

Affaire C-386/23

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

26 juin 2023

Juridiction de renvoi :

Bundesgerichtshof (Allemagne)

Date de la décision de renvoi :

1^{er} juin 2023

Défenderesse et demanderesse en « Revision » :

Novel Nutriology GmbH

Demandeur et défendeur en « Revision » :

Verband Sozialer Wettbewerb e. V.

BUNDESGERICHTSHOF (COUR FÉDÉRALE DE JUSTICE)

ORDONNANCE

[OMISSIS]

Dans le litige entre

Novel Nutriology GmbH, [OMISSIS] Hamburg,

Défenderesse et demanderesse en « Revision »

[OMISSIS]

contre

Verband Sozialer Wettbewerb e. V., [OMISSIS] Berlin,

Demandeur et défendeur en « Revision »,

[OMISSIS]

La première chambre civile du Bundesgerichtshof a, lors de l'audience du 23 mars 2023, [OMISSIS]

décidé :

- I. Il est sursis à statuer.
- II. La Cour de justice de l'Union européenne est saisie de la question préjudicielle suivante portant sur l'interprétation de l'article 10, paragraphes 1 et 3, et de l'article 28, paragraphes 5 et 6, du règlement (CE) n° 1924/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 concernant les allégations nutritionnelles et de santé portant sur les denrées alimentaires (JO L 404 du 30 décembre 2006, p. 9) tel que modifié en dernier lieu par le règlement (UE) n° 1047/2012 de la Commission du 8 novembre 2012 (JO L 310 du 9 novembre 2012, p. 36) ainsi que sur l'interprétation des considérants 10 et 11 du règlement (UE) n° 432/2012 de la Commission du 16 mai 2012 établissant une liste des allégations de santé autorisées portant sur les denrées alimentaires, autres que celles faisant référence à la réduction du risque de maladie ainsi qu'au développement et à la santé infantiles (JO L 136 du 25 mai 2012, p. 1) et des considérants 4 et 5 du règlement (UE) n° 536/2013 de la Commission du 11 juin 2013 modifiant le règlement (UE) n° 432/2012 (JO L 160 du 12 juin 2013, p. 4) :

Est-il autorisé de faire la publicité de substances végétales ou à base de plantes dites « substances botaniques » en utilisant des allégations de santé [article 10, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1924/2006] ou en faisant des références aux effets bénéfiques généraux, non spécifiques d'un nutriment ou d'une denrée alimentaire sur l'état de santé général et le bien-être lié à la santé [article 10, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 1924/2006], sans que ces allégations aient été autorisées conformément à ce règlement et figurent sur les listes d'allégations autorisées visées aux articles 13 et 14 du règlement (article 10, paragraphe 1, du règlement) ou sans que ces références ne soient accompagnées d'une allégation de santé spécifique figurant sur les listes visées à l'article 13 ou 14 du règlement (article 10, paragraphe 3, du règlement), aussi longtemps que l'évaluation par l'Autorité et l'examen par la Commission quant à l'inclusion dans les listes communautaires en vertu des articles 13 et 14 du règlement (CE) n° 1924/2006 des allégations relatives à des « substances botaniques » notifiées ne sont pas encore achevés ?

Motifs :

- 1 A. Le demandeur, le Verband Sozialer Wettbewerb e.V., est une association enregistrée au sens de l'article 8, paragraphe 3, point 2, de l'UWG (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, loi contre la concurrence déloyale) dont l'une des missions statutaires est de défendre les intérêts commerciaux de ses membres.

- 2 La défenderesse commercialise le complément alimentaire « o'gænic's Adapto-Genie ANTI-STRESS-KOMPLEX ». Elle a fait la publicité de ce produit sur son site Internet en utilisant les allégations relatives à ses composants « extrait de safran » et « extrait de jus de melon » qui figurent [ci-dessous] dans la reproduction de la demande.
- 3 Le demandeur estime qu'il s'agit d'allégations de santé qui sont interdites en vertu de l'article 10 du règlement (CE) n° 1924/2006 concernant les allégations nutritionnelles et de santé portant sur les denrées alimentaires (ci-après le « règlement HC » [Health Claims]). Il a donc mis en demeure la défenderesse de déclarer s'engager à s'abstenir d'utiliser ces allégations de santé par lettre du 23 octobre 2019. La défenderesse n'a pas donné suite à cette mise en demeure.
- 4 Le demandeur a demandé d'interdire sous astreinte à la défenderesse de promouvoir dans la vie des affaires le produit « o'gænic's Adapto-Genie ANTI-STRESS-KOMPLEX » en utilisant les allégations suivantes :
 1. extrait de safran thymoleptique.
 2. L'extrait de safran Safr'Inside contenu dans Adapto-Genie a été testé sur 50 participants pendant une période de 30 jours dans le cadre d'une étude ouverte. Avec une dose journalière de 30 mg de Safr'Inside 77 % des sujets de l'étude ont connu après seulement deux semaines de consommation une amélioration de l'équilibre émotionnel, se sentent plus optimistes et plus heureux. 66 % des sujets se sont également sentis plus détendus et plus dynamiques. Au bout de 30 jours, chez 11 % des sujets de l'étude la qualité du sommeil s'est améliorée.
 3. L'extrait de jus de melon à action superoxyde dismutase a démontré dans le cadre d'études une diminution des sentiments de stress et de la fatigue au bout de quatre semaines. En outre, l'irritabilité et la fatigue ont diminuées de 63 %, ce qui a entraîné une nette amélioration de la qualité de vie.

