du législateur d'exclure du champ d'application de [Or. 17] l'interdiction de dissimuler des avertissements sanitaires leur dissimulation du fait du stockage des unités de conditionnement dans un distributeur automatique.
- 44 Certes, les timbres fiscaux, étiquettes de prix et dispositifs de sécurité énumérés à l'article 8, paragraphe 3, première phrase, de la directive 2014/40 sont des éléments qui sont généralement apposés sur les unités de conditionnement de cigarettes et qui, de ce fait, ont une incidence sur leur aspect. En revanche, les suremballages, enveloppes et boîtes, qui sont également visés audit article 8, paragraphe 3, première phrase, sont des éléments susceptibles d'envelopper complètement l'unité de conditionnement et, partant, comme le distributeur automatique litigieux, de soustraire à la vue du consommateur les avertissements sanitaires présents sur celle-ci, quel que soit son aspect par ailleurs.
- 45 cc) La finalité de l'article 8, paragraphe 3, première phrase, de la directive 2014/40 ne permet pas non plus de déterminer avec certitude si la notion de « dissimulation par tout autre élément » s'étend à la présentation d'unités de conditionnement de cigarettes dans des distributeurs automatiques, comme dans la présente affaire. Les points de vue exposés dans le cadre de l'interprétation de la notion de « mise sur le marché » sont également pertinents à ce titre. Nous renvoyons à nos développements à cet égard [voir B III 3, sous d), ci-dessus].

- 46 5. Les questions portant sur l'interprétation de l'article 8, paragraphe 3, première phrase, de la directive 2014/40 sont décisives pour l'issue du pourvoi, car elles ont une incidence sur le bien-fondé de la demande principale en cessation au titre de la violation de l'interdiction des omissions trompeuses prévue à l'article 5 bis, paragraphe 2, UWG, du fait de l'omission d'informations substantielles pour le consommateur.
- 47 L'article 5 bis, paragraphe 2, UWG transpose l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2005/29. L'article 8, paragraphe 3, première phrase, de la directive 2014/40 est une disposition de **[Or. 18]** l'Union qui interdit la dissimulation des avertissements sanitaires lors de la mise sur le marché de produits du tabac et qui régit donc des aspects spécifiques des pratiques commerciales déloyales. Aux termes de l'article 3, paragraphe 4, de la directive 2005/29, en cas de conflit entre les dispositions de cette directive et d'autres règles de l'Union régissant des aspects spécifiques des pratiques commerciales déloyales, ces autres règles priment et s'appliquent à ces aspects spécifiques. Il s'ensuit qu'un comportement relevant du champ d'application d'une disposition bénéficiant d'une telle primauté, s'il est autorisé par cette disposition, ne peut pas non plus être interdit au titre de l'article 5 bis, paragraphe 2, UWG (voir arrêt du 7 juillet 2016, Citroën Commerce, C-476/14, EU:C:2016:527, points 44 et 45 [OMISSIS]).
- 48 IV. Dans le cas où, eu égard à la réponse aux première et deuxième questions préjudicielles, la demande principale ne serait pas fondée, il y aurait lieu de se pencher sur la question du bien-fondé de la demande subsidiaire. Celui-ci est susceptible de découler de l'article 8, paragraphe 1, de l'article 3, paragraphe 1, et de l'article 3 bis UWG, lus en combinaison avec l'article 11, paragraphe 2, TabakerzV. L'application de cette disposition soulève également des questions d'interprétation du droit de l'Union qui appellent une clarification.
- 49 1. [développements relatifs au droit national] **[Or. 19]**
- 50 2. S'agissant du bien-fondé de la demande subsidiaire, la disposition pertinente, à savoir l'article 11, paragraphe 2, TabakerzV, doit être interprétée conformément au droit de l'Union.
- 51 a) Aux termes de l'article 11, paragraphe 2, TabakerzV, les représentations d'unités de conditionnement et de tout emballage extérieur destinées à des mesures publicitaires visant les consommateurs de l'Union doivent être conformes aux exigences de la sous-section 3 de la TabakerzV, laquelle contient des dispositions relatives au conditionnement et aux avertissements. L'article 11, paragraphe 2, TabakerzV transpose l'article 8, paragraphe 8, de la directive 2014/40 [OMISSIS]. Aux termes de celui-ci, les images d'unités de conditionnement et de tout emballage extérieur destinées aux consommateurs de l'Union doivent être conformes aux dispositions du chapitre II (« Étiquetage et conditionnement ») du titre II (« Produits du tabac ») de cette directive.

