ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/DS435/R, WT/DS441/R
WT/DS458/R, WT/DS467/R

28 juin 2018

(18-4061)

Page: 1/964

Original: anglais

AUSTRALIE – CERTAINES MESURES CONCERNANT LES MARQUES DE FABRIQUE OU DE COMMERCE, LES INDICATIONS GÉOGRAPHIQUES ET AUTRES PRESCRIPTIONS EN MATIÈRE D'EMBALLAGE NEUTRE APPLICABLES AUX PRODUITS DU TABAC ET À LEUR EMBALLAGE

RAPPORTS DES GROUPES SPÉCIAUX

RSC supprimés, comme indiqué [[***]]

Note:

Les présents rapports des Groupes spéciaux se présentent sous la forme d'un document unique constituant quatre rapports de groupes spéciaux distincts: WT/DS435/R, WT/DS441/R, WT/DS458/R et WT/DS467/R. La page de couverture, les pages d'introduction, les sections 1 à 7, les appendices et les annexes sont communs aux quatre rapports. Toutes les pages du document portent les quatre cotes WT/DS435/R, WT/DS441/R, WT/DS458/R et WT/DS467/R, à l'exception des pages suivantes: la page HND-872 de la section 8, qui porte la cote du rapport du Groupe spécial WT/DS435/R et contient les conclusions et recommandations figurant dans ce rapport; la page DOM-872 de la section 8, qui porte la cote du rapport du Groupe spécial WT/DS441/R et contient les conclusions et recommandations figurant dans ce rapport; les pages CUB-872 et CUB-873 de la section 8, qui portent la cote du rapport du Groupe spécial WT/DS458/R et contient les conclusions et recommandations figurant dans ce rapport; et la page IDN-872 de la section 8, qui porte la cote du rapport du Groupe spécial WT/DS467/R et contient les conclusions et recommandations figurant dans ce rapport. Les appendices et les annexes, qui font partie des rapports des Groupes spéciaux, figurent dans des documents distincts: WT/DS435/R/Suppl.1, WT/DS441/R/Suppl.1, WT/DS458/R/Suppl.1, WT/DS467/R/Suppl.1 (appendices); et WT/DS435/R/Add.1, WT/DS441/R/Add.1, WT/DS458/R/Add.1, WT/DS467/R/Add.1 (annexes).

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES APPENDICES **13**
LISTE DES ANNEXES **14**
LISTE DES TABLEAUX **15**
LISTE DES FIGURES **15**
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS UTILISÉES DANS LES PRÉSENTS RAPPORTS **16**
PRINCIPALES PIÈCES CITÉES DANS LES PRÉSENTS RAPPORTS **18**
PRINCIPALES AFFAIRES CITÉES DANS LES PRÉSENTS RAPPORTS **44**
1 INTRODUCTION **50**
1.1 Plainte du Honduras 50
1.2 Plainte de la République dominicaine 50
1.3 Plainte de Cuba 50
1.4 Plainte de l'Indonésie 50
1.5 Établissement et composition du Groupe spécial 50
1.5.1 Honduras 50
1.5.2 République dominicaine 51
1.5.3 Cuba 51
1.5.4 Indonésie 52
1.5.5 Accord procédural entre l'Australie, l'Ukraine, le Honduras, la République dominicaine, Cuba et l'Indonésie 53
1.6 Travaux du Groupe spécial 53
1.6.1 Généralités 53
1.6.2 Décisions préliminaires concernant le mandat du Groupe spécial 54
1.6.3 Procédures de travail concernant les renseignements strictement confidentiels (RSC) 55
1.6.4 Demandes de droits de tierce partie renforcés 55
1.6.5 Communications d'*amici curiae* 56
1.6.6 Suspension des travaux et caducité du pouvoir dans l'affaire DS434 57
1.6.7 Demandes de renseignements au titre de l'article 13 du Mémorandum d'accord 58
1.6.7.1 Demande de renseignements auprès de l'OMS et du Secrétariat de la FCTC 59
1.6.7.2 Demande de renseignements auprès du Bureau international de l'OMPI 60
1.6.7.3 Demandes de données formulées par les parties 60
1.6.7.3.1 Demandes de l'Australie concernant les éléments de preuve présentés par la République dominicaine et l'Ukrainedans le contexte de leurs premières communications écrites 61
1.6.7.3.2 Demandes de l'Ukraine et de la République dominicaine concernant les éléments de preuve présentés par l'Australie dans le contexte de sa première communication écrite 62
1.6.7.3.3 Demandes de données additionnelles 70
1.6.8 Éléments de preuve et arguments présentés à la suite des observations sur les réponses aux questions après la deuxième réunion de fond 72
1.6.8.1 Observations additionnelles sur le troisième contre-rapport de Mme Chipty 72

1.6.8.2 Observations additionnelles sur l'examen après mise en œuvre effectué par l'Australie 73
2 ASPECTS FACTUELS 73
2.1 Mesures en cause 73
2.1.1 Élaboration, adoption et entrée en vigueur des mesures TPP 75
2.1.2 Mesures TPP 76
2.1.2.1 Introduction 76
2.1.2.2 "Objets" de la Loi TPP 77
2.1.2.3 Prescriptions régissant l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac 78
2.1.2.3.1 Caractéristiques physiques de l'emballage pour la vente au détail 79
2.1.2.3.2 Couleur et finition de l'emballage pour la vente au détail 80
2.1.2.3.3 Marques et autres inscriptions sur l'emballage pour la vente au détail 81
2.1.2.3.4 Enveloppes 82
2.1.2.3.5 Éléments insérés et éléments apposés 83
2.1.2.3.6 Autres prescriptions concernant l'emballage pour la vente au détail 83
2.1.2.3.7 Résumé des prescriptions en matière d'emballage pour la vente au détail 83
2.1.2.4 Prescriptions concernant l'apparence des produits du tabac 90
2.1.2.4.1 Prescriptions concernant les cigarettes 91
2.1.2.4.2 Prescriptions concernant les cigares 91
2.1.2.4.3 Résumé des prescriptions concernant l'apparence des produits du tabac 91
2.1.2.5 Article 28 de la Loi TPP 93
2.1.2.6 Infractions et sanctions civiles 93
2.1.2.7 Relation avec d'autres législations 94
2.1.2.8 Loi TMA 94
2.1.2.9 Analyse de l'impact réglementaire 95
2.2 Autres mesures relatives à la lutte antitabac en Australie 97
2.2.1 Mises en garde sanitaires textuelles et illustrées obligatoires 97
2.2.2 Restrictions à la publicité et la promotion des produits du tabac 98
2.2.3 Mesures fiscales 99
2.2.4 Restrictions à la vente des produits du tabac 100
2.2.5 Autres mesures 102
2.3 Protection des marques et des IG en Australie 103
2.4 FCTC 107
2.4.1 Contexte 108
2.4.2 Structure et gouvernance 108
2.4.3 Quelques dispositions de la FCTC 109
2.4.4 Directives de la FCTC 112
2.4.5 Dispositions de la FCTC en ce qui concerne la relation entre la FCTC et d'autres accords et organismes internationaux 113
3 CONSTATATIONS ET RECOMMANDATIONS DEMANDÉES PAR LES PARTIES 113
3.1 Honduras (DS435) 113
3.2 République dominicaine (DS441) 114
3.3 Cuba (DS458) 114

3.4 Indonésie (DS467) 115
3.5 Australie 116
4 ARGUMENTS DES PARTIES 116
5 ARGUMENTS DES TIERCES PARTIES 116
6 RÉEXAMEN INTÉRIMAIRE 116
6.1 Introduction 116
6.2 Demandes de réexamen de la section 7.1 (Ordre d'analyse) 117
6.3 Demandes de réexamen de la section 7.2.5.1 (Question de savoir si les mesures TPP recherchent un "objectif légitime") 117
6.4 Demandes de réexamen de la section 7.2.5.2 (Question de savoir si les mesures TPP sont "conforme[s] aux normes internationales pertinentes" au titre de l'article 2.5 (deuxième phrase)) 118
6.5 Demandes de réexamen de la section 7.2.5.3 (Degré de contribution des mesures TPP à leur objectif) 119
6.6 Demandes de réexamen de la section 7.2.5.3.5.2 (Premier mécanisme: incidence de l'emballage neutre sur l'attrait des produits du tabac pour les consommateurs) 122
6.7 Demandes de réexamen de la section 7.2.5.3.5.3 (Deuxième mécanisme: incidence des mesures TPP sur l'efficacité de la mise en garde sanitaire explicite) 123
6.8 Demandes de réexamen de la section 7.2.5.3.5.4 (Troisième mécanisme: diminuer l'aptitude du paquet à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme) 124
6.9 Demandes de réexamen de la section 7.2.5.3.7 (Incidence des mesures TPP sur le commerce illicite) 124
6.10 Demandes de réexamen de la section 7.2.5.4 (Caractère restrictif pour le commerce des mesures TPP) 125
6.11 Demandes de réexamen de la section 7.2.5.5.2.2 (Gravité des conséquences de la non-réalisation) 125
6.12 Demandes de réexamen de la section 7.2.5.6.1 (Question de savoir si des mesures de rechange moins restrictives pour le commerce sont raisonnablement disponibles pour l'Australie: approche du Groupe spécial) 125
6.13 Demandes de réexamen de la section 7.2.5.6.2 (Première mesure de rechange proposée: relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat) 126
6.14 Demandes de réexamen de la section 7.2.5.6.3 (Deuxième mesure de rechange proposée: taxation accrue des produits du tabac) 127
6.15 Demandes de réexamen de la section 7.3.2 (Article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC) 128
6.16 Demandes de réexamen de la section 7.3.3 (Article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC) 128
6.17 Demandes de réexamen de la section 7.3.5 (Article 20 de l'Accord sur les ADPIC) 130
6.18 Demandes de réexamen de la section 7.3.6 (Article 10*bis* de la Convention de Paris (1967), tel qu'il est incorporé par l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC) 132
6.19 Demandes de réexamen des appendices 133
7 CONSTATATIONS 134
7.1 Ordre d'analyse 134
7.2 Article 2.2 de l'Accord OTC 137
7.2.1 Aperçu des allégations 137
7.2.2 Approche générale du Groupe spécial 139
7.2.3 Applicabilité de l'Accord OTC aux mesures relatives aux marques 143
7.2.3.1 Principaux arguments des parties 143
7.2.3.2 Arguments des tierces parties 147

7.2.3.3 Analyse du Groupe spécial 151
7.2.4 Question de savoir si les mesures TPP constituent un règlement technique au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC 161
7.2.4.1 Question de savoir si les mesures TPP s'appliquent à un groupe de produits identifiable 163
7.2.4.1.1 Principaux arguments des parties 163
7.2.4.1.2 Analyse du Groupe spécial 164
7.2.4.2 Question de savoir si les mesures TPP énoncent une ou plus d'une caractéristique des produits 167
7.2.4.2.1 Principaux arguments des parties 167
7.2.4.2.2 Analyse du Groupe spécial 170
7.2.4.3 Question de savoir si le respect des mesures TPP est obligatoire 177
7.2.4.3.1 Principaux arguments des parties 177
7.2.4.3.2 Analyse du Groupe spécial 178
7.2.4.4 Conclusion générale 180
7.2.5 Question de savoir si les mesures TPP sont "plus restricti[ves] pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime" au sens de l'article 2.2 183
7.2.5.1 Question de savoir si les mesures TPP recherchent un "objectif légitime" 185
7.2.5.1.1 Objectif des mesures TPP 185
7.2.5.1.1.1 Principaux arguments de parties 186
7.2.5.1.1.2 Analyse du Groupe spécial 189
7.2.5.1.2 Question de savoir si l'objectif rcherché par l'Australie au moyen des mesures TPP est un "objectif légitime" au sens de l'article 2.2 196
7.2.5.2 Question de savoir si les mesures TPP sont "conforme[s] aux normes internationales pertinentes" au titre de l'article 2.5 (deuxième phrase) 198
7.2.5.2.1 Aperçu des arguments des parties 198
7.2.5.2.2 Approche du Groupe spécial 200
7.2.5.2.3 Question de savoir si les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC constituent des "normes internationales pertinentes" 201
7.2.5.2.3.1 La notion de "normes internationales pertinentes" dans l'article 2.5 (deuxième phrase) 202
7.2.5.2.3.2 Question de savoir si les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC constituent une "norme" pour l'emballage neutre du tabac au sens de l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC 212
7.2.5.2.4 Conclusion générale relative à la question de savoir si les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC sont des "normes internationales pertinentes" et si les mesures TPP sont "conforme[s] [à]" ces directives au titre de l'article 2.5 (deuxième phrase) 253
7.2.5.3 Degré de contribution des mesures TPP à leur objectif 262
7.2.5.3.1 Aperçu des arguments des parties 263
7.2.5.3.2 Principaux arguments des tierces parties 272
7.2.5.3.3 Approche du Groupe spécial et structure de l'analyse 278
7.2.5.3.4 Accès aux données et valeur probante de certains éléments de preuve 286
7.2.5.3.5 Conception, structure et fonctionnement des mesures 288
7.2.5.3.5.1 Critique des "publications sur l'emballage neutre" (publications TPP) 289
7.2.5.3.5.2 Premier mécanisme: incidence de l'emballage neutre sur l'attrait des produits du tabac pour les consommateurs 328

7.2.5.3.5.3 Deuxième mécanisme: incidence des mesures TPP sur l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites....373
7.2.5.3.5.4 Troisième mécanisme: diminuer l'aptitude du paquet à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme....403
7.2.5.3.5.5 Conclusion générale concernant les éléments de preuve se rapportant à la conception, à la structure et au fonctionnement des mesures TPP....419
7.2.5.3.6 Éléments de preuve se rapportant à l'application des mesures TPP....420
7.2.5.3.6.1 Incidence des mesures TPP sur les résultats "proximaux" (attrait des produits du tabac, efficacité des mises en garde sanitaires explicites et aptitude du paquet à induire en erreur)....423
7.2.5.3.6.2 Incidence des mesures TPP sur les résultats liés à l'arrêt du tabagisme et d'autres résultats distaux....427
7.2.5.3.6.3 Incidence des mesures TPP sur les comportements tabagiques....429
7.2.5.3.6.4 Conclusion générale concernant les éléments de preuve se rapportant à l'application des mesures TPP depuis leur entrée en vigueur....434
7.2.5.3.7 Incidence des mesures TPP sur le commerce illicite....435
7.2.5.3.7.1 Principaux arguments des parties....435
7.2.5.3.7.2 Analyse du Groupe spécial....436
7.2.5.3.8 Conclusion générale sur le degré de contribution des mesures TPP à l'objectif de l'Australie....446
7.2.5.4 Caractère restrictif pour le commerce des mesures TPP....451
7.2.5.4.1 Sens de l'expression "caractère restrictif pour le commerce" au titre de l'article 2.2....452
7.2.5.4.1.1 Principaux arguments des parties....452
7.2.5.4.1.2 Principaux arguments des tierces parties....455
7.2.5.4.1.3 Analyse du Groupe spécial....460
7.2.5.4.2 Application aux mesures TPP....465
7.2.5.4.2.1 Principaux arguments des parties....465
7.2.5.4.2.2 Principaux arguments des tierces parties....483
7.2.5.4.2.3 Analyse du Groupe spécial....486
7.2.5.5 Nature et gravité des "risques liés à la non-réalisation"....511
7.2.5.5.1 Principaux arguments des parties....513
7.2.5.5.2 Analyse du Groupe spécial....520
7.2.5.5.2.1 Nature des risques....520
7.2.5.5.2.2 Gravité des conséquences de la non-réalisation....523
7.2.5.5.2.3 Conclusion sur la nature des risques que la non-réalisation entraînerait et la gravité de leurs conséquences....529
7.2.5.6 Question de savoir si des mesures de rechange moins restrictives pour le commerce sont raisonnablement disponibles pour l'Australie....529
7.2.5.6.1 Approche du Groupe spécial....530
7.2.5.6.1.1 Principaux arguments des parties....530
7.2.5.6.1.2 Analyse du Groupe spécial....538
7.2.5.6.2 Première mesure de rechange proposée: relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat....545
7.2.5.6.2.1 Description de la mesure proposée....546
7.2.5.6.2.2 Question de savoir si un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat est une mesure de rechange....547

7.2.5.6.2.3 Question de savoir si un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat serait moins restrictif pour le commerce que les mesures TPP 547

7.2.5.6.2.4 Question de savoir si un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat apporterait une contribution équivalente à l'objectif de l'Australie 551

7.2.5.6.2.5 Question de savoir si un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat est une mesure raisonnablement disponible pour l'Australie 565

7.2.5.6.2.6 Conclusion générale sur un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat comme solution de rechange pour remplacer les mesures TPP 565

7.2.5.6.3 Deuxième mesure de rechange proposée: augmentation des taxes sur les produits du tabac 566

7.2.5.6.3.1 Description de la mesure proposée 566

7.2.5.6.3.2 Question de savoir si une augmentation des taxes est une mesure de rechange 566

7.2.5.6.3.3 Question de savoir si une augmentation des taxes serait moins restrictive pour le commerce que les mesures TPP 568

7.2.5.6.3.4 Question de savoir si une augmentation des taxes sur les produits du tabac apporterait une contribution équivalente à l'objectif de l'Australie 572

7.2.5.6.3.5 Question de savoir si une augmentation des taxes sur les produits du tabac est raisonnablement disponible pour l'Australie 584

7.2.5.6.3.6 Conclusion générale sur une augmentation des taxes comme solution de rechange pour remplacer les mesures TPP 587

7.2.5.6.4 Troisième mesure de rechange proposée: les campagnes de marketing social 587

7.2.5.6.4.1 Description de la mesure proposée 587

7.2.5.6.4.2 Question de savoir si des campagnes de marketing social "améliorées" constituent une mesure de rechange 590

7.2.5.6.4.3 Question de savoir si des campagnes de marketing social "améliorées" seraient moins restrictives pour le commerce que les mesures TPP 600

7.2.5.6.4.4 Question de savoir si des campagnes de marketing social "améliorées" apporteraient une contribution équivalente à l'objectif de l'Australie 601

7.2.5.6.4.5 Question de savoir si des campagnes de marketing social "améliorées" sont raisonnablement disponibles pour l'Australie 611

7.2.5.6.4.6 Conclusion générale sur des campagnes de marketing social améliorées comme solution de rechange pour remplacer les mesures TPP 611

7.2.5.6.5 Quatrième mesure de rechange proposée: un contrôle préalable 612

7.2.5.6.5.1 Description de la mesure proposée 613

7.2.5.6.5.2 Question de savoir si un mécanisme de contrôle préalable serait moins restrictif pour le commerce que les mesures TPP 616

7.2.5.6.5.3 Question de savoir si un mécanisme de contrôle préalable apporterait une contribution équivalente à l'objectif de l'Australie 619

7.2.5.6.5.4 Question de savoir si un mécanisme de contrôle préalable est raisonnablement disponible pour l'Australie 629

7.2.5.6.5.5 Conclusion générale sur un mécanisme de contrôle préalable comme solution de rechange pour remplacer les mesures TPP 636

7.2.5.6.6 Application "cumulative" des solutions de rechange 637

7.2.5.7 Conclusion générale sur l'article 2.2 639

7.3 Accord sur les ADPIC 641

7.3.1 Article 6*quinquies* de la Convention de Paris (1967), tel qu'il est incorporé par l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC 641

7.3.1.1 Introduction 641

7.3.1.2 Principaux arguments des parties....643
7.3.1.3 Principaux arguments des tierces parties 646
7.3.1.4 Analyse du Groupe spécial 647
7.3.2 Article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC 652
7.3.2.1 Principaux arguments des parties....652
7.3.2.2 Principaux arguments des tierces parties 656
7.3.2.3 Analyse du Groupe spécial 659
7.3.2.3.1 Interprétation de l'article 15:4 660
7.3.2.3.1.1 Sens de l'expression "marque de fabrique ou de commerce" figurant à l'article 15:4....661
7.3.2.3.1.2 Sens du membre de phrase "enregistrement de la marque" figurant à l'article 15:4....662
7.3.2.3.1.3 Sens du terme "obstacle" à l'enregistrement d'une marque figurant à l'article 15:4....667
7.3.2.3.1.4 Conclusion....667
7.3.2.3.2 Application aux mesures TPP 667
7.3.2.3.2.1 Question de savoir si les mesures TPP sont incompatibles avec l'article 15:4 en ce sens qu'elles viennent empêcher l'enregistrement de signes qui sont propres à acquérir un caractère distinctif par l'usage 668
7.3.2.3.2.2 Question de savoir si les mesures TPP sont incompatibles avec l'article 15:4 en ce sens qu'elles empêchent certains signes d'acquérir un caractère distinctif par l'usage....671
7.3.2.3.2.3 Question de savoir si les mesures TPP sont incompatibles avec l'article 15:4 en ce qu'elles réduisent la protection découlant de l'enregistrement pour les marques relatives au tabac en raison de la nature du produit 675
7.3.2.3.3 Conclusion générale 679
7.3.3 Article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC 679
7.3.3.1 Introduction 679
7.3.3.2 Principaux arguments des parties....680
7.3.3.3 Principaux arguments des tierces parties 691
7.3.3.4 Analyse du Groupe spécial 692
7.3.3.4.1 Portée de l'obligation énoncée à l'article 16:1 693
7.3.3.4.2 Question de savoir si les mesures TPP enfreignent l'article 16:1, parce que la prohibition de l'usage de certaines marques réduit leur caractère distinctif et donc l'aptitude du titulaire de la marque à démontrer l'existence d'un risque de confusion....696
7.3.3.4.3 Question de savoir si les mesures TPP enfreignent l'article 16 parce qu'elles soumettent les signes non intrinsèquement distinctifs à des procédures de radiation 710
7.3.3.4.4 Question de savoir si les mesures TPP érodent le droit du titulaire d'une marque d'empêcher un usage susceptible d'entraîner une confusion en exigeant l'usage de marques "semblables au point d'induire en erreur" sur des produits identiques 712
7.3.3.4.5 Conclusion générale 714
7.3.4 Article 16:3 de l'Accord sur les ADPIC 715
7.3.4.1 Introduction 715
7.3.4.2 Principaux arguments des parties....715
7.3.4.3 Principaux arguments des tierces parties 721
7.3.4.4 Analyse du Groupe spécial 722
7.3.4.4.1 Interprétation de l'article 16:3 723

7.3.4.4.2 Question de savoir si les mesures TPP sont incompatibles avec l'article 16:3 parce qu'elles empêchent le maintien du statut de marque notoirement connue pour certaines marques relatives au tabac 725
7.3.4.4.3 Question de savoir si les mesures TPP sont incompatibles avec l'article 16:3 en ce sens qu'elles empêchent certaines marques relatives au tabac d'acquérir le statut de marques notoirement connues par l'usage 731
7.3.4.4.4 Conclusion générale 732
7.3.5 Article 20 de l'Accord sur les ADPIC 732
7.3.5.1 Aperçu des allégations 732
7.3.5.2 Approche globale du Groupe spécial 734
7.3.5.2.1 Principaux arguments des parties 734
7.3.5.2.2 Principaux arguments des tierces parties 736
7.3.5.2.3 Analyse du Groupe spécial 738
7.3.5.3 Question de savoir si les mesures TPP comportent des "prescriptions spéciales" qui "entravent" l'usage d'une marque de fabrique ou de commerce 742
7.3.5.3.1 Sens de l'expression "prescriptions spéciales" et du terme "entravé" figurant à l'article 20 742
7.3.5.3.1.1 Principaux arguments des parties 742
7.3.5.3.1.2 Principaux arguments des tierces parties 748
7.3.5.3.1.3 Analyse du Groupe spécial 751
7.3.5.3.2 Application aux mesures TPP 755
7.3.5.4 Question de savoir si les prescriptions spéciales des mesures TPP entravent l'"usage d'une marque de fabrique ou de commerce" "au cours d'opérations commerciales" 756
7.3.5.4.1 Sens du membre de phrase "au cours d'opérations commerciales" 756
7.3.5.4.1.1 Principaux arguments des parties 756
7.3.5.4.1.2 Principaux arguments des tierces parties 758
7.3.5.4.1.3 Analyse du Groupe spécial 759
7.3.5.4.2 "[U]sage [pertinent] d'une marque de fabrique ou de commerce" 761
7.3.5.4.2.1 Principaux arguments des parties 761
7.3.5.4.2.2 Analyse du Groupe spécial 764
7.3.5.4.3 Application aux mesures TPP 765
7.3.5.5 Question de savoir si les mesures TPP entravent "de manière injustifiable" l'usage de marques au cours d'opérations commerciales 766
7.3.5.5.1 Sens de l'expression "de manière injustifiable" 767
7.3.5.5.1.1 Principaux arguments des parties 767
7.3.5.5.1.2 Principaux arguments des tierces parties 780
7.3.5.5.1.3 Analyse du Groupe spécial 791
7.3.5.5.2 Question de savoir si les mesures TPP sont en soi injustifiables 798
7.3.5.5.2.1 La nature extrême de l'entrave 799
7.3.5.5.2.2 Question de savoir si le caractère injustifiable des prescriptions devrait être évalué en ce qui concerne les marques individuelles et leurs attributs 800
7.3.5.5.2.3 Respect des procédures réglementaires internes 814
7.3.5.5.2.4 Question de savoir si les entraves relevant des exemples énumérés dans la première phrase de l'article 20 sont présumées être "injustifiable[s]" 815
7.3.5.5.3 Application des mesures TPP 818

7.3.5.5.3.1 Introduction....818
7.3.5.5.3.2 Nature et étendue des entraves résultant des mesures TPP....818
7.3.5.5.3.3 Raisons de l'adoption des mesures TPP....829
7.3.5.5.3.4 Question de savoir si les raisons de l'application des prescriptions relatives à la marque des mesures TPP étayent suffisamment l'entrave en résultant....833
7.3.5.6 Conclusion générale....837
7.3.6 Article 10*bis* de la Convention de Paris (1967), tel qu'incorporé par l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC....837
7.3.6.1 Introduction....837
7.3.6.2 Champ de l'incorporation de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967) par le biais de l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC....838
7.3.6.2.1 Principaux arguments des parties....838
7.3.6.2.2 Analyse du Groupe spécial....839
7.3.6.3 Interprétation de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967), tel qu'incorporé par le biais de l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC....843
7.3.6.3.1 Principaux arguments des parties....843
7.3.6.3.2 Principaux arguments des tierces parties....849
7.3.6.3.3 Analyse du Groupe spécial....850
7.3.6.4 Question de savoir si les mesures TPP sont incompatibles avec l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967), tel qu'il est incorporé dans l'Accord sur les ADPIC....856
7.3.6.4.1 Introduction....856
7.3.6.4.2 Question de savoir si les mesures TPP elles-mêmes constituent un acte de concurrence déloyale....858
7.3.6.4.3 Question de savoir si les mesures TPP imposent aux acteurs du marché de se livrer à des actes de concurrence déloyale contre lesquels l'Australie est obligée d'assurer une protection....859
7.3.6.4.3.1 Article 10*bis* 3) 1)....860
7.3.6.4.3.2 Article 10*bis* 3) 3)....865
7.3.6.4.3.3 Article 10*bis* 1)....874
7.3.6.4.4 Conclusion générale....881
7.3.7 Article 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC....881
7.3.7.1 Introduction....881
7.3.7.2 Principaux arguments des parties....882
7.3.7.3 Principaux arguments des tierces parties....890
7.3.7.4 Analyse du Groupe spécial....892
7.3.7.4.1 Question de savoir si les mesures TPP équivalent à une concurrence déloyale en créant des conditions de concurrence déloyale pour ce qui est des IG....897
7.3.7.4.2 Question de savoir si les mesures TPP imposent des actes aux participants au marché, en ce qui concerne les IG, qui constituent des actes de concurrence déloyale que l'Australie est obligée d'interdire....898
7.3.7.5 Conclusion....901
7.3.8 Article 24:3 de l'Accord sur les ADPIC....901
7.3.8.1 Principaux arguments des parties....902
7.3.8.2 Principaux arguments des tierces parties....910
7.3.8.3 Analyse du Groupe spécial....912
7.3.8.3.1 Question de savoir si les mesures TPP sont visées par l'article 24:3....912

7.3.8.3.2 Question de savoir si l'obligation concerne les différentes IG particulières ou le système de protection 913

7.3.8.3.3 Question de savoir si l'Australie a diminué la protection des IG par le biais des mesures TPP 916

7.3.8.4 Conclusion 922

7.4 Article IX:4 du GATT de 1994....922

7.4.1 Principaux arguments des parties 923

7.4.2 Principaux arguments des tierces parties 925

7.4.3 Analyse du Groupe spécial 925

7.4.3.1 Signe Habanos et sceau de garantie du gouvernement cubain 926

7.4.3.2 Incidence des mesures TPP sur l'utilisation du signe Habanos et du sceau de garantie du gouvernement cubain 928

7.4.3.3 Question de savoir si les mesures TPP constituent des "lois et règlements" … concernant "le marquage des produits importés" 930

7.4.3.3.1 Membre de phrase "[e]n ce qui concerne le marquage des produits importés, les lois et règlements des Membres" figurant à l'article IX:4 930

7.4.3.3.1.1 Règle générale d'interprétation 930

7.4.3.3.1.2 Décision de 1958 sur les marques d'origine 933

7.4.3.3.1.3 Historique de la négociation....937

7.4.3.3.2 Question de savoir si les mesures TPP, dans la mesure où elles restreignent l'utilisation du signe Habanos et du sceau de garantie du gouvernement cubain, constituent des "lois et règlements" concernant "le marquage des produits importés" 939

7.4.3.4 Question de savoir si les mesures TPP sont "telles qu'il sera possible de s'y conformer sans réduire substantiellement la valeur" des gros cigares cubains roulés à la main 941

7.4.3.4.1 Sens de l'expression "réduire substantiellement [la] valeur [des produits importés]" 942

7.4.3.4.2 Question de savoir si les gros cigares cubains roulés à la main sont privés de valeur ajoutée, d'où une réduction substantielle de leur valeur au sens de l'article IX:4 945

7.4.3.4.3 Question de savoir si les mesures TPP créent une incertitude chez les consommateurs quant à l'authenticité des gros cigares cubains roulés à la main, d'où une réduction substantielle de leur valeur 949

7.4.4 Conclusion 953

8 PLAINTE DU HONDURAS (DS435): CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS....HND-955

8 PLAINTE DE LA RÉPUBLIQUE DOMINICAINE (DS441): CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS.... DOM-955

8 PLAINTE DE CUBA (DS458): CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS.... CUB-955

8 PLAINTE DE L'INDONÉSIE (DS467): CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS .. IDN-955

TABLEAU A: ARTICLES INCLUS DANS LES PRINCIPAUX EXAMENS DES PUBLICATIONS TPP ET/OU DANS LA PIÈCE JE-24....957

LISTE DES APPENDICES

Table des matières		Page
Appendice A	Éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre concernant les résultats non-comportementaux des mesures TPP	A-1
Appendice B	Éléments de preuve sur les résultats liés au sevrage tabagique et d'autres résultats distaux depuis l'entrée en vigueur des mesures TPP	B-1
Appendice C	Éléments de preuve concernant la prévalence du tabagisme après l'entrée en vigueur des mesures TPP	C-1
Appendice D	Éléments de preuve relatifs aux ventes et à la consommation de produits du tabac après l'entrée en vigueur des mesures TPP	D-1
Appendice E	Éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre concernant la substitution par le bas sur le marché des cigarettes	E-1

LISTE DES ANNEXES

ANNEXE A

PROCÉDURES DE TRAVAIL DU GROUPE SPÉCIAL

Table des matières		Page
Annexe A-1	Procédures de travail du Groupe spécial	A-2
Annexe A-2	Procédures de travail additionnelles concernant les renseignements strictement confidentiels	A-9

ANNEXE B

ARGUMENTS DES PARTIES

Table des matières		Page
Annexe B-1	Résumé analytique intégré des arguments du Honduras	B-2
Annexe B-2	Résumé analytique intégré des arguments de la République dominicaine	B-37
Annexe B-3	Résumé analytique intégré des arguments de Cuba	B-72
Annexe B-4	Résumé analytique intégré des arguments de l'Indonésie	B-91
Annexe B-5	Résumé analytique intégré des arguments de l'Australie	B-113

ANNEXE C

ARGUMENTS DES TIERCES PARTIES

Table des matières		Page
Annexe C-1	Résumé analytique des arguments de l'Argentine	C-2
Annexe C-2	Résumé analytique des arguments du Brésil	C-7
Annexe C-3	Résumé analytique des arguments du Canada	C-12
Annexe C-4	Résumé analytique des arguments de la Chine	C-15
Annexe C-5	Résumé analytique des arguments de l'Union européenne	C-20
Annexe C-6	Résumé analytique des arguments du Guatemala	C-24
Annexe C-7	Résumé analytique des arguments du Japon	C-30
Annexe C-8	Résumé analytique des arguments de la République de Corée	C-35
Annexe C-9	Résumé analytique des arguments du Malawi	C-37
Annexe C-10	Résumé analytique des arguments de la Nouvelle-Zélande	C-40
Annexe C-11	Résumé analytique des arguments du Nicaragua	C-43
Annexe C-12	Résumé analytique des arguments du Nigéria	C-47
Annexe C-13	Résumé analytique des arguments de la Norvège	C-54
Annexe C-14	Résumé analytique des arguments d'Oman	C-58
Annexe C-15	Résumé analytique des arguments du Pérou	C-61
Annexe C-16	Résumé analytique des arguments des Philippines	C-63
Annexe C-17	Résumé analytique des arguments de Singapour	C-65
Annexe C-18	Résumé analytique des arguments de l'Afrique du Sud	C-70
Annexe C-19	Résumé analytique des arguments du Taipei chinois	C-73
Annexe C-20	Résumé analytique des arguments de la Thaïlande	C-74
Annexe C-21	Résumé analytique des arguments de la Turquie	C-80
Annexe C-22	Résumé analytique des arguments de l'Uruguay	C-85
Annexe C-23	Résumé analytique des arguments de la Zambie	C-88
Annexe C-24	Résumé analytique des arguments du Zimbabwe	C-91

LISTE DES TABLEAUX

Tableau	Page
Tableau 1: Prescriptions concernant le nom de la marque, la raison sociale, le nom de la société, ou le nom de variante	81
Tableau 2: Notes de pertinence et de qualité attribuées dans le cadre de l'examen Stirling	311
Tableau 3: Réduction estimée des taux d'initiation des États-Unis après un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat, par tranche d'âge	561
Tableau 4: Équivalents estimés des hausses de prix et de taxes pour des contributions hypothétiques des mesures TPP à la réduction du nombre de fumeurs	574
Tableau 5: Segmentation proposée pour les campagnes de marketing social australiennes	606

LISTE DES FIGURES

Figure	Page
Figure 1: Loi TPP et Règlement TPP tels qu'ils s'appliquent en ce qui concerne l'avant, le dessus et le côté d'un paquet de cigarettes	84
Figure 2: Loi TPP et Règlement TPP tels qu'ils s'appliquent en ce qui concerne l'arrière, la base et le côté d'un paquet de cigarettes	85
Figure 3: Loi TPP et Règlement TPP tels qu'ils s'appliquent en ce qui concerne l'avant, le dessus et le côté d'une cartouche de cigarettes	86
Figure 4: Loi TPP et Règlement TPP tels qu'ils s'appliquent en ce qui concerne l'arrière, la base et le côté d'une cartouche de cigarettes	87
Figure 5: Loi TPP et Règlement TPP tels qu'ils s'appliquent aux étuis à cigare	88
Figure 6: Loi TPP et Règlement TPP tels qu'ils s'appliquent en ce qui concerne l'avant et le côté d'une boîte à cigares	89
Figure 7: Loi TPP et Règlement TPP tels qu'ils s'appliquent en ce qui concerne l'arrière d'une boîte à cigares	90
Figure 8: Loi TPP et Règlement TPP tels qu'ils s'appliquent à l'apparence des cigarettes	92
Figure 9: Loi TPP et Règlement TPP tels qu'ils s'appliquent à l'apparence des cigares	92
Figure 10: Mises en garde sanitaires illustrées utilisées actuellement sur l'avant de l'emballage des cigarettes	98
Figure 11: Description du fonctionnement des mesures TPP par l'Australie	191
Figure 12: Description de la Loi TPP par l'Australie	281
Figure 13: Représentation schématique de la théorie du comportement planifié	343
Figure 14: Cadre conceptuel élaboré par le professeur Chaloupka pour évaluer les politiques relatives aux mises en garde sanitaires	380
Figure 15: Prévalence du tabagisme chez les adultes – CISNET	562
Figure 16: Prévalence du tabagisme chez les adultes – SimSmoke	562
Figure 17: Cadre proposé par le professeur Keller pour des communications marketing efficaces	594
Figure 18: Marque composée Habanos enregistrée en Australie	927
Figure 19: Étiquette Habanos appliquée dans le coin supérieur des boîtes de gros cigares cubains roulés à la main à partir de 1994	927
Figure 20: Étiquette Habanos appliquée dans le coin supérieur des boîtes de gros cigares cubains roulés à la main depuis 2004	928
Figure 21: Sceau de garantie du gouvernement cubain	928

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS UTILISÉES DANS LES PRÉSENTS RAPPORTS

Abréviation	Définition
ABAC	Code de la publicité (et de l'emballage) des boissons alcooliques
ABS	Australian Bureau of Statistics
ACBPS	Administration australienne des douanes et de la protection aux frontières
ACCC	Commission australienne de la concurrence et de la consommation
Accord antidumping	Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994
Accord OTC	Accord sur les obstacles techniques au commerce
Accord SMC	Accord sur les subventions et les mesures compensatoires
Accord SPS	Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires
Accord sur les ADPIC	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
Accord sur l'OMC	Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce
AGCS	Accord général sur le commerce des services
AMP	Accord sur les marchés publics
AMP révisé	Accord sur les marchés publics, modifié par le Protocole de 2012
ANPHA	Agence nationale australienne de médecine préventive
Arrangement de Lisbonne	"Arrangement de Lisbonne concernant la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international"
ASEAN	Association des nations de l'Asie du Sud-Est
ASSAD	consommation d'alcool, de tabac et de drogue chez les élèves australiens du secondaire
ATMOSS	Australian Trade Marks Online Search System
BATA	British American Tobacco Australia
BIT	Bureau international du travail
BMJ	British Medical Journal
CCQ	Cancer Council Queensland
CCV	Cancer Council Victoria
Charte de La Havane	Charte de La Havane instituant une Organisation internationale du commerce
CINSW	Cancer Institute New South Wales
CIPV	Convention internationale pour la protection des végétaux
CIRC	Centre international de recherche sur le cancer
CISNET	Réseau de modélisation pour l'intervention et la surveillance du cancer
CITTS	Cancer Institute New South Wales Tobacco Tracking Survey
Code de la normalisation issu du Tokyo Round	Accord de 1979 relatif aux obstacles techniques au commerce issu du Tokyo Round
Codex	Commission du Codex Alimentarius
Convention de Paris	Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle
Convention de Paris (1967)	Acte de Stockholm de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, 14 juillet 1967
Convention de Vienne	Convention de Vienne sur le droit des traités, faite à Vienne le 23 mai 1969, Recueil des traités des Nations Unies, volume 1155, page 331
Déclaration de Doha	Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, WT/MIN(01)/DEC/2 (14 novembre 2001)
Déclaration sur le règlement des différends conformément à l'article VI du GATT de 1994 ou à la Partie V de l'Accord SMC	Déclaration sur le règlement des différends conformément à l'Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 ou la Partie V de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires
DHA	Département de la santé et du vieillissement
Directives concernant l'article 11 de la FCTC	Directives de la FCTC pour l'application de l'article 11 de la FCTC
Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC	Directives de la FCTC pour l'application de l'article 11 de la FCTC et Directives de la FCTC pour l'application de l'article 13 de la FCTC
Directives concernant l'article 13 de la FCTC	Directives de la FCTC pour l'application de l'article 13 de la FCTC
Directives de la FCTC	Directives de la FCTC pour l'application de ses dispositions
EOS	ventes de l'industrie
EPS	enquête sur les paquets vides
FAO	Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture
FCTC	Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, faite à Genève le 21 mai 2003, Recueil des traités des Nations Unies, volume 2302, page 166
GATT de 1947	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947
GATT de 1994	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994