Dans tous les cas où cela se produit comme il ressort de l'annexe K 1.

- 5 Il a également demandé le remboursement de frais de mise en demeure forfaitaires d'un montant de 178,50 euros, outre intérêts.
- 6 Le Landgericht a fait droit à cette demande. L'appel interjeté par la défenderesse n'a pas prospéré (OLG Hamburg, MD 2022, p. 1054).
- 7 Par son pourvoi en « Revision » autorisé par la juridiction d'appel et dont le demandeur demande le rejet, la défenderesse maintient ses conclusions tendant au rejet de la demande.
- 8 B. Le succès de la « Revision » dépend de l'interprétation des articles 10, paragraphes 1 et 3, et 28, paragraphes 5 et 6, du règlement HC, des considérants 10 et 11 du règlement (UE) n° 432/2012 et des considérants 4 et 5 du

règlement (UE) n° 536/2013. Il convient donc de sursoir à statuer et de saisir la Cour à titre préjudiciel en vertu de l'article 267, premier alinéa, sous b), et troisième alinéa, TFUE.

- 9 I. La juridiction d'appel a considéré que les allégations critiquées seraient interdites en vertu des articles 3 et 3a de l'UWG, lus en combinaison avec l'article 10 du règlement HC. Pour le motiver, elle a exposé ce qui suit.
- 10 Les allégations attaquées seraient des allégations visées à l'article 2, paragraphe 2, point 1, du règlement HC ayant trait à la santé, soit des allégations de santé visées à l'article 2, paragraphe 2, point 5, du règlement HC. Selon la juridiction d'appel, la défenderesse utiliserait de manière illicite ces allégations dans la publicité pour la denrée alimentaire « o'gænic Adapto-Genie ANTI-STRESS-KOMPLEX », étant donné que ces allégations ne respecteraient pas les conditions visées à l'article 10 du règlement HC. Selon elle, la violation de cette disposition constituerait en même temps une violation des articles 3 et 3a de l'UWG.
- 11 Selon la juridiction d'appel, les allégations en cause constituent des références faites à des effets bénéfiques généraux, non spécifiques au sens de l'article 10, paragraphe 3, du règlement HC. De telles allégations d'ordre général ne seraient autorisées que si elles sont accompagnées d'une allégation de santé spécifique figurant sur une liste établie conformément à l'article 13 ou à l'article 14 du règlement HC, ce qui ne serait pas le cas en l'espèce. Selon elle, cette condition s'appliquerait nonobstant la circonstance que, s'agissant des « substances botaniques » dont les extraits de safran et de jus de melon en cause en l'espèce font partie, aucune liste des allégations autorisées visée à l'article 13 ou 14 n'a encore été publiée ; au contraire, les allégations relatives aux substances botaniques dont l'inscription sur une liste a été demandée se trouveraient encore dans une période transitoire car leur évaluation par l'autorité compétente ou leur examen par la Commission ne seraient pas achevés. Cette circonstance n'aurait pas pour effet que les allégations relatives aux « substances botaniques » seraient autorisées sans respecter les conditions visées à l'article 10 du règlement HC. Au contraire, selon la juridiction d'appel, l'autorisation de l'utilisation d'allégations de santé non spécifiques se rapportant à des « substances botaniques » dépendrait déjà de ce qu'il existe des allégations accompagnant cette allégation non spécifique dont l'inscription sur une liste en vertu de l'article 28, paragraphes 5 et 6, du règlement HC a été demandée et restant « en suspens » jusqu'à une décision de la Commission européenne. Tel ne serait pas le cas en l'espèce. S'agissant de l'extrait de jus de melon, la défenderesse n'aurait pas même fait valoir des allégations dont l'inscription a été demandée et qui restent « en suspens ». S'agissant de l'extrait de safran, il existe certes des allégations dont l'inscription sur une liste a été demandée. Toutefois, la défenderesse n'aurait pas accompagné ses allégations de telles allégations « en suspens ». Quand bien même elle l'aurait fait, cela ne saurait justifier l'utilisation des allégations attaquées. En effet, les allégations relatives au safran dont l'inscription sur une liste a été demandée se rapporteraient à des fonctions psychologiques, raison pour laquelle l'utilisation de telles allégations ne serait pas possible dans les conditions

prévues à l'article 28, paragraphe 5, du règlement HC, mais le serait uniquement en vertu de l'article 28, paragraphe 6, du règlement HC. Toutefois, les conditions prévues par celui-ci ne seraient pas satisfaites ne serait-ce que déjà parce que l'autorisation des allégations concernées n'a pas été demandée avant la date-butoir fixée par l'article 28, paragraphe 6, sous b), du règlement HC, à savoir le 19 janvier 2008.