- 52 b) L'interprétation de l'article 11, paragraphe 2, TabakerzV conformément au droit de l'Union soulève des questions concernant l'interprétation de l'article 8, paragraphe 8, de la directive 2014/40 qui appellent une clarification. D'une part, ces questions ont trait à la notion d'« images d'unités de conditionnement » (B IV 3, troisième question préjudicielle). D'autre part, se pose la question de savoir si, dans des circonstances telles que celles de la présente affaire, les exigences de l'article 8, paragraphe 8, de la directive 2014/40 sont remplies dès lors que le consommateur a la possibilité de voir l'unité de conditionnement de cigarettes ainsi que les avertissements sanitaires réglementaires préalablement à la conclusion du contrat de vente (B IV 4, quatrième question préjudicielle).
- 53 3. Tout d'abord, se pose la question de savoir si une image constitue une image d'une unité de conditionnement, au sens de l'article 8, paragraphe 8, de la directive 2014/40, dès lors que le consommateur [Or. 20] l'associe à un emballage de tabac en raison de son aspect, à savoir ses contours, ses proportions, ses couleurs ainsi que le logo de la marque, même si cette image n'est pas une reproduction fidèle de l'emballage d'origine. C'est ce problème d'interprétation qui fait l'objet de la troisième question préjudicielle.
- 54 a) La juridiction d'appel n'a pas établi que les touches de sélection du distributeur automatique sur lesquelles le consommateur appuie sont des images fidèles d'unités de conditionnement de cigarettes. Cependant, le demandeur fait valoir que, au regard de leurs proportions, de leurs couleurs, de leurs dimensions ainsi que du logo de la marque, lesdites touches présentent l'aspect d'unités de conditionnement de cigarettes, quoique sans les avertissements, et sont susceptibles de rappeler celles-ci chez le client. La juridiction d'appel n'ayant (logiquement, étant donné son point de vue) procédé à aucune constatation contraire, c'est sur ces éléments de fait exposés par le demandeur que doit se fonder la juridiction de renvoi lors de l'examen du pourvoi en Revision [OMISSIS].
- 55 b) Il n'est pas possible de répondre avec certitude à la question de savoir si une image constitue l'image d'une unité de conditionnement, au sens de l'article 8, paragraphe 8, de la directive 2014/40, dès lors que le consommateur associe cette représentation à un emballage de tabac en raison de son aspect, à savoir ses contours, ses proportions, ses couleurs ainsi que le logo de la marque, même si l'image utilisée n'est pas une reproduction fidèle de l'emballage d'origine.
- 56 aa) Le terme « images d'unités de conditionnement » employé à l'article 8, paragraphe 8, de la directive 2014/40 pourrait laisser entendre que cette disposition vise uniquement les représentations fidèles d'unités de conditionnement de cigarettes (abstraction faite des avertissements sanitaires). Cependant, il devrait également être possible d'interpréter ce terme en ce sens qu'il englobe les [Or. 21] représentations consistant en une reproduction stylisée des caractéristiques essentielles de l'apparence d'une unité de conditionnement qui rendent celle-ci reconnaissable en tant que telle aux yeux du consommateur moyen.