Abréviation	Définition
Guide ISO/CEI 2: 1991	Organisation internationale de normalisation/Commission électrotechnique internationale, Guide 2, Termes généraux et leurs définitions concernant la normalisation et les activités connexes, sixième édition (1991)
IG	indication géographique
IMS	ventes sur le marché
IMS/EOS	ventes sur le marché/ventes de l'industrie
IPE	Institute for Policy Evaluation
ISO	Organisation internationale de normalisation
ITA	Imperial Tobacco Australia Limited
Loi ACL	Loi australienne sur la consommation (Loi de 2010 sur la concurrence et la consommation (Cth), annexe 2
Loi CCA	Loi de 2010 sur la concurrence et la consommation (Cth)
Loi TM	Loi de 1995 sur les marques (Cth)
Loi TMA	Loi de 2011 portant modification de la Loi sur les marques (emballage neutre du tabac) (Cth)
Loi TPP	Loi de 2011 sur l'emballage neutre du tabac (Cth)
Mémorandum d'accord	Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends
mesures TPP	Loi de 2011 sur l'emballage neutre du tabac (Cth); Règlement de 2011 sur l'emballage neutre du tabac (Cth), modifié par le Règlement de 2012 portant modification du Règlement sur l'emballage neutre du tabac (n° 1) (Cth); Loi de 2011 portant modification de la Loi sur les marques (emballage neutre du tabac) (Cth)
NDSHS	enquête réalisée auprès des ménages dans le cadre de la stratégie nationale antidrogue
Norme d'information	Norme d'information 2011 en matière de concurrence et de consommation (tabac) (Cth)
NPF	nation la plus favorisée
NPHT	Équipe spéciale nationale sur la santé préventive
NTC	campagne nationale contre le tabac
NTPPTS	enquête de suivi nationale sur l'emballage neutre du tabac
OBPR	Bureau de la meilleure pratique réglementaire
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OIE	Organisation mondiale de la santé animale
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
OMS	Organisation mondiale de la santé
ORD	Organe de règlement des différends
PCB	points de couverture brute
PCC	Pacific Cigar Company
PML	Philip Morris Limited
projet de loi TMA	projet de loi de 2011 portant modification de la Loi sur les marques (emballage neutre du tabac) (Cth)
projet de loi TPP	projet de loi de 2011 sur l'emballage neutre du tabac (Cth)
projet ITC	Projet international d'évaluation de la lutte antitabac
publications TPP	publications sur l'emballage neutre
recommandation du Comité OTC	Comité des obstacles techniques au commerce, Note du Secrétariat, "Décisions et recommandations adoptées par le Comité des obstacles techniques au commerce de l'OMC depuis le 1er janvier 1995", document de l'OMC G/TBT/1/Rev.12 (21 janvier 2015), section 4.3.1.1, page 20 (intitulée "Effet notable sur le commerce d'autres Membres")
Règlement CI	Règlement de 1940 sur le commerce (importations) (Cth)
Règlement TPP	Règlement de 2011 sur l'emballage neutre du tabac (Cth), modifié par le Règlement de 2012 portant modification du Règlement sur l'emballage neutre du tabac (n° 1) (Cth)
RIS	exposé d'impact réglementaire
RMSS	source principale Roy Morgan
RSC	renseignements strictement confidentiels
TCT	Équipe spéciale pour la lutte antitabac
USCDC	Centres des États-Unis pour la prévention et la lutte contre les maladies
USFDA	Agence des médicaments et des produits alimentaires des États-Unis
VSHS	enquête sur le tabagisme et la santé dans l'État de Victoria

PRINCIPALES PIÈCES CITÉES DANS LES PRÉSENTS RAPPORTS

N° de pièce	Titre abrégé	Titre
AUS-1, JE-1	Loi TPP	*Tobacco Plain Packaging Act 2011* (Cth)
AUS-2, JE-7	Exposé des motifs concernant le projet de loi TPP	Explanatory Memorandum, Tobacco Plain Packaging Bill 2011 (Cth)
AUS-3, JE-2	Règlement TPP	*Tobacco Plain Packaging Regulations 2011* (Cth), as amended by the *Tobacco Plain Packaging Amendment Regulation 2012 (No. 1)* (Cth)
AUS-4, JE-3	Loi TMA	*Trade Marks Amendment (Tobacco Plain Packaging) Act 2011* (Cth)
AUS-5, JE-5	Exposé des motifs concernant le projet de loi TMA	Explanatory Memorandum, Trade Marks Amendment (Tobacco Plain Packaging) Bill 2011 (Cth)
AUS-6, JE-4	Projet de loi TMA	Trade Marks Amendment (Tobacco Plain Packaging) Bill 2011 (Cth)
AUS-7	Rapport Samet	"Expert Report of J. Samet" (5 March 2015)
AUS-8	Rapport Chaloupka sur le marché illicite	F. Chaloupka, "Expert Report on Australia's Tobacco Plain Packaging Legislation" (6 March 2015)
AUS-9	Rapport Chaloupka sur la santé publique	F. Chaloupka, "Expert Report on Australia's Plain Packaging Legislation" (7 March 2015)
AUS-10	Rapport Tavassoli	N. Tavassoli, "Report on the World Trade Organization Dispute Settlement Proceedings Concerning Australia's Tobacco Plain Packaging Legislation" (10 March 2015)
AUS-11	Rapport Dubé	"Expert Report of Dr. Jean-Pierre Dubé" (9 March 2015)
AUS-12	Rapport Slovic	"Expert Report of Dr. Paul Slovic" (4 March 2015)
AUS-13	Rapport Biglan	"Expert Report of A. Biglan" (6 March 2015)
AUS-14	Rapport Fong	"Expert Report of Dr. Geoffrey T. Fong" (4 March 2015)
AUS-15	Rapport Brandon	T. Brandon, "Expert Report" (9 March 2015)
AUS-16	Rapport Correa	C. Correa, "Compatibility of Australia's Tobacco Plain Packaging Legislation with the TRIPS Agreement – Analysis of the Expert Reports Submitted by Ukraine" (10 March 2015)
AUS-17	Rapport Chipty	"Report of Dr. Tasneem Chipty" (9 March 2015)
AUS-18	Rapport Katz	M. Katz, "An Economic Assessment of the Effects of Tobacco Plain Packaging" (9 March 2015)
AUS-19 (SCI)	Rapport HoustonKemp	HoustonKemp, "Competition and Trade for Tobacco Products in Australia" (9 March 2015) (SCI)
AUS-21	Rapport Finkelstein	"Report by Ray Finkelstein QC to the Dispute Settlement Panel Established by the World Trade Organization: The *Tobacco Plain Packaging Act 2011* (Cth) and the *Australian Consumer Law*" (11 March 2015)
AUS-22 (SCI)	Rapport Sims	R. Sims, "Report Concerning the Australia Consumer Law and the Packaging of Tobacco Products" (24 February 2015) (SCI)
AUS-23	British American Tobacco, note d'information de 2001 sur l'emballage	British American Tobacco, "Packaging Brief" (2 January 2001), Bates Nos. 325211963-325211964
AUS-24	OMS, Recommandations de politique concernant le tabagisme passif	World Health Organization, *Protection from Exposure to Second-Hand Tobacco Smoke: Policy Recommendations* (Geneva, 2007)
AUS-25	Rapport de 2004 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis	US Department of Health and Human Services, *The Health Consequences of Smoking: A Report of the Surgeon General* (Atlanta, 2004), Chap. 1
AUS-27	Banks *et al.* 2015	E. Banks, G. Joshy, M. Weber, B. Lui, R. Grenfell, S. Eggar, E. Paige, A. Lopez, F. Sitas and V. Beral, "Tobacco Smoking and All-Cause Mortality in a Large Australian Cohort Study: Findings from a Mature Epidemic with Current Low Smoking Prevalence", *BMC Medicine* (2015), Vol. 13, doi:10.1186/s12916-0150281
AUS-28	OMS, fiche d'information sur le tabac	World Health Organization, Media Centre, "Tobacco", Fact Sheet No. 339 (May 2014), available at: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs339/en/>, accessed 25 February 2015

N° de pièce	Titre abrégé	Titre
AUS-29	Rapport de 1988 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis	US Department of Health and Human Services, *The Health Consequences of Smoking: Nicotine Addiction: A Report of the Surgeon General* (Rockville, 1988)
AUS-30	Nomenclature et classification des problèmes liés à la consommation de drogue et d'alcool: Mémorandum OMS	G. Edwards, A. Arif, and R. Hadgson, "Nomenclature and Classification of Drug- and Alcohol-Related Problems: A WHO Memorandum", *Bulletin of the World Health Organization* (1981), Vol. 59, No. 2, pp. 225-242
AUS-31	Rapport de 2000 du Royal College of Physicians	Royal College of Physicians of London, *Nicotine Addiction in Britain: A Report of the Tobacco Advisory Group of the Royal College of Physicians* (Sudbury, 2000)
AUS-33, DOM-149	Monographie n° 9 du NCI concernant la lutte antitabac	D. Burns, K. Cummings, and D. Hoffmann (eds.), *Cigars: Health Effects and Trends*, Smoking and Tobacco Control Monograph No. 9, US Department of Health and Human Services, National Institutes of Health, National Cancer Institute (Bethesda, 1998)
AUS-34	Cigares: faits et chiffres	American Lung Association, "Cigars", available at: <http://www.lung.org/stop-smoking/about-smoking/facts-figures/cigars.html>, accessed 30 January 2015
AUS-37, DOM-104, CUB-35	Rapport de 2014 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis	US Department of Health and Human Services, *The Health Consequences of Smoking – 50 Years of Progress: A Report of the Surgeon General* (Atlanta, 2014)
AUS-38	UICC et CCA, mémoire d'*amici curiae*	Union for International Cancer Control and Cancer Council Australia, Written Submission of Non-Party Amici Curiae (11 February 2015)
AUS-39	Rapport de 2006 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis	US Department of Health and Human Services, *The Health Consequences of Involuntary Exposure to Tobacco Smoke: A Report of the Surgeon General* (Atlanta, 2006)
AUS-40	Fiche d'information du NCI sur les cigares	National Cancer Institute, "Cigar Smoking and Cancer" (27 October 2010), available at: <http://www.cancer.gov/cancertopics/factsheet/Tobacco/cigars/>, accessed 25 February 2015
AUS-41	-	Cancer Council of Victoria, Quit Victoria, Heart Foundation, and VicHealth, Submission on Tobacco Plain Packaging: Proposed Approach to Non-Cigarette Tobacco Products (28 October 2011)
AUS-42 (révisée)	OMS/FCTC, mémoire d'*amici curiae*	World Health Organization and the WHO Framework Convention on Tobacco Control Secretariat, Information for Submission to the Panel by a Non-Party (16 February 2015)
AUS-42 (révisée)	OMS/FCTC, demande d'autorisation de communiquer des renseignements	World Health Organization and the WHO Framework Convention on Tobacco Control Secretariat, Request for Permission to Submit Information to the Panel by a Non-Party (16 February 2015)
AUS-43, HND-142	Rapport de 2011 de l'OMS sur l'épidémie mondiale de tabagisme	World Health Organization, *WHO Report on the Global Tobacco Epidemic, 2011: Warning about the Dangers of Tobacco* (Geneva, 2011)
AUS-44, JE-19	FCTC	World Health Organization, Framework Convention on Tobacco Control (2003)
AUS-45, DOM-280	Rapport de 2010 de l'enquête NDSHS	Australian Institute of Health and Welfare, *2010 National Drug Strategy Household Survey Report*, Drug Statistics Series No. 25 (Canberra, 2011)
AUS-46	Vos *et al.* 2007	T. Vos, B. Barker, L. Stanley, and A. Lopez, "The Burden of Disease and Injury in Aboriginal and Torres Strait Islander Peoples: Summary Report", School of Population Health, The University of Queensland (September 2007)
AUS-47	Collins et Lapsley 2008	D. Collins and H. Lapsley, *The Costs of Tobacco, Alcohol and Illicit Drug Abuse to Australian Society in 2004/05*, Commonwealth of Australia (Canberra, 2008)
AUS-48	Rapport 2013 de l'enquête NDSHS	Australian Institute of Health and Welfare, *National Drug Strategy Household Survey Detailed Report 2013*, Drug Statistics Series No. 28 (Canberra, 2014)
AUS-49	-	Australian Bureau of Statistics, "Australian Aboriginal and Torres Strait Islander Health Survey: Updated Results, 2012-2013", Cat. No. 4727.0.55.006 (2014)

N° de pièce	Titre abrégé	Titre
AUS-50	USCDC, Meilleures pratiques en matière de programmes globaux de lutte antitabac	Centers for Disease Control and Prevention, *Best Practices for Comprehensive Tobacco Control Programs – 2014*, US Department of Health and Human Services, available at: <http://www.cdc.gov/tobacco/stateandcommunity/best_practices/>, accessed 2 March 2015
AUS-51	Jha et Chaloupka 1999	P. Jha and F.J. Chaloupka, *Curbing the Epidemic: Governments and the Economics of Tobacco Control*, World Bank, (Washington, D.C., 1999)
AUS-52, JE-12	Rapport technique 2 de la NPHT	Preventative Health Taskforce, *Australia: The Healthiest Country by 2020 – Technical Report No. 2 – Tobacco Control in Australia: Making Smoking History*, Australian Government (24 July 2009)
AUS-53	Rapport de 2000 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis	US Department of Health and Human Services, *Reducing Tobacco Use: A Report of the Surgeon General* (Atlanta, 2000), Chap. 1
AUS-64, IDN-14	-	*Tobacco Advertising Prohibition Act 1992* (Cth)
AUS-67, JE-14	Plan d'action de la NPHT	National Preventative Health Taskforce, *Australia: The Healthiest Country by 2020 – National Preventative Health Strategy – The Roadmap for Action*, Australian Government (30 June 2009)
AUS-69	Mémoire de 1973 de RJ Reynolds	C.E Teague, "Research Planning Memorandum on Some Thoughts About New Brands of Cigarettes for the Youth Market", RJ Reynolds (2 February 1973), Bates Nos. 505101981-505101992
AUS-71	États-Unis c. Philip Morris	US District Court, United States v. Philip Morris USA, Inc., 449 F. Supp. 2d 1 (D. D.C. 2006)
AUS-73	Rapport de 1994 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis, résumé analytique	US Department of Health and Human Services, *Preventing Tobacco Use Among Youth and Young Adults: A Report of the Surgeon General: Executive Summary* (Atlanta, 1994)
AUS-76	Rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis	US Department of Health and Human Services, *Preventing Tobacco Use Among Youth and Young Adults: A Report of the Surgeon General* (Atlanta, 2012)
AUS-77	Monographie n° 19 concernant la lutte antitabac de l'Institut national du cancer	R. Davis, E. Gilpin, B. Loken, K. Viswanath, and M. Wakefield (eds.), *The Role of the Media in Promoting and Reducing Tobacco Use*, Tobacco Control Monograph No. 19, US Department of Health and Human Services, National Institutes of Health, National Cancer Institute (Bethesda, 2008)
AUS-78	Rapport de 1994 de l'USIOM, chapitre 4	B. Lynch and R. Bonnie (eds.), *Growing up Tobacco Free: Preventing Nicotine Addiction in Children and Youth*, US Institute of Medicine (National Academy Press, 1994), Preface and Chap. 4
AUS-81, CUB-61	Rapport Chantler	C. Chantler, "Standardised Packaging of Tobacco: Report of the Independent Review Undertaken by Sir Cyril Chantler" (April 2014)
AUS-82	Philip Morris, Marketing Issues Corporate Affairs Conference	Philip Morris, "Marketing Issues Corporate Affairs Conference" (27 May 1994), Bates Nos. 2504015017-2504015042
AUS-83	RJ Reynolds, Australia Trip: Topline Learning	RJ Reynolds, "Australia Trip: Topline Learning (Highly Restricted Market)" (12 February 1997), Bates Nos. 531455747-531455751
AUS-84	JTI c. Commonwealth, transcription	High Court of Australia Transcripts, JT International SA v. Commonwealth of Australia; British American Tobacco Australasia Limited v. The Commonwealth (2012) HCA Trans 91 (17 April 2012)
AUS-86	Examen de 2011 du CCV	Cancer Council Victoria, "Plain Packaging of Tobacco Products: A Review of the Evidence" (May 2011)
AUS-90	Cancer Research UK	Centre for Tobacco Control Research, "The Packaging of Tobacco Products", Cancer Research UK (March 2012)
AUS-91, JE-24(28)	Hammond 2010	D. Hammond, "'Plain Packaging' Regulations for Tobacco Products: The Impact of Standardizing the Color and Design of Cigarette Packs", *Salud Pública de México* (2010), Vol. 52, No. 2, p. S226-S232

N° de pièce	Titre abrégé	Titre
AUS-92	Difranza *et al.* 2003	J. Difranza, D. Clark, and R. Pollay, "Cigarette Package Design: Opportunities for Disease Prevention", *Tobacco Induced Diseases* (2003), Vol. 1, No. 2, pp. 97-109
AUS-93, CUB-28	Wakefield *et al.* 2002	M. Wakefield, C. Morley, J. Horan, and K. Cummings, "The Cigarette Pack as Image: New Evidence from Tobacco Industry Documents", *Tobacco Control* (2002), Vol. 11, No. 1, pp. i73-i80
AUS-95	Philip Morris, Possibilités d'innovation en matière d'emballage	Philip Morris, "Opportunities in Packaging Innovation" (March 1992), Bates Nos. 2048976191-2048976208
AUS-96	Philip Morris, Réunion commerciale de 1990	Philip Morris, "Marketing New Products in a Restrictive Environment", Marketing Meeting, Naples, Florida (June 1990), Bates Nos. 2044762173-2044762364
AUS-99	Swedish Match, New Launch on Game	K. Hammar, "New Launch on Game", *Swedish Match Inside* (2009), Vol. 5
AUS-100	Swedish Match, New Products	Swedish Match, "New Products", *Swedish Match Inside* (2008), Vol. 2
AUS-101	Swedish Match, Cigars for a Trend-Conscious Generation	B. Sjölberg, "Cigars for a Trend-Conscious Generation", *Swedish Match Inside* (2007), Vol. 1
AUS-102, DOM-315	Miller *et al.* 2015	C. Miller, K. Ettridge, and M. Wakefield, "'You're Made to Feel like a Dirty Filthy Smoker When You're Not, Cigar Smoking is Another Thing All Together.' Responses of Australian Cigar and Cigarillo Smokers to Plain Packaging", *Tobacco Control* (2015), Vol. 24, pp. ii58-ii65
AUS-103	Swedish Match, 2013, rapport annuel	Swedish Match, "2013 Annual Report" (2013), p. 9
AUS-104	Le droit des marques de Shanahan	Mark Davison, Tracey Berger, and Annette Freeman, *Shanahans's Australian Law of Trade Marks and Passing Off*, 4th edn (Lawbook Co., 2008)
AUS-107	Philip Morris, Cigarettes Alpine	Philip Morris, "CPC Submission – Alpine Cigarettes (Australia)" (2000), Bates Nos. 2079065303-2079065319
AUS-108	Colmar Brunton, Présentation créative concernant Alpine	Colmar Brunton Research, "Qualitative Research – Alpine Creative Presentation", prepared for Philip Morris (March 1994), Bates Nos. 2504102678-2504102701
AUS-109, DOM-44	Directives pour l'application de la FCTC (édition 2013)	*WHO Framework Convention on Tobacco Control: Guidelines for Implementation: Article 5.3, Article 8, Articles 9 and 10, Article 11, Article 13, Article 14* (2013 edn)
AUS-111	Directives pour l'application de l'article 6 de la FCTC	"Guidelines for Implementation of Article 6 of the WHO FCTC" (2014)
AUS-115, HND-4, DOM-52	Premier Ministre Rudd, Anti-Smoking Action Media Release (communiqué de presse sur l'action contre le tabagisme)	Prime Minister Rudd and Health Minister Roxon, "Anti-Smoking Action", Media Release (29 April 2010)
AUS-116, JE-15	Réponse à la NPHT, Plan d'action	Australian Government, *Taking Preventative Action - A Response to Australia: The Healthiest Country by 2020 - The Report of the National Preventative Taskforce* (11 May 2010)
AUS-117, JE-24(49)	Parr *et al.* 2011a	V. Parr, B. Tan, P. Ell, and K. Miller, "Market Research to Determine Effective Plain Packaging of Tobacco Products", GfK bluemoon, prepared for Department of Health and Ageing, Australian Government (August 2011)
AUS-119, CUB-75	Parr *et al*. 2011c	V. Parr, P. Ell, and K. Gagg, "Market Testing of Potential Health Warnings and Information Messages for Tobacco Product Packaging: Phase 2 Front and Back of Pack Graphic Health Warnings", GfK bluemoon, Qualitative Formative Research Report, prepared for Department of Health and Ageing, Australian Government (March 2011)
AUS-120, JE-10	Document de consultation concernant l'avant-projet de loi TPP	Department of Health and Ageing, "Consultation Paper: Tobacco Plain Packaging Bill 2011 Exposure Draft", Australian Government, (7 April 2011)
AUS-125	-	*Tobacco Plain Packaging Amendment Regulation 2012 (No. 1)* (Cth)
AUS-126	Manuel de la meilleure pratique réglementaire	Australian Government, *Best Practice Regulation Handbook* (Canberra, 2007)
AUS-128, JE-8	Normes d'information	*Competition and Consumer (Tobacco) Information Standard 2011* (Cth)

N° de pièce	Titre abrégé	Titre
AUS-129, DOM-131	Stratégie nationale concernant le tabac 2012-2018	Intergovernmental Committee on Drugs, *National Tobacco Strategy 2012-2018: A Strategy to Improve the Health of all Australians by Reducing the Prevalence of Smoking and its Associated Health, Social and Economic Costs, and the Inequalities it Causes*, Commonwealth of Australia (2012)
AUS-130	-	Australia's Notification to the Committee on Technical Barriers to Trade, G/TBT/N/AUS/67 (8 April 2011)
AUS-132	Fong *et al.* 2006	G. Fong, K. Cummings, R. Borland, G. Hastings, A. Hyland, G. Giovino, D. Hammond, and M. Thompson, "The Conceptual Framework of the International Tobacco Control (ITC) Policy Evaluation Project", *Tobacco Control* (2006), Vol. 15, pp. iii3-iii11
AUS-135, JE-24(8)	Borland et Savvas 2013a	R. Borland and S. Savvas, "Effects of Stick Design Features on Perceptions of Characteristics of Cigarettes", *Tobacco Control* (2013), Vol. 22, pp. 331-337
AUS-136, JE-24(9)	Borland *et al.* 2013	R. Borland, S. Savvas, F. Sharkie, and K. Moore, "The Impact of Structural Packaging Design on Young Adult Smokers' Perceptions of Tobacco Products", *Tobacco Control* (2013), Vol. 22, pp. 97-102
AUS-137, JE-24(20)	Ford *et al.* 2013a	A. Ford, A. MacKintosh, C. Moodie, S. Richardson, and G. Hastings, "Cigarette Pack Design and Adolescent Smoking Susceptibility: A Cross Sectional Survey", *BMJ Open* (2013), doi:10.1136/bmjopen-2013-003282
AUS-138	Kotnowski 2013	K. Kotnowski, "The Impact of Standardized Cigarette Packaging Among Young Women in Canada: A Discrete Choice Experiment", Master of Science in Health Studies and Gerontology Thesis, presented to University of Waterloo, Canada (2013)
AUS-139	Kotnowski et Hammond 2013	K. Kotnowski and D. Hammond, "The Impact of Cigarette Pack Shape, Size and Opening: Evidence from Tobacco Company Documents", *Addiction* (2013), Vol. 108, No. 9, pp. 1658-1668
AUS-140, HND-130, CUB-59	Examen Stirling	C. Moodie, M. Stead, L. Bauld, A. McNeill, K. Angusa, K. Hinds, I. Kwan, J. Thomas, G. Hastings, and A. O'Mara-Eves, "Plain Tobacco Packaging: A Systematic Review", UK Centre for Tobacco Control Studies, University of Stirling (2012)
AUS-141	Moodie *et al.* 2009	C. Moodie, G. Hastings, and A. Ford, "A Brief Review of Plain Packaging Research for Tobacco Products", Institute for Social Marketing, University of Stirling (2009)
AUS-142, JE-24(14)	Centre for Health Promotion 1993	Centre for Health Promotion, "Effects of Plain Packaging on the Image of Tobacco Products Among Youth", University of Toronto (30 November 1993)
AUS-143, JE-24(7)	Bondy *et al.* 1994	S. Bondy, A. Paglia, and M. Kaiserman, "Tobacco Purchasing and Marketing", in T. Stephens and M. Morin (eds.), *Youth Smoking Survey 1994: Technical Report*, Health Canada, Minister of Supply and Services Canada (Ottawa, 1996), pp. 153-179
AUS-144	d'Avernas *et al.* 1997	J. d'Avernas, D. Northrup, M. Foster, D. Burton, R. Ferrence, J. Pollard, I. Rootman, and B. Flay, "Cigarette Packaging and Event Marketing Increases the Attractiveness of Smoking: A Study of Youth", Ontario Tobacco Research Unit, Working Papers Series No. 28 (1997)
AUS-145, JE-24(53)	Rootman et Flay 1995	I. Rootman and B. Flay, "A Study on Youth Smoking: Plain Packaging, Health Warnings, Event Marketing and Price Reductions", University of Toronto, University of Illinois at Chicago, York University, Ontario Tobacco Research Unit, Addiction Research Foundation (1995)
AUS-146	Lettre d'information de l'ISR	D. Northrup and J. Pollard, "Plain Cigarette Packaging and Other Tobacco Issues: A Survey of Grade Seven and Grade Nine Ontario Students", *Institute for Social Research Newsletter York University* (1995), Vol. 11, No. 2
AUS-147, JE-24(4)	Beede *et al.* 1990	P. Beede, R. Lawson, and M. Shepherd, "The Promotional Impact of Cigarette Packaging: A Study of Adolescent Responses to Cigarette Plain Packs", Department of Marketing, University of Otago, New Zealand (1990)
AUS-148, JE-24(34)	Hoek *et al.* 2011	J. Hoek, C. Wong, P. Gendall, J. Louviere, and K. Cong, "Effects of Dissuasive Packaging on Young Adult Smokers", *Tobacco Control* (2011), Vol. 20, pp. 183-188

N° de pièce	Titre abrégé	Titre
AUS-149, JE-24(62)	Wakefield *et al.* 2008	M. Wakefield, D. Germain, and S. Durkin, "How Does Increasingly Plainer Cigarette Packaging Influence Adult Smokers' Perceptions About Brand Image? An Experimental study", *Tobacco Control* (2008), Vol. 17, pp. 416-421
AUS-150, JE-24(3)	Bansal-Travers *et al.* 2011	M. Bansal-Travers, D. Hammond, P. Smith, and K. Cummings, "The Impact of Cigarette Pack Design, Descriptors, and Warning Labels on Risk Perception in the U.S.", *American Journal of Preventive Medicine* (2011), Vol. 40, No. 6, pp. 674-682
AUS-151, JE-24(16)	Donovan 1993	R. Donovan, "Smokers' and Non-Smokers' Reactions to Standard Packaging of Cigarettes", University of Western Australia (1993)
AUS-152, JE-24(23)	Gallopel-Morvan *et al.* 2012	K. Gallopel-Morvan, C. Moodie, D. Hammond, F. Eker, E. Beguinot, and Y. Martinet, "Consumer Perceptions of Cigarette Pack Design in France: A Comparison of Regular, Limited Edition and Plain Packaging", *Tobacco Control* (2012), Vol. 21, pp. 502-506
AUS-153, JE-24(5)	Beede et Lawson 1991	P. Beede and R. Lawson, "Brand Image Attraction: The Promotional Impact of Cigarette Packaging", *New Zealand Family Physician* (1991), Vol. 18, pp. 175-177
AUS-154, JE-24(25)	Germain *et al.* 2010	D. Germain, A. Wakefield, and S. Durkin, "Adolescents' Perceptions of Cigarette Brand Image: Does Plain Packaging Make a Difference?", *Journal of Adolescent Health* (2010), Vol. 46, pp. 385-392
AUS-155, JE-24(44)	Moodie *et al.* 2011	C. Moodie, A. Mackintosh, G. Hastings, and A. Ford, "Young Adult Smokers' Perceptions of Plain Packaging: A Pilot Naturalistic Study", *Tobacco Control* (2011), Vol. 20, No. 5, pp. 367-373
AUS-156, JE-24(17)	Doxey et Hammond 2011	J. Doxey and D. Hammond, "Deadly in Pink: The Impact of Cigarette Packaging Among Young Women", *Tobacco Control* (2011), Vol. 20, pp. 353-360
AUS-157, JE-24(30)	Hammond *et al*. 2011	D. Hammond, J. Doxey, S. Daniel, and M. Bansal-Travers, "Impact of Female-Oriented Cigarette Packaging in the United States", *Nicotine & Tobacco Research* (2011), Vol. 13, No. 7, pp. 579-588
AUS-158, JE-24(31)	Hammond *et al*. 2013b	D. Hammond, S. Daniel and C. White, "The Effect of Cigarette Branding and Plain Packaging on Female Youth in the United Kingdom", *Journal of Adolescent Health* (2013), Vol. 52, pp. 151-157
AUS-159	Al-hamdani 2011	M. Al-hamdani, "A Survey on the Effects of Progressive Removal of Brand Imagery Elements from Cigarette Packs on the Perception of Adult University Students", Master of Health Administration Thesis, presented to Dalhousie University, Canada (2011)
AUS-160, JE-24(66)	White *et al.* 2012	C. White, D. Hammond, J. Thrasher, and G. Fong, "The Potential Impact of Plain Packaging of Cigarette Products Among Brazilian Young Women: An Experimental Study", *BMC Public Health* (2012), Vol. 12, doi:10.1186/1471-2458-12-737
AUS-161, JE-24(60)	Van Hal *et al.* 2012	G. Van Hal, S. Van Roosbroeck, B. Vriesacker, M. Arts, S. Hoeck, and J. Fraeyman, "Flemish Adolescents' Perceptions of Cigarette Plain Packaging: a Qualitative Study with Focus Group Discussions" *BMJ Open* (2012), Vol. 2, No. 6, doi:10.1136/bmjopen-2012-001424
AUS-162, JE-24(24)	Gallopel-Morvan *et al*. 2013	K. Gallopel-Morvan, P. Gabriel, M. Le Gall-Ely, S. Rieunier, and B. Urien, "Plain Packaging and Public Health: The Case of Tobacco", *Journal of Business Research* (2013), Vol. 66, pp. 133-136
AUS-163, JE-24(35)	Hoek *et al*. 2012	J. Hoek, P. Gendall, H. Gifford, G. Pirikahu, J. McCool, G. Pene, R. Edwards, and G. Thomson, "Tobacco Branding, Plain Packaging, Pictorial Warnings, and Symbolic Consumption", *Qualitative Health Research* (2012), Vol. 22, No. 5, pp. 630-639
AUS-165	Hammond et Parkinson 2009	D. Hammond and C. Parkinson, "The Impact of Cigarette Package Design on Perceptions of Risk", *Journal of Public Health* (2009), Vol. 31, No. 3, pp. 345-353
AUS-166, JE-24(29)	Hammond *et al.* 2009	D. Hammond, M. Dockrell, D. Arnott, A. Lee and A. McNeill, "Cigarette pack Design and Perceptions of Risk Among UK Adults and Youth", *European Journal of Public Health* (2009), Vol. 19, No. 6, pp. 631-637

N° de pièce	Titre abrégé	Titre
AUS-167	Createc 2008	Createc, "Effects of Modified Packaging Through Increasing the Size of Warnings on Cigarette Packages: Quantitative Study of Canadian Youth Smokers and Vulnerable Non-Smokers", prepared for Health Canada (April 2008)
AUS-168	Philip Morris, Test du nom/paquet à angles arrondis Virginia Slims	Philip Morris, "Virginia Slims Rounded Corners Name/Pack Test" (January 1998), Bates Nos. 2072462986-2072463039
AUS-169	Philip Morris, Test du paquet New Parliament	Philip Morris, "New Parliament Pack Test" (October 1998), Bates Nos. 2073127722-2073127776
AUS-170	Philip Morris, Test du paquet Merit	Philip Morris, "Merit Pack Test: Final Report" (March 1999), Bates Nos. 2071530536-2071530565
AUS-171	RJ Reynolds, Étude Salem A&A	S. Perry and B. Sutherland, "Salem A&A Study", RJ Reynolds (3 April 2002), Bates Nos. 529786375-529786584
AUS-172	Wakefield 2011	M. Wakefield, "Welcome to Cardboard Country: How Plain Packaging Could Change the Subjective Experience of Smoking", *Tobacco Control* (2011), Vol. 20, No. 5, pp. 321-322
AUS-173	White 2011	C. White, "The Impact of Cigarette Package Design on Young Women in Brazil: Brand Appeal and Perceptions of Health Risk", Master of Science in Health Studies and Gerontology Thesis, presented to University of Waterloo, Canada (2011)
AUS-174, JE-24(45)	Moodie *et al*. 2012	C. Moodie, A. Ford, A. Mackintosh, and G. Hastings, "Young People's Perceptions of Cigarette Packaging and Plain Packaging: An Online Survey", *Nicotine & Tobacco Research* (2012), Vol. 14, No. 1, pp. 98-105
AUS-175, JE-24(10)	Borland et Savvas 2013b	R. Borland and S. Savvas, "The Effects of Variant Descriptors on the Potential Effectiveness of Plain Packaging", *Tobacco Control* (2013), Vol. 23, pp. 58-63
AUS-176	Gallopel-Morvan *et al*. 2010	K. Gallopel-Morvan, C. Moodie, and J. Rey, "Demarketing Cigarettes Through Plain Cigarette Packaging and Perceptions of Different Plain Pack Colours", Actes du Congrès International de l'AFM, Association Française du Marketing (2010)
AUS-177, JE-24(32)	Hammond *et al*. 2013a	D. Hammond, C. White, W. Anderson, D. Arnott, and M. Dockrell, "The Perceptions of UK Youth of Branded and Standardized, 'Plain' Cigarette Packaging", *European Journal of Public Health* (2013), Vol. 24, No. 4, pp. 537-543
AUS-178	Gendall *et al.* 2012	P. Gendall, J. Hoek, R. Edwards and J. McCool, "A Cross-Sectional Analysis of How Young Adults Perceive Tobacco Brands: Implications for FCTC Signatories", *BMC Public Health* (2012), Vol. 12, doi:10.1186/1471-2458-12-796
AUS-179, JE-24(19)	Environics 2008a	Environics Research Group, "Consumer Research on the Size of Health Warning Messages – Quantitative Study of Canadian Youth", prepared for Health Canada (June 2008)
AUS-180	-	A. Richardson, O. Ganz, and D. Vallone, "The Cigar Ambassador: How Snoop Dogg uses Instagram to Promote Tobacco Use", *Tobacco Control* (2014), Vol. 23, pp. 79-80; and M. Fine, "The Music Mogul", *Cigar Aficionado* (May/June 2009)
AUS-181	Kostygina *et al*. 2014	G. Kostygina, S.A. Glantz, and P.M. Ling, "Tobacco Industry Use of Flavours to Recruit New Users of Little Cigars and Cigarillos", *Tobacco Control* (2014), doi:10.1136/tobaccocontrol-2014-051830
AUS-182	Wenger *et al*. 2001	L. Wenger, R. Malone, A. George, and L. Bero, "Cigar Magazines: Using Tobacco to Sell a Lifestyle", *Tobacco Control* (2001), Vol. 10, No. 3, pp. 279-284
AUS-183	Jamner 1999	M. Jamner, "Cigar Smoking Among College Students: Prevalence and Correlates", *Preventive Medicine* (1999), Vol. 29, No. 3, pp. 187-194
AUS-184, JE-24(64)	Wakefield *et al*. 2013	M. Wakefield, L. Hayes, S. Durkin, and R. Borland, "Introduction Effects of the Australian Plain Packaging Policy on Adult Smokers: A Cross-Sectional Study", *BMJ Open* (2013), doi:10.1136/bmjopen-2013-003175
AUS-185, JE-24(43)	Moodie et Mackintosh 2013	C. Moodie and A. Mackintosh, "Young Adult Women Smokers' Response to Using Plain Cigarette Packaging: A Naturalistic Approach", *BMJ Open* (2013), doi:10.1136/bmjopen-2012-002402

N° de pièce	Titre abrégé	Titre
AUS-186, DOM-235	White *et al*. 2015a	V. White, T. Williams, and M. Wakefield, "Has the Introduction of Plain Packaging with Larger Graphic Health Warnings Changed Adolescents' Perceptions of Cigarette Packs and Brands?" *Tobacco Control* (2015), Vol. 24, pp. ii42-ii49
AUS-187	Moodie et Hastings 2011	C. Moodie and G. Hastings, "Making the Pack the Hero, Tobacco Industry Response to Marketing Restrictions in the UK: Findings from a Long-Term Audit", *International Journal of Mental Health and Addiction* (2011), Vol. 9, pp. 24-38
AUS-189, JE-24(42)	Moodie et Ford 2011	C. Moodie and A. Ford, "Young Adult Smokers' Perceptions of Cigarette Pack Innovation, Pack Colour and Plain Packaging", *Australasian Marketing Journal* (2011), Vol. 19, pp. 174-180
AUS-190	Hammond *et al*. 2006	D. Hammond, G. Fong, A. McNeil, R. Borland, and K. Cummings, "Effectiveness of Cigarette Warning Labels in Informing Smokers about the Risks of Smoking: Findings from the ITC Four Country Survey", *Tobacco Control* (2006), Vol. 15, pp. iii19-iii25
AUS-192	Kennedy *et al*. 2012	R. Kennedy, M. Spafford, I. Behm, D. Hammond, G. Fong, and R. Borland, "Positive Impact of Australian 'Blindness' Tobacco Warning Labels: Findings from the ITC Four Country Survey", *Clinical and Experimental Optometry* (2012), Vol. 95, pp. 590-598
AUS-196	O'Connor *et al*. 2007	R. O 'Connor, A. McNeill, R. Borland, D. Hammond, B. King, C. Boudreau, and M. Cummings, "Smokers ' Beliefs About the Relative Safety of Other Tobacco Products: Findings from the ITC Collaboration", *Nicotine and Tobacco Research* (2007), Vol. 9, No. 10, pp. 1033-1042
AUS-197	Livre blanc pour l'élaboration d'une publicité Camel	RJ Reynolds, "Camel Advertising Development 'White Paper'" (1986), Bates Nos. 506768775-506768784
AUS-198, JE-24(13)	CBRC 1992	Centre for Behavioural Research in Cancer, "Public Approval of Proposed Tobacco Pack Labelling and Other Modifications: Supplement to: Health Warnings and Contents Labelling of Tobacco Products" (1992), Bates Nos. 2023248457-2023248474
AUS-199, JE-24(47)	Munafò *et al*. 2011	M. Munafò, N. Roberts, L. Bauld, and U. Leonards, "Plain Packaging Increases Visual Attention to Health Warnings on Cigarette Packs in Non-smokers and Weekly Smokers but not Daily Smokers", *Addiction* (2011), Vol. 106, pp. 1505-1510
AUS-200, JE-24(40)	Maynard *et al*. 2013	O. Maynard, M. Munafò, and U. Leonards, "Visual Attention to Health Warnings on Plain Tobacco Packaging in Adolescent Smokers and Non-Smokers", *Addiction* (2013), Vol. 108, pp. 413-419
AUS-201	Mays *et al*. 2015	D. Mays, R. Niaura, W. Evans, D. Hammond, G. Luta, and K. Tercyak, "Cigarette Packaging and Health Warnings: The Impact of Plain Packaging and Message Framing on Young Smokers", *Tobacco Control* (2015), Vol. 24, pp. e87-e92
AUS-202, JE-24(6)	Beede et Lawson 1992	P. Beede and R. Lawson, "The Effect of Plain Packages on the Perception of Cigarette Health Warnings", *Public Health* (1992), Vol. 106, pp. 315-322
AUS-203, JE-24(1)	Al-hamdani 2013	M. Al-hamdani, "The Effect of Cigarette Plain Packaging on Individuals' Health Warning Recall", *Healthcare Policy* (2013), Vol. 8, No. 3, pp. 68-77
AUS-204	Partos *et al.* 2013	T. Partos, R. Borland, H. Yong, J. Thrasher, and D. Hammond, "Cigarette Packet Warning Labels Can Prevent Relapse: Findings from the International Tobacco Control 4-Country Policy Evaluation Cohort Study", *Tobacco Control* (2013), Vol. 22, pp. e43-e50
AUS-205	McCaul *et al.* 2006	K. McCaul, J. Hockemeyer, R. Johnson, K. Zetocha, K. Quinlan, and R. Glasgow, "Motivation to Quit Using Cigarettes: A Review", *Addictive Behaviors* (2006), Vol. 31, pp. 42-56
AUS-206, DOM-306	Wakefield *et al*. 2015	M. Wakefield, K. Coomber, M. Zacher, S. Durkin, M. Brennan, and M. Scollo, "Australian Adult Smokers' Responses to Plain Packaging with Larger Graphic Health Warnings One Year After Implementation: Results from a National Cross-Sectional Tracking Survey", *Tobacco Control* (2015), Vol. 24, pp. ii17-ii25