- 12 Selon la juridiction d'appel, l'utilisation des allégations attaquées devrait cependant également être considérée comme interdite quand bien même ces allégations seraient considérées être des allégations de santé spécifiques au sens de l'article 10, paragraphe 1, du règlement HC. Selon la juridiction d'appel, de telles allégations de santé spécifiques ne seraient, elles aussi, autorisées que lorsqu'elles restent « en suspens » jusqu'à une décision de la Commission européenne et qu'elles remplissent de surcroît les conditions visées à l'article 28, paragraphe 5 ou 6, du règlement HC ; tel ne serait pas le cas en l'espèce. À supposer même, ainsi que l'a fait valoir la défenderesse, qu'il ne s'agisse pas d'allégations en relation avec les fonctions psychologiques ou comportementales et que ce serait donc les conditions, non basées sur la date-butoir du 19 janvier 2008, de l'article 28, paragraphe 5, du règlement HC qui s'appliquent, les allégations litigieuses seraient interdites. Selon la juridiction d'appel, il n'existerait déjà pas d'allégations faisant l'objet d'une demande en ce qui concerne l'extrait de jus de melon et l'extrait de safran. Quand bien même l'on se baserait sur les allégations « en suspens » en ce qui concerne le safran, les allégations utilisées par la défenderesse ne seraient pas identiques aux allégations ayant fait l'objet d'une demande et n'auraient pas la même signification que celles-ci.
- 13 II. Le succès de la « Revision » dépend du point de savoir s'il résulte de l'interprétation des articles 10, paragraphes 1 et 3, et 28, paragraphes 5 et 6, du règlement HC, des considérants 10 et 11 du règlement (UE) n° 432/2012 et des considérants 4 et 5 du règlement (UE) n° 536/2013 qu'il est permis de faire la publicité de substances végétales ou à base de plantes dites « substances botaniques » en utilisant des allégations de santé (article 10, paragraphe 1, du règlement HC) ou en faisant des références à des effets bénéfiques généraux, non spécifiques sur la santé d'un nutriment ou d'une denrée alimentaire (article 10, paragraphe 3, du règlement HC) sans que ces allégations aient été autorisées par un règlement et figurent sur la liste des allégations autorisées en vertu des articles 13 et 14 (art. 10, paragraphe 1, du règlement HC) ou sans que ces références soient accompagnées d'une allégation de santé spécifique figurant sur une des listes visées à l'article 13 ou 14 du règlement HC, aussi longtemps que l'évaluation par l'autorité et le contrôle par la Commission européenne quant à l'inscription sur les listes visées aux articles 13 et 14 du règlement HC d'allégations relatives aux « substances botaniques » notifiées ne sont pas achevés.
- 14 1. Il se peut que les demandes au principal soient fondées en vertu de l'article 8, paragraphe 1, première phrase, et paragraphe 3, point 2, de l'UWG, de

l'article 12, paragraphe 1, deuxième phrase, de l'UWG ancienne rédaction et des articles 3 et 3a de l'UWG en combinaison avec l'article 10, paragraphe 1 ou 3, du règlement HC.