- 57 bb) On peut seulement déduire de l’articulation entre l’article 8, paragraphe 8, de la directive 2014/40 et les dispositions de l’article 8, paragraphe 3, de cette directive visant à garantir la visibilité des avertissements sanitaires présents sur les unités de conditionnement des produits du tabac que l’article 8, paragraphe 8, porte uniquement sur les images de ces unités de conditionnement. Celles-ci peuvent toutefois être aussi bien des représentations fidèles que des représentations stylisées.
- 58 cc) La finalité de l’article 8, paragraphe 8, de la directive 2014/40 plaide a priori plutôt en faveur du point de vue selon lequel cette disposition inclut les représentations qui, de par leur aspect, induisent dans l’esprit du consommateur une association avec une unité de conditionnement de cigarettes.
- 59 (1) L’obligation prévue à l’article 8, paragraphe 8, de la directive 2014/40, selon laquelle les exigences liées à la visibilité des avertissements sanitaires applicables aux unités de conditionnement s’appliquent également à leurs images, vise manifestement, tout comme la finalité des avertissements eux-mêmes, la protection de la santé par la présence d’avertissements à propos des effets indésirables sur la santé humaine d’un produit ou à propos d’autres conséquences non souhaitées de sa consommation. Il s’ensuit que l’article 8, paragraphe 8, de la directive 2014/40 vise, lui aussi, à garantir que le consommateur puisse voir ces avertissements et les prendre en considération lorsqu’il prend sa décision définitive dans le cadre du processus d’achat. Or, le fait que l’aspect d’une image, bien que non fidèle, induit un effet de reconnaissance, parce qu’il rappelle une unité de conditionnement en raison de la reproduction stylisée des caractéristiques essentielles de son apparence, devrait amener à considérer, dans l’intérêt d’une [Or. 22] protection efficace de la santé et de l’objectif de la lutte antitabac, qu’une telle représentation stylisée suffit au titre de la notion d’« image » au sens de l’article 8, paragraphe 8, de cette directive. En effet, tout comme une reproduction fidèle, une telle représentation peut suffire à déclencher la pulsion d’achat que l’article 8 de la directive 2014/40 cherche à combattre au moyen d’avertissements sanitaires.
- 60 (2) Une telle interprétation n’est pas incompatible avec la nécessité, inhérente au fonctionnement d’un distributeur automatique, de doter celui-ci de touches de sélection dont l’aspect fournit au consommateur les informations dont il a besoin pour pouvoir sélectionner l’unité de conditionnement de cigarettes de son choix. La juridiction d’appel n’a pas établi et il n’apparaît pas par ailleurs que cela soit uniquement possible en présentant les touches de sélection de manière à ce que, au regard de leurs proportions, de leurs couleurs, de leurs dimensions ainsi que du logo de la marque, elles ressemblent à des unités de conditionnement de cigarettes, quoique sans les avertissements, et rappellent ainsi celles-ci chez le client.
- 61 4. Enfin, le bien-fondé de la demande subsidiaire dépend de la question de savoir si, dans des circonstances telles que celles de la présente affaire, les exigences de l’article 8, paragraphe 8, de la directive 2014/40 sont remplies dès lors que le

consommateur a la possibilité de voir l'unité de conditionnement de cigarettes ainsi que les avertissements sanitaires réglementaires préalablement à la conclusion du contrat de vente (quatrième question préjudicielle).

- 62 a) La juridiction d'appel considère que l'article 8, paragraphe 8, de la directive 2014/40 doit être interprété en ce sens que l'utilisation d'images d'unités de conditionnement de cigarettes n'est interdite que si ces images sont présentées au consommateur en lieu et place des unités de conditionnement préalablement à la conclusion du contrat de vente.
- 63 b) Il n'est pas certain que l'on puisse souscrire à une telle interprétation. **[Or. 23]**
- 64 aa) Le libellé de l'article 8, paragraphe 8, de la directive 2014/40, qui fait référence sans réserve aux images d'unités de conditionnement, ne permet pas de conclure à une restriction du champ d'application de cette disposition telle que l'a relevée la juridiction d'appel.
- 65 bb) Une interprétation au regard de l'économie de la directive 2014/40 n'aboutit à aucun résultat clair. Quant à la juridiction d'appel, elle fonde son point de vue sur le fait que, selon elle, aux termes du considérant 48 de cette directive, cette dernière ne porte pas sur les simples mesures publicitaires et modalités de vente. Cette analyse n'est pas incontestable [voir B III 3, sous c), ci-dessus].
- 66 cc) La finalité de l'article 8, paragraphe 8, de la directive 2014/40 ne permet pas non plus de déterminer avec certitude si cette disposition vise également à interdire l'utilisation d'images d'unités de conditionnement de cigarettes dénuées d'avertissements sanitaires lorsque, comme la juridiction d'appel le constate à juste titre, le consommateur a la possibilité de voir l'unité de conditionnement de cigarettes elle-même ainsi que les avertissements sanitaires réglementaires présents sur celle-ci préalablement à la conclusion du contrat de vente. Les points de vue exposés dans le cadre de l'interprétation de la notion de « mise sur le marché » sont pertinents à ce titre aussi. Nous renvoyons à nos développements à cet égard [voir B III 3, sous d), ci-dessus].

[OMISSIS]