N° de pièce	Titre abrégé	Titre
AUS-207, HND-132, DOM-199	Dunlop *et al*. 2014	S. Dunlop, T. Dobbins, J. Young, D. Perez, and D. Currow, "Impact of Australia's Introduction of Tobacco Plain Packs on Adult Smokers' Pack-Related Perceptions and Responses: Results from a Continuous Tracking Survey", *BMJ Open* (2014), Vol.4, doi:10.1136/bmjopen-2014-005836
AUS-208	Borland et Hill 1997	R. Borland and D. Hill, "Initial Impact of the New Australian Tobacco Health Warnings on Knowledge and Beliefs", *Tobacco Control* (1997), Vol. 6, pp. 317-325
AUS-209, JE-24(27)	Goldberg *et al*. 1999	M. Goldberg, J. Liefeld, J. Madill, and H. Vredenburg, "The Effect of Plain Packaging on Response to Health Warnings", *American Journal of Public Health* (1999), Vol. 89, No. 9, pp. 1434-1435
AUS-210	Borland *et al*. 2009a	R. Borland, N. Wilson, G. Fong, D. Hammond, K. Cummings, H. Yong, W. Hosking, G. Hastings, and J. Thrasher, "Impact of Graphic and Text Warnings on Cigarette Packs: Findings from Four Countries Over Five Years", Tobacco Control (2009), Vol. 18, No. 5, pp. 358-364
AUS-211	Borland *et al*. 2009b	R. Borland, H. Yong, N. Wilson, G. Fong, D. Hammond, K. Cummings, W. Hosking and A. McNeill, "How Reactions to Cigarette Packet Health Warnings Influence Quitting: Findings from the ITC Four-Country Survey", *Addiction* (2009), Vol. 104, pp. 669-675
AUS-212	Hammond *et al*. 2007	D. Hammond, G. Fong, R. Borland, K. Cummings, A. McNeil and P. Driezen, "Text and Graphic Warnings on Cigarette Packages - Findings from the International Tobacco Control Four Country Study", *American Journal of Preventive Medicine* (2007), Vol. 32, No. 3, pp. 202-209
AUS-213	Borland 1997	R. Borland, "Tobacco Health Warnings and Smoking-Related Cognitions and Behaviours", *Addiction* (1997), Vol. 92, No. 11, pp. 1427-1435
AUS-214, JE-24(67), DOM-285	Young *et al.* 2014	J. Young, I. Stacey, T. Dobbins, S. Dunlop, A. Dessaix, and D. Currow, "Association Between Tobacco Plain Packaging and Quitline Calls: A Population-Based, Interrupted Time-series Analysis", *Medical Journal of Australia* (2014), Vol. 200, No. 1, pp. 29-32
AUS-215 (révisée), DOM-305	Durkin *et al.* 2015	S. Durkin, E. Brennan, M. Coomber, M. Zacher, M. Wakefield, and M. Scollo, "Short-Term Changes in Quitting-Related Cognitions and Behaviours After the Implementation of Plain Packaging with Larger Health Warnings: Findings from a National Cohort Study with Australian Adult Smokers", *Tobacco Control* (2015), Vol. 24, pp. ii26-ii32
AUS-216, CUB-60	Examen Stirling actualisé de 2013	C. Moodie, K. Angus, M. Stead, and L. Bauld, "Plain Tobacco Packaging Research: An Update", Centre for Tobacco Control Research, Institute for Social Marketing, University of Stirling (2013)
AUS-217	Mutti *et al*. 2011	S. Mutti, D. Hammond, R. Borland, M. Cummings, R. O'Connor, and G. Fong, "Beyond Light and Mild: Cigarette Brand Descriptors and Perceptions of Risk in the International Tobacco Control (ITC) Four Country Survey", *Addiction* (2011), Vol. 106, pp. 1166-1175
AUS-218	Labrecque *et al*. 2013	L. Labrecque, V. Patrick, and G. Milne, "The Marketers' Prismatic Palette: A Review of Color Research and Future Directions", *Psychology and Marketing* (2013), Vol. 30, No. 2, pp. 187-202
AUS-219, JE-24(50)	Parr *et al*. 2011b	V. Parr, B. Tan, and P. Ell, "Market Research to Determine Impact of Plain Packaging on Other Tobacco Products", GfK bluemoon, prepared for Department of Health and Ageing, Australian Government (December 2011)
AUS-220	DeSantis et Morgan 2003	A. DeSantis and S. Morgan, "Sometimes a Cigar [Magazine] is More Than Just a Cigar [Magazine]: Pro-Smoking Arguments in Cigar Aficionado, 1992-2000", *Health Communication* (2003), Vol. 15, No. 4, pp. 457-480
AUS-221, JE-24(26)	Goldberg *et al*. 1995	M. Goldberg, G. Kindra, J. Lefebvre, J. Liefeld, J. Madill-Marshall, N. Martohardjono, and H. Vredenburg, "When Packages Can't Speak: Possible Impacts of Plain and Generic Packaging of Tobacco Products", Expert Panel Report, prepared for Health Canada (March 1995)

N° de pièce	Titre abrégé	Titre
AUS-222 (revisée), JE-24(68), DOM-286	Zacher *et al*. 2014	M. Zacher, M. Bayly, E. Brennan, J. Dono, C. Miller, S. Durkin, M. Scollo, and M. Wakefield, "Personal Tobacco Pack Display Before and After the Introduction of Plain Packaging with Larger Pictorial Health Warnings in Australia: An Observational Study of Outdoor Café Strips", *Addiction* (2014), Vol. 109, pp. 653-662
AUS-223 (revisée), DOM-287	Zacher *et al.* 2015	M. Zacher, M. Bayly, E. Brennan, J. Dono, C. Miller, S. Durkin, M. Scollo, and M. Wakefield, "Personal Pack Display and Active Smoking at Outdoor Café Strips: Assessing the Impact of Plain Packaging 1 year Post Implementation", *Tobacco Control* (2015), Vol. 24, pp. ii94-ii97
AUS-224, DOM-304	Brennan *et al*. 2015	E. Brennan, S. Durkin, K. Coomber, M. Zacher, M. Scollo, and M. Wakefield, "Are Quitting-Related Cognitions and Behaviours Predicted by Proximal Responses to Plain Packaging with Larger Health Warnings? Findings from a National Cohort Study with Australian Adult Smokers", *Tobacco Control* (2015), Vol. 24, pp. ii33-ii41
AUS-226	Hyland *et al*. 2006	A. Hyland, R. Borland, Q. Li, H. Yong, A. McNeill, G. Fong, R. O 'Connor, and K. Cummings, "Individual-Level Predictors of Cessation Behaviours Among Participants in the International Tobacco Control (ITC) Four Country Survey", *Tobacco Control* (2006), Vol. 15, pp. iii83-iii94
AUS-228, JE-24(54)	Rousu et Thrasher 2013	M. Rousu and J. Thrasher, "Demand Reduction from Plain and Pictorial Cigarette Warning Labels: Evidence from Experimental Auctions", *Applied Economic Perspective and Policy* (2013), Vol. 35, No. 1, pp. 171-184
AUS-229, JE-24(58)	Thrasher *et al.* 2011	J. Thrasher, M. Rousu, D. Hammond, A. Navarro, and J. Corrigan, "Estimating the Impact of Pictorial Health Warnings and 'Plain' Cigarette Packaging: Evidence from Experimental Auctions Among Adult Smokers in the US", *Health Policy* (2011), Vol. 102, pp. 41-48
AUS-234	Lettre de D. Latham, de Lovell White Durrant	Letter dated 6 July 1994 from D. Latham of Lovell, White, Durrant to J. Smithson, Public Affairs Manager, Rothmans International Services Limited, attaching letter dated 5 July 1994 from L. Baeumer, Director, Industrial Property Law Department, WIPO, to D. Latham of Lovell, White, Durrant, Bates Nos. 502592535-502592536
AUS-235	Lettre de L. Baeumer, OMPI	Letter dated 31 August 1994 from L. Baeumer, Director, Industrial Property Law Department, WIPO, to R. Oman of Mudge, Rose, Guthrie, Alexander and Ferdon, Bates Nos. 515446013-515446015
AUS-236	Carvalho 3ème édition, extraits AUS	Nuno Pires de Carvalho, The TRIPS Regime of Trademarks and Designs, 3rd edn (Kluwer Law International, 2014), pp. 233, 249, 252, 318-319, 323-333, and 348
AUS-242	Analyse de Correa concernant l'Accord sur les ADPIC	C. Correa, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Commentary on the TRIPS Agreement* (Oxford University Press, 2007), pp. 175-176, 182, 186, 223, and 388
AUS-243	*Shorter Oxford English Dictionary*, volume 1, extraits AUS, partie 1	*Shorter Oxford English Dictionary*, 6th edn, A. Stevenson (ed.) (Oxford University Press, 2007), Vol. 1, pp. 22, 56, 336, 341, 470, 489, 500, 542, 827, 888, 1252, 1271, 1364, 1412, and 1799
AUS-245	*Shorter Oxford English Dictionary*, volume 2 extraits AUS	*Shorter Oxford English Dictionary*, 6th edn, A. Stevenson (ed.) (Oxford University Press, 2007), Vol. 2, pp. 1974, 2341, 2363, 2509, 2541, 3312, 3445, and 3485
AUS-246	-	J. Malbon, C. Lawson, and M. Davison, *The WTO Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Commentary* (Edward Elgar, 2014), p. 294
AUS-248	Loi CTD	*Commerce Trade Descriptions Act 1905* (Cth)
AUS-251, DOM-155, CUB-1	Règlement CI	*Commerce (Imports) Regulations 1940* (Cth)
AUS-255	Communiqué de presse de BATA	British American Tobacco Australia, "BAT Forced to Close Australian Factory", Media Release (31 October 2014)
AUS-258	Communication d'Amcor concernant le projet de Loi TPP	Amcor Limited, "Submission to the Commonwealth Government on the *Tobacco Plain Packaging Bill 2011*" (3 June 2011)
AUS-259	-	*Acts Interpretation Act 1901* (Cth)

N° de pièce	Titre abrégé	Titre
AUS-260	-	P. O'Neill, "Was There an EM?: Explanatory Memoranda and Explanatory Statements in the Commonwealth Parliament" (12 September 2006)
AUS-263, JE-24(11)	Brose *et al*. 2014	L. Brose, C. Chong, E. Aspinall, S. Michie, and A. McEwen, "Effects of Standardised Cigarette Packaging on Craving, Motivation to Stop and Perceptions of Cigarettes and Packs", *Psychology & Health* (2014), Vol. 29, No. 7, pp. 849-860
AUS-265	Déclarations de M. Chris Bowen, député, Trésorier, et de Mme Penny Wong, sénatrice, Ministre des finances et de la déréglementation	Statements of the Hon. Chris Bowen MP, Treasurer, and Senator the Hon. Penny Wong, Minister for Finance and Deregulation, "Economic Statement", Commonwealth of Australia (August 2013)
AUS-266	Note n° 2 sur le budget – 2013-2014	Commonwealth of Australia, "Budget Measures – Budget Paper No. 2 – 2013-2014" (2013), p. 25
AUS-267	-	*Public Health (Tobacco) Act 2008* (NSW)
AUS-280	Dossier: Lutte contre le tabagisme et campagnes médiatiques	Australian National Preventive Health Agency, "Evidence Brief: Tobacco Control and Mass Media Campaigns" (2013)
AUS-283	Site Web du Cancer Institute de la Nouvelle-Galles du Sud	Cancer Institute New South Wales, "iCanQuit", available at: <http://www.icanquit.com.au/>, accessed 4 March 2015
AUS-284	Application Victorian QuitTxt	Victorian QuitTxt application, available at: <http://www.quit.org.au/preparing-to-quit/choosing-best-way-to-quit/quittxt>, accessed 4 March 2015
AUS-285	Programme de Santé du Queensland	Queensland Health, "SmokeCheck – Indigenous Smoking Program", available at: <http://www.health.qld.gov.au/atod/prevention/smokecheck.asp>, accessed 28 January 2015
AUS-286	Site Web de la campagne antitabac	Australian Indigenous HealthInfoNet, "Butt Out Boondah (Smoke)", available at: <http://www.healthinfonet.ecu.edu.au/key-resources/programs-projects?pid=2173>, accessed 8 March 2015
AUS-287	Quit Victoria	Quit Victoria, "Triggers", available at: <http://www.quit.org.au/staying-quit/triggers>, accessed 5 March 2015
AUS-288	Vidéo mise en ligne sur YouTube par la Nouvelle-Galles du Sud	New South Wales Cancer Institute, "Michael O'Loughlin 's WeCanQuit Smoking Pledge", YouTube video, available at: <http://www.cancerinstitute.org.au/prevention-and-early-detection/public-education-campaigns/tobacco-control/we-can-quit>, accessed 9 March 2015
AUS-289	Site Web du Queensland consacré à la santé	Queensland Health "Your Future's Not Pretty Campaign", available at: <http://www.health.qld.gov.au/atod/prevention/quit_campaign.asp>, accessed 6 March 2015
AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21	Examen après mise en œuvre de l'augmentation des droits d'accise sur le tabac	The Treasury, "Post-Implementation Review: 25 Per Cent Tobacco Excise Increase", Australian Government (February 2013)
AUS-293	Déclarations de l'industrie sur les droits d'accise et la descente en gamme	Industry statements on excise and downtrading, including: Remarks by Matteo Pellegrini, President, Asia Region, Philip Morris International Inc, Investor Day, Lausanne, 26 June 2014; Phillip Morris International, "Annual Report 2011", p. 26; Imperial Tobacco, "Annual Report and Account 2008: Driving Growth, Delivering Value", p. 15; and Japan Tobacco, Inc., "Annual Report 2011", p. 8
AUS-294	Décision de 1958 du GATT	General Agreement on Tariffs and Trade Secretariat, Marks of Origin: Report by Working Party as adopted by the CONTRACTING PARTIES at their Meeting of 21 November 1958, GATT Document L/912/Rev.1 (22 November 1958)
AUS-295	Note du secrétariat du GATT de 1956	General Agreement on Tariffs and Trade Secretariat, Marks of Origin: Note by the GATT Secretariat Concerning the ICC Proposal, GATT Document L/556 (19 October 1956)

N° de pièce	Titre abrégé	Titre
AUS-296	Rapport de la Société des Nations de 1931	League of Nations Economic Committee, Report to the Council on the Work of the Thirty-Fifth Session, held at Geneva from 18 to 22 June 1931, League of Nations Document C.427.M.177.1931.II.B (24 June 1931)
AUS-297, DOM-43	-	*Trade Practices (Consumer Product Information Standards) (Tobacco) Regulations 2004* (Cth)
AUS-322	-	*Trade Practices (Consumer Product Information Standards) (Tobacco) Regulations 1994* (Cth)
AUS-343	Le tabac en Australie 2012, extraits AUS	M. Scollo, "The Pricing and Taxation of Tobacco Products in Australia", in M. Scollo and M. Winstanley (eds.), *Tobacco in Australia: Facts and Issues*, 4th edn, Cancer Council Victoria (Melbourne, 2012), Chap. 13, pp. i-130
AUS-350	-	*Tobacco Products Control Act 2006* (WA)
AUS-351	-	*Tobacco (Amendment) Act 1990* (ACT)
AUS-353	-	*Tobacco Products (Prevention of Supply to Children) Act 1998* (Qld), Sections 15, 22, and 40
AUS-358	-	*Public Health Amendment (Juvenile Smoking) Act 2002* (NSW)
AUS-359	-	*Tobacco Products Regulation (Miscellaneous Offences) Amendment Act 2007* (SA)
AUS-360	-	*Public Health Act 1997* (Tas)
AUS-374	-	*Tobacco Control Act 2002* (NT)
AUS-417	-	*Excise Tariff Amendment Act (No 1) 2000* (Cth)
AUS-418	-	*Excise Tariff Amendment (Tobacco) Act 2010* (Cth)
AUS-421, HND-85, DOM-114, IDN-5	Communiqué de presse sur les droits d'accise sur le tabac	Australian Government Treasury, "Government to Increase Tobacco Excise", Media Release No. 15 (1 August 2013)
AUS-435	Note d'information, Stratégie nationale concernant le tabac 1999 à 2002-2003	Ministerial Council on Drug Strategy, *Background Paper: A Companion Document to the National Tobacco Strategy 1999 to 2002-03*, Department of Health and Aged Care, Commonwealth of Australia, (Canberra, 1999), p. 7
AUS-436	Campagne nationale de lutte contre le tabac de l'Australie: rapport d'évaluation	Department of Health and Ageing, *Australia's National Tobacco Campaign: Evaluation Report Volume Three*, Australian Government (Canberra, 2004)
AUS-441	Site Web Quitnow	Australian Government, Quitnow, "More Targeted Approach" and "Culturally and Linguistically Diverse Advertisements" (15 July 2013), available at: <http://www.quitnow.gov.au/internet/quitnow/publishing.nsf/Content/mta-2012-13>, accessed 11 October 2013
AUS-489, CUB-89	ConAgra contre McCain	Federal Court of Australia, ConAgra Inc v. McCain Foods (Australia) Pty Ltd (1992) 23 IPR 19
AUS-500, CUB-50	JTI contre Commonwealth	High Court of Australia, JT International SA v. Commonwealth of Australia; British American Tobacco Australasia Limited v. The Commonwealth (2012) 291 ALR 669
AUS-501	Ulucanlar *et al*. 2014	S. Ulucanlar, G. Fooks, J. Hatchard, and A. Gilmore, "Representation and Misrepresentation of Scientific Evidence in Contemporary Tobacco Regulation: A Review of Tobacco Industry Submissions to the UK Government Consultation on Standardised Packaging", *PLoS Medicine* (2014), Vol. 11, doi:10.1371/journal.pmed.1001629
AUS-504	Réfutation par le CINSW de l'analyse faite par BATA des données de l'enquête CITTS	Cancer Institute New South Wales, "Summary: Cancer Institute NSW's Rebuttal of British American Tobacco's Analysis of Cancer Institute NSW Tobacco Tracking Survey (CITTS) Data" (30 September 2014)
AUS-507, JE-24(57)	Scollo *et al*. 2014	M. Scollo, M. Zacher, S. Durkin, and M. Wakefield, "Early Evidence About the Predicted Unintended Consequences of Standardised Packaging of Tobacco Products in Australia: A Cross-Sectional Study of the Place of Purchase, Regular Brands and Use of Illicit Tobacco, *BMJ Open* (2014), Vol. 4, doi:10.1136/bmjopen-2014-005873
AUS-511	Rapport supplémentaire Chipty	"Supplementary Report of Dr. Chipty" (31 May 2015)
AUS-512	-	Supplementary Graphs, Import Volumes, Value and Share of the Market
AUS-513	-	Australian Bureau of Statistics, "Balance of Payments and International Investment Position, Australia, Concepts, Sources and Methods, 1998", Cat. No. 5331.0 (1998)

N° de pièce	Titre abrégé	Titre
AUS-530	Document de travail de l'OMC sur les normes internationales et l'Accord OTC	E. Wijkström and D. McDaniels, "International Standards and the WTO TBT Agreement: Improving Governance for Regulatory Alignment", Staff Working Paper ERSD-2013-06, World Trade Organization, Economic Research and Statistics Division (2013)
AUS-531	Rapport supplémentaire Fong	G. Fong, "Supplemental report in Response to Professor Ajzen" (8 September 2015)
AUS-532	Contre-rapport Slovic	P. Slovic, "Rebuttal Report" (11 September 2015)
AUS-534	Contre-rapport Brandon	T. Brandon, "Rebuttal Report" (4 September 2015)
AUS-535 (SCI)	Contre-rapport Chipty	"Rebuttal report of Dr. Tasneem Chipty" (14 September 2015) (SCI)
AUS-536, DOM-139	OMPI, Protection contre la concurrence déloyale	International Bureau of WIPO, *Protection Against Unfair Competition: Analysis of the Present World Situation*, World Intellectual Property Organization (Geneva, 1994)
AUS-539	Shorter Oxford English Dictionary, volume 1, extraits AUS, partie 2	*Shorter Oxford English Dictionary*, 6th edn, A. Stevenson (ed.) (Oxford University Press, 2007), Vol. 1, pp. 15, 16, 488, 719, and 1174
AUS-544	Philip Morris, Présentation commerciale de 1990	Philip Morris, "1991 Original Budget – Marketing Presentation October 3, 1990", Bates Nos. 2504107139A-2504107171
AUS-547	1994 USIOM Report, Chap. 8	B. Lynch and R. Bonnie (eds.), *Growing up Tobacco Free: Preventing Nicotine Addiction in Children and Youth*, US Institute of Medicine (National Academy Press, 1994), Chap. 8
AUS-549	Document pour la consultation, Ministère de la santé de la Nouvelle-Zélande	Ministry of Health, *Proposal to Introduce Plain Packaging of Tobacco Products in New Zealand*, Consultation Document, New Zealand Government (Wellington, 2012); and Ministry of Health, "Regulatory Impact Statement: Plain Packaging of Tobacco Products", New Zealand Government (28 March 2012)
AUS-550	Irlande, rapport des chambres de l'*Oireachtas*	Ireland, Houses of the Oireachtas, Joint Committee on Health and Children, "Report on Hearings in Relation to the General Scheme of the Public Health (Standardised Packaging of Tobacco) Bill", Vol. 1 (April 2014)
AUS-551	Déclaration de J. Ellison, Sous-Secrétaire d'État à la santé publique du Royaume-Uni, au sujet de la publication du rapport Chantler	Statement dated 3 April 2014 of J. Ellison, UK Under-Secretary of State for Public Health, delivered to the House of Commons on publication of Chantler Report on Standardised Packaging of Tobacco Products
AUS- 553	Document pour la consultation de la Norvège sur l'emballage normalisé du tabac	Norwegian Ministry of Health and Care Services, "Consultation on the Proposal for Standardised Tobacco Packaging and the Implementation of Article 5.3 of the Framework Convention on Tobacco Control" (17 March 2015)
AUS-554	Examen commercial sur l'emballage, le Chili propose un emballage neutre pour les cigarettes	Packaging Business Review, "Chile Proposes Plain Packaging for Cigarettes" (19 August 2015), available at: <http://containers.packaging-business-review.com/news/chile-proposes-plain-packaging-for-cigarettes-190815-4650223>, accessed 13 September 2015
AUS-555	Examen Hammond	D. Hammond, "Standardized Packaging of Tobacco Products: Evidence Review", prepared for Irish Department of Health (March 2014)
AUS-556	BAT, résultats semestriels 2015	British American Tobacco, "British American Tobacco Half-Year Results 2015", Transcript (29 July 2015), available at: <http://www.bat.com/group/sites/uk__9d9kcy.nsf/vwPagesWebLive/DO72TJQU/$FILE/medMD9Z3HKK.pdf?openelement>, accessed 9 September 2015
AUS-557, JE-24(63)	Wakefield *et al*. 2012	M. Wakefield, D. Germain, S. Durkin, D. Hammond, M. Goldberg, and R. Borland, "Do Larger Pictorial Health Warnings Diminish the Need for Plain Packaging of Cigarettes?", *Addiction* (2012), Vol. 107, No. 6, pp. 1159-1167
AUS-559	Philip Morris, communication au Conseil législatif du Parlement tasmanien	Philip Morris Ltd, "Submission to the Legislative Council Government Administration Committee 'A' Inquiring into the Public Health Amendment (Tobacco Free Generation) Bill 2014" (June 2015)
AUS-570, HND-124, DOM-307	Rapport technique sur la NTPPTS	K. Coomber, M. Zacher, S. Durkin, E. Brennan, M. Scollo, M. Wakefield, P. Myers, N. Vickers, and S. Misson, "Australian National Tobacco Plain Packaging Tracking Survey: Technical Report", Cancer Council Victoria, prepared for Australian Government Department of Health (March 2015)

N° de pièce	Titre abrégé	Titre
AUS-582	Contre-rapport Chaloupka	F. Chaloupka, "Rebuttal Report on Selected Issues Raised in Ongoing Challenges to Australia's Tobacco Plain Packaging Measure" (26 October 2015)
AUS-583	Contre-rapport Dubé	J.-P.Dubé, "A Rebuttal to Comments Made by Dr. Professor Steenkamp" (26 October 2015)
AUS-584	Réponse Katz au contre-rapport	M. Katz, "The Effects of Tobacco Plain Packaging: Surrebuttal to Professor Damien Neven" (26 October 2015)
AUS-585	Deuxième rapport supplémentaire Fong	G. Fong, "Supplementary Report in Response to Professors Inman and Kleijnen" (27 October 2015)
AUS-586	Réponse au contre-rapport Chipty	"Surrebuttal Report of Dr. Tasneem Chipty" (26 October 2015)
AUS-588	Contre-rapport Tavassoli	N. Tavassoli, "Rebuttal to Arguments Raised in Exhibit DOM/HND-14" (26 October 2015)
AUS-590	Deuxième contre-rapport Chaloupka	F. Chaloupka, "Report on Selected Issues Raised in Ongoing Challenges to Australia's Tobacco Plain Packaging Measure" (7 December 2015)
AUS-591	Deuxième contre-rapport Chipty	"Second rebuttal report of Dr. Tasneem Chipty" (8 December 2015)
AUS-593	Communication de BATA au sujet du document de travail du gouvernement australien sur la fiscalité	British American Tobacco Australia, "Submission to the Australian Government's Re:Think – Tax Discussion Paper Consultation" (5 June 2015)
AUS-595, DOM-319	Rapport 2015 de l'OMS sur l'épidémie mondiale de tabagisme	World Health Organization, *WHO Report on the Global Tobacco Epidemic, 2015: Raising Taxes on Tobacco* (Geneva, 2015)
AUS-595.A	Rapport 2015 de l'OMS sur l'épidémie mondiale de tabagisme, appendice IX	World Health Organization, *WHO Report on the Global Tobacco Epidemic, 2015: Raising Taxes on Tobacco* (Geneva, 2015), Appendix IX
AUS-596	ISO 6385	International Organization for Standardization, *International Standard 6385: Ergonomic Principles in the Design of Work Systems*, 2nd edn, ISO 6385:2004(E) (1 February 2004)
AUS-597	ISO 26000	International Organization for Standardization, *International Standard 26000: Guidance on Social Responsibility*, 1st edn, ISO 26000:2010(E) (1 November 2010)
AUS-598	ISO 14001	International Organization for Standardization, *International Standard 14001: Environmental Management Systems – Requirements with Guidance for Use,* 3rd edn, ISO 14001:2015(E) (15 September 2015)
AUS-601	Kumar et Steenkamp, Private Label Strategy	N. Kumar and J.-B. Steenkamp, *Private Label Strategy: How to Meet the Store Brand Challenge* (Harvard Business Press, 2013), Chap. 6
AUS-602, DOM-368	Manuel de 2008 du CIRC	World Health Organization, International Agency for Research on Cancer, *Methods for Evaluating Tobacco Control Policies*, Handbooks of Cancer Prevention, Tobacco Control, Vol. 12 (Lyon, 2008)
AUS-604	Troisième contre-rapport Chaloupka	F. Chaloupka, "Third Rebuttal Report on Selected Issues Raised in Ongoing Challenges to Australia's Tobacco Plain Packaging Measure" (29 January 2016)
AUS-605	Troisième contre-rapport Chipty	T. Chipty, "Third Rebuttal Report of Dr. Tasneem Chipty" (1 February 2016)
AUS-607	OMS, un programme de politiques pour inverser le cours de l'épidémie	World Health Organization, *MPOWER: A Policy Package to Reverse the Tobacco Epidemic* (2008)
AUS-609	Plan stratégique de la Tasmanie	Tasmanian Government, Department of Health and Human Services, "Healthy Tasmania – Five Year Strategic Plan – Community Consultation Draft" (December 2015)
AUS-612, CUB-94	Loi irlandaise de 2015 sur la santé publique	Ireland, Public Health (Standardised Packaging of Tobacco) Act 2015
AUS-613	-	United Kingdom, The Standardised Packaging of Tobacco Products Regulations 2015
AUS-614	-	France, LOI n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de Modernisation de Notre Système de Santé, Article 27
AUS-615	Projet de décret, Neutralité et normalisation de l'emballage de cigarettes et de tabac à rouler	France, Decree on the Conditions of Neutrality and Standardisation for the Packaging and Paper of Cigarettes and Rolling Tobacco (Draft), European Commission Notification No. 2015/241/F (7 May 2015)

N° de pièce	Titre abrégé	Titre
AUS-616	Hongrie, projet de modification du décret gouvernemental n° 39/2013	Hungary, Government Decree Amending Government Decree 39/2013 of 14 February 2013 on the Manufacture, Placement on the Market and Control of Tobacco Products, Combined Warnings and the Detailed Rules for the Application of the Health-Protection Fine (Draft), European Commission Notification No. 2015/529/HU (21 September 2015)
AUS-617	-	New Zealand, Smoke-free Environments (Tobacco Plain Packaging) Amendment Bill (2014)
AUS-618	Norvège, projets de modifications	Norway, "Draft Amendments to the Tobacco Control Act" and "Draft Amendments to the Labelling Regulations", European Commission Notification No. 2015/2009/N (5 May 2015)
AUS-619	Park et Srinivasan 1994	C. Park and V. Srinivasan, "A Survey-Based Method for Measuring and Understanding Brand Equity and Its Extendability", *Journal of Marketing Research* (1994) Vol. 31, pp. 271-288
AUS-621	Enquête du CCV de 2014	V. White and T. Williams, "Australian Secondary School Students' Use of Tobacco in 2014: Report", Cancer Council Victoria, prepared for Tobacco Control Taskforce, Australian Government Department of Health (October 2015)
AUS-622	Résultats du NHS	Australian Bureau of Statistics, *National Health Survey: First Results: 2014-15*, CAT. 4364.0.55.001 (2015)
AUS-623	Dessaix *et al*. 2016	A. Dessaix, A. Maag, J. McKenzie, and D. Currow, "Factors Influencing Reductions in Smoking Among Australian Adolescents", *Public Health Research and Practice* (2016), Vol. 26, doi:http://dx.doi.org/10.17061/phrp2611605
AUS-624	Examen après mise en œuvre concernant l'emballage neutre du tabac	Department of Health, "Post-Implementation Review: Tobacco Plain Packaging 2016", Australian Government (2016)
JE-6	Loi TM	*Trade Marks Act 1995* (Cth)
JE-9	-	Exposure Draft, *Tobacco Plain Packaging Bill 2011* (Cth) (7 April 2011)
JE-11	Document de consultation sur les produits du tabac autres que les cigarettes	Department of Health and Ageing, "Consultation Paper: Tobacco Plain Packaging: Proposed Approach to Non-Cigarette Tobacco Products", Australian Government (30 September 2011)
JE-16	Examen de 2011 du CCV (actualisé)	Cancer Council Victoria, "Plain Packaging of Tobacco Products: A Review of the Evidence" (May 2011, updated August 2011)
JE-20	Directives concernant l'article 11 de la FCTC, FCTC/COP/3(10)	"Guidelines for Implementation of Article 11 (Packaging and Labelling of Tobacco Products)", Document FCTC/COP3(10), excerpted from Conference of the Parties to the WHO Framework Convention on Tobacco Control, "Decisions", Third Session, held in Durban, South Africa, 17 to 22 November 2008, Document FCTC/COP/3/DIV/3 (16 February 2009)
JE-21	Directives concernant l'article 13 de la FCTC, FCTC/COP/3(12)	"Guidelines for Implementation of Article 13 (Tobacco Advertising, Promotion and Sponsorship)", Document FCTC/COP3(12), excerpted from Conference of the Parties to the WHO Framework Convention on Tobacco Control, "Decisions", Third Session, held in Durban, South Africa, 17 to 22 November 2008, Document FCTC/COP/3/DIV/3 (16 February 2009)
JE-22	Déclaration explicative concernant le Règlement TPPA	Explanatory Statement, *Tobacco Plain Packaging Amendment Regulation 2012 (No. 1)* (Cth)
JE-24	-	Plain Packaging Literature
JE-24(2)	Arora *et al*. 2013	M. Arora, A. Tewari, N. Grills, G. Nazar, J. Sonrexa, V. Gupta, R. Moodie, and K. Reddy, "Exploring Perception of Indians About Plain Packaging of Tobacco Products: A Mixed Method Research", *Frontiers in Public Health* (2013), Vol. 1, doi: 10.3389/fpubh.2013.00035
JE-24(18)	Environics 2008b	Environics Research Group, "Consumer Research on the Size of Health Warning Messages – Quantitative Study of Canadian Adult Smokers", prepared for Health Canada (May 2008)
JE-24(21)	Ford *et al*. 2013b	A. Ford, C. Moodie, A. MacKintosh, and G. Hastings, "How Adolescents Perceive Cigarette Packaging and Possible Benefits of Plain Packaging", *Education and Health* (2013), Vol. 31, pp. 83-88

N° de pièce	Titre abrégé	Titre
JE-24(33)	Hoek *et al*. 2009	J. Hoek, P. Gendall, and J. Louviere, "Tobacco Branding and Plain Packaging: The New Frontier in Tobacco Control?", prepared for American Marketing Association 20th Anniversary Marketing and Public Policy Conference held in Washington, DC, 28 to 30 May 2009
JE-24(38)	Lund et Scheffels 2013	I. Lund and J. Scheffels, "Young Smokers and Non-Smokers Perceptions of Typical Users of Plain vs. Branded Cigarette Packs: A Between Subjects Experimental Survey", *BMC Public Health* (2013), Vol. 13, doi:10.1186/1471-2458-13-1005
JE-24(39)	Madill-Marshall *et al*. 1996	J. Madill-Marshall, M. Goldberg, G. Gorn, J. Liefeld, and H. Vredenburg, "Two Experiments Assessing the Visual and Semantic Images Associated with Current and Plain Cigarette Packaging", *Advances in Consumer Research* (1996), Vol. 23, p. 267
JE-24(41)	McCool *et al*. 2012	J. McCool, L. Webb, L. Cameron, and J. Hoek, "Graphic Warning Labels on Plain Cigarette Packs: Will They Make a Difference to Adolescents?", *Social Science & Medicine* (2012), Vol. 74, pp. 1269-1273
JE-24(46)	Moodie *et al*. 2012	C. Moodie, G. Hastings, and L. Joossens, "Young Adult Smokers' Perceptions of Illicit Tobacco and the Possible Impact of Plain Packaging on Purchase Behaviour", *European Journal of Public Health* (2012), Vol. 22, pp. 251-253
JE-24(48)	Northrup et Pollard 1995	D. Northrup and J. Pollard, *Plain Packaging of Cigarettes, Event Marketing to Advertise Smoking, and other Tobacco Issues: A Survey of Grade Seven and Grade Nine Ontario Students*, Institute for Social Research, York University (Toronto, September 1995)
JE-24(51)	Pechey *et al.* 2013	R. Pechey, D. Spiegelhalter, and T. Marteau, "Impact of Plain Packaging of Tobacco Products on Smoking in Adults and Children: An Elicitation of International Experts' Estimates", *BMC Public Health* (2013), Vol. 13, No. 18, doi:10.1186/1471-2458-13-18
JE-24(55)	Scheffels et Lund 2013	J. Scheffels and I. Lund, "The Impact of Cigarette Branding and Plain Packaging on Perceptions of Product Appeal and Risk Among Young Adults in Norway: A Between-Subjects Experimental Survey", *BMJ Open* (2013), doi:10.1136/bmjopen-2013-003732
JE-24(56)	Scheffels et Saebo 2013	J. Scheffels and G. Saebo, "Perceptions of Plain and Branded Cigarette Packaging Among Norwegian Youth and Adults: A Focus Group Study", *Nicotine & Tobacco Research* (2013), Vol. 15, No. 2, pp. 450-456
JE-24(59)	Uppal *et al*. 2013	N. Uppal, L. Shahab, J. Britton, and E. Ratschen, "The Forgotten Smoker: A Qualitative Study of Attitudes Towards Smoking, Quitting, and Tobacco Control Policies Among Continuing Smokers", *BMC Public Health* (2013), Vol. 13, doi:10.1186/1471-2458-13-432
JE-24(65)	Wakefield *et al*. 2014	M. Wakefield, M. Bayly, and M. Scollo, "Product Retrieval Time in Small Tobacco Retail Outlets Before and After the Australian Plain Packaging Policy: Real-World Study", *Tobacco Control* (2014), Vol. 23, pp. 70-76
DOM/HND/IDN-3	Rapport Ajzen	I. Ajzen, "Examination of Australia's Reliance on Behavioral Theories to Support its Tobacco Plain Packaging Legislation" (1 June 2015)
DOM/HND/IDN-4	Rapport supplémentaire Ajzen	I. Ajzen, "Supplemental Report: Pre-Implementation Empirical Testing of Behavioral Theories Relied on by Australia to Justify Plain Packaging" (7 July 2015)
DOM/HND/IDN-5	Contre-rapport Ajzen	I. Ajzen, "The Role of Theory and Empirical Evidence in Evaluating the Effectiveness of Plain Packaging: Response to Australia and its Experts" (27 October 2015)
DOM/HND/IDN-6	Réponse d'Ajzen aux questions n° 146, 202 et 203 du Groupe spécial	I. Ajzen, "Response to Questions 146, 202, and 203 by the Panel" (8 December 2015)
DOM/HND-1	Rapport Shavin	D. Shavin, "Prohibitions Against Misleading and Deceptive Conduct Pursuant to the Australian Consumer Law and the Australian Competition and Consumer Commission's History of Effective Enforcement Thereof" (4 October 2014)
DOM/HND-2	Rapport CMZ	P. Chaudhry, A. Murray, and A. Zimmerman, "The Impact of Plain Packaging on the Illicit Trade in Tobacco Products in Australia" (22 September 2014)