- 15 C'est à juste titre que la juridiction d'appel a considéré que la publicité, attaquée par le demandeur, faite pour le produit « o'gænics Adapto-Genie ANTI-STRESS-KOMPLEX » par la défenderesse constitue un acte commercial au sens de l'article 3 de l'UWG, que l'article 10, paragraphes 1 et 3, du règlement HC constitue des dispositions réglementant le comportement des opérateurs sur le marché au sens de l'article 3a de l'UWG dont la violation est susceptible d'affecter de manière sensible la concurrence au détriment des concurrents et des consommateurs (jurisprudence constante, voir parmi d'autres, arrêts du BGH du 9 octobre 2014 dans l'affaire I ZR 162/13, GRUR 2015, p. 498 [juris point 15] = WRP 2015, p. 569 – Combiotik ; du 19 septembre 2019 dans l'affaire I ZR 91/18, GRUR 2019, p. 1299 [juris point 13] = WRP 2019, p. 1570 – Gelenknahrung III ; du 25 juin 2020 dans l'affaire I ZR 162/16, GRUR 2020, p. 1007 [juris point 17] = WRP 2020, p. 1306 – B-Vitamine II, et jurisprudence citée) et que le demandeur a qualité pour agir en vertu de l'article 8, paragraphe 3, point 2, de l'UWG ancienne rédaction. Elle a également considéré à juste titre que, en cas de violation de l'article 10, paragraphe 1 ou 3, du règlement HC, les demandes en cessation au titre de l'article 8, paragraphe 1, première phrase, de l'UWG et de remboursement des frais de mise en demeure au titre de l'article 12, paragraphe 1, deuxième phrase, de l'UWG sont fondées.
- 16 2. En vertu de l'article 10, paragraphe 1, du règlement HC, les allégations de santé sont interdites, dès lors qu'elles ne satisfont pas aux exigences générales énoncées au chapitre II et aux exigences spécifiques énoncées au chapitre IV, qu'elles ne sont pas autorisées en vertu dudit règlement et qu'elles ne figurent pas sur la liste des allégations autorisées visée aux articles 13 et 14 du règlement HC. En vertu de l'article 10, paragraphe 3, du règlement HC, des références aux effets bénéfiques généraux, non spécifiques d'un nutriment ou d'une denrée alimentaire sur l'état de santé général et le bien-être lié à la santé ne sont autorisées que si une telle référence est accompagnée d'une allégation de santé spécifique figurant sur les listes visées à l'article 13 ou 14.
- 17 3. Tout comme l'article 10, paragraphe 1, du règlement HC, l'article 10, paragraphe 3, du règlement HC présuppose une allégation de santé ; les références aux effets bénéfiques généraux, non spécifiques d'un nutriment ou d'une denrée alimentaire sur l'état de santé général et le bien-être lié à la santé constituent une forme particulière d'allégations de santé (voir arrêt du BGH du 7 avril 2016 dans l'affaire I ZR 81/15, GRUR 2016, p. 1200 [juris point 24] = WRP 2016, p. 1359 – Repair-Kapseln).
- 18 La juridiction d'appel est partie, sans commettre d'erreur de droit, du postulat que les allégations attaquées « thymoleptique », « amélioration de l'équilibre émotionnel », « sentis plus détendus et plus dynamiques », « la qualité du sommeil s'est améliorée », « diminution des sentiments de stress et de la fatigue »,

« l'irritabilité et la fatigue ont diminuées de 63 % » et « nette amélioration de la qualité de vie » sont des allégations de santé au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, points 1 et 5, et de l'article 10, paragraphes 1 et 3, du règlement HC.

- 19 4. En vertu de la jurisprudence de la chambre (voir BGH, GRUR 2020, p. 1007), la délimitation entre l'article 10, paragraphe 1, du règlement HC, d'une part, et l'article 10, paragraphe 3, du règlement HC, d'autre part, dépend du point de savoir si l'allégation établit un lien direct de cause à effet entre, d'une part, une catégorie de denrée alimentaire, une denrée alimentaire ou un composant de celle-ci et, d'autre part, une fonction de l'organisme humain dont la justification scientifique [voir article 5, paragraphe 1, sous a), et article 6, paragraphe 1, du règlement HC] peut être contrôlée dans le cadre d'une procédure d'autorisation visée à l'article 13, paragraphe 3, du règlement HC (s'agissant d'allégations visées à l'article 13, paragraphe 1, de ce règlement) ou aux articles 15 à 17 du règlement HC (s'agissant d'allégations visées à l'article 14, paragraphe 1, du règlement HC) (il s'agit alors d'allégations de santé au sens de l'article 10, paragraphe 1, du règlement HC) ou qu'il n'est pas possible de contrôler (il s'agit alors d'une allégation de santé non spécifique au sens de l'article 10, paragraphe 3, du règlement HC).
- 20 La juridiction d'appel a considéré que les allégations attaquées par le demandeur constituaient des références à des effets bénéfiques généraux, non spécifiques, du nutriment ou de la denrée alimentaire sur l'état de santé général ou sur le bien-être lié à la santé au sens de l'article 10, paragraphe 3, du règlement HC au motif que ces allégations n'établissent pas un lien de cause à effet direct entre la consommation de l'extrait de safran ou de l'extrait de jus de melon contenu dans les produits faisant l'objet de la publicité et une fonction spécifique de l'organisme qui serait susceptible d'être prouvée scientifiquement. Le point de savoir si cette appréciation est exacte peut rester ouvert.
- 21 5. Ce qui est décisif en l'espèce est de savoir si, lorsqu'il est fait la publicité de substances botaniques avec des allégations de santé (article 10, paragraphe 1, du règlement HC) ou en faisant des références aux effets bénéfiques généraux, non spécifiques d'un nutriment ou d'une denrée alimentaire sur l'état de santé général et le bien-être lié à la santé (article 10, paragraphe 3, du règlement HC) les dispositions prévues à l'article 10, paragraphes 1 et 3, du règlement HC s'appliquent aussi longtemps que l'évaluation par l'Autorité et le contrôle par la Commission européenne quant à l'inscription dans les listes communautaires en vertu des articles 13 et 14 du règlement HC des allégations notifiées pour des substances botaniques ne sont pas achevés (voir II 6). Si les dispositions prévues à l'article 10, paragraphes 1 et 3, du règlement HC ne s'appliquent pas, une violation de celles-ci est d'emblée exclue et les demandes présentées [dans l'affaire au principal] sont mal fondées ; si, en revanche, les dispositions prévues à l'article 10, paragraphes 1 et 3, du règlement HC s'appliquent, les demandes présentées sont bien fondées car les allégations attaquées violent ces dispositions (voir II 7).

- 22 6. La cour d'appel a considéré à juste titre que les extraits de safran et de jus de melon en cause étaient des « substances botaniques ». Cette notion désigne communément des substances végétales ou à base de plantes [voir considérant 10 du règlement (UE) n° 432/2012 et considérant 4 du règlement (UE) n° 536/2013]. La Commission ne s'est jusqu'ici pas prononcée sur l'inclusion des allégations de santé relatives à des substances botaniques dans la liste communautaire des allégations autorisées visée à l'article 13, paragraphe 3, du règlement HC et elle estime au contraire qu'un examen et une consultation complémentaires s'imposent [voir considérant 10 du règlement (UE) n° 432/2012 et considérants 4 et 5 du règlement (UE) n° 536/2013]. La question de savoir si les dispositions prévues à l'article 10, paragraphes 1 et 3, du règlement HC s'appliquent aux allégations de santé relatives à des substances végétales aussi longtemps que l'évaluation de l'Autorité et l'examen par la Commission quant à l'inclusion dans les listes communautaires conformément aux articles 13 et 14 du règlement HC des allégations notifiées relativement aux « substances botaniques » ne sont pas achevés (voir arrêt du BGH publié au GRUR 2019, p. 1299 dans l'affaire Gelenknahrung III et jurisprudence citée) n'a pas été tranchée.
- 23 a) Toutefois, selon la jurisprudence du BGH, le fait que les listes visées aux articles 13 et 14 du règlement HC ne sont pas encore entièrement établies ne s'oppose pas, en principe, à l'application de l'article 10, paragraphe 3, du règlement HC (voir arrêt du BGH publié au GRUR 2019, p. 1299 dans l'affaire Gelenknahrung III). La position contraire est difficilement conciliable tant avec le libellé de l'article 10, paragraphe 3, du règlement HC qu'avec le sens et la finalité de cette disposition. L'idée selon laquelle les listes doivent être établies de manière définitive se heurte en outre au caractère licite d'y apporter des compléments découlant de l'article 13, paragraphe, du règlement HC (voir conclusions de l'avocat général Bobek dans l'affaire Nelsons, C-177/15, EU:C:2016:474, points 75 et suivant). La même chose vaut en ce qui concerne l'application de l'article 10, paragraphe 1, du règlement HC.
- 24 b) Il existe néanmoins un doute quant au point de savoir si les dispositions de l'article 10, paragraphes 1 et 3, du règlement HC s'appliquent aux allégations dont l'évaluation par l'Autorité ou l'examen par la Commission a été différé et n'est pas encore achevé, telles que les allégations qui se rapportent aux effets des substances végétales qui sont communément dénommées « substances botaniques » et d'autres allégations de santé déterminées dont l'inscription sur la liste des allégations autorisées n'a pas encore fait l'objet d'une décision finale de la Commission (sur des allégations en rapport avec les « substances botaniques » qui ont déjà été examinées voir ordonnance du BGH du 29 septembre 2016 dans l'affaire I ZR 233/15, juris points 13 et suivant). Il n'est pas possible de répondre clairement à cette question.
- 25 aa) Selon un point de vue, aussi longtemps que les allégations spécifiques se rapportant aux « substances botaniques » n'ont pas été évaluées par l'Autorité et examinées par la Commission, l'article 10, paragraphe 3, du règlement HC n'est

pas applicable (voir OLG Karlsruhe, arrêt du 27 février 2019 dans l'affaire 6 U 87/18, MD 2019, p. 594 [juris points 32 et 34]).