N° de pièce	Titre abrégé	Titre
DOM/HND-3	Rapport sur l'examen par les pairs	J. Inman, "Plain Packaging Literature Peer Review Project" (3 October 2014)
DOM/HND-4	Examen systématique Kleijnen	J. Kleijnen, A. Bryman, and M. Bosnjak, "Quality of the Empirical Evidence Testing the Impact of Plain Packaging on Tobacco Consumption: A Systematic Review" (7 October 2014)
DOM/HND-5	Rapport Steenkamp	J.-B. Steenkamp, "The Effect of Plain Packaging on Smoking Behavior – An Analysis Based on Widely Accepted Consumer Behavior and Marketing Principles" (29 September 2014)
DOM/HND-6	Rapport Steinberg	L. Steinberg, "Adolescent Decision-Making and the Prevention of Underage Smoking: The Role of Plain Packaging" (15 September 2014)
DOM/HND-7	Rapport Fischer	"Expert Report of G. Fischer" (6 October 2014)
DOM/HND-8	Rapport Keller	P. Keller, "Effective and Efficient Social Marketing Communication as an Alternative to Plain Packaging" (29 September 2014)
DOM/HND-9	Rapport Shavin sur le contrôle préalable	D. Shavin, "Pre-Vetting of Packaging and Tobacco Products as an Alternative to Plain Packaging" (4 October 2014)
DOM/HND-10	Contre-rapport Steinberg	L. Steinberg, "Rebuttal Report: Adolescent Decision-Making and the Prevention Underage Smoking: The Role of Plain Packaging: A Response to Expert Evidence Submitted on Behalf of Australia" (3 July 2015)
DOM/HND-11	Contre-rapport Fischer	G. Fischer, "Response to report submitted by Prof. Brandon" (7 July 2015)
DOM/HND-12	Contre-rapport sur le projet d'examen par les pairs	J. Inman, "Plain Packaging Literature Peer Review Project: Rebuttal Report" (14 September 2015)
DOM/HND-13	Contre-rapport sur l'examen systématique Kleijnen	J. Kleijnen, A. Bryman, and M. Bosnjak, "Systematic Review Rebuttal Report" (14 September 2015)
DOM/HND-14	Contre-rapport Steenkamp	J.-B. Steenkamp, "Tobacco Packaging in the Australian Context – Lessons from Marketing Principles and Empirical Data: A Rebuttal to Arguments Raised by Australia and its Experts" (11 September 2015)
DOM/HND-15	Deuxième contre-rapport Steinberg	L. Steinberg, "Adolescent Decision-Making and the Prevention of Underage Smoking: The Role of Plain Packaging: A Second Response to Expert Evidence Submitted on Behalf of Australia" (23 October 2015)
DOM/HND-17	Deuxième contre-rapport sur le projet d'examen par les pairs	J. Inman, "Plain Packaging Literature Peer Review Project: Second Rebuttal Report" (8 December 2015)
DOM/HND-18	Deuxième contre-rapport sur l'examen systématique Kleijnen	J. Kleijnen, A. Bryman, and M. Bosnjak, "Systematic Review Second Rebuttal Report" (7 December 2015)
DOM/HND-19	Deuxième contre-rapport Steenkamp	J.-B. Steenkamp, "Rebuttal to October 2015 Supplementary Reports of Professors J.P. Dubé and N. Tavassoli" (9 December 2015)
DOM/HND-20	Steinberg, réponse à la question n° 159 du Groupe spécial	L. Steinberg, "Adolescent Decision-Making and the Prevention of Underage Smoking: The Role of Plain Packaging: A Response to the WTO Panel" (7 December 2015)
DOM/IDN-1	Rapport List	J. List, "A Consideration of the Empirical Evidence on the Effects of Australia's Tobacco Plain Packaging Legislation" (1 June 2015)
DOM/IDN-2	Rapport Ajzen *et al*. sur les données	I. Ajzen, A. Hortaçsu, J. List, and A. Shaikh, "Reconsideration of Empirical Evidence on the Effectiveness of Australian Plain Packaging Legislation: Evidence from the National Plain Packaging Tracking Survey (NPPTS) and Other Datasets" (15 September 2015)
DOM/IDN-3	Contre-rapport List	J. List, "A Further Consideration of the Empirical Evidence on the Effects of Australia's Tobacco Plain Packaging Legislation" (16 September 2015)
DOM/IDN-4	Deuxième rapport Ajzen *et al.* sur les données	I. Ajzen, A. Hortaçsu, J. List, and A. Shaikh, "Reconsideration of Empirical Evidence on the Effectiveness of Australia's Plain Packaging Legislation: Evidence from the International Tobacco Control (ITC) and Personal Pack Display Datasets" (27 October 2015)
DOM/IDN-5	Deuxième rapport supplémentaire List	J. List, "A Synthesis of the Evidence on Australia's Plain Packaging Policy" (28 October 2015)

N° de pièce	Titre abrégé	Titre
DOM/IDN-6	Contre-rapport Ajzen *et al*. sur les données	I. Ajzen, A. Hortaçsu, J. List, and A. Shaikh, "Reconsideration of Empirical Evidence on the Effectiveness of Australian Plain Packaging Legislation: Evidence from the National Plain Packaging Tracking Survey (NPPTS) and Other Datasets: Rebuttal Report" (9 December 2015)
DOM/IDN-7	Troisième rapport supplémentaire List	J. List, "A Further Synthesis of the Newly-Available Evidence on Australia's Plain Packaging Policy" (8 December 2015)
DOM/IDN-8	Deuxième contre-rapport Ajzen *et al*. sur les données	I. Ajzen, A. Hortaçsu, J. List, and A. Shaikh, "Findings From the NPPTS, ITC and Personal Pack Display Datasets: Response to Arguments by Professor Chaloupka and Australia" (29 January 2016)
DOM/IDN-9	Résumé du rapport List	J. List, "Concluding Summary on Australia's Plain Packaging Policy" (2 February 2016)
HND-2, DOM-50	Mandat de la NPHT	Australian Government, Preventative Health Taskforce, "Terms of Reference", available at: <http://www.preventativehealth.org.au/internet/preventativehealth/publishing.nsf/Content/terms-of-reference-1lp>, accessed 7 October 2014
HND-12, IDN-6	Lettre du 23 avril 2009 de l'OBPR au DHA	Letter dated 23 April 2009 from T. Lind, Office of Best Practice Regulation, to D. Sloane, Assistant Director, Department of Health and Ageing, Draft RIS for the Tobacco Control Act
HND-13	Évaluation préliminaire de la meilleure pratique réglementaire	Department of Health and Ageing, "Best Practice Regulation Preliminary Assessment", Australian Government (7 April 2010)
HND-15	RIS 2010	Facsimile dated 27 April 2010 from P. Marshall, Director, Department of Health and Ageing, to R. Ristic, Director, Office of Best Practice Regulation, attaching "Regulation Impact Statement: Plain Packaging of Tobacco Products" (April 2010)
HND-16	Lettre du 4 mai 2010 du de l'OBPR au DHA	Letter dated 4 May 2010 from R. Ristic, Director, Office of Best Practice Regulation, to P. Marshall, Director, Department of Health and Ageing
HND-18, CUB-9	Rapport 2011-2012 sur la meilleure pratique réglementaire	Australian Government, Office of Best Practice Regulation, *Best Practice Regulation Report 2011–12* (Canberra, 2012), available at: <https://ris.govspace.gov.au/files/2012/10/best-practice-regulation-report_2012.pdf>, accessed 1 October 2014
HND-24	-	Republica de Honduras, Ley Especial para el Control del Tabaco, Decreto 92-2010, Diario Oficial Num. 32, 296 (21 August 2010)
HND-26	Instrument de notification de la Convention cadre de l'OMS pour la lutte antitabac communiqué par l'Australie	Department of Health and Ageing, "Reporting Instrument of the WHO Framework Convention on Tobacco Control", Australian Government, (30 April 2012), pp. 1-3, 27-30, 55-56, and Annex 1, pp. 1 and 12, available at: <http://www.who.int/fctc/reporting/party_reports/australia_2012_report_final.pdf?ua=1> and <http://www.who.int/fctc/reporting/party_reports/australia_annex1_miscellaneous.pdf>, accessed 3 October 2014
HND-31	Oxford Dictionaries en ligne, extraits HND	Oxford Dictionaries online, British and World English, definitions of "acquire", "by", "confusion", "course", "develop", "encumber", identical", "justifiable", "likelihood", "nature", "necessary", "obstacle", "reasonable", "requirement", "right", "similar", and "trade", available at: <www.oxforddictionaries.com>, accessed 29 September 2014 or 3 October 2014
HND-39	Bodenhausen, extraits HND	G.H.C. Bodenhausen, *Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, as Revised at Stockholm in 1967* (WIPO, 1969), pp. 108, 128, and 144-146
HND-40	Manuel de l'OMPI sur la propriété intellectuelle, extraits HND	World Intellectual Property Organization, *WIPO Intellectual Property Handbook*, 2nd edn (Geneva, 2004)
HND-47	S. Lester, blog sur le droit et la politique économiques internationales	S. Lester, "Fun with Plain Packaging", International Economic Law and Policy Blog, available at: <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2014/06/fun-with-plain-packaging.html>, accessed 2 October 2014
HND-48	Merriam-Webster, dictionnaire en ligne, extraits HND	Merriam-Webster Dictionary online, definitions of "competition", "encumber", "reasonable", "requirement", and "trade", available at: <http://www.merriam-webster.com>, accessed 29 September 2014 or 7 October 2014

N° de pièce	Titre abrégé	Titre
HND-50, DOM-161	Guide sur l'emballage neutre établi par le DHA	Department of Health and Ageing, *Tobacco Plain Packaging: Your Guide* (July 2012), Australian Government, available at: <http://www.health.gov.au/internet/main/publishing.nsf/Content/tppbook>, accessed 7 October 2014
HND-67, DOM-98, IDN-41	Rapport KPMG de 2013	KPMG, "Illicit Tobacco in Australia: 2013 Full Year Report" (3 April 2014)
HND-72	Rimpelä et Rainio 2004	A. Rimpelä and S. Rainio, "The Effectiveness of Tobacco Sales Ban to Minors: The Case of Finland", *Tobacco Control* (2004), Vol. 13, pp. 167-174
HND-74	Ahmad et Billimek 2007	S. Ahmad and J. Billimek, "Limiting Youth Access to Tobacco: Comparing the Long-Term Health Impacts of Increasing Cigarette Excise Taxes and Raising the Legal Smoking Age to 21 in the United States", *Health Policy* (2007), Vol. 80, pp. 378-391
HND-76	Ahmad 2005b	S. Ahmad, "The Cost-Effectiveness of Raising the Legal Smoking Age in California", *Medical Decision Making* (2005), Vol. 25, pp. 330-340
HND-78	Codes de l'industrie de l'ACCC	Australian Competition and Consumer Commission, "Industry Codes", available at: <https://www.accc.gov.au/business/industry-codes>, accessed 7 October 2014
HND-79	Le tabac en Australie, 2012, extraits HND	M. Scollo and M. Winstanley (eds.), *Tobacco in Australia: Facts and issues*, 4th edn, Cancer Council Victoria (Melbourne, 2012), Chap. 1, p. 7 and Chap. 13, p. 1, available at: <http://www.tobaccoinaustralia.org.au/downloads/chapters/Ch1_Prevalence.pdf> and <http://www.tobaccoinaustralia.org.au/downloads/chapters/Ch13_Taxation.pdf>, accessed 6 October 2014
HND-83	Dunlop *et al*. 2011	S. Dunlop, D. Perez, and T. Cotter, "Australian Smokers' and Recent Quitters' Responses to the Increasing Price of Cigarettes in the Context of a Tobacco Tax Increase", *Addiction* (2011), Vol. 106, pp. 1687-1695
HND-86	-	*Excise Tariff Amendment (Tobacco) Act 2014* (Cth)
HND-89	New Shorter Oxford English Dictionary, extraits HND	*The New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, L. Brown (ed.) (Oxford University Press, 1993), Vol. I and Vol. II, pp. 54, 459, 674, 1255, 1348, 1791, 2387, and 3482
HND-104	Notes Chantler du 14 mars 2014	C. Chantler, "Independent Review into Standardised Packaging of Tobacco – Notes of Australia-Based Meetings" (14 March 2014), available at: <http://www.kcl.ac.uk/health/packaging-docs.aspx>, accessed 6 October 2014
HND-110	Lettre d'IP Australia	Letter dated 3 December 2012 from Australian Government, Trade Mark Application No. 1509780
HND-118	Contre-rapport Klick	J. Klick, "Rebuttal Report – A Reply to Dr. Chipty" (8 July 2015)
HND-121	ISO 3394	International Organization for Standardization, *International Standard 3394: Packaging – Complete, Filled Transport Packages and Unit Loads – Dimensions of Rigid Rectangular Packages*, 3rd edn, ISO 3394:2012(E) (1 November 2012)
HND-122	Contre-rapport supplémentaire Klick	J. Klick, "Supplemental Rebuttal Report – A Review of New and Updated Australian Survey and Market Data" (16 September 2015)
HND-123	Contre-rapport Neven	D. Neven, "The Effect of Plain Packaging Regulation on Competition and Tobacco Consumption: A Response to Professor Katz's Report" (16 September 2015)
HND-133, DOM-237, DOM-311	Scollo *et al.* 2015a	M. Scollo, M. Zacher, K. Coomber, M. Bayly, and M. Wakefield, "Changes in Use of Types of Tobacco Products by Pack Sizes and Price Segments, Prices Paid and Consumption Following the Introduction of Plain Packaging in Australia", *Tobacco Control* (2015), Vol. 24, pp. ii66-ii75
HND-134	Ajzen, Health Psychology Review 2014	I. Ajzen, "The Theory of Planned Behaviour is Alive and Well, and Not Ready to Retire: A Commentary on Sniehotta, Presseau, and Araújo-Soares", *Health Psychology Review* (2014), doi.org/10.1080/17437199.2014.883474

N° de pièce	Titre abrégé	Titre
HND-135, DOM-236, DOM-288	White *et al*. 2015b	V. White, T. Williams, A. Faulkner, and M. Wakefield, "Do Larger Graphic Health Warnings on Standardised Cigarette Packs Increase Adolescents' Cognitive Processing of Consumer Health Information and Beliefs about Smoking Related Harms?", *Tobacco Control* (2015), Vol. 24, pp. ii50-ii57
HND-141, IDN-31	Convention-cadre, approche concernant le protocole, Document 1 de la FCTC	D. Bodansky, "The Framework Convention/Protocol Approach", Framework Convention on Tobacco Control, Technical Briefing Series, Paper 1, WHO/NCD/TFI/99.1 (1999)
HND-148	-	KPMG, "Illicit Tobacco in Australia: 2014 Full Year Report" (27 March 2015)
HND-149	Pechmann *et al*. 2011	C. Pechmann, A. Biglan, J. Grube, and C. Cody, "Transformative Consumer Research for Addressing Tobacco and Alcohol Consumption", in D. Mick, S. Pettigrew, C. Pechmann, and J. Ozanne (eds.), *Transformative Consumer Research for Personal and Collective Well-Being* (Routledge, 2011)
HND-152	Tworek *et al*. 2010	C. Tworek, R. Yamaguchi, D. Kloska, S. Emery, D. Barker, G. Giovino, P. O'Malley, and F. Chaloupka, "State-Level Tobacco Control Policies and Youth Smoking Cessation Measures", US National Institutes of Health Public Access Author Manuscript, published in *Health Policy* (2010), Vol. 97, doi:10.1016/j.healthpol.2010.04.009
HND-153	Tauras *et al*. 2013	J. Tauras, J. Huang, and F. Chaloupka, "Differential Impact of Tobacco Control Policies on Youth Sub-Populations", *International Journal of Environmental Research and Public Health* (2013), Vol. 10, pp. 4306-4322
HND-154	Sussman *et al*. 2013	S. Sussman, D. Levy, K. Lich, C. Cene, M. Kim, L. Rohrbach, and F. Chaloupka, "Comparing Effects of Tobacco Use Prevention Modalities: Need for Complex System Models", *Tobacco Induced Diseases* (2013), Vol. 11
HND-156	Guindon *et al*. 2013	E. Guindon, P. Driezen, F. Chaloupka, and G. Fong, "Cigarette Tax Avoidance and Evasion: Findings from the International Tobacco Control Policy Evaluation Project", *Tobacco Control* (13 November 2013), doi:10.1136/tobaccocontrol-2013-051074
HND-157	Cummings *et al*. 2009	M. Cummings, G. Fong and R. Borland, "Environmental Influences On Tobacco Use: Evidence From Societal And Community Influences On Tobacco Use And Dependence", *Annual Review of Clinical Psychology* (2009), Vol. 5, pp. 433-458 and C-1 to C-2
HND-158	Nargis *et al*. 2013	N. Nargis, G. Fong, F. Chaloupka and Q. Li, "The Choice Of Discount Brand Cigarettes: A Comparative Analysis Of International Tobacco Control Surveys in Canada and the United States (2002–2005)", US National Institutes of Health Public Access Author Manuscript, published in *Tobacco Control* (2014), Vol. 23, doi:10.1136/tobaccocontrol-2012-050851
HND-161	-	World Organization for Animal Health, "Procedures Used by the OIE to Set Standards and Recommendations for International Trade, with a Focus on the *Terrestrial* and *Aquatic Animal Health Codes*"
HND-165	Deuxième contre-rapport supplémentaire Klick	J. Klick, "Second Supplemental Rebuttal Report – A Review of Australian Survey Data From New South Wales" (28 October 2015)
HND-166	Troisième contre-rapport supplémentaire Klick	J. Klick, "Third Supplemental Rebuttal Report – A Reply to Dr. Chipty and Professor Chaloupka" (8 December 2015)
HND-167	-	Ireland, Public Health (Standardised Packaging of Tobacco) Bill 2014
HND-169	Quatrième contre-rapport supplémentaire Klick	J. Klick, "Fourth Supplemental Rebuttal Report – Comments on Additional Arguments Raised by Dr. Chipty" (3 February 2016)
DOM-49	-	Australian Parliament, Senate Community Affairs References Committee, *The Tobacco Industry and the Costs of Tobacco-Related Illness*, (15 December 1995)
DOM-56	Rapport de l'OMPI sur les marques	World Intellectual Property Organization, *2013 World Intellectual Property Report: Brands – Reputation and Image in the Global Marketplace*, WIPO Economics and Statistics Series (2013)

N° de pièce	Titre abrégé	Titre
DOM-65	Manuel de l'OMPI sur la propriété intellectuelle, texte complet	World Intellectual Property Organization, *WIPO Intellectual Property Handbook*, 2nd edn (Geneva, 2004)
DOM-72, IDN-103	Crazy Ron contre Mobileworld	Federal Court of Australia, Crazy Ron's Communications Pty Limited v. Mobileworld Communications Pty Limited (2004) 209 ALR 1
DOM-73	Louis Vuitton contre Sonya	Federal Court of Australia, Louis Vuitton Malletier v. Sonya Valentine Pty Ltd (2013) FCA 933
DOM-78, IDN- 76	Recommandation commune de l'OMPI	World Intellectual Property Organization, "Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Well-Known Marks", adopted by the Assembly of the Paris Union for the Protection of Industrial Property and the General Assembly of the World Intellectual Property Organization (WIPO) at the Thirty-Fourth Series of Meetings of the Assemblies of the Member States of WIPO (20 to 29 September 1999), No. 833(E) (September 1999)
DOM-79	Bodenhausen, texte complet	G.H.C. Bodenhausen, *Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, as Revised at Stockholm in 1967* (WIPO, 1969)
DOM-85	-	Oxford English Dictionary online, definition of "justifiable", available at: <http://www.oed.com/view/Entry/102219?redirectedFrom=justifiable#eid>, accessed 9 April 2014
DOM-86	-	Oxford English Dictionary online, definition of "justify", <http://www.oed.com/view/Entry/102219?redirectedFrom=justifiable#eid>, accessed 9 April 2014
DOM-92	Rapport Gibson	S. Gibson, "Standardised Packaging of Tobacco Products Review of Department of Health Impact Assessment" (August 2014), Appendix 1 of British American Tobacco's Response to the UK Consultation on the Introduction of Regulations for Standardised Packaging of Tobacco Products (7 August 2014)
DOM-93	Données du SA HOS	South Australian Health and Medical Research Institute, "Key Smoking Statistics for SA – 2013", results from South Australian Health Omnibus Survey 2013, available at: <https://www.sahmri.com/user_assets/c23dc77e9e0f242c8a59442c3bc21e1c56cbdbe5/key_smoking_statistics_for_sa_2013_-30_april_2014.pdf>, accessed 7 October 2014
DOM-96	ABC News 2014	L. Mellor, "More Younger Queenslanders Smoking, But Overall Numbers Declining" Australian Broadcasting Corporation News (10 September 2014), available at:<http://www.abc.net.au/news/2014-09-09/more-younger-qld-smokers-but-overall-numbers-decline/5731834/?site=brisbane&program>, accessed 7 October 2014
DOM-97	Protocole à la FCTC sur le commerce illicite	World Health Organization, Framework Convention on Tobacco Control, Protocol to Eliminate Illicit Trade in Tobacco Products (2013)
DOM-99	Analyse du rapport KPMG par le CCV	Cancer Council Victoria, "Analysis of KPMG LLP Report on Use of Illicit Tobacco in Australia " (11 November 2013, updated March 2014)
DOM-100	Rapport IPE	D. Afshartous, M. Hagedorn, A. Kaul, and M. Wolf, "Empirical Assessment of Australia's Plain Packaging Regime", Institute for Policy Evaluation (7 October 2014)
DOM-105, CUB-72	Rapport McKeganey	N. McKeganey, "A Critical Analysis of Evidence that Standardised Tobacco Packaging Will Reduce Smoking Prevalence in the United Kingdom" (5 August 2014), Appendix 5 of British American Tobacco's Response to the UK Consultation on the Introduction of Regulations for Standardised Packaging of Tobacco Products (7 August 2014)
DOM-108	Examen collégial de Pechey *et al*. 2013	B. Freeman, "Reviewer's Report" of "Impact of Plain Packaging of Tobacco Products on Smoking in Adults" (7 September 2012), available at: <http://www.biomedcentral.com/1471-2458/13/18/prepub>, accessed 7 October 2014
DOM-109	Enquête NTC de 2013	P. Myers and D. Blackmore, "The National Partnership Agreement on Preventative Health (NPAPH) – Tobacco Social Marketing Campaign September 2013 – Evaluation Report – Waves 5 & 6", The Social Research Centre, prepared for Australian National Preventive Health Agency

N° de pièce	Titre abrégé	Titre
DOM-110	CCA-ACL	*Competition and Consumer Act 2010* (Cth), Schedule 2 (Australian Consumer Law)
DOM-115	Chaloupka *et al*. 2012	F. Chaloupka, A. Yerekly and G. Fong, "Tobacco Taxes as a Tobacco Control Strategy", *Tobacco Control* (2012), Vol. 12, pp. 172-180
DOM-116	Chaloupka et Warner 1998	F. Chaloupka and K. Warner, "The Economics of Smoking" (12 January 1999), prepared for J. Newhouse and A. Culyer (eds.), *The Handbook of Health Economics*
DOM-117	Manuel de 2011 du CIRC	World Health Organization, International Agency for Research on Cancer, *Effectiveness of Tax and Price Policies for Tobacco Control*, Handbooks of Cancer Prevention, Tobacco Control, Vol. 14 (Lyon, 2011)
DOM-118	Ross et Chaloupka 2006	H. Ross and F. Chaloupka, "Economic Policies for Tobacco Control in Developing Countries", *Salud Publica Mexico* (2006), Vol. 48, pp. S113-S120
DOM-122	Bardsley et Olekalns 1999	P. Bardsley and N. Olekalns, "Cigarette and Tobacco Consumption: Have Anti-Smoking Policies Made a Difference?", *The Economic Record* (September 1999), Vol. 75, No. 230, pp. 225-240
DOM-126	Le tabac en Australie, 2012, extraits DOM	M. Winstanley and L. Wood, "Factors Influencing the Uptake and Prevention of Smoking", in M. Scollo and M. Winstanley (eds.), *Tobacco in Australia: Facts and Issues*, 4th edn, Cancer Council Victoria, (Melbourne, 2012), Chap. 5, pp. i-144, available at: <http://www.tobaccoinaustralia.org.au/chapter-5-uptake/5-26-reducing-tobacco-access-and-supply>, accessed 7 October 2014
DOM-128, HND-70	Fidler et West 2010	J. Fidler and R. West, "Changes in Smoking Prevalence in 16-17 Year-Old Versus Older Adults Following a Rise in Legal Age of Sale: Findings from an English Population Study", *Addiction* (2010), Vol. 105, pp. 1984-1988
DOM-130, HND-75	Ahmad 2005a	S. Ahmad, "Closing the Youth Access Gap: The Projected Health Benefits And Cost Savings of a National Policy to Raise the Legal Smoking Age to 21 in the United States", *Health Policy* (2005), Vol. 75, pp. 74-84
DOM-133, IDN-93	-	Turkey, The Regulations on Procedures and Rules Applicable to Production and Trading of Tobacco Products, Official Gazette, Issue 27749 (4 November 2010)
DOM-134, IDN-94	-	Turkey, Regulations Relating to the Principles and Procedures Applicable to the Manufacturing Methods, Labeling and Control Measures Related to Protection from the Harmful Effects of Tobacco Products, Official Gazette, Issue 25692 (6 January 2005)
DOM-136, HND-87	-	Alcohol Beverages Advertising Code, "About the ABAC Scheme", available at: <http://www.abac.org.au/about/>, accessed 7 October 2014
DOM-137	-	"Alcohol Beverages Advertising Code", available at: <http://www.alcohol.gov.au/internet/alcohol/publishing.nsf/Content/BFE15C2AC3242C22CA25718E0081F1C5/$File/advertising.pdf>, accessed 7 October 2014
DOM-143	-	Oxford English Dictionary online, definition of "un'fair", available at: <http://www.oed.com/view/Entry/213174?rskey=IGEAyx&result=1&isAdvanced=false#eid>, accessed 9 April 2014
DOM-145	-	Oxford English Dictionary online, definition of "honest", available at: <http://www.oed.com/view/Entry/88149?rskey=Tq7xuH&result=1&isAdvanced=false#eid>, accessed 9 April 2014
DOM-160	-	Oxford English Dictionary online, definition of "risk", available at: <http://www.oed.com/view/Entry/166306?rskey=fqWvbI&result=1&print>, accessed 10 May 2014
DOM-164	Examen collégial de Lund et Scheffels 2013	J. Hoek, "Reviewer's Report" of "Perceptions of Typical Users of Plain vs. Branded Cigarette Packs Among Young Smokers and Non-Smokers. A Between-Subjects Experimental Survey" (10 August 2013)

N° de pièce	Titre abrégé	Titre
DOM-165	Réponse de l'auteur aux examens collégiaux de Pechey *et al*. 2013	"Author's Response to Reviews" of "Impact of Plain Packaging of Tobacco Products on Smoking in Adults and Children: An Elicitation of International Experts' Estimates" (10 October 2012), available at: <http://www.biomedcentral.com/1471-2458/13/18/prepub>, accessed 7 October 2014
DOM-224	Aribarg *et al*. 2014	A. Aribarg, N. Arora, T. Henderson, and Y. Kim, "Private Label Imitation of a National Brand: Implications for Consumer Choice and Law", *Journal of Marketing Research* (2014), Vol. 51, pp. 657-675
DOM-229	-	Australian Competition and Consumer Commission, "ACCC Resolves 'Light' and 'Mild' Cigarette Issue with B.A.T. and Philip Morris", Media Release No. 119/05 (12 May 2005), available at: <https://www.accc.gov.au/media-release/accc-resolves-light-and-mild-cigarette-issue-with-bat-and-philip-morris>, accessed 29 May 2015
DOM-232	Rapport de 2015 de l'USIOM	R. Bonnie, K. Stratton, and L. Kwan (eds.), *Public Health Implications of Raising the Minimum Age of Legal Access to Tobacco Products*, US Institute of Medicine (The National Academies Press, 2015) (Pre-Publication Copy: Uncorrected Proofs)
DOM-282	Moodie *et al*. 2014	C. Moodie, L. Bauld, A. Ford, and A. Mackintosh, "Young Women Smokers' Response to Using Plain Cigarette Packaging: Qualitative Findings from a Naturalistic Study", *BMC Public Health* (2014), Vol. 14, doi:10.1186/1471-2458-14-812
DOM-297	Évaluation en ligne de l'emballage neutre par le Département de la santé	Department of Health, "Evaluation of Tobacco Plain Packaging in Australia", Australian Government (17 March 2015), available at: <http://www.health.gov.au/internet/main/publishing.nsf/Content/tobacco-plain-packaging-evaluation>, accessed 27 July 2015
DOM-303	Rapport IPE Actualisé	D. Afshartous, M. Hagedorn, A. Kaul, and M. Wolf, "Updated Empirical Assessment of Australia's Plain Packaging Regime", Institute for Policy Evaluation (14 September 2015)
DOM-308	-	Oxford English Dictionary online, definition of "capable", available at: <http://www.oed.com/view/Entry/27354?redirectedFrom=capable&print>, accessed 9 September 2015
DOM-317	RJ Reynolds c. FDA	US Court of Appeals, RJ Reynolds Tobacco Co. v. FDA, 696 F.3d 1205 (D.C. Cir. 2012)
DOM-318, CUB-81	Rapport 2013 de l'OMS sur l'épidémie mondiale de tabagisme	World Health Organization, *WHO Report on the Global Tobacco Epidemic, 2013: Enforcing Bans on Tobacco Advertising, Promotion and Sponsorship* (Geneva, 2013)
DOM-331	-	Oxford English Dictionary online, definition of "respect", available at: <http://www.oed.com/view/Entry/163779?rskey=uWPnla&result=1&isAdvanced=false&print>, accessed 9 September 2015
DOM-339	OIE, How to Use the Terrestrial Code to Set Health Measures for Trade in Terrestrial Animals and Products	World Organization for Animal Health, "Facilitating Safe Trade: How to Use the Terrestrial Code to Set Health Measures for Trade in Terrestrial Animals and Products", available at: <http://www.oie.int/fileadmin/Home/eng/Internationa_Standard_Setting/docs/pdf/A_IMPORT_HEALTH_MEASURES_1.pdf>, accessed 15 September 2015
DOM-345	Liste des normes du Codex	Codex Alimentarius Commission, "List of Standards", available at: <http://www.codexalimentarius.org/standards/list-of-standards/>, accessed 15 September 2015
DOM-360	Rapport de 2011 sur l'ASSAD	E. Bariola and V. White, "Victorian Secondary School Students' Use of Licit and Illicit Substances in 2011: Results from the 2011 Australian Secondary Students' Alcohol and Drug (ASSAD) Survey", Cancer Council Victoria, prepared for Victorian Department of Health (2012)
DOM-361	Deuxième rapport IPE actualisé	D. Afshartous, M. Hagedorn, A. Kaul, and M. Wolf, "Updated Empirical Assessment of Australia's Plain Packaging Regime", Institute for Policy Evaluation (27 October 2015)
DOM-369	Borland et Cummings 2010	R. Borland and K. Cummings, "Advancing Tobacco Control by Effective Evaluation" in P. Boyle, N. Gray, J. Henningfield, J. Sffrin, and W. Zatonski (eds.), *Tobacco: Science, Policy and Public Health* (Oxford Scholarship Online, 2010), pp. 629-641

N° de pièce	Titre abrégé	Titre
DOM-370	Schneider *et al*. 2015	S. Schneider, S. Buka, K. Dash, J. Winickoff, and L. O'Donnell, "Community Reductions in Youth Smoking After Raising the Minimum Tobacco Sales Age to 21", *Tobacco Control* (12 June 2015), doi:10.1136/tobaccocontrol-2014-052207
DOM-371	Témoignage devant le Comité législatif du Sénat chargé des finances et de l'administration publique	Evidence to Finance and Public Administration Legislation Committee, Senate, Commonwealth of Australia, Canberra (26 May 2015 and 2 June 2015), excerpts
DOM-373 (SCI)	-	Data update and computer code and calculations supporting the IPE Updated Report (SCI)
DOM-375	Troisième rapport IPE actualisé	D. Afshartous, M. Hagedorn, A. Kaul, and M. Wolf, "Updated Empirical Assessment of Australia's Plain Packaging Regime", Institute for Policy Evaluation (8 December 2015)
DOM-378 (SCI)	-	"Dominican cigar sales" and "Dominican cigar brands" variants (SCI)
DOM-379	Résumé du rapport IPE	D. Afshartous, M. Hagedorn, A. Kaul, and M. Wolf, "Summary of Findings: Empirical Assessment of Australia's Plain Packaging Regime", Institute for Policy Evaluation (1 February 2016)
DOM-382	Yong *et al*. 2015	H. Yong, R. Borland, D. Hammond, J. Thrasher, K. Cummings, and G. Fong, "Smokers' Reactions to the New Larger Health Warning Labels on Plain Cigarette Packs in Australia: Findings from the ITC Australia Project", *Tobacco Control* (19 February 2015), doi:10.1136/tobaccocontrol-2014-05197
CUB-10	Livre de Gangjee	Dev Gangjee, *Relocating the Law of Geographical Indications* (Cambridge University Press, 2012), pp. 281-283
CUB-13	Le tabac en Australie 2012, extraits CUB	M. Scollo and M. Winstanley (eds.), *Tobacco in Australia: Facts and Issues*, 4th edn, Cancer Council Victoria, (Melbourne, 2012), Chaps. 1, 2, 5.3, 5.5, and 11
CUB-15	Shanahan et Elliott 2008	P. Shanahan and D. Elliott, *Evaluation of the Effectiveness of the Graphic Health Warnings on Tobacco Product Packaging 2008*, Department of Health and Ageing, Australian Government, (Canberra, 2008)
CUB-26	Rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis, extraits CUB	US Department of Health and Human Services, *Preventing Tobacco Use Among Youth and Young Adults: A Report of the Surgeon General* (Atlanta, 2012), Chaps. 1, 5, and 7
CUB-31	Guide de la FAO	Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO) and SINER-GI, *Linking People, Places and Products: A Guide for Promoting Quality Linked to Geographical Origin and Sustainable Geographical Indications*, 2nd edn (2009-2010), pp. iii, 19-25, and 27
CUB-34	Méta-analyse de Deselnicu *et al*.	O. Deselnicu, M. Costanigro, D. Souza-Monteiro, and D. McFadden, "A Meta-Analysis of Geographical Indication Food Valuation Studies: What Drives the Premium for Origin-Based Labels?", *Journal of Agricultural and Resource Economics* (2013), Vol. 38, No. 2, pp. 204-219
CUB-36	Étude de 2012 de l'UE sur les IG	European Commission, "Value of Production of Agricultural Products and Foodstuffs, Wines, Aromatised Wines and Spirits Protected by a Geographical Indication (GI)", Final Report (October 2012)
CUB-38	-	European Commission, "Questions & Answers: New Rules for Tobacco Products", Memo/14/134 (26 February 2014)
CUB-39 (SCI)	-	"Packaged and Non-Packaged Sales of LHM Cigars in Select Australian Retail Outlets: January 2011 – November 2012" (SCI)
CUB-40	-	"Recommended Storage of LHM Cigars"
CUB-41	Parr et Ell 2011	V. Parr and P. Ell, "Market Testing of New Health Warnings and Information Messages for Tobacco Product Packaging: Premium Cigars, Cigarillos / Little Cigars and Roll Your Own", GfK bluemoon Qualitative Research Report, prepared for Department of Health and Ageing, Australian Government (October 2011)
CUB-44	-	*Shorter Oxford English Dictionary*, 6th edn, A. Stevenson (ed.) (Oxford University Press, 2007), Vol. 1, p. 2541
CUB-45	-	*Shorter Oxford English Dictionary*, 6th edn, A. Stevenson (ed.) (Oxford University Press, 2007), Vol. 1, pp. 1482 and 3445
CUB-48	-	*Shorter Oxford English Dictionary*, 6th edn, A. Stevenson (ed.) (Oxford University Press, 2007), Vol. 1, p. 827

N° de pièce	Titre abrégé	Titre
CUB-49	Audier, Protection des IG	J. Audier, "Protection of Geographical Indications in France and Protection of French Geographical Indications in Other Countries", Lecture presented at Symposium on the Protection of Geographical Indications in the Worldwide Context held in Eger, Hungary from 24 to 25 October 1997, WIPO/GEO/EGR/97/8/Rev
CUB-58	Stead *et al*. 2013	M. Stead, C. Moodie, K. Angus, L. Bauld, A. McNeill, J. Thomas, G. Hastings, K. Hinds, A. O'Mara-Eves, I. Kwan, R. Purves, and S. Bryce, "Is Consumer Response to Plain/Standardised Tobacco Packaging Consistent with Framework Convention on Tobacco Control Guidelines? A Systematic Review of Quantitative Studies", *PLoS One* (2013), Vol. 8, doi:10.1371/journal.pone.0075919
CUB-62	Manuel de l'OMS concernant les taxes sur le tabac, texte intégral	World Health Organization, *WHO Technical Manual on Tobacco Tax Administration* (2011)
CUB-63	Modèle de simulation de taxe sur le tabac de l'OMS	World Health Organization, "The World Health Organization''s Tobacco Tax Simulation Model" (June 2013)
CUB-66	Rapport de 1994 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis	US Department of Health and Human Services, *Preventing Tobacco Use Among Youth and Young Adults: A Report of the Surgeon General* (Atlanta, 1994), pp. 49-51
CUB-67	-	UK Department of Health, "Consultation on the Introduction of Regulations for Standardised Packaging of Tobacco Products" (June 2014)
CUB-79	Rapport Vision One	Vision One Research, "Survey of the Australian Cigar Market: Report on Methodology and Findings" (8 October 2014)
IDN-1	-	Australian Broadcasting Corporation News, "Indonesia Pushes for Graphic Health Warnings on Cigarette Packs" (25 June 2014), available at: <http://www.abc.net.au/news>, accessed 27 September 2015
IDN-23	Pages de travail sur les droits d'accise	Australian Taxation Office, "Excise Tariff Working Pages: Schedule (1 December 2013)", available at: <http://law.ato.gov.au>, accessed 18 December 2013
IDN-24	Le tabac en Australie, 2012, extraits IDN	T. Carroll, "Social Marketing and Public Education Campaigns", in M. Scollo and M. Winstanley (eds.), *Tobacco in Australia: Facts and Issues*, 4th edn, Cancer Council Victoria (Melbourne, 2012), Chap. 14, pp. i-36, and Appendix 1, p. 1
IDN-30	Layton et Lowe 2014	D. Layton and J. Lowe, "The Framework Convention on Tobacco Control and the World Trade Organization: A Conflict Analysis under International Law", *Global Trade and Customs Journal* (2014), Vol. 9, Issue 6, pp. 246-252
IDN-32	Vadi 2012	V. Vadi, "Global Health Governance at a Crossroads: Trademark Protection v. Tobacco Control in International Investment Law", *Stanford Journal of International Law* (2012), Vol. 48, No. 1, pp. 93-130
IDN-43	Manuel de l'OMPI sur la propriété intellectuelle, extraits IDN	World Intellectual Property Organization, *WIPO Intellectual Property Handbook*, 2nd edn (Geneva, 2004), paras. 2.313-2.512 and 5.107-5.123
IDN-60	Wadlow, Law of Passing Off, extraits IDN	C. Wadlow, *The Law of Passing-Off: Unfair Competition by Misrepresentation*, 3rd edn (Sweet & Maxwell, 2004), Sections 2-1 to 2-52
IDN-61	Bodenhausen, extraits IDN	G.H.C. Bodenhausen, *Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, as Revised at Stockholm in 1967* (WIPO, 1969), pp. 142-146
IDN-62	Résultats de la recherche ATMOSS	Australian Trade Marks Online Search System, "Trade Mark Details", Search Results, Trade Mark No. 1519376, "Indonesian Gold", available at: <http://pericles.ipaustralia.gov.au/atmoss>, accessed 26 September 2014
IDN-87	-	F. Chaloupka, "How Effective Are Taxes in Reducing Tobacco Consumption?"
IDN-88	OMS, Augmenter les taxes sur le tabac	World Health Organization, "Raising Tax on Tobacco: What You Need to Know" (2014)
IDN-89	Rapport de 2000 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis, résumé analytique	US Department of Health and Human Services, *Reducing Tobacco Use: A Report of the Surgeon General* (Atlanta, 2000), Executive Summary, reprinted in US Centers for Disease Control, *MMWR Recommendations and Reports* (22 December 2000), Vol. 49, No. RR-16