- 26 Pour motiver ce point de vue, il est exposé que le législateur aurait considéré une interdiction générale des allégations de santé générales et non spécifiques irait trop loin. Il n'aurait donc prévu qu'une interdiction limitée. Il en résulterait que des références d'ordre général à la santé ne seraient interdites que lorsqu'elles ne seraient pas accompagnées d'allégations spécifiques figurant dans une liste établie en vertu de l'article 13 ou de l'article 14 du règlement HC. Cette interdiction limitée présupposerait toutefois que ces listes soient établies (OLG Karlsruhe, MD 2019, 594 [juris point 37]). Sinon, contrairement à la volonté du législateur qui s'exprimerait également clairement dans la disposition transitoire de l'article 28 du règlement HC, le règlement prévoirait dans un premier temps une règle plus stricte que celle s'appliquant par la suite (OLG Karlsruhe, MD 2019, 594 [juris point 37]). En raison de la suspension par l'Autorité et la Commission de l'évaluation des allégations relatives aux « substances botaniques », il serait actuellement impossible pour l'annonceur de parvenir à obtenir une décision quant aux allégations de santé spécifiques et il ne serait par conséquent pas non plus possible d'accompagner une allégation non spécifique de telles allégations de santé spécifiques au sens de l'article 10, paragraphe 3, du règlement HC (OLG Karlsruhe, MD 2019, 594 [juris point 34]). Le choix délibéré du législateur de ne pas imposer une interdiction générale des allégations de santé non spécifiques, mais uniquement qu'elles soient accompagnées d'allégations spécifiques figurant sur une liste, serait tourné en son contraire pour toute une classe de substances du simple fait que la Commission décide de ne pas agir dans le cadre de l'établissement des listes. En effet, dans ce cas, le simple fait de ne pas établir les listes et de ne pas traiter les demandes d'inclusion relatives aux substances végétales créerait une situation juridique que le législateur n'aurait précisément pas eu l'intention d'ériger en loi (OLG Karlsruhe, MD 2019, 594 [juris point 38]). Il s'en suivrait que le seul libellé de l'article 10, paragraphe 3, du règlement HC ne saurait être déterminant. Au contraire, il y aurait lieu de partir du principe que le règlement ne régirait pas l'utilisation de références générales à la santé en ce qui concerne les « substances botaniques » aussi longtemps que l'inaction de la Commission perdurera (OLG Karlsruhe, MD 2019, 594 [juris point 32]). Ces principes s'appliqueraient aussi lorsque la personne contre laquelle est dirigée l'action en cessation n'aurait pas fait de demande en vue de l'inclusion sur les liste d'allégations spécifiques. Une telle demande serait dénuée de toute chance de succès dans un avenir proche étant donné que l'examen des allégations de santé relatives aux « substances botaniques » a été mis « en suspens » par les instances compétentes en la matière (OLG Karlsruhe, MD 2019, 594 [juris point 39]).
- 27 Pourrait en outre plaider dans le sens de l'inapplicabilité des conditions d'autorisation visées à l'article 10, paragraphes 1 et 3, du règlement HC le fait que l'inaction de la Commission pendant des années pourrait être considérée comme une restriction disproportionnée de la liberté d'entreprise des entrepreneurs concernés au sens de l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, ainsi que comme une différence de traitement injustifiée par rapport aux

possibilités de publicité offertes aux concurrents dont les demandes d'inscription d'allégations de santé sur la liste communautaire portent sur des substances évaluées par l'Autorité et examinées par la Commission. La carence sur plusieurs années de la Commission pourrait aboutir à ce que le maintien des conditions d'autorisation visées à l'article 10, paragraphes 1 et 3, du règlement HC puisse être considéré comme une atteinte disproportionnée aux intérêts juridiquement protégés des entreprises concernées (voir arrêt du 23 novembre 2017, Bionorica et Diapharm/Commission, C-596/15 P et C-597/15 P, EU:C:2017:886, points 91 et suivant).

- 28 bb) En revanche, la position majoritairement défendue est que l'article 10, paragraphe 3, du règlement HC doit également s'appliquer aux « substances botaniques », à la nuance près que les exigences de cette disposition seraient également satisfaites lorsqu'une référence générale non spécifique au sens de cette disposition est accompagnée d'une indication spécifique relative à la santé qui, selon la Commission, serait « en suspens » et pourrait continuer à être utilisée dans les conditions prévues à l'article 28, paragraphes 5 et 6, du règlement HC (OLG Celle, ordonnance du 26 octobre 2020 dans l'affaire 13 U 44/20, juris point 41); OLG Dresden, GRUR-RR 2022, 248 [juris point 33] [OMISSIS : références doctrinales]).
- 29 Le fait que le libellé de l'article 10, paragraphes 1 et 3, du règlement HC englobe les allégations de santé non spécifiques sans faire de distinction selon que les allégations se rapportent ou non à des « substances botaniques » plaide en faveur de cette thèse.
- 30 En outre, la finalité de l'article 10, paragraphes 1 et 3, du règlement HC semble devoir s'opposer à ce que la publicité avec des allégations de santé non spécifiques relatives aux « substances botaniques » puisse être totalement exemptée des limitations prévues par ces dispositions en l'absence d'une évaluation scientifique complète des allégations de santé spécifiques (devant les accompagner). Aux termes du considérant 23 du règlement, le recours, dans la Communauté, à des allégations de santé ne devrait être autorisé qu'après une évaluation scientifique répondant aux exigences les plus élevées qui, pour garantir une évaluation harmonisée, doit être effectuée par l'Autorité européenne de sécurité des aliments. Il convient de tenir compte du fait qu'il existe un risque que les consommateurs ne puissent pas faire la différence entre les compléments alimentaires et les médicaments à base de plantes et que, contrairement à l'intention du législateur, l'utilisation de compléments alimentaires contenant des allégations de santé non vérifiées puisse continuer à mettre en danger la santé des patients (voir décision du Bundesrat du 12 février 2021, BR-Drucks. 36/21, p. 2 s.)
- 31 Par ailleurs, au considérant 9 du règlement (UE) n° 536/2013 et au considérant 11 du règlement (UE) n° 432/2012, la Commission a souligné que les allégations dont l'examen n'est pas encore terminé demeureront indiquées sur le site web de la Commission et pourront continuer à être utilisées en vertu de l'article 28,

paragraphes 5 et 6, du règlement HC. Cela pourrait avoir suffi à prendre en compte de l'intérêt légitime de l'entreprise faisant de la publicité à pouvoir utiliser des allégations de santé en ce qui concerne les « substances botaniques ».

- 32 7. La question présente une pertinence pour la solution du litige.
- 33 a) Si l'on se rallie au premier point de vue exposé, en l'espèce, les dispositions de l'article 10, paragraphes 1 et 3, du règlement HC ne s'appliquent pas et il ne fait obstacle pas à l'utilisation critiquée des allégations en cause en l'espèce que celles-ci ne soient pas autorisées par ce règlement et ne figurent pas sur les listes d'allégations autorisées visées aux articles 13 et 4 du règlement HC (article 10, paragraphe 1, du règlement HC) ou qu'elles ne soient accompagnées d'aucune allégation de santé spécifique figurant sur une des listes visées aux articles 13 et 14 du règlement HC (article 10, paragraphe 3, du règlement HC).
- 34 b) Si l'on se rallie à la deuxième position évoquée ci-dessus, l'article 10, paragraphes 1 et 3, du règlement HC est applicable en l'espèce et s'oppose à l'utilisation contestée des allégations en cause en l'espèce.
- 35 aa) Dans l'hypothèse où il convient de qualifier les allégations attaquées de références faites aux effets bénéfiques généraux, non spécifiques du nutriment ou de la denrée alimentaire sur l'état de santé en général ou sur le bien-être lié à la santé, selon l'appréciation dénuée d'erreur de droit de la juridiction d'appel, ces allégations violent l'article 10, paragraphe 3, du règlement HC car elles ne sont pas accompagnées d'une allégation de santé spécifique et qu'il ne s'agit pas d'une allégation figurant sur l'une des listes visées aux articles 13 ou 14 du règlement HC ou d'une allégation maintenue « en suspens » par la Commission qui, en vertu de l'article 28, paragraphes 5 ou 6, du règlement HC, peut encore être utilisée.
- 36 bb) Dans l'hypothèse où il convient de qualifier les allégations contestées d'allégations de santé au sens de l'article 10, paragraphe 1, du règlement HC, selon l'appréciation également dénuée d'erreur de droit à cet égard de la juridiction d'appel, elles violent cette disposition ne serait-ce qu'au motif qu'elles ne sont ni autorisées par ce règlement ni ne figurent sur les listes d'allégations autorisées visées aux articles 13 et 14 du règlement HC, et qu'elles ne sont pas des allégations maintenues « en suspens » par la Commission qui, en vertu de l'article 28, paragraphes 5 ou 6, du règlement HC, peuvent encore être utilisées. Il s'ensuit qu'il n'importe alors plus de savoir si, comme l'article 10, paragraphe 1 du règlement HC continue à l'exiger, ces allégations sont conformes aux prescriptions générales du chapitre II de ce règlement et notamment si, en vertu des articles 5, paragraphe 1, sous a), et 6, paragraphe 1, du règlement HC, elles sont suffisamment étayées scientifiquement.
- 37 (1) En vertu de l'article 28, paragraphe 5, du règlement HC, les allégations de santé visées à l'article 13, paragraphe 1, sous a), du règlement HC (allégations relatives au rôle d'un nutriment ou d'une autre substance dans la croissance, dans le développement et dans les fonctions de l'organisme) peuvent être faites à

compter de la date d'entrée en vigueur du présent règlement et jusqu'à l'adoption de la liste visée à l'article 13, paragraphe 3, sous la responsabilité des exploitants du secteur alimentaire, à condition qu'elles soient conformes au présent règlement et aux dispositions nationales existantes qui leur sont applicables.