N° de pièce	Titre abrégé	Titre
IDN-101	Tivo contre Vivo	Federal Court of Australia, Tivo Inc v. Vivo International Corporation Pty Ltd (2012) FCA 252
IDN-106	Carvalho 3ème édition, extraits IDN	Nuno Pires de Carvalho, *The TRIPS Regime of Trademarks and Designs*, 3rd edn (Kluwer Law International, 2014), pp. 254-255
UKR-1	Rapport Dinwoodie	G. Dinwoodie, "Compatibility of Restrictions on the Use of Trade Marks with the TRIPS Agreement" (13 July 2014)
UKR-2	Rapport Schwebel	"On Whether the Owner of a Registered Trademark Has the Right to Use that Trademark: Opinion of Judge Stephen M. Schwebel" (29 September 2014)
UKR-3 (SCI)	Rapport Neven	D. Neven, "The Effects of Plain Packaging Regulation on Competition and Tobacco Consumption: An Economic Assessment" (2 October 2014) (SCI)
UKR-4	Rapport Howell	"John Howell – Expert Report" (25 January 2014)
UKR-5	Rapport Klick	J. Klick, "The Effect of Australia's Plain Packaging Law on Smoking: Evidence from Survey and Market Data" (26 July 2014)
UKR-6	Rapport Klick sur les publications TPP	"Report by J. Klick on Plain Packaging Literature and Research Methodology" (2 October 2014)
UKR-7	Rapport Satel	"Sally Satel, M.D. -- Expert Report" (19 February 2014)
UKR-8	Rapport Viscusi	W.K. Viscusi, "An Assessment of Plain Pack Cigarette Packaging Policies" (21 November 2013)
UKR-9	Rapport Winer	"Professor Russell S. Winer, Ph.D. -- Expert Report" (22 November 2013)
UKR-10	Rapport Janeczko	R. Janeczko, "The Impact of Plain Packaging on the Sale of Illicit Tobacco in Australia" (20 December 2013)
UKR-11	Rapport Heydon	J. Heydon, "Report Concerning the Australian Consumer Law and the Packaging of Tobacco Products" (2014)
UKR-51	-	Email correspondence dated 7 April 2009 from D. Sloane, Assistant Director, Department of Health and Ageing, to R. Ristic, S. Rowley, and C. Toyne, Office of Best Practice Regulation, attaching Department of Health and Ageing, "DRAFT Regulation Impact Statement – Tobacco Control Act" (April 2009)
UKR-80	OMPI, *Introduction à la propriété intellectuelle*	World Intellectual Property Organization, *Introduction to Intellectual Property: Theory and Practice*, (Kluwer Law International, 1997), Chaps. 12 and 18
UKR-144	Rapport Heckman	"Report of James J. Heckman: UK Plain Packaging Consultation", Annex 4 of the Response of Philip Morris Limited to the UK Department of Health Consultation on Standardised Packaging of Tobacco Products (9 August 2012)
UKR-154	Rapport Mitchell	G. Mitchell, "Observations on the Chantler Report: A Psychological Analysis of the Potential Impact of Standardized Cigarette Packaging on Underage Smoking" (30 July 2014), Appendix 6 of British American Tobacco's Response to the UK Consultation on the Introduction of Regulations for Standardised Packaging of Tobacco Products (7 August 2014)

PRINCIPALES AFFAIRES CITÉES DANS LES PRÉSENTS RAPPORTS

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
Argentine – Chaussures (CE)	Rapport de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures de sauvegarde à l'importation de chaussures*, WT/DS121/AB/R, adopté le 12 janvier 2000
Argentine – Chaussures, textiles et vêtements	Rapport de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles*, WT/DS56/AB/R et Corr.1, adopté le 22 avril 1998
Argentine – Mesures à l'importation	Rapports de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures affectant les importations de marchandises*, WT/DS438/AB/R / WT/DS444/AB/R / WT/DS445/AB/R, adoptés le 26 janvier 2015
Argentine – Mesures à l'importation	Rapports du Groupe spécial *Argentine – Mesures affectant les importations de marchandises*, WT/DS438/R et Add.1 / WT/DS444/R et Add.1 / WT/DS445/R et Add.1, adoptés le 26 janvier 2015, modifié (WT/DS438/R) et confirmés (WT/DS444/R / WT/DS445/R) par les rapports de l'Organe d'appel WT/DS438/AB/R / WT/DS444/AB/R / WT/DS445/AB/R
Argentine – Services financiers	Rapport de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures concernant le commerce des marchandises et des services*, WT/DS453/AB/R et Add.1, adopté le 9 mai 2016
Australie – Pommes	Rapport de l'Organe d'appel *Australie – Mesures affectant l'importation de pommes en provenance de Nouvelle-Zélande*, WT/DS367/AB/R, adopté le 17 décembre 2010
Brésil – Noix de coco desséchée	Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée*, WT/DS22/AB/R, adopté le 20 mars 1997
Brésil – Pneumatiques rechapés	Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, WT/DS332/AB/R, adopté le 17 décembre 2007
Brésil – Pneumatiques rechapés	Rapport du Groupe spécial *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, WT/DS332/R, adopté le 17 décembre 2007, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS332/AB/R
Canada – Aéronefs	Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, WT/DS70/AB/R, adopté le 20 août 1999
Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques	Rapport du Groupe spécial *Canada – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, WT/DS114/R, adopté le 7 avril 2000
Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis	Rapports de l'Organe d'appel *Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable / Canada – Mesures relatives au programme de tarifs de rachat garantis*, WT/DS412/AB/R / WT/DS426/AB/R, adoptés le 24 mai 2013
Canada – Exportations de blé et importations de grains	Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés*, WT/DS276/AB/R, adopté le 27 septembre 2004
Canada – Maintien de la suspension	Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*, WT/DS321/AB/R, adopté le 14 novembre 2008
Canada – Maintien de la suspension	Rapport du Groupe spécial *Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*, WT/DS321/R et Add.1 à Add.7, adopté le 14 novembre 2008, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS321/AB/R
Canada – Périodiques	Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques*, WT/DS31/AB/R, adopté le 30 juillet 1997
Canada – Périodiques	Rapport du Groupe spécial *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques*, WT/DS31/R, adopté le 30 juillet 1997, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS31/AB/R
Canada – Produits laitiers	Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R, adopté le 27 octobre 1999
CE – Accessoires de tuyauterie	Rapport du Groupe spécial *Communautés européennes – Droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable en provenance du Brésil*, WT/DS219/R, adopté le 18 août 2003, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS219/AB/R
CE – Amiante	Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135/AB/R, adopté le 5 avril 2001
CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques	Rapports du Groupe spécial *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, WT/DS291/R, Add.1 à Add.9 et Corr.1 / WT/DS292/R, Add.1 à Add.9 et Corr.1 / WT/DS293/R, Add.1 à Add.9 et Corr.1, adoptés le 21 novembre 2006

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
CE – Bananes III	Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/AB/R, adopté le 25 septembre 1997
CE – Bananes III	Rapports du Groupe spécial *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/R/ECU *(Équateur)* / WT/DS27/R/USA *(États-Unis)* / WT/DS27/R/GTM, WT/DS27/R/HND *(Guatemala et Honduras)* / WT/DS27/R/MEX *(Mexique)*, adoptés le 25 septembre 1997, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS27/AB/R
CE – Bananes III (article 21:5 – Équateur II) / CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis)	Rapports de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Deuxième recours de l'Équateur à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS27/AB/RW2/ECU, adopté le 11 décembre 2008, et Corr.1 / *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS27/AB/RW/USA et Corr.1, adopté le 22 décembre 2008
CE – Hormones	Rapport de l'Organe d'appel *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adopté le 13 février 1998
CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)	Décision des arbitres *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones), plainte initiale du Canada – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS48/ARB, 12 juillet 1999
CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)	Décision des arbitres *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones), plainte initiale des États-Unis – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS26/ARB, 12 juillet 1999
CE – Marques et indications géographiques	Rapports du Groupe spécial *Communautés européennes – Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires*, WT/DS290/R *(Australie)* / WT/DS174/R *(États-Unis)*, adoptés le 20 avril 2005
CE – Marques et indications géographiques (Australie)	Rapport du Groupe spécial *Communautés européennes – Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires, plainte de l'Australie*, WT/DS290/R, adopté le 20 avril 2005
CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)	Rapport du Groupe spécial *Communautés européennes – Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires, plainte des États-Unis*, WT/DS174/R, adopté le 20 avril 2005
CE – Morceaux de poulet	Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, adopté le 27 septembre 2005, et Corr.1
CE – Préférences tarifaires	Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement*, WT/DS246/AB/R, adopté le 20 avril 2004
CE – Préférences tarifaires	Rapport du Groupe spécial *Communautés européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement*, WT/DS246/R, adopté le 20 avril 2004, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS246/AB/R
CE – Produits dérivés du phoque	Rapports de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque*, WT/DS400/AB/R / WT/DS401/AB/R, adoptés le 18 juin 2014
CE – Produits dérivés du phoque	Rapports du Groupe spécial *Communautés européennes – Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque*, WT/DS400/R et Add.1 / WT/DS401/R et Add.1, adoptés le 18 juin 2014, modifiés par les rapports de l'Organe d'appel WT/DS400/AB/R / WT/DS401/AB/R
CE – Sardines	Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines*, WT/DS231/AB/R, adopté le 23 octobre 2002
CE – Subventions à l'exportation de sucre	Rapports du Groupe spécial *Communautés européennes – Subventions à l'exportation de sucre*, WT/DS265/R *(Australie)* / WT/DS266/R *(Brésil)* / WT/DS283/R *(Thaïlande)*, adoptés le 19 mai 2005, modifiés par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R
CE – Volailles	Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles*, WT/DS69/AB/R, adopté le 23 juillet 1998

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
CEE – Oléagineux I	Rapport du Groupe spécial du GATT *Communauté économique européenne – Primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux*, L/6627, adopté le 25 janvier 1990, IBDD S37/91
Chili – Système de fourchettes de prix	Rapport de l'Organe d'appel *Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliqués à certains produits agricoles*, WT/DS207/AB/R, adopté le 23 octobre 2002
Chili – Système de fourchettes de prix (article 21:5 – Argentine)	Rapport de l'Organe d'appel *Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliqués à certains produits agricoles – Recours de l'Argentine à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS207/AB/RW, adopté le 22 mai 2007
Chine – Droits de propriété intellectuelle	Rapport du Groupe spécial *Chine – Mesures affectant la protection des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter*, WT/DS362/R, adopté le 20 mars 2009
Chine – Matières premières	Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières*, WT/DS394/AB/R / WT/DS395/AB/R / WT/DS398/AB/R, adoptés le 22 février 2012
Chine – Matières premières	Rapports du Groupe spécial *Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières*, WT/DS394/R, Add.1 et Corr.1 / WT/DS395/R, Add.1 et Corr.1 / WT/DS398/R, Add.1 et Corr.1, adoptés le 22 février 2012, modifiés par les rapports de l'Organe d'appel WT/DS394/AB/R / WT/DS395/AB/R / WT/DS398/AB/R
Chine – Pièces automobiles	Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Mesures affectant les importations de pièces automobiles*, WT/DS339/AB/R / WT/DS340/AB/R / WT/DS342/AB/R, adoptés le 12 janvier 2009
Chine – Publications et produits audiovisuels	Rapport de l'Organe d'appel *Chine – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, WT/DS363/AB/R, adopté le 19 janvier 2010
Chine – Publications et produits audiovisuels	Rapport du Groupe spécial *Chine – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, WT/DS363/R et Corr.1, adopté le 19 janvier 2010, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS363/AB/R
Chine – Terres rares	Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Mesures relatives à l'exportation de terres rares, de tungstène et de molybdène*, WT/DS431/AB/R / WT/DS432/AB/R / WT/DS433/AB/R, adoptés le 29 août 2014
Chine – Terres rares	Rapports du Groupe spécial *Chine – Mesures relatives à l'exportation de terres rares, de tungstène et de molybdène*, WT/DS431/R et Add.1 / WT/DS432/R et Add.1 / WT/DS433/R et Add.1, adoptés le 29 août 2014, confirmés par les rapports de l'Organe d'appel WT/DS431/AB/R / WT/DS432/AB/R / WT/DS433/AB/R
Colombie – Bureaux d'entrée	Rapport du Groupe spécial *Colombie – Prix indicatifs et restrictions relatives aux bureaux d'entrée*, WT/DS366/R et Corr.1, adopté le 20 mai 2009
Colombie – Textiles	Rapport de l'Organe d'appel *Colombie – Mesures visant les importations de textiles, vêtements et chaussures*, WT/DS461/AB/R et Add.1, adopté le 22 juin 2016
Corée – Boissons alcooliques	Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R, adopté le 17 février 1999
Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf	Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adopté le 10 janvier 2001
Corée – Produits laitiers	Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers*, WT/DS98/AB/R, adopté le 12 janvier 2000
États-Unis – Acier au carbone	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits compensateurs sur certains produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne*, WT/DS213/AB/R, adopté le 19 décembre 2002
États-Unis – Acier au carbone (Inde)	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures compensatoires visant certains produits plats en acier au carbone laminés à chaud en provenance d'Inde*, WT/DS436/AB/R, adopté le 19 décembre 2014
États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)*, WT/DS353/AB/R, adopté le 23 mars 2012
États-Unis – Animaux	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures affectant l'importation d'animaux, de viandes et d'autres produits d'origine animale en provenance d'Argentine*, WT/DS447/R et Add.1, adopté le 31 août 2015
États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, adopté le 27 juillet 2000

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, WT/DS176/AB/R, adopté le 1er février 2002
États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, WT/DS176/R, adopté le 1er février 2002, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS176/AB/R
États-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, adopté le 27 janvier 2000
États-Unis – Bois de construction résineux IV	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, WT/DS257/AB/R, adopté le 17 février 2004
États-Unis – Bois de construction résineux VI	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Enquête de la Commission du commerce international dans l'affaire concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, WT/DS277/R, adopté le 26 avril 2004
États-Unis – Chemises et blouses de laine	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde*, WT/DS33/AB/R, adopté le 23 mai 1997, et Corr.1
États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle*, WT/DS406/AB/R, adopté le 24 avril 2012
États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle*, WT/DS406/R, adopté le 24 avril 2012, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS406/AB/R
États-Unis – Coton upland	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Subventions concernant le coton upland*, WT/DS267/AB/R, adopté le 21 mars 2005
États-Unis – Coton upland	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Subventions concernant le coton upland*, WT/DS267/R et Add.1 à Add.3, adopté le 21 mars 2005, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS267/AB/R
États-Unis – Crevettes	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998
États-Unis – Directive sur les cautionnements en douane	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Directive sur les cautionnements en douane pour les marchandises assujetties à des droits antidumping/compensateurs*, WT/DS345/R, adopté le 1er août 2008, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS343/AB/R / WT/DS345/AB/R
États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs définitifs visant certains produits en provenance de Chine*, WT/DS379/AB/R, adopté le 25 mars 2011
États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) en provenance de Corée*, WT/DS296/R, adopté le 20 juillet 2005, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS296/AB/R
États-Unis – EPO	Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO)*, WT/DS384/AB/R / WT/DS386/AB/R, adoptés le 23 juillet 2012
États-Unis – EPO	Rapports du Groupe spécial *États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO)*, WT/DS384/R / WT/DS386/R, adoptés le 23 juillet 2012, modifiés par les rapports de l'Organe d'appel WT/DS384/AB/R / WT/DS386/AB/R
États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)	Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO) – Recours du Canada et du Mexique à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS384/AB/RW / WT/DS386/AB/RW, adoptés le 29 mai 2015
États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)	Rapports du Groupe spécial *États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO) – Recours du Canada et du Mexique à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS384/RW et Add.1 / WT/DS386/RW et Add.1, adoptés le 29 mai 2015, modifiés par les rapports de l'Organe d'appel WT/DS384/AB/RW / WT/DS386/AB/RW
États-Unis – Essence	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, adopté le 20 mai 1996
États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement	Rapport du Groupe spécial du GATT *États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*, L/6175, adopté le 17 juin 1987, IBDD S34/154
États-Unis – FSC	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger"*, WT/DS108/AB/R, adopté le 20 mars 2000
États-Unis – FSC	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger"*, WT/DS108/R, adopté le 20 mars 2000, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS108/AB/R

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
États-Unis – Jeux	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, WT/DS285/AB/R, adopté le 20 avril 2005, et Corr.1
États-Unis – Jeux	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, WT/DS285/R, adopté le 20 avril 2005, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS285/AB/R
États-Unis – Loi de 1916 (CE)	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Loi antidumping de 1916, plainte des Communautés européennes*, WT/DS136/R et Corr.1, adopté le 26 septembre 2000, confirmé par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R
États-Unis – Loi de 1916 (Japon)	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Loi antidumping de 1916, plainte du Japon*, WT/DS162/R et Add.1, adopté le 26 septembre 2000, confirmé par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R
États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention*, WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, adopté le 27 janvier 2003
États-Unis – Maintien de la réduction à zéro	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien en existence et en application de la méthode de réduction à zéro*, WT/DS350/AB/R, adopté le 19 février 2009
États-Unis – Maintien de la suspension	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*, WT/DS320/AB/R, adopté le 14 novembre 2008
États-Unis – Maintien de la suspension	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*, WT/DS320/R et Add.1 à Add.7, adopté le 14 novembre 2008, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS320/AB/R
États-Unis – Mesures compensatoires et mesures antidumping (Chine)	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures compensatoires et mesures antidumping visant certains produits en provenance de Chine*, WT/DS449/AB/R et Corr.1, adopté le 22 juillet 2014
États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE (article 21:5 – CE)	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures compensatoires concernant certains produits en provenance des Communautés européennes – Recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS212/RW, adopté le 27 septembre 2005
États-Unis – Réduction à zéro (CE)	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping ("réduction à zéro")*, WT/DS294/R, adopté le 9 mai 2006, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS294/AB/R
États-Unis – Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Réexamen à l'extinction des droits antidumping appliqués aux produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance du Japon*, WT/DS244/R, adopté le 9 janvier 2004, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS244/AB/R
États-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réexamens à l'extinction des mesures antidumping visant les produits tubulaires pour champs pétrolifères en provenance d'Argentine*, WT/DS268/AB/R, adopté le 17 décembre 2004
États-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères (article 21:5 – Argentine)	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Réexamens à l'extinction des mesures antidumping visant les produits tubulaires pour champs pétrolifères en provenance d'Argentine – Recours de l'Argentine à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS268/RW, adopté le 11 mai 2007, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS268/AB/RW
États-Unis – Thon II (Mexique)	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon*, WT/DS381/AB/R, adopté le 13 juin 2012
États-Unis – Thon II (Mexique)	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon*, WT/DS381/R, adopté le 13 juin 2012, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS381/AB/R
États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique)	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon – Recours du Mexique à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS381/AB/RW et Add.1, adopté le 3 décembre 2015
Guatemala – Ciment I	Rapport de l'Organe d'appel *Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique*, WT/DS60/AB/R, adopté le 25 novembre 1998
Inde – Automobiles	Rapport du Groupe spécial *Inde – Mesures concernant le secteur automobile*, WT/DS146/R, WT/DS175/R et Corr.1, adopté le 5 avril 2002

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
Inde – Brevets (États-Unis)	Rapport de l'Organe d'appel *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50/AB/R, adopté le 16 janvier 1998
Inde – Droits d'importation additionnels	Rapport de l'Organe d'appel *Inde – Droits additionnels et droits additionnels supplémentaires sur les importations en provenance des États-Unis*, WT/DS360/AB/R, adopté le 17 novembre 2008
Inde – Produits agricoles	Rapport de l'Organe d'appel *Inde – Mesures concernant l'importation de certains produits agricoles*, WT/DS430/AB/R, adopté le 19 juin 2015
Inde – Restrictions quantitatives	Rapport du Groupe spécial *Inde – Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels*, WT/DS90/R, adopté le 22 septembre 1999, confirmé par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS90/AB/R
Indonésie – Automobiles	Rapport du Groupe spécial *Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, adopté le 23 juillet 1998
Japon – Boissons alcooliques II	Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopté le 1er novembre 1996
Japon – Cuir (États-Unis II)	Rapport du Groupe spécial du GATT *Groupe spécial sur les mesures appliquées par le Japon aux importations de cuirs*, L/5623, adopté le 15 mai 1984, IBDD S31/102
Japon – DRAM (Corée)	Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Droits compensateurs visant les mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée*, WT/DS336/AB/R et Corr.1, adopté le 17 décembre 2007
Japon – DRAM (Corée)	Rapport du Groupe spécial *Japon – Droits compensateurs visant les mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée*, WT/DS336/R, adopté le 17 décembre 2007, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS336/AB/R
Japon – Pommes	Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Mesures visant l'importation de pommes*, WT/DS245/AB/R, adopté le 10 décembre 2003
Japon – Produits agricoles II	Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Mesures visant les produits agricoles*, WT/DS76/AB/R, adopté le 19 mars 1999
Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool	Rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons*, WT/DS308/AB/R, adopté le 24 mars 2006
Mexique – Télécommunications	Rapport du Groupe spécial *Mexique – Mesures visant les services de télécommunication*, WT/DS204/R, adopté le 1er juin 2004
République dominicaine – Importation et vente de cigarettes	Rapport du Groupe spécial *République dominicaine – Mesures affectant l'importation et la vente de cigarettes sur le marché intérieur*, WT/DS302/R, adopté le 19 mai 2005, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS302/AB/R
Russie – Porcins (UE)	Rapport du Groupe spécial *Fédération de Russie – Mesures visant l'importation de porcins vivants, de viande de porc et d'autres produits du porc en provenance de l'Union européenne*, WT/DS475/R et Add.1, adopté le 21 mars 2017, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS475/AB/R
Thaïlande – Cigarettes	Rapport du Groupe spécial du GATT *Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes*, DS10/R, adopté le 7 novembre 1990, IBDD S37/214
Thaïlande – Cigarettes (Philippines)	Rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines*, WT/DS371/AB/R, adopté le 15 juillet 2011
Thaïlande – Cigarettes (Philippines)	Rapport du Groupe spécial *Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines*, WT/DS371/R, adopté le 15 juillet 2011, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS371/AB/R
Thaïlande – Poutres en H	Rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Droits antidumping sur les profilés en fer ou en aciers non alliés et les poutres en H en provenance de Pologne*, WT/DS122/AB/R, adopté le 5 avril 2001
UE – Viande de volaille (Chine)	Rapport du Groupe spécial *Union européenne – Mesures affectant les concessions tarifaires concernant certains produits à base de viande de volaille*, WT/DS492/R et Add.1, distribué aux Membres de l'OMC le 28 mars 2017 [en attente d'adoption/d'appel]

1 INTRODUCTION

1.1 Plainte du Honduras

1.1. Le 4 avril 2012, le Honduras a demandé l'ouverture de consultations avec l'Australie au sujet des mesures et allégations exposées ci-après. Cette demande a été formulée conformément à l'article 4 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Mémorandum d'accord), à l'article 64 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC), à l'article 14 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (Accord OTC) et à l'article XXII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (GATT de 1994).[1]

1.2. Des consultations ont eu lieu le 1er mai 2012 entre le Honduras et l'Australie. Elles n'ont pas permis de régler le différend.[2]

1.2 Plainte de la République dominicaine

1.3. Le 18 juillet 2012, la République dominicaine a demandé l'ouverture de consultations avec l'Australie au sujet des mesures et allégations exposées ci-après. Cette demande a été formulée conformément à l'article 4 du Mémorandum d'accord, à l'article XXII du GATT de 1994, à l'article 64:1 de l'Accord sur les ADPIC et à l'article 14.1 de l'Accord OTC.[3]

1.4. Des consultations ont eu lieu le 27 septembre 2012 entre la République dominicaine et l'Australie. Elles n'ont pas permis de régler le différend.[4]

1.3 Plainte de Cuba

1.5. Le 3 mai 2013, Cuba a demandé l'ouverture de consultations avec l'Australie. Cette demande a été formulée conformément à l'article 4 du Mémorandum d'accord, à l'article XXII du GATT de 1994, à l'article 64:1 de l'Accord sur les ADPIC et à l'article 14.1 de l'Accord OTC au sujet des mesures et allégations exposées ci-après.[5]

1.6. Des consultations ont eu lieu le 13 juin 2013 entre Cuba et l'Australie. Elles n'ont pas permis de régler le différend.[6]

1.4 Plainte de l'Indonésie

1.7. Le 20 septembre 2013, l'Indonésie a demandé l'ouverture de consultations avec l'Australie au sujet des mesures et allégations exposées ci-après. Cette demande a été formulée conformément à l'article 4 du Mémorandum d'accord, à l'article 14.1 de l'Accord OTC, à l'article 64:1 de l'Accord sur les ADPIC et à l'article XXII du GATT de 1994.[7]

1.8. Des consultations ont eu lieu le 29 octobre 2013 entre l'Indonésie et l'Australie. Elles n'ont pas permis de régler le différend.[8]

1.5 Établissement et composition du Groupe spécial

1.5.1 Honduras

1.9. Le 15 octobre 2012, le Honduras a demandé l'établissement d'un groupe spécial, doté du mandat type, conformément à l'article 4:7 et l'article 6 du Mémorandum d'accord, à l'article XXIII:2 du GATT de 1994, à l'article 64 de l'Accord sur les ADPIC et à l'article 14 de

[1] WT/DS435/1.
[2] WT/DS435/16.
[3] WT/DS441/1.
[4] WT/DS441/15.
[5] WT/DS458/1.
[6] WT/DS458/14.
[7] WT/DS467/1.
[8] WT/DS467/15.

l'Accord OTC.[9] À sa réunion du 25 septembre 2013, l'Organe de règlement des différends (ORD) a établi un groupe spécial comme l'avait demandé le Honduras, conformément à l'article 6 du Mémorandum d'accord.[10]

1.10. Le mandat du Groupe spécial est le suivant:

> Examiner, à la lumière des dispositions pertinentes des accords visés cités par les parties au différend, la question portée devant l'ORD par le Honduras dans le document WT/DS435/16; faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu dans lesdits accords.[11]

1.11. L'Afrique du Sud, l'Argentine, le Brésil, le Canada, le Chili, la Chine, Cuba, l'Équateur, les États-Unis, le Guatemala, l'Inde, l'Indonésie, le Japon, la Malaisie, le Malawi, le Mexique, le Nicaragua, le Nigéria, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, Oman, le Panama, le Pérou, les Philippines, la République de Corée, la République dominicaine, Singapour, le Taipei chinois, la Thaïlande, la Turquie, l'Ukraine, l'Union européenne, l'Uruguay, la Zambie et le Zimbabwe ont notifié leur intérêt pour ce qui était de participer aux travaux du Groupe spécial en tant que tierces parties.

1.12. Le 26 mars 2014, l'Australie a demandé au Directeur général, en vertu de l'article 8:7 du Mémorandum d'accord, de déterminer la composition du groupe spécial.[12]

1.5.2 République dominicaine

1.13. Le 9 novembre 2012, la République dominicaine a demandé l'établissement d'un groupe spécial, doté du mandat type, conformément à l'article 4:7 et l'article 6 du Mémorandum d'accord, à l'article XXIII du GATT de 1994, à l'article 64:1 de l'Accord sur les ADPIC et à l'article 14.1 de l'Accord OTC.[13] À sa réunion du 25 avril 2014, l'ORD a établi un groupe spécial comme l'avait demandé la République dominicaine, conformément à l'article 6 du Mémorandum d'accord.[14]

1.14. Le mandat du Groupe spécial est le suivant:

> Examiner, à la lumière des dispositions pertinentes des accords visés cités par les parties au différend, la question portée devant l'ORD par la République dominicaine dans le document WT/DS441/15; faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu dans lesdits accords.[15]

1.15. L'Afrique du Sud, l'Argentine, le Brésil, le Canada, le Chili, la Chine, Cuba, l'Équateur, les États-Unis, la Fédération de Russie, le Guatemala, le Honduras, l'Inde, l'Indonésie, le Japon, la Malaisie, le Mexique, le Nicaragua, le Nigéria, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, le Pérou, les Philippines, la République de Corée, le Royaume d'Arabie saoudite, Singapour, le Taipei chinois, la Thaïlande, la Trinité-et-Tobago, la Turquie, l'Ukraine, l'Union européenne, l'Uruguay et le Zimbabwe ont notifié leur intérêt pour ce qui était de participer aux travaux du Groupe spécial en tant que tierces parties.

1.16. Le 25 avril 2014, l'Australie a demandé au Directeur général, en vertu de l'article 8:7 du Mémorandum d'accord, de déterminer la composition du groupe spécial.[16]

1.5.3 Cuba

1.17. Le 4 avril 2014, Cuba a demandé l'établissement d'un groupe spécial conformément à l'article 4:7 et l'article 6 du Mémorandum d'accord, à l'article XXIII du GATT de 1994, à

[9] WT/DS435/16.
[10] Voir WT/DSB/M/337.
[11] WT/DS435/18/Rev.1.
[12] WT/DS435/18/Rev.1.
[13] WT/DS441/15.
[14] Voir WT/DSB/M/344.
[15] WT/DS441/17/Rev.1.
[16] WT/DS441/17/Rev.1.

l'article 64:1 de l'Accord sur les ADPIC et à l'article 14.1 de l'Accord OTC.[17] À sa réunion du 25 avril 2014, l'ORD a établi un groupe spécial comme l'avait demandé Cuba, conformément à l'article 6 du Mémorandum d'accord.[18]

1.18. Le mandat du Groupe spécial est le suivant:

> Examiner, à la lumière des dispositions pertinentes des accords visés cités par les parties au différend, la question portée devant l'ORD par Cuba dans le document WT/DS458/14; faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu dans lesdits accords.[19]

1.19. L'Afrique du Sud, l'Argentine, le Brésil, le Canada, le Chili, la Chine, l'Équateur, les États-Unis, la Fédération de Russie, le Guatemala, le Honduras, l'Inde, l'Indonésie, le Japon, la Malaisie, le Mexique, le Nicaragua, le Nigéria, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, le Pérou, les Philippines, la République de Corée, la République dominicaine, le Royaume d'Arabie saoudite, Singapour, le Taipei chinois, la Thaïlande, la Turquie, l'Ukraine, l'Union européenne, l'Uruguay et le Zimbabwe ont notifié leur intérêt pour ce qui était de participer aux travaux du Groupe spécial en tant que tierces parties.

1.20. Le 25 avril 2014, l'Australie a demandé au Directeur général, en vertu de l'article 8:7 du Mémorandum d'accord, de déterminer la composition du groupe spécial.[20]

1.5.4 Indonésie

1.21. Le 3 mars 2014, l'Indonésie a demandé l'établissement d'un groupe spécial, doté du mandat type, conformément à l'article 4:7 et l'article 6 du Mémorandum d'accord, à l'article XXIII du GATT de 1994, à l'article 64:1 de l'Accord sur les ADPIC et à l'article 14.1 de l'Accord OTC.[21] À sa réunion du 26 mars 2014, l'ORD a établi un groupe spécial comme l'avait demandé l'Indonésie dans le document WT/DS467/15, conformément à l'article 6 du Mémorandum d'accord.[22]

1.22. Le mandat du Groupe spécial est le suivant:

> Examiner, à la lumière des dispositions pertinentes des accords visés cités par les parties au différend, la question portée devant l'ORD par l'Indonésie dans le document WT/DS467/15; faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu dans lesdits accords.[23]

1.23. L'Argentine, le Brésil, le Canada, le Chili, la Chine, Cuba, l'Équateur, les États-Unis, la Fédération de Russie, le Guatemala, le Honduras, l'Inde, le Japon, le Malawi, la Malaisie, le Mexique, le Nicaragua, le Nigéria, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, Oman, le Pérou, les Philippines, la République de Corée, la République dominicaine, Singapour, le Taipei chinois, la Thaïlande, la Turquie, l'Ukraine, l'Union européenne, l'Uruguay et le Zimbabwe ont notifié leur intérêt pour ce qui était de participer aux travaux du Groupe spécial en tant que tierces parties.

1.24. Le 23 avril 2014, l'Australie a demandé au Directeur général, en vertu de l'article 8:7 du Mémorandum d'accord, de déterminer la composition du groupe spécial.[24]

[17] WT/DS458/14.
[18] Voir WT/DSB/M/344.
[19] WT/DS458/16/Rev.1.
[20] WT/DS458/16/Rev.1.
[21] WT/DS467/15.
[22] Voir WT/DSB/M/343.
[23] WT/DS467/17/Rev.1.
[24] WT/DS467/17/Rev.1.

1.5.5 Accord procédural entre l'Australie, l'Ukraine[25], le Honduras, la République dominicaine, Cuba et l'Indonésie

1.25. Le 24 avril 2014, avant l'établissement des groupes spéciaux dans le cadre des différends soumis par la République dominicaine et Cuba, l'Australie a adressé une communication au Président de l'ORD au nom de toutes les parties aux différends dans les affaires DS435, DS441, DS458 et DS467, ainsi qu'en relation avec les travaux dans l'affaire DS434.[26] Cette communication portait sur certaines dispositions concernant la composition des groupes spéciaux et le calendrier des groupes spéciaux dans ces différends. Elle indiquait que la République dominicaine et Cuba présenteraient leurs demandes d'établissement d'un groupe spécial à la réunion de l'ORD du 25 avril 2014 et que l'Australie accepterait l'établissement à cette réunion.[27]

1.26. L'Australie a également fait savoir qu'elle demanderait au Directeur général d'arrêter la composition des groupes spéciaux chargés des affaires DS441 et DS458. La communication indiquait aussi que les parties étaient convenues de l'harmonisation du calendrier des travaux des groupes spéciaux dans les affaires DS434, DS435, DS441, DS458 et DS467, conformément à l'article 9:3 du Mémorandum d'accord. En outre, les parties avaient indiqué qu'elles "s'engager[aient] à faire de leur mieux pour convenir d'un calendrier à proposer aux groupes spéciaux".[28]

1.27. En conséquence, le 5 mai 2014, le Directeur général a donné aux groupes spéciaux la composition suivante[29]:

Président: M. Alexander Erwin

Membres: M. François Dessemontet
Mme Billie Miller

1.6 Travaux du Groupe spécial

1.6.1 Généralités

1.28. Le 19 mai 2014, conformément à leur accord procédural du 24 avril 2014[30], les parties ont soumis au Groupe spécial[31] une proposition de calendrier pour examen.

1.29. Le 26 mai 2014, le Groupe spécial a transmis aux parties un projet de procédures de travail et un projet de calendrier. Il a expliqué que son projet de calendrier prenait "dûment en compte les délais envisagés par les parties pour les diverses étapes de la procédure".[32] Le Groupe spécial a aussi noté qu'il croyait comprendre que le calendrier proposé conjointement par les parties supposait que les réunions de fond ainsi que les séances avec les tierces parties n'auraient pas lieu séparément pour chaque différend mais se tiendraient conjointement pour tous les différends. Par conséquent, et afin de faciliter la gestion efficace des travaux, le projet de procédures de travail du Groupe spécial visait à harmoniser le déroulement des travaux dans toute la mesure du possible, conformément à l'article 9:3 du Mémorandum d'accord.[33]

1.30. Le Groupe spécial a adopté ses procédures de travail[34] et son calendrier le 17 juin 2014. Ces procédures de travail ont été modifiées le 1er octobre 2014 pour tenir compte de la décision du

[25] Voir la section 1.6.6 ci-après.
[26] Les travaux du Groupe spécial concernant l'affaire DS434 (Ukraine) ont été suspendus ultérieurement. Voir la section 1.6.6 ci-après.
[27] WT/DS435/17, WT/DS441/16, WT/DS458/15 et WT/DS467/16.
[28] WT/DS435/17, WT/DS441/16, WT/DS458/15 et WT/DS467/16.
[29] WT/DS434/13, WT/DS435/18/Rev.1, WT/DS458/16/Rev.1 et WT/DS467/17/Rev.1.
[30] Voir la section 1.5.5.
[31] Afin de faciliter la lecture, les groupes spéciaux chargés des affaires DS435, DS441, DS458 et DS467 sont désignés ici collectivement comme étant le Groupe spécial.
[32] Communication du Groupe spécial aux parties du 26 mai 2014.
[33] Communication du Groupe spécial aux parties du 26 mai 2014.
[34] Voir les procédures de travail du Groupe spécial dans l'annexe A-1. Dans les présents rapports, les pièces présentées par le Honduras sont dénommées HND-#, celles de la République dominicaine DOM-#, celles de Cuba CUB-#, celles de l'Indonésie IDN-# et celles de l'Australie AUS-#. Les pièces présentées conjointement par la République dominicaine, le Honduras et l'Indonésie sont dénommées DOM/HND/IDN-#;

Groupe spécial concernant l'adoption des procédures RSC[35], et le 15 décembre 2014 pour tenir compte de sa décision concernant les droits de tierce partie renforcés.[36]

1.31. Le Groupe spécial a tenu une première réunion de fond avec les parties les 1er et 3-5 juin 2015. Une séance avec les tierces parties a eu lieu le 3 juin 2015. Le Groupe spécial a tenu une deuxième réunion de fond avec les parties les 28-30 octobre 2015.

1.32. Le 8 avril 2016, le Groupe spécial a remis aux parties le projet de partie descriptive de ses rapports. Il a remis ses rapports intérimaires aux parties le 2 mai 2017. Il a remis ses rapports finals aux parties le 25 septembre 2017.

1.6.2 Décisions préliminaires concernant le mandat du Groupe spécial

1.33. Le 7 mai 2014, l'Australie a présenté au Groupe spécial des demandes de décisions préliminaires au sujet de la compatibilité des demandes d'établissement d'un groupe spécial présentées par la République dominicaine, Cuba et l'Indonésie avec l'article 6:2 du Mémorandum d'accord.

1.34. L'Australie a demandé au Groupe spécial de rendre des décisions procédurales préliminaires excluant de son mandat la "liste *non exhaustive* de mesures connexes et de mesures qui "compl[étaient] ou renfor[çaient]" les mesures explicitement indiquées" dans les demandes d'établissement d'un groupe spécial présentées par Cuba, la République dominicaine et l'Indonésie au motif que ces demandes n'"indiqu[aient] pas les mesures spécifiques en cause".[37] En ce qui concerne la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Cuba, elle a aussi contesté l'inclusion des allégations formulées par Cuba au titre de l'article 6*bis* de la Convention de Paris (lu avec l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC); de l'article 16:3 de l'Accord sur les ADPIC; de l'article 15:1 de l'Accord sur les ADPIC; et de l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC.[38] L'Australie a demandé que le Groupe spécial rende des décisions préliminaires au sujet de ces questions avant le dépôt des premières communications écrites.