- 38 En vertu de l'article 28, paragraphe 6, point b), du règlement HC, les allégations de santé autres que celles visées à l'article 13, paragraphe 1, point a), du règlement HC (à savoir les allégations relatives au rôle d'un nutriment ou d'une autre substance dans la croissance, dans le développement et dans les fonctions de l'organisme) et à l'article 14 du règlement HC (à savoir les allégations relatives à la réduction d'un risque de maladie et celles relatives au développement et à la santé des enfants) [telles que par exemple les allégations relatives aux fonctions psychologiques et comportementales visées à l'article 13, paragraphe 1, sous b), du règlement HC] qui, dans le respect des dispositions nationales, ont été utilisées avant l'entrée en vigueur de ce règlement et n'ont pas fait l'objet d'une évaluation et d'une autorisation dans un État membre, peuvent continuer à être utilisées pendant une période de six mois après qu'une décision a été prise en application de l'article 17, paragraphe 3, du règlement HC, à condition qu'une demande ait été faite conformément à ce règlement avant le 19 janvier 2008.
- 39 (2) Contrairement à ce qui est soutenu dans le pourvoi en « Revision », et conformément aux constatations opérées sans commettre d'erreur de droit par la juridiction d'appel, les fonctions dont il est fait la publicité ne sont pas des fonctions de l'organisme au sens de l'article 13, paragraphe 1, sous a), du règlement HC, mais sont des fonctions psychologiques au sens de l'article 13, paragraphe 1, sous b), du règlement HC. C'est donc la disposition transitoire prévue à l'article 28, paragraphe 6, du règlement HC qui s'applique. Toutes les fonctions faisant en l'espèce l'objet de la publicité ont en commun de concerner les sentiments. Ceux-ci ne font pas partie des fonctions de l'organisme, mais des fonctions psychologiques (voir *Guidance on the scientific requirements for health claims related to functions of the nervous system, including psychological functions*, EFSA Journal 2012 ;10(7) :2816 p. 9 sous le point 4.2. ; sur « équilibre émotionnel », voir arrêt du BGH du 24 juillet 2014 dans l'affaire I ZR 221/12, GRUR 2014, p. 1013 [juris point 23] = WRP 2014, p. 1184 – Original Bach-Blüten ; OLG Hamm, GRUR-RR 2015, p. 169 [juris point 61] ; sur « bien-être psychique » et « équilibre émotionnel », voir OLG Celle, LMuR 2021,270 [juris point 59] ; sur « humeur » et « détente » voir [OMISSIS : références doctrinales]). La circonstance que certaines fonctions de l'organisme peuvent éventuellement aussi engendrer de tels sentiments ou que des sentiments puissent avoir un effet sur des fonctions de l'organisme ne présente pas de pertinence ; selon les constatations opérées sans commettre d'erreur de droit par la juridiction d'appel, la défenderesse n'a précisément pas fait dans sa publicité référence à des fonctions de l'organisme.
- 40 (3) Les termes « demande faite conformément au règlement » figurant à l'article 28, paragraphe 6, sous b), du règlement HC ne peuvent que viser une demande au titre de l'article 13, paragraphe 5, lu en combinaison avec l'article 18,

paragraphe 1, du règlement HC [OMISSIS : références doctrinales]. Selon ces dispositions, tout exploitant du secteur alimentaire souhaitant utiliser une allégation de santé non incluse dans la liste prévue à l'article 13, paragraphe 3, du règlement HC peut solliciter l'inclusion de cette allégation dans la liste. En vertu de l'article 18, paragraphe 4, du règlement HC, la Commission statue sur la demande en tenant compte de l'avis de l'Autorité. C'est sans doute par erreur que, à l'article 17, paragraphe 3, du règlement HC, le législateur renvoie à l'article 28, paragraphe 6, point b), du règlement HC [OMISSIS : références doctrinales].

- 41 (4) En l'espèce, la défenderesse n'a tout d'abord pas présenté de demande avant le 19 janvier 2008. Sans que cela ne soit critiqué par le pourvoi en « Revision », la juridiction d'appel a constaté qu'aucune demande n'a été présentée par la défenderesse en ce qui concerne l'extrait de jus de melon et que celle présentée en ce qui concerne le safran date du 13 janvier 2009.
- 42 Il n'est pas nécessaire de se prononcer sur le point de savoir si l'article 28, paragraphe 6, sous b), du règlement HC doit être interprété en ce sens qu'il n'est pas exigé que l'exploitant du secteur alimentaire présente une demande lorsque l'allégation figure dans la liste transmise par un État membre en vertu de l'article 13, paragraphe 2, du règlement HC [OMISSIS : références doctrinales]. La juridiction d'appel a jugé qu'il n'existe pas de telles allégations devant encore faire l'objet d'un examen. Le pourvoi en « Revision » ne soulève également aucun grief quant à ce point.
- 43 (5) La demande concernant le safran n'ayant pas été présentée avant le 19 janvier 2008, le point de savoir si les allégations contestées correspondent – ainsi que cela est exigé – sur le fond aux allégations notifiées peut rester ouvert.

[OMISSIS]