1.35. Le 11 juin 2014, la République dominicaine, Cuba et l'Indonésie ont chacune répondu à la demande de l'Australie concernant leurs procédures respectives. À la même date, le Groupe spécial a ménagé aux tierces parties la possibilité de formuler des observations au sujet des demandes de l'Australie. Le 17 juin 2014, il a reçu des observations de l'Union européenne et, le 18 juin 2014, il en a reçu de l'Argentine, du Brésil, du Canada, du Guatemala et du Mexique. Le Groupe spécial a également reçu des observations de la République dominicaine, du Honduras et de l'Indonésie en tant que tierces parties dans les différends concernant les autres parties.[39]

1.36. Le 1er juillet 2014, le Groupe spécial a reçu des observations de l'Australie concernant les réponses de la République dominicaine, de Cuba et de l'Indonésie aux demandes de décisions préliminaires présentées par l'Australie. Le 8 juillet 2014, la République dominicaine et Cuba ont communiqué des observations sur les observations de l'Australie. L'Indonésie n'a pas présenté d'observations.

1.37. Le 19 août 2014, le Groupe spécial a remis ses décisions préliminaires aux parties et aux tierces parties, en indiquant qu'elles feraient partie intégrante de son rapport, sous réserve d'éventuelles modifications ou d'un éventuel développement du raisonnement, que ce soit dans une décision ultérieure ou dans son rapport.

---

les pièces présentées conjointement par la République dominicaine et le Honduras sont dénommées DOM/HND-#; les pièces présentées conjointement par la République dominicaine et l'Indonésie sont dénommées DOM/IDN-#; et les pièces présentées conjointement par tous les plaignants sont dénommées JE-#.

[35] Voir plus loin la section 1.6.3.

[36] Voir plus loin la section 1.6.4.

[37] Australie, demande de décision procédurale préliminaire concernant la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par la République dominicaine, paragraphe 1; demande de décision procédurale préliminaire concernant la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Indonésie, paragraphe 1; et demande de décision procédurale préliminaire concernant la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Cuba, paragraphe 1 iii). (italique dans l'original)

[38] Australie, demande de décision préliminaire concernant la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Cuba, paragraphe 1 i).

[39] Voir WT/DS441/19, WT/DS458/18 et WT/DS467/19.

1.38. En ce qui concerne les demandes d'établissement d'un groupe spécial présentées par la République dominicaine, Cuba et l'Indonésie, le Groupe spécial a constaté que "les mots "y compris", "complètent" et "renforcent", tels qu'ils [étaient] employés dans [ces] demande[s] d'établissement d'un groupe spécial …, [n'étaient] pas, tels qu'ils [étaient] libellés, incompatibles avec la disposition de l'article 6:2 du Mémorandum d'accord imposant d'indiquer les mesures spécifiques en cause".[40]

1.39. S'agissant de la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Cuba, le Groupe spécial a aussi estimé que "les allégations additionnelles formulées par Cuba dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial [étaient] étroitement liées à celles qui constituaient le fondement juridique de sa demande de consultations et [que] l'on [pouvait] raisonnablement dire, à [son] avis, que ces allégations [étaient] le prolongement du fondement juridique qui constituait l'objet des consultations". Le Groupe spécial n'a donc "pas [été] convaincu[ ] que les allégations de Cuba au titre de l'article 16:3 de l'Accord sur les ADPIC et de l'article 6*bis* de la Convention de Paris (par le jeu de l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC) [avaient] pour effet de … "modifier l'essence de la plainte". [Il a] considér[é] que leur adjonction à la demande d'établissement d'un groupe spécial de Cuba rest[ait] dans les limites de la "flexibilité" ménagée aux Membres lorsqu'ils formul[aient] leurs plaintes dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial."[41]

1.40. Ces décisions ont été communiquées à l'ORD le 27 octobre 2014.[42]

1.6.3 Procédures de travail concernant les renseignements strictement confidentiels (RSC)

1.41. Le 15 septembre 2014, les parties ont demandé conjointement que le Groupe spécial adopte des addenda à ses procédures de travail et des procédures de travail additionnelles concernant les renseignements strictement confidentiels conformément à l'article 12:1 du Mémorandum d'accord. Les plaignants ont expliqué que ces procédures étaient nécessaires pour leur permettre de fournir au Groupe spécial des données exclusives sur les sociétés et la branche de production qui leur étaient communiquées sous le sceau de la confidentialité. En outre, l'Australie a affirmé qu'une protection était nécessaire pour donner des assurances aux différents organismes gouvernementaux qui fournissaient certains renseignements destinés à être utilisés dans les présents différends. Compte tenu des explications données par les parties, le Groupe spécial a accepté d'adopter des procédures additionnelles pour la protection des RSC et de modifier ses procédures de travail en conséquence.[43]

1.6.4 Demandes de droits de tierce partie renforcés

1.42. En mai et juin 2014, le Groupe spécial a reçu des demandes de droits de tierce partie renforcés présentées par le Brésil, le Canada, le Guatemala, le Mexique, le Nicaragua, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, l'Union européenne et l'Uruguay.[44]

1.43. Le 15 décembre 2014, après avoir consulté les parties et les tierces parties, le Groupe spécial a décidé d'accorder aux tierces parties les droits additionnels suivants: a) l'accès aux communications présentées à titre de réfutation par les parties; et b) l'accès aux versions écrites finales des déclarations liminaires et finales des parties aux première et deuxième réunions de fond. Il a aussi noté qu'en vertu de ses procédures de travail, il avait le pouvoir discrétionnaire de poser des questions aux tierces parties, oralement ou par écrit, à tout moment pendant la procédure. Il a noté en outre que l'accès des tierces parties à ces documents serait soumis aux procédures de travail additionnelles concernant les renseignements strictement confidentiels qu'il avait adoptées.

[40] WT/DS441/19, paragraphe 5.36; WT/DS458/18, paragraphe 5.71; et WT/DS467/19, paragraphe 5.35.

[41] WT/DS458/18, paragraphe 3.53.

[42] WT/DS441/19, WT/DS458/18 et WT/DS467/19.

[43] Les procédures additionnelles concernant les RSC ont été adoptées le 1er octobre 2014 et sont reproduites dans l'annexe A-2.

[44] Brésil, communication du 12 mai 2014; Canada, communication du 16 mai 2014; Guatemala, communication du 6 mai 2014; Mexique, communication du 16 mai 2014; Nicaragua, communication du 12 juin 2014; Norvège, communication du 27 mai 2014; Nouvelle-Zélande, communication du 22 mai 2014; Union européenne, communication de du 13 mai 2014; et Uruguay, communication du 11 juin 2014.

1.44. Le Groupe spécial a informé les parties et les tierces parties que, pour parvenir à sa décision, il avait pris particulièrement en compte l'intérêt économique dans la production et le commerce des produits du tabac dont plusieurs tierces parties avaient fait part, et l'incidence potentielle des différends sur la politique commerciale au vu du débat d'orientation en cours chez plusieurs tierces parties au sujet des mesures possibles de lutte antitabac, y compris les prescriptions en matière d'emballage neutre.

1.45. Le Groupe spécial a estimé que la combinaison de ces facteurs dans les présents différends justifiait l'octroi de certains droits additionnels sous la forme de l'accès aux documents susmentionnés. Pour assurer la régularité de la procédure, et suivant l'approche des groupes spéciaux dans des affaires antérieures[45], il a aussi jugé approprié d'accorder les mêmes droits renforcés à toutes les tierces parties. L'octroi de droits additionnels permettrait une participation plus active des tierces parties aux travaux du Groupe spécial et la pleine prise en compte de leurs intérêts, sans imposer une charge indue sur le Groupe spécial, les parties ou le Secrétariat, retarder la procédure ou perturber l'équilibre entre les intérêts respectifs des parties et des tierces parties aux différends.

1.6.5 Communications d'*amici curiae*

1.46. Dans une communication datée du 17 juin 2014, le Groupe spécial a informé les parties qu'il n'avait pas inclus dans son calendrier un délai pour la communication de mémoires d'*amici curiae*. Toutefois, il a ajouté qu'il ne pensait pas être en mesure d'examiner des communications d'*amici curiae* qui lui seraient présentées après la fin de mars 2015, car accepter des mémoires d'*amici curiae* après cette date risquerait de causer des retards inutiles et de perturber le bon déroulement de ses travaux. Le Groupe spécial a indiqué que cette détermination était sans préjudice de son pouvoir de se prononcer sur l'admissibilité et la pertinence de toute communication non demandée. Les parties ont été invitées à donner leur avis sur l'admissibilité et la pertinence de toute communication d'*amicus curiae* soit dans leurs premières communications écrites soit à la première réunion de fond.

1.47. Le 20 août 2014, le Groupe spécial a reçu une communication d'*amicus curiae* non demandée de la part d'un groupe d'organisations commerciales.[46] Le 1er septembre 2014, il a transmis cette communication aux parties et aux tierces parties et a informé en même temps les tierces parties de l'approche qu'il adopterait au sujet des communications d'*amici curiae* reçues pendant la procédure.

1.48. Le 15 décembre 2014, après avoir apporté certaines modifications au calendrier, le Groupe spécial a informé les parties et les tierces parties qu'il "ne serait pas en mesure d'examiner les renseignements non demandés qui lui seraient communiqués après le 27 avril 2015".

1.49. Le Groupe spécial a reçu 35 communications d'*amici curiae* non demandées additionnelles le 27 avril 2015 ou avant cette date, et 5 communications d'*amici curiae* non demandées après cette date.[47]

---

[45] Voir les rapports des Groupes spéciaux *CE – Préférences tarifaires*, annexe A; et *CE – Subventions à l'exportation de sucre*, paragraphes 2.5 à 2.7.

[46] Cette communication a été présentée conjointement par les organisations suivantes: Emergency Committee for American Trade; National Association of Manufacturers of the United States; National Foreign Trade Council; Paperboard Packaging Council; Printing Industries of America; Independent Packaging Association; United States Chamber of Commerce; et United States Council for International Business.

[47] Le Groupe spécial a reçu des communications d'*amici curiae*, datées du 27 avril 2015 ou d'avant, des organismes suivants: Emergency Committee for American Trade, National Association of Manufacturers of the United States, National Foreign Trade Council, Paperboard Packaging Council, Printing Industries of America, Independent Packaging Association, United States Chamber of Commerce et United States Council for International Business; Associação Brasileira da Propriedade Intelectual; American Chamber of Commerce in the Netherlands; Federation of Philippine Industries; Confederação Nacional da Indústria (Brésil); Federation of Attica and Piraeus Industries; Cámara Nacional de Comercio y Servicios del Uruguay; Federação des Industrias do Estado da Bahia; Japan Business Federation; Association de l'ASEAN pour la propriété intellectuelle; Institute of Public Affairs; Cámara de Industria de Guatemala; Trade-related IPR Protection Association; Indonesian Chamber of Commerce and Industry; Montenegrin Employers Federation; Association des contribuables d'Europe; Association internationale des marques; Australian Retailers Association; Japan Intellectual Property Association; Association of European Businesses in Russia, American Chamber of Commerce in Russia et RusBrand; Association internationale des cultivateurs de tabac; Patent and Trademark

1.50. L'Australie a fourni en tant que pièces trois communications d'*amici curiae* présentées par l'Organisation mondiale de la santé (OMS) et le Secrétariat de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac (FCTC)[48]; par la Healthy Caribbean Coalition; et par l'Union internationale contre le cancer et le Cancer Council Australia.[49] La République dominicaine, le Honduras et l'Indonésie ont présenté 36 communications d'*amici curiae* en tant que pièce.[50]

1.6.6 Suspension des travaux et caducité du pouvoir dans l'affaire DS434

1.51. Au moment de l'adoption des procédures de travail et du calendrier du Groupe spécial, la présente procédure de groupe spécial concernait également le différend DS434, soumis par l'Ukraine. L'Ukraine a participé à la présente procédure en tant que partie jusqu'au 30 mai 2015.[51] Le 28 mai 2015, le Groupe spécial a reçu une demande de l'Ukraine visant la suspension des travaux dans l'affaire DS434 en vertu de l'article 12:12 du Mémorandum d'accord. Dans une lettre datée du 29 mai 2015, l'Australie a indiqué qu'elle "appu[yait] l'Ukraine dans sa demande de suspension des travaux, au motif que … la suspension aurait lieu "en vue de l'obtention d'une solution mutuellement convenue"".

1.52. L'article 12:12 du Mémorandum d'accord dispose qu'un groupe spécial pourra, à tout moment, suspendre ses travaux à la demande de la partie plaignante, pendant une période qui ne dépassera pas 12 mois. Le 30 mai 2015, après avoir également consulté les parties aux différends DS435, DS441, DS458 et DS467, le Groupe spécial a adressé une communication aux parties les informant qu'il avait accédé à la demande de l'Ukraine et suspendu ses travaux dans l'affaire DS434. Dans sa communication, le Groupe spécial a aussi noté que l'Ukraine restait en droit de

---

Attorneys Association – Turkey; Aegean Exporters Association; Association des titulaires de marques européennes ("MARQUES"); United States Chamber of Commerce; EU-ASEAN Business Council, EU-Malaysia Chamber of Commerce and Industry, European Chamber of Commerce in Singapore, European Chamber of Commerce of the Philippines, European Chamber of Commerce and Industry in Lao PDR et European Association of Business and Commerce in Thailand; American Chamber of Commerce in Thailand; Romanian Small and Medium Retailers Association; Association des praticiens du droit des marques et des modèles; Manufacturiers et exportateurs canadiens; Federation of Korean Industries; Polish Chamber of Trade; Union des fabricants; Healthy Caribbean Coalition; Union internationale contre le cancer; Cancer Council Australia; et Organisation mondiale de la santé et Secrétariat de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac. Le Groupe spécial a reçu des communications d'*amici curiae* ayant une date postérieure au 27 avril 2015 des organismes suivants: Russian Union of Industrialists and Entrepreneurs; Graphic Association Denmark; American Chamber Mexico; Malaysian International Chamber of Commerce and Industry; et Confederation of Danish Industry.

[48] World Health Organization and the WHO Framework Convention on Tobacco Control Secretariat, "Information for Submission to the Panel by a Non-Party", 16 February 2015 (OMS/FCTC, mémoire d'*amici curiae*) (pièce AUS-42, révisée).

[49] Healthy Caribbean Coalition communication to the Panel of 22 April 2015 (pièce AUS-515); et UICC et CCV, mémoire d'*amici curiae* (pièce AUS-38).

[50] Les mémoires d'*amici curiae* suivants ont été présentés en tant que pièce DOM/HND/IDN-1: Emergency Committee for American Trade, National Association of Manufacturers of the United States, National Foreign Trade Council, Paperboard Packaging Council, Printing Industries of America, Independent Packaging Association, United States Chamber of Commerce et United States Council for International Business; Associação Brasileira da Propriedade Intelectual; American Chamber of Commerce in the Netherlands; Federation of Philippine Industries; Confederação Nacional da Indústria (Brésil); Federation of Attica and Piraeus Industries; Cámara Nacional de Comercio y Servicios del Uruguay; Federação des Industrias do Estado da Bahia; Japan Business Federation; Association de l'ASEAN pour la propriété intellectuelle; Institute of Public Affairs; Cámara de Industria de Guatemala; Trade-related IPR Protection Association; Indonesian Chamber of Commerce and Industry; Montenegrin Employers Federation; Association des contribuables d'Europe; Association internationale des marques; Australian Retailers Association; Japan Intellectual Property Association; Association of European Businesses in Russia; American Chamber of Commerce in Russia et RusBrand; Association internationale des cultivateurs de tabac; Patent and Trademark Attorneys Association – Turkey; Aegean Exporters Association; Association des titulaires de marques européennes ("MARQUES"); United States Chamber of Commerce; EU-ASEAN Business Council; EU-Malaysia Chamber of Commerce and Industry; European Chamber of Commerce in Singapore; European Chamber of Commerce of the Philippines; European Chamber of Commerce and Industry in Lao PDR et European Association of Business and Commerce in Thailand; American Chamber of Commerce in Thailand; Romanian Small and Medium Retailers Association; Association des praticiens du droit des marques et des modèles; Manufacturiers et exportateurs canadiens; Federation of Korean Industries; Polish Chamber of Trade; Union des fabricants; Russian Union of Industrialists and Entrepreneurs; American Chamber Mexico; et Malaysian International Chamber of Commerce and Industry.

[51] Le 19 août 2014, le Groupe spécial a rendu une décision préliminaire relative à son mandat dans l'affaire DS434 suite à une demande de l'Australie (voir WT/DS434/15).

participer à ses travaux en tant que tierce partie dans les différends DS435, DS441, DS458 et DS467. Il a noté également que l'Ukraine et les parties étaient convenues que la première communication écrite de l'Ukraine dans l'affaire DS434 et les éléments de preuve connexes resteraient dans le dossier en tant que communication de tierce partie déposée valablement dans les affaires DS435, DS441, DS458 et DS467.[52] Conformément au paragraphe 9 de ses procédures de travail[53], le Groupe spécial a aussi invité les parties à indiquer clairement, si elles ne l'avaient pas déjà fait, quels arguments et éléments de preuve présentés par l'Ukraine elles souhaitaient appuyer.[54]

1.53. Le 1er juin 2015, après avoir consulté les parties, le Groupe spécial a contacté l'Équateur, l'Égypte et Moldova, qui étaient tierces parties dans le différend soumis par l'Ukraine mais non dans les différends soumis par le Honduras, la République dominicaine, Cuba ou l'Indonésie. Il a informé l'Équateur, l'Égypte et Moldova qu'il leur serait nécessaire de notifier leur intérêt à l'ORD conformément à l'article 10:2 du Mémorandum d'accord, en ce qui concerne les affaires DS435, DS441, DS458 et DS467 s'ils souhaitaient participer à une ou plusieurs de ces procédures, y compris la séance avec les tierces parties dans le cadre de la première réunion de fond. Le 1er juin 2015, l'Équateur a notifié au Président de l'ORD son intérêt en tant que tierce partie pour ce qui est des affaires DS435, DS441, DS458 et DS467. Le 2 juin 2015, Moldova a informé le Groupe spécial qu'il ne souhaitait pas participer aux autres différends en tant que tierce partie.[55]

1.54. Le 2 juin 2015, le Groupe spécial a informé le Président de l'ORD de sa décision d'accéder à la demande de l'Ukraine et de suspendre ses travaux dans l'affaire DS434, et il a demandé que sa communication soit distribuée aux Membres. La décision du Groupe spécial a été distribuée aux Membres le 3 juin 2015.[56] Il n'a pas été demandé au Groupe spécial de reprendre ses travaux dans l'affaire DS434 pendant les 12 mois qui ont suivi la suspension. Conformément à l'article 12:12 du Mémorandum d'accord, le pouvoir conféré pour l'établissement du Groupe spécial dans l'affaire DS434 était devenu caduc le 30 mai 2016. Le Secrétariat a publié une note en informant les Membres le 30 juin 2016.[57]

1.6.7 Demandes de renseignements au titre de l'article 13 du Mémorandum d'accord

1.55. L'article 13 du Mémorandum d'accord dispose ce qui suit:

> 1. Chaque groupe spécial aura le droit de demander à toute personne ou à tout organisme qu'il jugera approprié des renseignements et des avis techniques. Toutefois, avant de demander de tels renseignements ou avis à toute personne ou à tout organisme relevant de la juridiction d'un Membre, il en informera les autorités de ce Membre. Les Membres devraient répondre dans les moindres délais et de manière complète à toute demande de renseignements présentée par un groupe spécial qui jugerait ces renseignements nécessaires et appropriés. Les renseignements confidentiels ne seront pas divulgués sans l'autorisation formelle de la personne, de l'organisme ou des autorités du Membre qui les aura fournis.

[52] Le paragraphe 20 des procédures de travail du Groupe spécial prévoit que "la première communication écrite d'une partie plaignante dans un différend sera réputée constituer l'exercice de ses droits de tierce partie dans les quatre autres différends. Les arguments présentés uniquement en qualité de tierce partie seront clairement indiqués comme tels". Les arguments présentés par l'Ukraine dans sa première communication écrite sont cités, dans la section des présents rapports relative aux constatations, en tant que "première communication écrite de l'Ukraine", telle qu'elle a été déposée initialement, étant entendu toutefois qu'elle avait la qualité de "communication en tant que tierce partie" dans les présents différends.

[53] Le paragraphe 9 des procédures de travail du Groupe spécial indique qu'"[u]ne partie qui souhaitera incorporer par référence ou invoquer des arguments et/ou des éléments de preuve présentés par une autre partie ou tierce partie pourra le faire à condition d'indiquer clairement les arguments et/ou éléments de preuve spécifiques auxquels elle se réfère ainsi que leur source".

[54] Le Honduras, la République dominicaine, Cuba et l'Indonésie ont communiqué ces renseignements dans des courriers séparés datés du 8 juillet 2015. Cuba a envoyé une communication additionnelle à ce sujet le 13 juillet 2015.

[55] Le texte de la communication de Moldova en tant que tierce partie a également été présenté, le 1er juin 2015, par le Honduras, la République dominicaine et l'Indonésie en tant que pièce dans la présente procédure. Voir la pièce DOM/HND/IDN-2.

[56] WT/DS434/16.

[57] WT/DS434/17.

> 2. Les groupes spéciaux pourront demander des renseignements à toute source qu'ils jugeront appropriée et consulter des experts pour obtenir leur avis sur certains aspects de la question. À propos d'un point de fait concernant une question scientifique ou une autre question technique soulevée par une partie à un différend, les groupes spéciaux pourront demander un rapport consultatif écrit à un groupe consultatif d'experts. Les règles régissant l'établissement d'un tel groupe et les procédures de celui-ci sont énoncées dans l'Appendice 4.

1.56. Comme il est indiqué en détail plus loin, pendant la procédure, les parties ont demandé à plusieurs reprises au Groupe spécial d'exercer son pouvoir de demander des renseignements au titre de l'article 13, au sujet des renseignements concernant des éléments de preuve présentés par une autre partie.

1.57. Le Groupe spécial a aussi exercé son pouvoir de demander des renseignements à l'OMS et au Secrétariat de la FCTC, au Bureau international de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), au Cancer Council Queensland (CCQ) et au Cancer Council Victoria (CCV).

1.6.7.1 Demande de renseignements auprès de l'OMS et du Secrétariat de la FCTC

1.58. Pendant la procédure, les parties ont fait référence à la FCTC ainsi qu'aux directives de la FCTC pour l'application de ses dispositions (Directives de la FCTC), en particulier les articles 11 et 13.[58]

1.59. Le 16 février 2015, l'OMS et le Secrétariat de la FCTC ont adressé une communication conjointe au Groupe spécial, demandant l'autorisation de lui communiquer des renseignements et de fournir certains renseignements concernant la FCTC.[59] Cette communication indiquait également que l'OMS et le Secrétariat de la FCTC étaient disposés à fournir des renseignements additionnels sur demande du Groupe spécial.[60]

1.60. Conformément à l'article 13 du Mémorandum d'accord, et après avoir consulté les parties, le Groupe spécial a estimé que, eu égard aux compétences de l'OMS et du Secrétariat de la FCTC s'agissant de la FCTC, il tirerait avantage d'autres renseignements factuels de leur part au sujet de la FCTC et, en particulier, des Directives de la FCTC pour l'application de l'article 11 de la FCTC et des Directives de la FCTC pour l'application de l'article 13 de la FCTC (Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC).[61] Le Groupe spécial a également pris en compte une demande de l'Indonésie l'invitant à demander certains renseignements additionnels à l'OMS et au Secrétariat de la FCTC.[62]

---

[58] Voir WHO Framework Convention on Tobacco Control: Guidelines for Implementation (2013 edition) (Directives pour l'application de la FCTC (édition 2013)) (pièces AUS-109, DOM-44), pages 55 à 69 et 95 à 114; "Guidelines for implementation of Article 11 (Packaging and labelling of tobacco products)", document FCTC/COP3(10), excerpted from Conference of the Parties to the WHO Framework Convention on Tobacco Control, "Decisions", Third Session, Durban, South Africa (17-22 November 2008), document FCTC/COP/3/DIV/3 of 16 February 2009, (Directives concernant l'article 11 de la FCTC, FCTC/COP/3(10)) (pièce JE-20); et "Guidelines for implementation of Article 13 (Tobacco advertising, promotion and sponsorship)", document FCTC/COP3(12), excerpted from Conference of the Parties to the WHO Framework Convention on Tobacco Control, "Decisions", Third Session, Durban, South Africa (17-22 November 2008), document FCTC/COP/3/DIV/3 of 16 February 2009, (Directives concernant l'article 13 de la FCTC, FCTC/COP/3(12)) (pièce JE-21). Voir les détails concernant la FCTC et les instruments connexes dans la section 2.4 plus loin.

[59] OMS/FCTC, mémoire d'*amici curiae* (pièce AUS-42, révisée).

[60] World Health Organization and the WHO Framework Convention on Tobacco Control Secretariat, "Request for Permission to Submit Information to the Panel by a Non-Party", 16 February 2015, (OMS/FCTC, demande d'autorisation de communiquer des renseignements) (pièce AUS-42, révisée), paragraphe 15.

[61] Par souci de simplicité et de commodité, lorsqu'elles seront mentionnées *individuellement*, nous appellerons les Directives de la FCTC pour l'application de l'article 11 de la FCTC et les Directives de la FCTC pour l'application de l'article 13 de la FCTC, respectivement, "Directives concernant l'article 11 de la FCTC" et "Directives concernant l'article 13 de la FCTC". Voir aussi plus loin les paragraphes 2.107 à 2.109.

[62] Indonésie, communication au Groupe spécial du 22 avril 2015. La République dominicaine avait précédemment demandé au Secrétariat de la FCTC de l'OMS des renseignements sur la documentation utilisée par les groupes de travail de la FCTC de l'OMS pour adopter les deux directives. Communication de la République dominicaine au Chef du Secrétariat de la FCTC de l'OMS du 25 avril 2014 (pièce DOM-46). Le Secrétariat de la FCTC de l'OMS a refusé de fournir ces renseignements, citant le "caractère consultatif et

1.61. En conséquence, le 14 septembre 2015, le Groupe spécial a invité l'OMS et le Secrétariat de la FCTC à fournir des renseignements factuels sur i) le processus d'adoption des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC; ii) la nature et la fonction prévue des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC pour ce qui est de l'emballage neutre des produits du tabac; iii) les aspects spécifiques du texte des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC pour ce qui est de la mise en œuvre de l'emballage neutre des produits du tabac; et iv) toute documentation préparatoire disponible (y compris des preuves scientifiques ou techniques) examinée par la Conférence des Parties à la FCTC pendant ses délibérations avant l'adoption des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC.

1.62. Le 5 octobre 2015, l'OMS et le Secrétariat de la FCTC ont fourni des renseignements additionnels en réponse à la demande du Groupe spécial, en indiquant que ceux-ci devraient être lus dans le contexte des renseignements communiqués le 16 février 2015. Ils ont expliqué que, du fait que les groupes de travail se tenaient à huis clos, "le Secrétariat de la Convention n'a[vait] pas de mandat permanent pour divulguer les travaux préparatoires des groupes de travail" précédant l'adoption des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC.[63] L'OMS et le Secrétariat de la FCTC ont en outre expliqué que, s'agissant des Directives concernant l'article 11 de la FCTC, la restriction limitant le partage d'information avait partiellement été levée par la Décision FCTC/COP3(10) de la Conférence des Parties à la FCTC et que le Secrétariat de la Convention avait ensuite établi une liste de ressources accessibles au public.[64] Ils ont également expliqué que, pour ce qui était des Directives concernant l'article 13 de la FCTC, "il n'y avait pas eu de décision de la Conférence des Parties prescrivant que le Secrétariat de la Convention rende publique la documentation préparatoire".[65]

1.6.7.2 Demande de renseignements auprès du Bureau international de l'OMPI

1.63. Pendant la procédure, les plaignants ont invoqué certaines dispositions de l'Acte de Stockholm de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (Convention de Paris (1967))[66] comme étant pertinentes pour l'interprétation des obligations de l'Australie au titre de l'Accord sur les ADPIC.

1.64. Le 14 septembre 2015, conformément à l'article 13 du Mémorandum d'accord, et après avoir consulté les parties, le Groupe spécial a demandé l'aide du Bureau international de l'OMPI au sujet des renseignements factuels pertinents pour l'interprétation de l'article 6*bis*, de l'article 6*quinquies* (et notamment du paragraphe A) 1) de cet article), de l'article 7 et de l'article 10*bis*, en particulier tels qu'ils ressortent des documents des conférences diplomatiques et des initiatives ultérieures dans le cadre de l'Union de Paris.

1.65. Le 8 octobre 2015, l'OMPI a communiqué la documentation relative à ces dispositions en réponse à la demande du Groupe spécial.

1.6.7.3 Demandes de données formulées par les parties

1.66. Pendant la procédure, les parties se sont adressé mutuellement plusieurs demandes visant l'obtention de données utilisées dans certains rapports d'experts et d'autres documentations communiqués au Groupe spécial. En outre, elles ont demandé au Groupe spécial d'exercer son pouvoir, conformément à l'article 13 du Mémorandum d'accord, de demander les données sur lesquelles étaient fondées les différentes pièces présentées par les autres parties pendant la procédure.

---

intergouvernemental du processus d'élaboration des directives". Head of the WHO FCTC Secretariat's communication of 26 May 2014 to the Dominican Republic (pièce DOM-47).

[63] Additional Information for Submission to the Panel by a Non-Party on behalf of the World Health Organization and the WHO Framework Convention on Tobacco Control Secretariat, 5 October 2015, (OMS/FCTC, renseignements additionnels fournis au Groupe spécial), paragraphe 68.

[64] OMS/FCTC, renseignements additionnels fournis au Groupe spécial, paragraphe 69, note de bas de page 63 ci-dessus.

[65] OMS/FCTC, renseignements additionnels fournis au Groupe spécial, paragraphe 68, note de bas de page 63 ci-dessus.

[66] Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, faite à Paris le 20 mars 1883, révisée à Stockholm le 14 juillet 1967, modifiée le 28 septembre 1979, 828 RTNU 305.

1.6.7.3.1 Demandes de l'Australie concernant les éléments de preuve présentés par la République dominicaine et l'Ukraine[67] dans le contexte de leurs premières communications écrites

1.67. Le 17 octobre 2014, l'Australie a demandé au Groupe spécial d'exercer son pouvoir, conformément à l'article 13 du Mémorandum d'accord, de demander à la République dominicaine et à l'Ukraine des renseignements sur les ensembles de données utilisés dans certains rapports d'experts qu'elles avaient présentés avec leurs premières communications écrites. Spécifiquement, l'Australie a demandé les ensembles de données sur lesquels étaient fondés un rapport d'expert présenté par la République dominicaine (le rapport IPE[68]) et deux rapports d'expert présentés par l'Ukraine (les rapports Neven et Klick[69]).

1.68. Le 24 octobre 2014, la République dominicaine s'est engagée à communiquer les données demandées par l'Australie au sujet du rapport IPE. Le 31 octobre 2014, elle a fourni ces renseignements[70] et a proposé de communiquer, si le Groupe spécial le demandait, certains autres données et langages de programmation informatique utilisés dans le rapport IPE qui n'avaient pas été demandés par l'Australie. Le 24 octobre 2014, l'Ukraine a dit qu'elle ne s'opposait pas en principe à la communication des ensembles de données demandés, mais a déclaré que l'article 13 du Mémorandum d'accord avait pour objet de donner au Groupe spécial, et non à l'Australie, le droit de demander des renseignements additionnels et que le Groupe spécial devrait donc être "animé uniquement par ses propres besoins".

1.69. Le 31 octobre 2014, le Groupe spécial a pris note du fait que la République dominicaine s'était engagée à fournir les ensembles de données demandés et que l'Ukraine ne s'opposait pas à la communication des ensembles de données demandés par l'Australie. Il a noté en outre que l'article 13:1 du Mémorandum d'accord accordait aux groupes spéciaux ""un large pouvoir d'investigation"[71] et que ce pouvoir [était] "global" par nature".[72] En outre, le Mémorandum d'accord "donne à un groupe spécial "le pouvoir ample et étendu d'engager et de contrôler le processus par lequel il s'informe aussi bien des faits pertinents de la cause que des normes et principes juridiques applicables à ces faits"".[73] Le Groupe spécial a aussi noté que, dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, l'Organe d'appel avait examiné le recours à ce pouvoir pour l'obtention des renseignements demandés par une autre partie à un différend. À cet égard, l'Organe d'appel avait fait observer qu'un aspect de la garantie que la procédure serait conduite équitablement était que chaque partie avait le droit de savoir quels étaient les arguments qu'elle devait faire valoir ou auxquels elle devait répondre et se voyait ménager une possibilité raisonnable de le faire. En conséquence, il avait conseillé que les groupes spéciaux prennent en compte les considérations suivantes:

> [Q]uels renseignements sont nécessaires pour compléter le dossier, qui les détient, quels autres moyens raisonnables pourraient être utilisés pour se les procurer,

---

[67] En ce qui concerne la participation de l'Ukraine aux présentes procédures, voir plus haut la section 1.6.6.

[68] Cette demande concernait des données scannées sur la vente au détail utilisées dans D. Afshartous, M. Hagedorn, A. Kaul, et M. Wolf, "Empirical Assessment of Australia's Plain Packaging Regime", Institute for Policy Evaluation, 7 October 2014 (rapport IPE) (pièce DOM-100).

[69] Cette demande concernait des données sur les ventes au détail de cigarettes ainsi que des données sur les recettes et les volumes de la vente au détail en Australie et en Nouvelle-Zélande fournies par Nielsen et utilisées dans D. Neven, "The Effects of Plain Packaging Regulation on Competition and Tobacco Consumption: An Economic Assessment" (rapport Neven) (pièce UKR-3) (RSC) (invoquée par l'Indonésie: voir Indonésie, communication au Groupe spécial du 8 juillet 2015); et J. Klick, "The Effect of Australia's Plain Packaging Law on Smoking: Evidence from Survey and Market Data", 26 July 2014, (rapport Klick) (pièce UKR-5) (invoquée par le Honduras, la République dominicaine, Cuba et l'Indonésie: voir Honduras, communication au Groupe spécial du 8 juillet 2015; République dominicaine, réponses aux questions du Groupe spécial à la suite de la première réunion de fond, paragraphe 1; Cuba, communication au Groupe spécial du 8 juillet 2015; et Indonésie, communication au Groupe spécial du 8 juillet 2015).

[70] Voir la pièce DOM-100.A (RSC).

[71] Communication du Groupe spécial du 31 octobre 2014, paragraphe 8 (citant les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la suspension*, paragraphe 439; *Canada – Maintien de la suspension*, paragraphe 439; et *Japon – Produits agricoles II*, paragraphe 129).

[72] Communication du Groupe spécial du 31 octobre 2014, paragraphe 8 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 104).

[73] Communication du Groupe spécial du 31 octobre 2014, paragraphe 8 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 185).

> pourquoi ils n'ont pas été présentés, s'il est équitable de demander à la partie qui les détient de les communiquer et s'il est probable que les renseignements ou les éléments de preuve en question seront nécessaires pour assurer la régularité de la procédure et faire en sorte qu'une décision appropriée soit rendue au sujet de l'allégation ou des allégations pertinentes.[74]

1.70. Le Groupe spécial a noté que les ensembles de données demandés par l'Australie sous-tendaient les rapports que l'Ukraine avait communiqués et invoqués en présentant son argumentation, et que cette invocation formait la base de l'argument de l'Australie selon lequel l'accès aux données était nécessaire pour lui permettre "de vérifier la véracité des affirmations fondées sur les données et donc d'assurer la régularité de la procédure et de faire en sorte qu'une décision appropriée soit rendue au sujet [des] différends".[75] Il a aussi noté que l'Australie avait essayé en vain d'obtenir les données en question auprès des entités privées responsables de leur collecte. Il gardait à l'esprit l'observation de l'Organe d'appel selon laquelle la régularité de la procédure était liée, entre autres choses, au droit des parties de se voir ménager des possibilités adéquates de présenter leurs allégations, de prouver la validité de leurs moyens de défense et d'établir les faits, et qu'il pouvait y avoir des circonstances dans lesquelles une partie ne pouvait pas s'acquitter de sa charge en fournissant tous les éléments de preuve pertinents, plus particulièrement lorsque ces renseignements étaient détenus exclusivement par une partie adverse.[76]

1.71. Le Groupe spécial a noté en outre que l'Ukraine n'avait pas laissé entendre qu'elle ne pourrait pas ou ne voudrait pas fournir les renseignements demandés, si demande lui en était faite, et qu'il avait adopté des procédures de travail additionnelles pour la protection des RSC. Il a conclu que la communication des données était appropriée et a demandé à l'Ukraine de fournir les ensembles de données en cause, sans préjudice de toute constatation qu'il pourrait formuler ultérieurement au sujet de leur pertinence pour son évaluation de la question dont il était saisi.[77] Les ensembles de données, ainsi que certains codes informatiques connexes, ont été communiqués au Groupe spécial et aux parties le 13 novembre 2014. Des codes informatiques connexes additionnels ont été fournis le 28 novembre 2014 et le 5 décembre 2014.[78]

1.72. Le 10 novembre 2014, l'Australie a demandé au Groupe spécial d'exercer son pouvoir discrétionnaire, en vertu de l'article 13 du Mémorandum d'accord, de demander à la République dominicaine des renseignements additionnels sur le rapport IPE. Le 12 novembre 2014, la République dominicaine a indiqué qu'elle fournirait certains renseignements, ce qu'elle a fait ultérieurement le 24 novembre 2014[79], mais a demandé que le Groupe spécial rende une décision au titre de l'article 13:1 du Mémorandum d'accord en vue de l'obtention du reste des renseignements demandés auprès d'entités privées. Le 20 novembre 2014, le Groupe spécial a exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'article 13 du Mémorandum d'accord et a demandé que les données restantes en question soient fournies à la République dominicaine pour permettre à celle-ci de les communiquer au Groupe spécial et aux autres parties. La République dominicaine a fourni ces renseignements le 12 décembre 2014.[80]

1.6.7.3.2 Demandes de l'Ukraine[81] et de la République dominicaine concernant les éléments de preuve présentés par l'Australie dans le contexte de sa première communication écrite

1.73. Le 24 octobre 2014, l'Ukraine a demandé que le Groupe spécial exerce son pouvoir, en vertu de l'article 13, de demander à l'Australie de fournir, au plus tard au moment du dépôt de sa

---

[74] Communication du Groupe spécial du 31 octobre 2014, paragraphe 9 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, paragraphe 1140).

[75] Communication du Groupe spécial du 31 octobre 2014, paragraphe 11.

[76] Communication du Groupe spécial du 31 octobre 2014, paragraphe 12 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 147; et *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, paragraphe 1139).

[77] Communication du Groupe spécial du 31 octobre 2014, paragraphes 13 et 14.

[78] Voir les pièces UKR-199(1) à UKR-199(12), UKR-200(1) à UKR-200(10), et UKR-201(1) et UKR-201(2), respectivement. L'Ukraine a désigné l'intégralité de chacune de ces pièces comme étant des RSC.

[79] Voir la pièce DOM-100.B (RSC).

[80] Voir la pièce DOM-100.C (RSC).

[81] En ce qui concerne la participation de l'Ukraine aux présentes procédures, voir plus haut la section 1.6.6.

première communication écrite, certains ensembles de données qui n'étaient pas dans le domaine public et qui "pourraient être pertinents" pour le différend. Spécifiquement, elle a indiqué certaines études "concernant l'efficacité alléguée de l'emballage neutre quant à son incidence sur le comportement tabagique des consommateurs en Australie", effectuées par Cancer Institute New South Wales (CINSW) et CCV. Elle a demandé au Groupe spécial de demander les données à la base de ces études pour permettre au Groupe spécial d'"éclairer son interprétation des faits et l'aider à procéder à une évaluation objective des faits … que l'Australie invoque ou non ces études dans sa communication". L'Ukraine a fait valoir que ces ensembles de données étaient connus de l'Australie par le biais de ces deux organismes gouvernementaux, et n'étaient pas dans le domaine public ni n'étaient disponibles par ailleurs pour le Groupe spécial ou d'autres parties dans les présents différends. Elle a aussi demandé que le Groupe spécial demande à l'Australie de fournir toute donnée à la base de ses propres rapports d'experts et autres arguments figurant dans sa première communication écrite, au moment de déposer cette communication.[82]

1.74. En réponse, faisant référence à ses propres demandes d'ensembles de données concernant les arguments présentés avec les premières communications écrites de la République dominicaine et de l'Ukraine[83], l'Australie a noté qu'elle était consciente des difficultés spécifiques pour un examen approprié de la documentation fondée sur des ensembles de données lorsque ceux-ci n'étaient pas communiqués dans les moindres délais et en temps voulu. Pour éviter que cette situation ne se prolonge, l'Australie était "prête à fournir les ensembles de données sur lesquels ses rapports d'experts [étaient] fondés au moment du dépôt de sa première communication écrite". Toutefois, elle a estimé que "toute demande de données avant cette date [était] purement conjecturale".[84]

1.75. Le 20 novembre 2014, le Groupe spécial a rejeté la demande, notant que l'Ukraine avait indiqué que les données "pourraient" être pertinentes pour son différend et qu'elles devraient être disponibles "que l'Australie invoque ou non ces études dans sa communication".[85] Le Groupe spécial n'était pas persuadé que les circonstances exigeaient qu'il demande à l'Australie de fournir ces renseignements à ce stade de la procédure. Il a estimé qu'il serait mieux à même d'évaluer la nécessité de demander des renseignements additionnels aux parties, y compris, s'ils étaient pertinents, les renseignements indiqués par l'Ukraine, une fois que l'Australie aurait présenté sa première communication écrite. Il s'est donc abstenu de demander à l'Australie de fournir les renseignements demandés, sans préjudice de toute décision ultérieure concernant la pertinence ou non des ensembles de données en cause.[86]

1.76. Le 30 mars 2015, l'Ukraine a demandé au Groupe spécial de demander, conformément à l'article 13 du Mémorandum d'accord, que l'Australie fournisse "certains renseignements et données provenant d'enquêtes de suivi".[87] Selon elle, "les données et renseignements pertinents présentés en tant qu'éléments de preuve et invoqués par l'Australie n'[avaient] pas tous étés fournis", contrairement à l'engagement de l'Australie de communiquer les ensembles de données sur lesquels ses rapports d'experts étaient fondés au moment du dépôt de sa première communication écrite.[88] Le 7 avril 2015, le Honduras, la République dominicaine et l'Indonésie ont dit qu'ils appuyaient la demande de l'Ukraine. Le 10 avril 2015, la République dominicaine a également demandé au Groupe spécial de demander à l'Australie de fournir, conformément à l'article 13 du Mémorandum d'accord, certains "renseignements mentionnés et invoqués dans sa première communication écrite … et dans les rapports d'experts présentés en tant que pièces relatives à cette communication"[89], y compris les données et les codes informatiques "liés à une série d'études mentionnées et invoquées par l'Australie et ses experts pour affirmer l'efficacité de la mesure contestée concernant l'emballage neutre".[90]

[82] Ukraine, communication au Groupe spécial du 24 octobre 2014, section III.
[83] Voir plus haut la section 1.6.7.3.1.
[84] Australie, communication au Groupe spécial du 30 octobre 2014, page 2.
[85] Communication du Groupe spécial du 20 novembre 2014, paragraphes 4 et 5.
[86] Communication du Groupe spécial du 20 novembre 2014, paragraphes 7 et 9.
[87] Ukraine, communication au Groupe spécial du 27 mars 2015, paragraphe 1.
[88] Ukraine, communication au Groupe spécial du 27 mars 2015, paragraphes 10 et 11.
[89] République dominicaine, communication au Groupe spécial du 10 avril 2015, paragraphe 1.
[90] République dominicaine, communication au Groupe spécial du 10 avril 2015, paragraphe 6. La demande de la République dominicaine concernait les ensembles de données (signalés en gras) sur lesquels étaient fondées les 14 études publiées suivantes: NPPTS: M. Wakefield, K. Coomber, M. Zacher, S. Durkin, M. Brennan, and M. Scollo, "Australian Adult Smokers' Responses to Plain Packaging with Larger Graphic

1.77. L'Australie a jugé "fallacieuse" l'allégation de l'Ukraine selon laquelle les données demandées relevaient d'une catégorie de données qu'elle s'était engagée à communiquer, et a ajouté que les données n'avaient pas été analysées par des experts australiens mais dans des revues universitaires ou des journaux indépendants, dont les conclusions avaient été invoquées par l'Australie et l'un de ses experts.[91] Elle a aussi fait valoir, dans sa réponse à la République dominicaine du 16 avril 2015, que les ensembles de données demandés par la République dominicaine n'avaient pas été invoqués par l'Australie ou ses experts, mais avaient été analysés dans des articles de journaux indépendants soumis à un examen par les pairs sur lesquels l'Australie et ses experts s'étaient appuyés.[92] Ces publications ne faisaient pas à bon droit l'objet, de l'avis de l'Australie, de demandes au titre de l'article 13 du Mémorandum d'accord.

1.78. Nonobstant cette position, l'Australie a communiqué certaines données demandées par l'Ukraine et la République dominicaine dans le contexte d'autres échanges sur cette question les 7, 16 et 24 avril 2015 et le 12 mai 2015. Le 22 avril 2015, la République dominicaine a présenté des observations additionnelles au Groupe spécial, y compris l'indication de données qui, selon elle, n'avaient pas encore été fournies. Le 24 avril 2015, l'Australie a présenté d'autres observations additionnelles.

Health Warnings One Year After Implementation: Results from a National Cross-Sectional Tracking Survey", *Tobacco Control*, Vol. 24 (2015), (Wakefield *et al.* 2015) (pièce AUS-206), pages ii17 à ii25; S. Durkin, E. Brennan, M. Coomber, M. Zacher, M. Wakefield, and M. Scollo, "Short-Term Changes in Quitting-Related Cognitions and Behaviours After the Implementation of Plain Packaging with Larger Health Warnings: Findings from a National Cohort Study with Australian Adult Smokers", *Tobacco Control*, Vol. 24 (2015), (Durkin *et al.* 2015) (pièces AUS-215 (révisée), DOM-305), pages ii26 à ii32; E. Brennan, S. Durkin, K. Coomber, M. Zacher, M. Scollo, and M. Wakefield, "Are Quitting-Related Cognitions and Behaviours Predicted by Proximal Responses to Plain Packaging with Larger Health Warnings? Findings from a National Cohort Study with Australian Adult Smokers", *Tobacco Control*, Vol. 24 (2015), (Brennan *et al.* 2015) (pièce AUS-224), pages ii33 à ii41. School-based surveys: V. White, T. Williams, and M. Wakefield, "Has the Introduction of Plain Packaging with Larger Graphic Health Warnings Changed Adolescents' Perceptions of Cigarette Packs and Brands?" *Tobacco Control*, Vol. 24 (2015), (White *et al.* 2015a) (pièce AUS-186), pages ii42 à 49; V. White, T. Williams, A. Faulkner, and M. Wakefield, "Do Larger Graphic Health Warnings on Standardised Cigarette Packs Increase Adolescents' Cognitive Processing of Consumer Health Information and Beliefs about Smoking Related Harms?", *Tobacco Control*, Vol. 24, Suppl. 2 (2015), (White *et al.* 2015b) (pièces HND-135, DOM-236, DOM-288), pages ii50 à ii57. Data on cigar smoking: C. Miller, K. Ettridge, and M. Wakefield, "You're Made to Feel like a Dirty Filthy Smoker When You're Not, Cigar Smoking is Another Thing All Together.' Responses of Australian Cigar and Cigarillo Smokers to Plain Packaging", *Tobacco Control*, Vol. 24 (2015), (Miller *et al.* 2015) (pièces AUS-102, DOM-315), pages ii58 à ii65. Data on personal pack display: M. Zacher, M. Bayly, E. Brennan, J. Dono, C. Miller, S. Durkin, M. Scollo, and M. Wakefield, "Personal Tobacco Pack Display Before and After the Introduction of Plain Packaging with Larger Pictorial Health Warnings in Australia: An Observational Study of Outdoor Café Strips", *Addiction*, Vol. 109 (2014), (Zacher *et al.* 2014) (pièces AUS-222 (révisée), JE-24(68), DOM-286), pages 653 à 662; M. Zacher, M. Bayly, E. Brennan, J. Dono, C. Miller, S. Durkin, M. Scollo, and M. Wakefield, "Personal Pack Display and Active Smoking at Outdoor Café Strips: Assessing the Impact of Plain Packaging 1 year Post Implementation", *Tobacco Control*, Vol. 24 (2015), (Zacher *et al.* 2015) (pièces AUS-223 (révisée), DOM-287), pages ii94 à ii97. The ITC Four Country Survey: H.H. Yong, R. Borland, D. Hammond, J. Thrasher, K. Cummings, and G. Fong, "Smokers' Reactions to the New Larger Health Warning Labels on Plain Cigarette Packs in Australia: Findings from the ITC Australia Project", *Tobacco Control* (2015), doi:10.1136/tobaccocontrol-2014-05197, (Yong *et al.* 2015) (pièce DOM-382); E. Swift, R. Borland, K. Cummings, G. Fong, A. McNeill, D. Hammond, J. Thrasher, T.R. Partos, and H.H. Yong, "Australian Smokers' Support for Plain or Standardised Packs Before and After Implementation: Findings from the ITC Four Country Survey", *Tobacco Control* (2014), doi:10.1136/tobaccocontrol-2014-051880. VHSS: M. Scollo, M. Zacher, S. Durkin, and M. Wakefield, "Early Evidence about the Predicted Unintended Consequences of Standardised Packaging of Tobacco Products in Australia: A Cross-Sectional Study of the Place of Purchase, Regular Brands and Use of Illicit Tobacco", *BMJ Open*, Vol. 4 (2014), doi:10.1136/bmjopen-2014-005873, (Scollo *et al.* 2014) (pièces AUS-507, JE-24(57)); M. Wakefield, L. Hayes, S. Durkin, and R. Borland, "Introduction Effects of the Australian Plain Packaging Policy on Adult Smokers: A Cross-Sectional Study", *BMJ Open*, Vol. 3 (2013), doi:10.1136/bmjopen-2013-003175, (Wakefield *et al.* 2013) (pièces AUS-184, JE-24(64)). CITTS: S. Dunlop, T. Dobbins, J. Young, D. Perez, and D. Currow, "Impact of Australia's Introduction of Tobacco Plain Packs on Adult Smokers' Pack-Related Perceptions and Responses: Results from a Continuous Tracking Survey", *BMJ Open*, Vol.4 (2014), doi:10.1136/bmjopen-2014-005836, (Dunlop *et al.* 2014) (pièces AUS-207, HND-132, DOM-199). Data regarding calls to the Quitline: J.M. Young, I. Stacey, T.A. Dobbins, S. Dunlop, A.L. Dessaix, and D.C. Currow, "Association Between Tobacco Plain Packaging and Quitline Calls: A Population-Based, Interrupted Time-Series Analysis", *Medical Journal of Australia*, Vol. 200 (2014), (Young *et al.* 2014) (pièces AUS-214, JE-24(67), DOM-285), pages 29 à 32.

[91] Australie, communication au Groupe spécial du 7 avril 2015, page 1.

[92] Australie, communication au Groupe spécial du 16 avril 2015, page 1.

1.79. Le 13 mai 2015, le Groupe spécial a répondu aux demandes de l'Ukraine et de la République dominicaine, tout en prenant note des aspects de ces demandes qui avaient déjà été traités dans le contexte des communications de l'Australie des 7, 16 et 24 avril et du 12 mai 2015. Le Groupe spécial a d'abord rappelé, comme il l'avait fait observer dans sa communication du 31 octobre 2014, qu'il:

> rel[evait] de son pouvoir discrétionnaire, en vertu de l'article 13 du Mémorandum d'accord, de demander des renseignements à une partie conformément à une demande d'une autre partie et que, pour déterminer s'il exercera[it] ce pouvoir, il devrait prendre en compte diverses considérations, par exemple quels renseignements [étaient] nécessaires pour compléter le dossier, qui les dét[enait], quels autres moyens raisonnables pourraient être utilisés pour se les procurer, pourquoi ils n'[avaient] pas été présentés, s'il [était] équitable de demander à la partie qui les dét[enait] de les communiquer et s'il [était] probable que les renseignements ou les éléments de preuve en question ser[aient] nécessaires pour assurer la régularité de la procédure et faire en sorte qu'une décision appropriée soit rendue au sujet de l'allégation ou des allégations pertinentes.[93]

1.80. Le Groupe spécial a fait observer que, comme il l'avait indiqué dans sa communication antérieure au sujet de la demande de données présentée par l'Australie elle-même[94], il était conscient du fait que la régularité de la procédure était liée, entre autres choses, au droit des parties de se voir ménager des possibilités adéquates de présenter leurs allégations, de prouver la validité de leurs moyens de défense et d'établir les faits, et qu'il pouvait y avoir des circonstances dans lesquelles une partie ne pouvait pas s'acquitter de sa charge en fournissant tous les éléments de preuve pertinents, plus particulièrement lorsque ces renseignements étaient détenus exclusivement par une partie adverse.[95]

1.81. Le Groupe spécial a aussi noté que l'Australie avait reconnu, avant le dépôt de sa première communication écrite, ""les difficultés pour un examen approprié de la documentation fondée sur des ensembles de données lorsque ceux-ci [n'étaient] pas communiqués dans les moindres délais et en temps voulu" et son engagement … de fournir les ensembles de données sur lesquels ses rapports d'experts [étaient] fondés au moment du dépôt de sa première communication écrite".[96] Il a noté en outre que les demandes en cause étaient "fondées sur l'invocation par l'Australie, dans sa première communication écrite, de certains résultats de recherches publiés relatifs à l'incidence des mesures contestées, y compris en relation avec les comportements tabagiques depuis l'entrée en vigueur des mesures concernant l'emballage neutre", et que les plaignants voulaient aussi accéder à des ensembles de données connexes additionnels qui n'étaient pas expressément invoqués dans les publications citées.[97]

1.82. Une considération importante ayant guidé le Groupe spécial pour ce qui est de décider si l'exercice de son pouvoir au titre de l'article 13 du Mémorandum d'accord était justifié était de savoir qui détenait les renseignements, si les renseignements étaient détenus exclusivement par l'autre partie, si d'autres moyens raisonnables pouvaient être utilisés pour se les procurer, et si la partie qui les demandait avait eu recours ou essayé d'avoir recours à ces moyens. Le Groupe spécial a noté que l'Ukraine et la République dominicaine n'avaient pas dit qu'elles avaient fait des démarches pour obtenir les renseignements demandés directement auprès des institutions qu'elles avaient indiquées comme étant les sources des données, ou auprès des personnes mentionnées comme points de contact dans chacune des publications citées, après le dépôt par l'Australie de sa première communication écrite. Sur la base des renseignements dont il disposait et sans préjudice de la pertinence potentielle des renseignements demandés, le Groupe spécial n'était pas non plus convaincu que ces renseignements pouvaient, comme les arguments des plaignants le laissaient entendre, "être supposés détenus uniquement par le gouvernement australien, ou mis directement

[93] Communication du Groupe spécial du 13 mai 2015, paragraphe 6. Voir aussi la communication du Groupe spécial du 31 octobre 2014, paragraphe 9 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, paragraphe 1140).

[94] Voir la communication du Groupe spécial du 31 octobre 2015, et la section 1.6.7.3.1 plus haut.

[95] Communication du Groupe spécial du 13 mai 2015, paragraphe 8.

[96] Communication du Groupe spécial du 13 mai 2015, paragraphe 9 (citant Australie, communication au Groupe spécial du 30 octobre 2014, page 2).

[97] Communication du Groupe spécial du 13 mai 2015, paragraphe 11.

à sa disposition, au seul motif que les travaux de recherche correspondants étaient financés par des fonds publics ou effectués dans des organismes financés par des fonds publics".[98]

1.83. Sans préjudice de la pertinence potentielle de ces renseignements, le Groupe spécial n'était donc pas convaincu que les circonstances à ce stade de la procédure justifiaient qu'il exerce son pouvoir, en vertu de l'article 13 du Mémorandum d'accord, de demander à l'Australie de produire les renseignements, et il a invité l'Ukraine et la République dominicaine à chercher à obtenir les données directement auprès des sources pertinentes par les voies appropriées.[99]

1.84. Le 16 juin 2015, la République dominicaine a informé le Groupe spécial que, conformément à la décision de celui-ci, elle avait adressé des lettres aux auteurs des 14 études auxquelles sa demande se rapportait ainsi qu'aux institutions qui, selon elle, détenaient des données, et que ses efforts avaient "donné des résultats très limités".[100] Elle a demandé que le Groupe spécial, premièrement, demande à l'Australie tout renseignement requis que celle-ci détenait et dont elle pouvait disposer, et, deuxièmement, exerce en même temps son pouvoir au titre de l'article 13 du Mémorandum d'accord en demandant des renseignements aux personnes et aux organismes désignés comme contacts dans les études en question.

1.85. Entre le 17 juin 2015 et le 10 août 2015, CINSW a fourni, par l'intermédiaire de l'Australie, certaines données demandées sur l'enquête de suivi concernant le tabac de Cancer Institute New South Wales (CITTS), et des données sur les appels reçus par Quitline, le service d'assistance téléphonique national de l'Australie pour le sevrage tabagique.[101] Pendant cette période, le CCV a aussi fourni certains renseignements, directement à la République dominicaine ou par l'intermédiaire de l'Australie, sur l'enquête de suivi nationale sur l'emballage neutre du tabac (NTPPTS), des enquêtes transversales en milieu scolaire, et des données tirées de l'enquête sur le tabagisme et la santé dans l'État de Victoria (VSHS).[102]

1.86. Le 21 août 2015, la République dominicaine a donné d'autres précisions sur l'état actuel de sa demande, compte tenu des récentes communications. Le 26 août 2015, l'Australie a adressé une communication additionnelle au Groupe spécial, faisant observer que, malgré la "ferme position" qu'elle maintenait au sujet du "caractère inapproprié des demandes de la République dominicaine au titre de l'article 13", elle avait néanmoins fourni tous les renseignements demandés qu'elle détenait.[103] Le 29 août 2015, la République dominicaine a adressé une autre communication au CINSW au sujet des données et renseignements qu'il avait fournis.

1.87. Le 7 septembre 2015, le Groupe spécial a indiqué aux parties qu'il croyait comprendre qu'à la suite des échanges entre les parties, certains renseignements avaient été fournis par le CINSW et le CCV, par l'intermédiaire de l'Australie, au Groupe spécial et aux autres parties, et que de ce fait, plusieurs points de la demande de la République dominicaine étaient sans objet.[104]

1.88. S'agissant des points en suspens de la demande, le Groupe spécial a d'abord examiné l'argument de l'Australie selon lequel la République dominicaine ne demandait pas des renseignements destinés spécifiquement à être utilisés dans les présentes procédures, mais des renseignements qui étaient à la base de ""certains articles de journaux soumis à un examen par les pairs et rédigés par des universitaires indépendants, que l'Australie a[vait] mentionnés dans

[98] Communication du Groupe spécial du 13 mai 2015, paragraphe 14.

[99] Communication du Groupe spécial du 13 mai 2015, paragraphe 15. Le Groupe spécial a traité dans la même communication une demande semblable de l'Ukraine datée du 30 mars 2015. L'Australie a fourni certains renseignements en réponse à cette communication. Voir Australie, communication au Groupe spécial du 7 avril 2015. Cette demande est devenue sans objet après la suspension des travaux dans l'affaire DS434 le 30 mai 2015. Voir plus haut la section 1.6.6.

[100] République dominicaine, communication au Groupe spécial du 16 juin 2015, page 3.

[101] Australie, communications au Groupe spécial des 17 juin 2015, 28 juillet 2015 et 10 août 2015. Le 18 juin 2015, la République dominicaine a informé le Groupe spécial qu'elle avait reçu ces renseignements et clarifié une "erreur d'écriture" dans sa communication du 16 juin 2015 et que, compte tenu de cette correction, elle avait clarifié le contenu précis de sa demande.

[102] Le 22 juin 2015, la République dominicaine a indiqué qu'elle avait reçu une communication du CCV "proposant de fournir certains renseignements au Groupe spécial, mais refusant d'en fournir d'autres". Les 28 juillet 2015 et 7 août 2015, l'Australie a communiqué certains renseignements au nom du CCV.

[103] Australie, communication au Groupe spécial du 26 août 2015, page 2.

[104] Communication du Groupe spécial du 7 septembre 2015, paragraphe 2.11.

ses communications"", qui, de l'avis de l'Australie, ""ne [faisaient] pas à bon droit l'objet d'une demande au titre de l'article 13"".[105]

1.89. Le Groupe spécial a d'abord fait observer que les renseignements demandés étaient comparables par nature à ceux que l'Australie avait demandés antérieurement. Il a rappelé que les 17 octobre et 10 novembre 2014, l'Australie avait demandé que le Groupe spécial exerce son pouvoir discrétionnaire au titre de l'article 13 du Mémorandum d'accord pour demander des renseignements à la République dominicaine[106], au sujet de diverses pièces présentées par les plaignants[107], y compris des données sources non traitées et des langages de programmation/codes informatiques.[108] Le Groupe spécial a aussi noté les demandes récentes de l'Australie visant des données semblables en relation avec la déclaration de la République dominicaine à la première réunion de fond et les réponses aux questions.[109] De même, dans ses demandes, la République dominicaine souhaitait accéder aux "données et codes informatiques à la base des conclusions présentées"[110] dans diverses études invoquées par l'Australie pour ""vérifier la véracité des affirmations formulées" par l'Australie"[111] sur la base de ces études.[112]

1.90. Le Groupe spécial a noté que les demandes respectives de l'Australie et de la République dominicaine, ainsi que leurs premières communications écrites, indiquaient que, nonobstant le fait que les renseignements demandés par l'Australie formaient la base des rapports d'experts établis sur commande et non d'études publiées, les deux parties considéraient qu'un examen des renseignements à ce niveau de détail était nécessaire, dans la présente procédure, pour qu'elles ""sa[chent] quels [étaient] les arguments qu'elle[s] [devaient] faire valoir ou auxquels elle[s] [devaient] répondre"".[113] Cela étant, et sans préjudice de sa propre évaluation du niveau d'examen qui sera nécessaire pour lui permettre de procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi, le Groupe spécial estime que son obligation d'assurer le droit des parties de se voir ménager des possibilités adéquates ""de présenter leurs allégations, de prouver la validité de leurs moyens de défense et d'établir les faits dans le contexte de procédures menées d'une manière équilibrée"" exige qu'il ménage aux parties la possibilité d'examiner à des niveaux comparables les renseignements versés au dossier.[114]

1.91. Pour ce qui est de l'argument de l'Australie selon lequel les données à la base d'articles de journaux indépendants et soumis à un examen par les pairs (par opposition aux données à la base de rapports d'experts établis sur commande) ne font pas à bon droit l'objet d'une demande de renseignements au titre de l'article 13 du Mémorandum d'accord, le Groupe spécial a noté que l'article 13:1 et 13:2 du Mémorandum d'accord permettait aux groupes spéciaux de demander et d'obtenir des renseignements auprès de ""toute personne ou [de] tout organisme qu'il[s] juger[aient] approprié" et de "toute source qu'ils juger[aient] appropriée"", et qu'il ne voyait aucune restriction *a priori* concernant la personne ou l'organisme auxquels il pourrait adresser une demande.[115] Il a donc estimé que le fait que les renseignements demandés étaient à la base

[105] Communication du Groupe spécial du 7 septembre 2015, paragraphe 2.20 (citant Australie, communication au Groupe spécial du 19 juin 2015, page 2).

[106] L'Australie a aussi présenté cette demande en ce qui concerne l'Ukraine, voir plus haut la note de bas de page 99.

[107] Rapport Klick (pièce UKR-5); rapport Neven (pièce UKR-3) (RSC); rapport IPE (pièce DOM-100); et pièce DOM-100.B (RSC). Voir plus haut la section 1.6.7.3.1.

[108] Communication du Groupe spécial du 7 septembre 2015, paragraphe 2.21 (citant Australie, communication au Groupe spécial du 10 novembre 2014, page 2).

[109] Communication du Groupe spécial du 7 septembre 2015, paragraphe 2.21 (faisant référence à Australie, communication au Groupe spécial du 2 juin 2015, page 1; et communication au Groupe spécial du 20 juillet 2015, page 2). Voir aussi la section 1.100. ci-après.

[110] République dominicaine, communication au Groupe spécial du 16 juin 2015, page 1.

[111] République dominicaine, communication au Groupe spécial du 26 juin 2015, paragraphes 22, 27, 32, 39, 42 et 43 (citant Australie, communication au Groupe spécial du 10 novembre 2014, page 2).

[112] Communication du Groupe spécial du 7 septembre 2015, paragraphe 2.21.

[113] Communication du Groupe spécial du 7 septembre 2015, paragraphe 2.22 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, paragraphe 1140).

[114] Communication du Groupe spécial du 7 septembre 2015, paragraphe 2.22 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 147).

[115] Communication du Groupe spécial du 7 septembre 2015, paragraphe 2.23 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *Argentine – Chaussures, textiles et vêtements*, paragraphe 84; et *Canada – Aéronefs*, paragraphe 185).

d'articles publiés ne le dispensait pas, en soi, d'un examen au titre de l'article 13 du Mémorandum d'accord.[116]

1.92. Le Groupe spécial a noté en outre que dans les circonstances particulières de la présente procédure, les études en cause avaient été invoquées par l'Australie pour étayer directement ses arguments selon lesquels les mesures contestées concernant l'emballage neutre du tabac réalisaient leur objectif, et portaient spécifiquement, de diverses manières, sur les effets des mesures, ce qui était une question fortement controversée. Il a fait observer que ces publications étaient destinées spécifiquement à évaluer les effets des mesures TPP contestées, et étaient fondées sur des données recueillies dans le cadre d'enquêtes et de programmes de recherche consacrés à l'étude de la lutte antitabac, y compris des programmes bénéficiant d'un financement public.[117]

1.93. Le Groupe spécial a également noté que le CCV, qui avait répondu à la demande de la République dominicaine au nom des auteurs de la plupart des études en cause et détenait la majeure partie des renseignements demandés, avait été établi par voie législative dans l'État de Victoria en tant qu'organisation sans but lucratif et qu'il faisait rapport au Parlement même s'il n'était pas classé comme une entité publique ou s'il ne relevait pas du service public.[118] Le Groupe spécial a expliqué que la République dominicaine faisait également remarquer, et que l'Australie ne contestait pas, que bon nombre des auteurs des études citées, y compris ceux qui étaient affiliés au CCV, appartenaient à divers organismes qui conseillaient le gouvernement australien en matière de lutte antitabac, y compris sur la législation concernant l'emballage neutre.[119] Enfin, le Groupe spécial a noté que le professeur Fong, l'un des experts mandatés par l'Australie dans les présentes procédures, était le fondateur et chercheur en chef responsable du projet international d'évaluation de la lutte antitabac (projet ITC)[120] et le coauteur de deux études mentionnées dans son rapport d'expert s'appuyant sur des données tirées du projet ITC, visées par certaines des demandes de la République dominicaine.[121] Compte tenu de ce qui précède, le Groupe spécial a conclu que les renseignements à la base de ces études *a priori* n'allaient pas au-delà de ce qu'il pouvait demander dans la présente procédure.[122] Néanmoins, il a aussi noté que le fait qu'il estimait pouvoir demander les renseignements en cause ne signifiait pas nécessairement qu'il devrait le faire. Il a donc examiné plus avant les détails de la demande de la République dominicaine à la lumière des autres considérations qui devraient éclairer sa décision, y compris la

[116] Communication du Groupe spécial du 7 septembre 2015, paragraphe 2.23.

[117] Communication du Groupe spécial du 7 septembre 2015, paragraphes 2.24 et 2.25. Voir l'évaluation en ligne de l'emballage neutre par le Département de la santé (pièce DOM-297), page 1:

> Les 15 articles soumis à un examen par les pairs qui figurent dans le supplément spécial sur la lutte antitabac du British Medical Journal (BMJ) exposent les résultats de la première évaluation détaillée de la législation concernant l'emballage neutre du tabac. Le supplément spécial contient plusieurs études menées par divers auteurs, y compris des articles sur des travaux effectués à la demande du Département: l'enquête nationale mensuelle de suivi, l'évaluation de l'emballage neutre en ce qui concerne les adolescents, et des recherches sur les cigares.

Voir aussi République dominicaine, communication au Groupe spécial du 10 avril 2015, paragraphes 11 et 14. Par exemple, comme plusieurs études l'expliquent, la NPPTS a été financée dans le cadre d'un contrat avec le Département de la santé et du vieillissement australien (DHA). Voir Brennan *et al*. 2015 (pièces AUS-224 et DOM-304), page ii41; Wakefield *et al*. 2015 (pièces AUS 206 et DOM-306), page ii24; et White *et al*. 2015a (pièces AUS-186 et DOM-235), page ii48.

[118] Communication du Groupe spécial du 7 septembre 2015, paragraphe 2.26 (faisant référence à Cancer Council Victoria, "About us: Governance", <http://www.cancervic.org.au/about/governance>, adresse consultée le 2 octobre 2014 (pièce HND-62)).

[119] Communication du Groupe spécial du 7 septembre 2015, paragraphe 2.26 (faisant référence à République dominicaine, communication au Groupe spécial du 10 avril 2015, paragraphe 14 note de bas de page 26).

[120] Communication du Groupe spécial du 7 septembre 2015, paragraphe 2.26 (faisant référence à "Expert Report of G. Fong", 4 March 2014, (rapport Fong) (pièce AUS-14), paragraphe 3 et appendice A).

[121] Communication du Groupe spécial du 7 septembre 2015, paragraphe 2.26 (faisant référence au rapport Fong (pièce AUS-14), appendice D; E. Swift, R. Borland, K. Cummings, G. Fong, A. McNeill, D. Hammond, J. Thrasher, T.R. Partos, and H.H. Yong, "Australian Smokers' Support for Plain or Standardised Packs Before and After Implementation: Findings from the ITC Four Country Survey", *Tobacco Control* (10 November 2014), doi:10.1136/tobaccocontrol-2014-051880 (Swift *et al.*); et H.H. Yong, R. Borland, D. Hammond, J. Thrasher, K. Cummings, and G. Fong, "Smokers' Reactions to the New Larger Health Warning Labels on Plain Cigarette Packs in Australia: Findings from the ITC Australia Project", *Tobacco Control* (19 February 2015), doi:10.1136/tobaccocontrol-2014-05197, (Yong *et al.*)).

[122] Communication du Groupe spécial du 7 septembre 2015, paragraphe 2.27.

pertinence des renseignements spécifiques en cause, la régularité de la procédure, la question de savoir qui détenait les renseignements et les raisons pour lesquelles ils n'avaient pas été fournis. Le Groupe spécial était également conscient du fait que, dans ce contexte, le bon déroulement de la procédure devrait aussi prendre dûment en compte la nécessité d'assurer, conformément aux objectifs du Mémorandum d'accord, le règlement rapide des différends.[123]

1.94. Le Groupe spécial a conclu que la fourniture de certains des renseignements demandés par la République dominicaine concernant les études invoquées par l'Australie dans sa première communication écrite serait appropriée en vue de ménager à la République dominicaine et aux autres parties plaignantes une véritable possibilité de formuler des observations sur les arguments et éléments de preuve avancés par l'Australie, ce qui contribuerait à assurer la régularité de la procédure et la capacité du Groupe spécial de procéder à une évaluation objective de la question dont il était saisi conformément à l'article 11 du Mémorandum d'accord.[124]

1.95. Le Groupe spécial a également noté les efforts déployés par la République dominicaine pour obtenir ces renseignements directement auprès des personnes et des organismes qui les détenaient, et les raisons pour lesquelles le CCV s'était abstenu de les fournir, y compris: a) les charges et les complications indues qui, selon le CCV, résulteraient pour lui de la fourniture de renseignements détaillés sur la NTPPTS et la VSHS; b) l'opportunité de divulguer, aux fins de la présente procédure, toute donnée concernant les enquêtes transversales en milieu scolaire, compte tenu de ses obligations juridiques, éthiques et autres à l'égard des parties intéressées; et c) la viabilité future des enquêtes en milieu scolaire.[125]

1.96. Le Groupe spécial n'a pas contesté l'évaluation du CCV quant aux difficultés juridiques, pratiques ou autres que celui-ci rencontrerait en fournissant certains des renseignements additionnels en cause aux fins de la présente procédure. Néanmoins, s'agissant de certains des renseignements en cause, il a jugé approprié de faire "confirmer à nouveau dans quelle mesure des moyens raisonnables, grâce auxquels des renseignements additionnels pourraient être fournis, seraient disponibles sous une forme qui pourrait faciliter le déroulement de la présente procédure sans compromettre les intérêts exprimés par le CCV (et les intérêts potentiels semblables du CCQ, s'ils [étaient] pertinents)".[126]

1.97. Le Groupe spécial a aussi cru comprendre que l'Australie ne détenait aucune donnée et aucun renseignement qui n'avaient pas déjà été fournis à la République dominicaine ainsi qu'au Groupe spécial et aux autres parties.[127] Eu égard à ce contexte, il a jugé approprié de demander, conformément à l'article 13:1 du Mémorandum d'accord, à nouveau la collaboration du CCV et du CCQ, en tant que détenteurs des renseignements pertinents, dans la mesure où cela était réalisable et compatible avec leurs obligations juridiques et autres.[128] Le Groupe spécial escomptait aussi que l'Australie, en tant que partie invoquant les études en cause, dont certaines avaient été effectuées à la demande de son propre Département de la santé, collaborerait activement avec le CCV et le CCQ pour faciliter l'établissement des faits pertinents[129] et faire en sorte que les renseignements pertinents à la base de ses propres arguments puissent être présentés rapidement, et dans toute la mesure du possible, dans la présente procédure.[130]

---

[123] Communication du Groupe spécial du 7 septembre 2015, paragraphe 2.27 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, paragraphe 1140).

[124] Communication du Groupe spécial du 7 septembre 2015, paragraphe 2.63.

[125] Communication du Groupe spécial du 7 septembre 2015, paragraphe 2.65.

[126] Communication du Groupe spécial du 7 septembre 2015, paragraphe 2.66.

[127] Communication du Groupe spécial du 7 septembre 2015, paragraphe 2.67 (faisant référence à Australie, communication au Groupe spécial du 16 juin 2015).

[128] Communication du Groupe spécial du 7 septembre 2015, paragraphe 2.68. Voir aussi les communications du Groupe spécial du 9 septembre 2015 adressées au CCV et au CCQ, respectivement.

[129] Communication du Groupe spécial du 7 septembre 2015, paragraphe 2.69 (notant que le site Web du Département australien de la santé indique que les demandes d'accès aux données rassemblées dans la NTPPTS peuvent être envoyées à l'adresse électronique du Département de la santé, tobacco.control@health.gov.au, et faisant référence à l'évaluation en ligne de l'emballage neutre par le Département de la santé (pièce DOM-297)).

[130] Communication du Groupe spécial du 7 septembre 2015, paragraphe 2.69 (citant, dans une note de bas de page, la déclaration de l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Aéronefs* au paragraphe 197 de son rapport selon laquelle "un groupe spécial a un vaste pouvoir juridique pour ce qui est de demander des renseignements à un Membre qui est partie à un différend, et … cette partie a le devoir juridique de fournir ces renseignements").

1.98. Enfin, eu égard au volume considérable d'éléments de preuve déjà échangés et gardant à l'esprit les délais déjà inhabituellement longs dans la présente procédure de groupe spécial, le Groupe spécial a rappelé à toutes les parties que, conformément à l'article 12:2 du Mémorandum d'accord, la procédure des groupes spéciaux "devrait offrir une flexibilité suffisante pour que les rapports des groupes spéciaux soient de haute qualité, sans toutefois retarder indûment les travaux de ces derniers". Il a jugé important qu'à ce stade de la procédure, tout autre échange d'éléments de preuve ait lieu aussi promptement que possible, dans l'intérêt d'un règlement rapide des présents différends conformément à l'article 3:3 du Mémorandum d'accord.[131]

1.99. Le 24 septembre 2015, le CCQ a informé le Groupe spécial que les données demandées provenant des enquêtes en milieu scolaire ne pouvaient pas être présentées sous une forme désidentifiable, et qu'il était donc dans l'impossibilité de les communiquer en raison d'accords juridiques et éthiques contraignants.

1.100. Le 25 septembre 2015, le CCV a informé le Groupe spécial qu'il était en mesure de fournir certains renseignements demandés sur la NPPTS, mais qu'il ne pouvait pas fournir les renseignements demandés sur la VHSS du fait de contraintes en matière de financement. Le CCV a indiqué qu'il ne pouvait pas non plus fournir les renseignements demandés sur les enquêtes en milieu scolaire en raison des engagements pris envers les écoles, les élèves et les parents participants, et de la crainte que la communication des renseignements ne compromette sa capacité d'effectuer de futures enquêtes.

1.6.7.3.3 Demandes de données additionnelles

1.101. Le 2 juin 2015, l'Australie a demandé que le Groupe spécial exerce son pouvoir, au titre de l'article 13 du Mémorandum d'accord, de demander certains renseignements concernant un rapport établi par le professeur List (rapport List) et présenté en tant que pièce par la République dominicaine et l'Indonésie à la première réunion de fond avec les parties.[132] Le 5 juin 2015, la République dominicaine a indiqué qu'elle fournirait volontairement les données et les codes à la base du rapport, y compris les calculs du professeur List établis sur la base du "document informel Klick".[133] Elle a aussi déclaré que les données à la base du document informel Klick étaient déjà détenues par l'Australie, et qu'elle n'était pas en mesure de communiquer elle-même ce document car elle n'avait pas de "relation directe" avec le professeur Klick.[134] Le Groupe spécial a invité les parties à poursuivre les discussions bilatérales sur cette question et à revenir vers lui au cas où elles ne pourraient pas se mettre d'accord.[135] Les parties se sont réunies le 8 juin 2015.[136]

1.102. Le 19 juin 2015, l'Australie a noté qu'elle attendait les données et la documentation complémentaire à la base du rapport List, et a réitéré sa demande concernant le document informel Klick dans une lettre adressée à la République dominicaine. Le même jour, la République dominicaine a expliqué que le professeur List n'avait pas de droit de regard sur le document informel Klick et qu'il serait inapproprié qu'il en dispose en le communiquant à des tierces parties. Elle a toutefois fourni certaines autres données demandées par l'Australie provenant du rapport List (y compris les détails des calculs pour lesquels le professeur List s'était appuyé sur le

[131] Communication du Groupe spécial du 7 septembre 2015, paragraphe 2.70. Le Groupe spécial a aussi appelé l'attention des parties sur le fait que, comme l'Organe d'appel l'avait relevé, l'effort fait par un groupe spécial pour protéger la régularité de la procédure devait prendre en compte plusieurs considérations, qui pouvaient comprendre "la nécessité pour un groupe spécial, dans la recherche d'un règlement rapide du différend, d'exercer un contrôle sur la procédure afin de mettre un terme au va-et-vient des éléments de preuve contradictoires présentés par les parties". Rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 155.

[132] J. List, "A Consideration of the Empirical Evidence on the Effects of Australia's Tobacco Plain Packaging Legislation", 1 June 2015, (rapport List) (pièce DOM/IDN-1).

[133] Le document informel Klick est un projet de réponse à une critique concernant le rapport initial du professeur Klick, qui a été présenté par l'Ukraine en tant que pièce UKR-5. Le Groupe spécial a suspendu ses travaux dans l'affaire DS434 à la demande de l'Ukraine avant que le professeur Klick ait achevé sa réponse mais après qu'il avait, en sa qualité d'expert de l'Ukraine, communiqué son projet au professeur List. Voir Honduras, communication au Groupe spécial du 19 juin 2015, page 1; et République dominicaine, communication au Groupe spécial du 19 juin 2015, page 1.

[134] Première réunion de fond, 5 juin 2015.

[135] Première réunion de fond, 5 juin 2015.

[136] Voir République dominicaine, communication au Groupe spécial du 19 juin 2015, page 1; et Australie, communication au Groupe spécial du 2 juillet 2015, page 3.

document informel Klick).[137] Le 19 juin 2015 également, le Honduras a informé le Groupe spécial que le document informel Klick, à l'état de projet lorsqu'il avait été communiqué au professeur List et utilisé par celui-ci, était en cours d'achèvement et serait présenté en tant que pièce du Honduras dans ses réponses aux questions le 8 juillet 2015.

1.103. L'Australie a répondu qu'elle avait besoin de la "*version spécifique du document informel du professeur Klick qui était utilisée et mentionnée par le professeur List* dans son rapport", et a demandé que le Groupe spécial exerce son pouvoir, au titre de l'article 13 du Mémorandum d'accord, de la demander à la République dominicaine ou, à titre subsidiaire, au Honduras.[138] Le 8 juillet 2015, le Honduras a présenté un nouveau rapport rédigé par le professeur Klick, ainsi que les données et les codes connexes utilisés pour l'élaborer.[139]

1.104. Le 7 septembre 2015[140], le Groupe spécial a noté qu'à la suite des échanges décrits plus haut, il croyait comprendre qu'il avait été donné suite à la demande de l'Australie concernant les données à la base du rapport List.[141] Quant au document informel Klick, il croyait comprendre que le document présenté par le Honduras le 8 juillet 2015 était destiné à répondre à cette demande.[142] Le 14 septembre 2015, la République dominicaine et le Honduras ont confirmé que la totalité des données demandées et de l'analyse utilisées dans le rapport et l'exposé du professeur List avaient été communiquées à l'Australie.

1.105. Le 20 juillet 2015, l'Australie a demandé à la République dominicaine de fournir les données, les codes informatiques et le langage de programmation qui étaient à la base de deux graphiques contenus dans la réponse de la République dominicaine à la question n° 8 du Groupe spécial.[143] Les parties ont eu ensuite plusieurs autres échanges au sujet de ces renseignements.[144] Le 4 septembre 2015, la République dominicaine a indiqué que l'Australie disposait de toutes les données nécessaires pour vérifier la conclusion établie dans la réponse à la question n° 8 du Groupe spécial.

1.106. Le 30 septembre 2015, l'Australie a demandé au Honduras de fournir les données complémentaires et le codage utilisés par le professeur Neven pour élaborer son contre-rapport, qui avait été présenté par le Honduras dans le cadre de sa deuxième communication écrite.[145] Le 1er octobre 2015, le Honduras a fourni la documentation demandée.[146]

1.107. Le 7 octobre 2015, l'Australie a demandé que le Honduras fournisse toute la documentation complémentaire accompagnant le contre-rapport supplémentaire du professeur Klick[147] , présenté par le Honduras conjointement avec sa deuxième communication écrite. Selon l'Australie, la documentation complémentaire fournie était incomplète et, en particulier, ne contenait pas les données non traitées initiales, les métadonnées ou les fichiers de programmes sur lesquels les analyses du professeur Klick étaient fondées. Le 9 octobre 2015, le Honduras a fourni la documentation demandée.[148]

1.108. Le 13 novembre 2015, la République dominicaine a demandé à l'Australie de fournir des données complémentaires additionnelles en ce qui concerne un rapport rédigé par le professeur

[137] Voir République dominicaine, communication au Groupe spécial du 19 juin 2015; et la pièce DOM/IDN-1.A (RSC).
[138] Australie, communication au Groupe spécial du 2 juillet 2015, page 2. (italique dans l'original)
[139] Contre-rapport Klick (pièce HND-118).
[140] Voir plus haut les paragraphes 1.87. à 1.98.
[141] Communication du Groupe spécial du 7 septembre 2015, paragraphe 1.13.
[142] Communication du Groupe spécial du 7 septembre 2015, paragraphe 1.13.
[143] Australie, communication à la République dominicaine du 20 juillet 2015, page 2.
[144] Australie, communication à la République dominicaine du 20 juillet 2015, page 2; République dominicaine, communication au Groupe spécial du 13 août 2015; Australie, communication à la République dominicaine du 14 août 2015; République dominicaine, communication au Groupe spécial du 21 août 2015; communication au Groupe spécial du 28 août 2015; Australie, communication au Groupe spécial du 24 août 2015; République dominicaine, communication au Groupe spécial du 28 août 2015; Australie, communication au Groupe spécial du 31 août 2015; et République dominicaine, communication au Groupe spécial du 4 septembre 2015.
[145] D. Neven, "The effect of plain packaging regulation on competition and tobacco consumption: a Response to Professor Katz's report", 16 September 2015, (contre-rapport Neven) (pièce HND-123).
[146] Voir les pièces HND-123(1) et HND-123(2) (RSC).
[147] Contre-rapport Klick supplémentaire (pièce HND-122).
[148] Voir les pièces HND-122(i) et HND-122(ae) (RSC).

Chaloupka et présenté par l'Australie à la deuxième réunion de fond.[149] L'Australie a fourni ces renseignements le 18 novembre 2015.[150]

1.109. Le 14 janvier 2016, l'Australie a demandé que le Honduras fournisse les données complémentaires qui étaient à la base des calculs contenus dans un rapport du professeur Klick présenté par le Honduras avec ses réponses aux questions après la deuxième réunion de fond.[151] Le 15 janvier 2016, le Honduras a fourni les données complémentaires pertinentes.[152]

1.6.8 Éléments de preuve et arguments présentés à la suite des observations sur les réponses aux questions après la deuxième réunion de fond

1.6.8.1 Observations additionnelles sur le troisième contre-rapport de Mme Chipty

1.110. Le 17 février 2016, la République dominicaine a adressé une communication au Groupe spécial au sujet de certaines questions relatives à la régularité de la procédure dont elle alléguait qu'elles découlaient des nouvelles données communiquées par l'Australie dans le contexte de ses observations sur les réponses aux questions après la deuxième réunion de fond. Elle estimait qu'"il y a[vait] de nombreuses observations qui pourraient désormais être formulées au sujet des nouveaux arguments et éléments de preuve de l'Australie". Elle a indiqué, "à titre d'exemple", une question spécifique concernant un rapport d'expert de Mme Chipty[153] communiqué par l'Australie avec ses observations finales sur les réponses aux questions du Groupe spécial. La République dominicaine a invité le Groupe spécial à "prendre des mesures appropriées, selon qu'il le juge[ait] bon, pour faire en sorte que les intérêts des parties en matière de régularité de la procédure soient respectés".[154] L'Australie a estimé qu'il était "totalement inapproprié que la République dominicaine présente des contre-arguments additionnels" après la conclusion de l'échange final d'arguments et d'éléments de preuve, et qu'il conviendrait que le Groupe spécial les juge irrecevables. Si le Groupe spécial devait considérer que les observations additionnelles de la République dominicaine étaient recevables, l'Australie demandait d'avoir la possibilité de présenter une réponse limitée aux critiques spécifiques formulées au sujet du rapport de Mme Chipty, eu égard à ses intérêts en matière de régularité de la procédure.[155]

1.111. Le 2 mars 2016, le Groupe spécial a adressé une communication aux parties dans laquelle il notait que la présentation d'éléments de preuve à ce stade de la procédure ne relevait pas de la première phrase du paragraphe 8 de ses procédures de travail, et qu'il pouvait examiner des éléments de preuve déposés par les parties hors du contexte de la première phrase du paragraphe 8 "sur exposé de raisons valables". Il a fait observer en outre que les deux parties avaient fait référence à leurs intérêts en matière de régularité de la procédure sur ce point, et qu'il examinerait donc la marche à suivre appropriée compte tenu de ces préoccupations concernant la régularité de la procédure, ainsi que d'autres facteurs pertinents.

1.112. Le Groupe spécial a noté que son calendrier allait déjà bien au-delà de ce qui était envisagé dans le Mémorandum d'accord et que, bien que ce calendrier ait été adopté compte tenu des demandes de toutes les parties aux présents différends, l'obligation d'assurer un ""règlement rapide" des présents différends qui ne soit pas "retard[é] indûment"" incitait à mettre un terme à l'échange d'arguments et d'éléments de preuve.[156] Il a noté en outre qu'un nombre considérable d'arguments et d'éléments de preuve avaient déjà été échangés au sujet de la validité des divers rapports d'experts, et qu'un groupe spécial, dans la recherche d'un règlement rapide du différend, devait ""exercer un contrôle sur la procédure afin de mettre un terme au va-et-vient des éléments de preuve contradictoires présentés par les parties"".[157] Enfin, le Groupe spécial a noté que la

[149] Contre-rapport Chaloupka (pièce AUS-582).
[150] Voir la pièce AUS-582.A.
[151] Troisième contre-rapport Klick supplémentaire (pièce HND-166).
[152] Voir la pièce HND-166(n) (RSC).
[153] Voir T. Chipty, "Third Rebuttal Report of Dr. Tasneem Chipty", 1 February 2016 (troisième contre-rapport Chipty) (pièce AUS-605).
[154] République dominicaine, communication au Groupe spécial du 17 février 2016, pages 1 à 3.
[155] Australie, communication au Groupe spécial du 19 février 2016.
[156] Communication du Groupe spécial du 2 mars 2016, page 3 (citant les articles 3:3 et 12:2 du Mémorandum d'accord et le rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 150).
[157] Communication du Groupe spécial du 2 mars 2016, page 3 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 155).

République dominicaine n'avait pas demandé d'avoir la possibilité de formuler des observations sur le rapport de Mme Chipty, mais avait néanmoins indiqué certaines critiques à son sujet.

1.113. Le Groupe spécial a décidé d'accepter les observations de la République dominicaine concernant les critiques spécifiques indiquées expressément dans sa communication du 17 février 2016, et a demandé à la République dominicaine de fournir les résultats mentionnés dans cette communication. La possibilité a été ménagée à l'Australie (et aux autres plaignants, uniquement si cela est nécessaire) de formuler des observations portant uniquement sur les critiques spécifiques indiquées dans la communication de la République dominicaine. Le Groupe spécial a souligné la portée très limitée de cette possibilité de formuler d'autres observations, notant que le volume des éléments de preuve déjà fournis par les parties et la nécessité impérative de mettre un terme à la présente procédure étaient tels qu'il examinerait d'autres demandes de ce type uniquement dans des circonstances très exceptionnelles.[158]

1.114. Le 4 mars 2016, la République dominicaine a fourni les renseignements demandés. Le 16 mars 2016, l'Australie a formulé des observations.

1.6.8.2 Observations additionnelles sur l'examen après mise en œuvre effectué par l'Australie

1.115. Le 26 février 2016, l'Australie a présenté un document contenant un examen après mise en œuvre de ses mesures concernant l'emballage neutre du tabac, comme il était prévu dans sa réponse à la question n° 149 du Groupe spécial.[159] Dans ses observations sur les réponses de l'Australie aux questions, le Honduras avait demandé de pouvoir formuler des observations sur ce document "dans le cas et au moment où il serait communiqué au Groupe spécial et aux parties".[160] Le Groupe spécial est convenu qu'il était approprié de ménager au Honduras et aux autres plaignants la possibilité de formuler des observations sur ce document présenté dernièrement, et il a invité les plaignants à communiquer des observations pour le 21 mars 2016.[161] Les plaignants ont présenté des observations le 21 mars 2016. Le 22 mars 2016, l'Australie a indiqué qu'elle ne cherchait pas à prolonger davantage la procédure écrite en demandant le droit de répondre aux observations des plaignants, mais que son silence sur cette question ne devrait en aucune manière être interprété comme son acceptation des arguments des plaignants.

2 ASPECTS FACTUELS

2.1. Dans la présente section, le Groupe spécial décrira les mesures en cause (section 2.1) ainsi que des éléments du contexte réglementaire, national et international, dans lequel elles ont été adoptées et sont maintenues, y compris d'autres mesures liées à la lutte antitabac en Australie (section 2.2), le cadre général pour la protection des marques[162] et des indications géographiques (IG) en Australie (section 2.3), d'autres mesures (section 2.2.5) et la FCTC (section 2.4).[163]

2.1 Mesures en cause

2.2. Les mesures en cause dans les présentes procédures sont les suivantes:

a. la *Loi de 2011 sur l'emballage neutre du tabac* (Cth)[164] (Loi TPP);

[158] Communication du Groupe spécial du 2 mars 2016, page 3.
[159] Voir examen après mise en œuvre concernant l'emballage neutre du tabac (pièce AUS-624).
[160] Honduras, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 149 du Groupe spécial.
[161] Communication du Groupe spécial du 2 mars 2016, page 3.
[162] Conformément aux termes de l'Accord sur les ADPIC, nous traitons le mot "trademark(s)" (marque(s)) comme étant constitué d'un seul mot tout au long des présents rapports, sauf lorsque nous citons des documents mentionnant les mots "trade mark(s)" (également traduits par marque(s) en français).
[163] Les parties sont en désaccord sur un certain nombre de questions de fait. Dans la mesure où il sera nécessaire que le Groupe spécial examine les questions de fait faisant l'objet d'un désaccord, il le fera dans ses constatations.
[164] *Tobacco Plain Packaging Act 2011* (Cth) (Loi TPP) (pièces AUS-1, JE-1). La mention "(Cth)" indique que la législation a été adoptée au niveau du Commonwealth. La législation des États ou des territoires comporte une mention équivalente, selon l'État ou le territoire en question, qui sera indiquée, le cas échéant. Dans les présents rapports, les références au gouvernement australien ou au gouvernement du Commonwealth

b. le *Règlement de 2011 sur l'emballage neutre du tabac* (Cth), modifié par le *Règlement de 2012 portant modification du Règlement sur l'emballage neutre du tabac (n° 1)* (Cth)[165] (Règlement TPP); et

c. la *Loi de 2011 portant modification de la Loi sur les marques (emballage neutre du tabac)* (Cth)[166] (Loi TMA).

2.3. Outre les mesures susmentionnées, les plaignants ont indiqué, dans leurs demandes d'établissement d'un groupe spécial, que les mesures en cause incluaient également des instruments additionnels décrits, respectivement, comme étant:

a. "tous modifications, prorogations, instruments connexes ou pratiques" (Honduras)[167]; et

b. "[t]outes mesures connexes adoptées par l'Australie, y compris les mesures qui mettent en œuvre, complètent ou renforcent ces lois et règlements, ainsi que toutes mesures qui modifient ou remplacent ces lois et règlements" (République dominicaine, Cuba et Indonésie).[168]

2.4. Comme il est expliqué plus haut dans la section 1.6.2, le Groupe spécial a estimé dans ses décisions préliminaires que ces références figurant dans les demandes d'établissement d'un groupe spécial présentées par la République dominicaine, Cuba et l'Indonésie n'étaient "pas, à première vue, incompatibles avec la prescription de l'article 6:2 du Mémorandum d'accord qui impos[ait] d'indiquer les mesures spécifiques en cause". Toutefois, nous nous sommes réservés le droit d'évaluer si une mesure particulière (outre celles qui sont énumérées expressément dans le paragraphe 2.2 plus haut), susceptible d'être invoquée sur la base de ce libellé pendant la procédure, serait ou non visée par ces références et, par conséquent, relèverait ou non de notre mandat.[169]

2.5. Pendant la procédure, aucun des plaignants n'a demandé de décisions concernant des mesures additionnelles correspondant aux descriptions citées plus haut. Nous considérons donc que les mesures en cause dans la présente procédure sont celles qui sont énumérées au paragraphe 2.2. Le Groupe spécial emploiera ci-après l'expression "mesures TPP" pour désigner ces instruments considérés conjointement.[170]

---

désignent le gouvernement au niveau fédéral. Les références à la législation adoptée au niveau des États et des territoires sont spécifiées, le cas échéant.

[165] *Tobacco Plain Packaging Regulations 2011* (Cth), as amended by the *Tobacco Plain Packaging Amendment Regulation 2012 (No. 1)* (Cth) (Règlement TPP) (pièces AUS-3, JE-2).

[166] *Trade Marks Amendment (Tobacco Plain Packaging) Act 2011* (Cth) (Loi TMA) (pièces AUS-4, JE-3).

[167] WT/DS435/16, page 2.

[168] Respectivement, WT/DS441/15, page 2; WT/DS458/14, page 1; et WT/DS467/15, page 2.

[169] Nous considérons que la même remarque s'applique à la référence à "tous modifications, prorogations, instruments connexes ou pratiques" figurant dans la demande d'établissement d'un groupe spécial du Honduras, qui n'a pas fait l'objet d'une demande de décision préliminaire présentée par l'Australie.

[170] Nous notons que les parties ont employé des termes différents pour désigner collectivement les mesures en cause. Voir, par exemple, Honduras, première communication écrite, paragraphes 81 et 847 (utilisant, respectivement, les expressions "plain packaging measures" (mesures concernant l'emballage neutre) et "PP measures" (mesures PP)); République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 161 (indiquant que la République dominicaine désigne les mesures prises "individuellement et collectivement" par les expressions "plain packaging" (mesures concernant l'emballage neutre) ou ""PP" measures (mesures "PP")"); Cuba, première communication écrite, paragraphe 40 (indiquant que Cuba désigne collectivement les instruments comme étant les "mesures PP"); Indonésie, première communication écrite, paragraphe 23 (employant l'expression "mesures PP", sans indiquer si cet intitulé désigne des mesures individuelles); et Australie, première communication écrite, paragraphe 3 (employant l'expression "mesure concernant l'emballage neutre du tabac").

L'emploi de l'expression "les mesures TPP" au pluriel n'est pas censé indiquer que le Groupe spécial estime que ces trois instruments juridiques constituent des mesures distinctes qui devraient être considérées séparément aux fins de son analyse des allégations qui lui ont été présentées. Comme il est décrit dans les observations de l'Organe d'appel citées plus loin au paragraphe 7.180, le point de savoir si des instruments juridiques distincts devraient être traités comme une "mesure unique" ou comme des mesures séparées aux fins de leur analyse dépendra de l'allégation en cause et de la façon dont le Groupe spécial jugera qu'il est plus approprié d'examiner cette allégation.

2.1.1 Élaboration, adoption et entrée en vigueur des mesures TPP

2.6. Le processus législatif ayant abouti à l'adoption des mesures TPP a commencé en 2008, avec l'établissement de l'Équipe spéciale nationale sur la santé préventive (NPHT).[171] La NPHT était chargée d'élaborer une "stratégie nationale sur la santé préventive", en vue de "proposer un plan pour lutter contre la charge des maladies chroniques désormais imputables à l'obésité, au tabac et à la consommation excessive d'alcool".[172] Par ailleurs, un groupe de travail du tabac a été créé.[173] En 2009, la NPHT a publié un document de travail, assorti d'un rapport technique du Groupe de travail du tabac qui recommandait un éventail de mesures.[174]

2.7. En septembre 2009, la NPHT a publié son rapport final, intitulé "*Australia: the healthiest country by 2020 – National Preventive Health Strategy – The Roadmap for Action*" (L'Australie, pays le plus sain d'ici 2020 – Stratégie nationale sur la santé préventive – Plan d'action).[175] Pour la lutte antitabac, ce rapport identifiait onze "domaines d'action clés": "rendre les produits du tabac beaucoup plus chers"; "accroître la fréquence, la portée et l'intensité des campagnes de marketing social"; "éliminer toutes les formes restantes de publicité et de promotion des produits du tabac" (y compris une "action" spécifique pour "éliminer la promotion des produits du tabac au moyen d'un emballage distinctif")[176]; "éliminer l'exposition au tabagisme passif dans les lieux publics"; "réglementer la fabrication et renforcer la réglementation visant l'emballage et l'offre des produits du tabac"; "veiller à ce que tous les fumeurs en contact avec les services de santé soient encouragés à arrêter de fumer et aidés à cette fin …"; "redoubler d'efforts pour réduire le tabagisme et l'exposition au tabagisme passif parmi les Australiens autochtones"; "redoubler d'efforts pour décourager le tabagisme dans d'autres groupes très défavorisés de la population"; "aider les parents et les éducateurs à décourager la consommation de tabac et à protéger les jeunes du tabagisme passif"; "faire en sorte que le public, les médias, les politiciens et d'autres leaders d'opinion demeurent conscients de la nécessité d'une action durable et énergique pour décourager la consommation de tabac"; et "assurer la mise en œuvre et mesurer les progrès accomplis par rapport aux objectifs".[177]

2.8. Le 29 avril 2010, le gouvernement australien a annoncé quatre mesures pour "donner suite [aux] recommandations de la [NPHT]"[178], qu'il indiquait comme suit: majoration de 25% des droits d'accise sur le tabac[179] ; législation imposant que "toutes les cigarettes … soient vendues dans un emballage neutre d'ici le 1er juillet 2012"; restrictions à la publicité australienne des produits du tabac sur Internet; et dépenses supplémentaires pour les campagnes antitabac.[180] En mai 2010, le gouvernement australien a publié une réponse au rapport final de la NPHT, dans laquelle il donnait des précisions sur ces quatre mesures.[181]

---

[171] Entre 1994 et 1995, le Comité du Sénat australien chargé de l'examen des affaires communautaires a tenu des débats et audiences et examiné des communications au sujet de diverses questions relatives au tabac, en particulier le niveau de réglementation des produits du tabac à l'époque. Des communications ont été reçues au sujet de la possibilité d'introduire l'"emballage neutre ou générique". Dans son rapport final, le Comité du Sénat a recommandé "de mener des recherches additionnelles sur l'efficacité de l'emballage générique des produits du tabac comme moyen de remédier aux problèmes de tabagisme chez les jeunes". Australian Parliament, Senate Community Affairs References Committee, *The Tobacco Industry and the Costs of Tobacco-Related Illness*, (15 December 1995) (pièce DOM-49), pages 68 à 71.

[172] Mandat de la NPHT (pièces HND-2, DOM-50).

[173] Australie, première communication écrite, paragraphe 115.

[174] Rapport technique de la NPHT (pièces AUS-52, JE-12), pages vii à ix. Les mesures recommandées étaient classées comme suit: "mesures fiscales qui réduiraient l'abordabilité des produits du tabac"; "réformes législatives pour remédier aux lacunes actuelles de la réglementation du tabac" (y compris "prescrire l'emballage neutre des cigarettes" et augmenter la taille requise des mises en garde sanitaires explicites); "mesures concernant les dépenses"; "lutte antitabac auprès des populations autochtones"; "autres initiatives pour réduire les disparités sociales en matière de tabagisme"; "interventions du système de santé"; "redynamisation de la stratégie nationale australienne concernant le tabac"; et "évolution à l'étranger".

[175] Plan d'action de la NPHT (pièces AUS-67, JE-14).

[176] Plan d'action de la NPHT pièces AUS-67, JE-14), page 182.

[177] Plan d'action de la NPHT (pièces AUS-67, JE-14), page 174.

[178] Premier Ministre Rudd, Anti-Smoking Action Media Release (Communiqué de presse sur l'action contre le tabagisme) (pièces AUS-115, HND-4, DOM-52).

[179] Voir plus loin la section 2.2.3.

[180] Premier Ministre Rudd, Communiqué de presse sur l'action contre le tabagisme (pièces AUS-115, HND-4, DOM-52).

[181] Réponse au Plan d'action de la NPHT (pièces AUS-116, JE-15), pages 61 à 85.

2.9. Le 7 avril 2011, le gouvernement australien a publié un exposé-sondage concernant le projet de loi de 2011 sur l'emballage neutre du tabac (Cth) (projet de loi TPP) pour des consultations publiques qui ont duré jusqu'au 6 juin 2011.[182] Le projet de loi TPP et le projet de loi de 2011 portant modification de la Loi sur les marques (emballage neutre du tabac) (Cth) (projet de loi TMA)[183] ont été adoptés par le Parlement en novembre 2011 et ont reçu la sanction royale le 1er décembre 2011, devenant ainsi, respectivement, la Loi TPP et la Loi TMA.[184] Le Règlement TPP a été adopté le 7 décembre 2011 et modifié le 8 mars 2012.[185] Comme il est indiqué plus haut[186], considérés conjointement, la Loi TPP, la Loi TMA et le Règlement TPP constituent les mesures TPP en cause dans les présents différends.

2.10. À partir du 1er octobre 2012, les produits du tabac fabriqués ou emballés en Australie pour la consommation intérieure devaient être conformes aux mesures TPP. À compter du 1er décembre 2012, tous les produits du tabac vendus, mis en vente, ou fournis d'une autre manière en Australie devaient être conformes aux mesures TPP.[187]

2.1.2 Mesures TPP

2.1.2.1 Introduction

2.11. La Loi TPP est, selon ses propres termes, "[u]ne Loi visant à décourager la consommation de produits du tabac, et des fins connexes". Un exposé simplifié figurant dans la Loi la décrit comme suit:

- La présente loi réglemente l'emballage pour la vente au détail et l'apparence des produits du tabac afin:

  a) d'améliorer la santé publique; et

  b) de donner effet à certaines obligations énoncées dans la Convention pour la lutte antitabac.

- La partie 2 du chapitre 2 énonce les prescriptions concernant l'emballage pour la vente au détail et l'apparence des produits du tabac. (En cas d'acquisition de biens autrement que dans des conditions équitables, les règlements établis en vertu de l'article 15 pourraient aussi énoncer des prescriptions.)

- L'emballage pour la vente au détail et l'apparence des produits du tabac doivent être conformes aux prescriptions de la présente loi.

---

[182] Exposure Draft, *Tobacco Plain Packaging Bill 2011* (Cth) (7 April 2011) (pièce JE-9). Ce document a été publié avec un document de consultation. Voir Australian Department of Health and Ageing, "Consultation Paper: Tobacco Plain Packaging Bill 2011 Exposure Draft", 7 April 2011 (pièces AUS-120, JE-10).

[183] Projet de loi TMA (pièces AUS-6, JE-4).

[184] Loi TPP (pièces JE-1, AUS-1); Loi TMA (pièces AUS-4, JE-3). Les projets de loi TPP ont aussi été notifiés au Comité OTC. Voir Organisation mondiale du commerce, Notification de l'Australie au Comité des obstacles techniques au commerce, G/TBT/N/AUS/67 (8 avril 2011) (pièce AUS-130).

[185] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2). La modification du Règlement TPP a été adoptée le 8 mars 2012. Voir *Tobacco Plain Packaging Amendment Regulations 2012 (No. 1)* (Cth) (pièce AUS-125). Le "but du règlement est de modifier le Règlement principal pour en étendre l'application aux produits du tabac autres que les cigarettes et imposer des prescriptions spécifiques concernant l'emballage pour la vente au détail et l'apparence des produits du tabac autres que les cigarettes". Explanatory Statement to the *Tobacco Plain Packaging Amendment Regulation 2012 (No. 1)* (Cth), (déclaration explicative concernant le Règlement TPPA) (pièce JE-22).

[186] Voir plus haut la section 2.1.

[187] Australie, première communication écrite, paragraphe 123. L'article 2 de la Loi TPP précise la date d'entrée en vigueur de chaque disposition à partir du 1er décembre 2011, les dernières dispositions prenant effet le 1er décembre 2012. Le Règlement TPP a pris effet le 1er octobre 2012. Voir le Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 1.1.2; et Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 9.

- Des infractions et des sanctions civiles sont applicables si la fourniture, l'achat ou la fabrication ou l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac, ou les produits eux-mêmes, ne sont pas conformes aux prescriptions.[188]

2.12. L'expression "produit du tabac" est définie dans la Loi TPP comme signifiant "tabac transformé, ou tout produit contenant du tabac" qui est "fabriqué pour être utilisé comme tabac à fumer, à sucer, à chiquer ou à priser" et qui "n'est pas inscrit au Registre australien des produits thérapeutiques tenu en application de la *Loi de 1989 sur les produits thérapeutiques*".[189] Cette définition englobe non seulement les cigarettes, mais aussi les produits "autres que les cigarettes", comme les cigares, les petits cigares (aussi appelés "cigarillos") et les bidis.[190] Dans la mesure où certains des produits visés par cette définition peuvent être prohibés en Australie, soit par le Commonwealth soit par les États et les territoires, la Loi TPP n'a pas d'incidence sur leur légalité.[191]

2.13. Le projet de loi TPP et le projet de loi TMA étaient assortis d'exposés des motifs.[192] Ce sont des "documents qui aident les membres du Parlement, les fonctionnaires et le public à comprendre les objectifs et le fonctionnement détaillé des clauses d'un projet de loi".[193] En Australie, un exposé des motifs peut aussi servir de "document extrinsèque" pouvant être utilisé pour faciliter l'interprétation judiciaire des lois.[194] Le Règlement TPP était accompagné d'un document analogue, une déclaration explicative, qui peut également servir d'élément extrinsèque pour faciliter l'interprétation judiciaire.[195]

2.14. L'article 109 de la Loi TPP dispose que "[l]e gouverneur général peut établir un règlement régissant les questions: a) qui doivent ou peuvent être prescrites par la présente loi; ou b) qu'il est nécessaire ou utile de prescrire pour appliquer la présente loi ou lui donner effet".[196] Le Règlement TPP a été établi conformément à cette disposition.[197]

2.1.2.2 "Objets" de la Loi TPP

2.15. L'article 3 de la Loi TPP, intitulé "Objets de la présente loi", dispose ce qui suit:

1) La présente loi a pour objet:

---

[188] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 12.

[189] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 4 1) (comportant diverses définitions aux fins de la Loi). Ces définitions sont également applicables au Règlement TPP, outre la liste de définitions qu'il comprend. Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), note relative à la règle 1.1.3. La définition des "produits du tabac" est fondée sur la définition donnée à l'article 1 f) de la FCTC. Explanatory Memorandum, Tobacco Plain Packaging Bill 2011 (Cth), (exposé des motifs concernant le projet de loi TPP) (pièces AUS-2, JE-7), page 9. Voir WHO Framework Convention on Tobacco Control, done at Geneva, 21 May 2003, UN Treaty Series, Vol. 2302, page 166, (FCTC) (pièces AUS-44, JE-19), article 1 f).

[190] Exposé des motifs concernant le projet de loi TPP (pièces AUS-2, JE-7), page 9. Voir aussi Australie, réponse à la question n° 13 du Groupe spécial, paragraphe 60. Les autres produits "autres que les cigarettes" qui sont visés incluent également le tabac à rouler, les kreteks et les produits du tabac solubles, comme les pastilles contenant du tabac à sucer. *Ibid*. Certains de ces types de produits du tabac (comme les cigarettes, les cigares et les bidis), et leurs emballages spécifiques sont aussi définis dans la Loi TPP et le Règlement TPP. Voir la Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 4 1); et le Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 1.1.3.

[191] Exposé des motifs concernant le projet de loi TPP (pièces AUS-2, JE-7), pages 4 et 9. Par exemple, le tabac à chiquer et le tabac à priser destinés à un usage oral sont frappés d'interdiction définitive en Australie depuis 1991. Voir plus loin le paragraphe 2.64.

[192] Exposé des motifs concernant le projet de loi TPP (pièces AUS-2, JE-7); et Explanatory Memorandum, Trade Marks Amendment (Tobacco Plain Packaging) Act 2011 (Cth), (exposé des motifs concernant le projet de loi TMA) (pièces AUS-5, JE-5).

[193] P. O'Neill, "Was There an EM?: Explanatory Memoranda and Explanatory Statements in the Commonwealth Parliament" (12 September 2006) (pièce AUS-260), résumé analytique (cité dans Australie, première communication écrite, paragraphe 601, note de bas de page 775).

[194] *Acts Interpretation Act 1901* (Cth) (pièce AUS-259), article 15AB 2) e). Voir aussi Australie, première communication écrite, paragraphe 601, note de bas de page 775.

[195] Déclaration explicative concernant le Règlement TPPA (pièce JE-22); et P. O'Neill, "Was There an EM?: Explanatory Memoranda and Explanatory Statements in the Commonwealth Parliament" (12 September 2006) (pièce AUS-260), déclarations explicatives concernant les règlements du Commonwealth. Voir aussi plus haut la note de bas de page 185.

[196] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 109 1).

[197] Voir la déclaration explicative concernant le Règlement TPPA (pièce JE-22), page 2.

a) d'améliorer la santé publique:

i) en décourageant les personnes de commencer à fumer, ou de consommer des produits du tabac; et

ii) en les encourageant à renoncer à fumer et à cesser de consommer des produits du tabac; et

iii) en décourageant la récidive chez ceux qui ont renoncé à fumer, ou qui ont cessé de consommer des produits du tabac; et

iv) en réduisant l'exposition des personnes à la fumée émanant des produits du tabac; et

b) de donner effet à certaines obligations qui incombent à l'Australie en tant que partie à la Convention pour la lutte antitabac.

2) Le Parlement entend contribuer à la réalisation des objets énoncés dans le sous-article 1) en réglementant l'emballage pour la vente au détail et l'apparence des produits du tabac afin:

a) de réduire l'attrait des produits du tabac pour les consommateurs; et

b) d'accroître l'efficacité des mises en garde sanitaires sur l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac; et

c) de diminuer l'aptitude de l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme ou de la consommation de produits du tabac.[198]

2.16. L'expression "Convention pour la lutte antitabac" s'entend de la Convention-cadre pour la lutte antitabac (FCTC) de l'OMS.[199] L'exposé des motifs concernant le projet de loi TPP indique que l'"introduction de l'emballage neutre pour les produits du tabac est l'un des moyens par lesquels le gouvernement australien donnera effet aux obligations de l'Australie dans le cadre de la [FCTC]" et mentionne, dans ce contexte, les articles 5, 11 et 13 de la FCTC.[200] Il indique aussi que l'article 3 2) "n'est pas censé[] dresser une liste exhaustive des moyens par lesquels … l'Australie pourra s'acquitter de ses obligations dans le cadre de la FCTC de l'OMS".[201]

2.1.2.3 Prescriptions régissant l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac

2.17. La Loi TPP énonce les prescriptions régissant l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac. Elle définit l'"emballage pour la vente au détail" comme étant:

a) tout contenant pour la vente au détail dans lequel le produit du tabac est directement placé; ou

b) tout contenant pour la vente au détail qui renferme un contenant plus petit dans lequel le produit du tabac est directement placé; ou

c) toute enveloppe en plastique ou autre recouvrant un emballage pour la vente au détail du produit du tabac (au sens de l'alinéa a) ou b) de la présente définition); ou

[198] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 3. Voir aussi l'exposé des motifs concernant le projet de loi TPP (pièces AUS-2, JE-7), pages 1, 2, 6 et 7; la déclaration explicative concernant le Règlement TPPA (pièce JE-22), pages 1 et 10.
[199] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 4 1).
[200] Exposé des motifs concernant le projet de loi TPP (pièces AUS-2, JE-7), page 2.
[201] Exposé des motifs concernant le projet de loi TPP (pièces AUS-2, JE-7), page 7.

d) toute enveloppe en plastique ou autre recouvrant le produit du tabac, qui est un produit du tabac destiné à la vente au détail; ou

e) tout élément inséré qui est placé à l'intérieur de l'emballage pour la vente au détail du produit du tabac (au sens de l'un quelconque des alinéas a) à d) de la présente définition); ou

f) tout élément apposé qui est appliqué, ou joint d'une autre manière, à l'emballage pour la vente au détail du produit du tabac (au sens de l'un quelconque des alinéas a) à d) de la présente définition).[202]

2.18. Comme il est expliqué dans l'exposé des motifs concernant le projet de loi TPP, la Loi TPP réglemente "tout contenant dans lequel un produit du tabac est conditionné pour la vente au détail, y compris l'emballage recouvrant immédiatement ce produit, toute cartouche renfermant un ou plusieurs emballages de produits du tabac pour la vente au détail, toute enveloppe recouvrant l'emballage d'un produit du tabac ou le produit du tabac lui-même, tout ce qui est placé dans l'emballage hormis le produit du tabac et tout ce qui est joint à l'emballage ou qui en fait partie".[203]

2.19. Les articles 18 à 25 de la Loi TPP énoncent les prescriptions régissant l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac[204] et l'article 26 énonce les prescriptions concernant l'apparence des produits du tabac.[205] L'article 27 de la Loi TPP dispose que le règlement pourra énoncer des prescriptions additionnelles en relation avec l'emballage pour la vente au détail et l'apparence des produits du tabac.[206] Ces prescriptions figurent dans le Règlement TPP.[207] Les effets cumulés de la Loi TPP et du Règlement TPP, tels qu'ils s'appliquent à l'emballage des produits du tabac, sont résumés plus loin.[208]

2.1.2.3.1 Caractéristiques physiques de l'emballage pour la vente au détail

2.20. L'article 18 1) de la Loi TPP dispose que les surfaces extérieures et intérieures de l'emballage pour la vente au détail de tous les produits du tabac ne doivent comporter ni "nervure, gaufrage ou renflement décoratifs ni d'autres irrégularités de forme ou de texture, ni aucun autre ornement" (à l'exception de ce qui est autorisé par le Règlement TPP).[209] En outre, "toute colle ou tout autre adhésif utilisés dans la fabrication de l'emballage doivent être transparents et non teintés".[210] Le Règlement TPP énonce d'autres spécifications relatives aux caractéristiques physiques de l'emballage pour la vente au détail de tabac[211], y compris des prescriptions

[202] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 4 1). Les mesures TPP contiennent aussi des définitions spécifiques pour certains types d'emballage du tabac, par exemple "paquet de cigarettes", "cartouche de cigarettes", "étui à cigare" et "pochette". Un paquet de cigarettes est "tout contenant pour la vente au détail dans lequel les cigarettes sont directement placées". *Ibid*. En outre, la référence à la surface extérieure d'un paquet de cigarettes (par exemple "face avant extérieure"), "désigne l'ensemble de cette surface extérieure, y compris la partie de cette surface qui constitue le couvercle à rabat". *Ibid*., article 6 1). En outre, le "rebord intérieur" d'un paquet de cigarettes "signifie la partie des surfaces extérieures du paquet qui est cachée lorsque le couvercle est rabattu". *Ibid*., article 4 1). Une cartouche de cigarettes est "tout contenant pour la vente au détail qui renferme des contenants plus petits dans lesquels les cigarettes sont directement placées". *Ibid*. Par ailleurs, "[s]i une cartouche de cigarettes a un ou plusieurs rabats dont les surfaces ne deviennent visibles que lorsque la cartouche est ouverte, ces surfaces sont considérées comme des surfaces intérieures de la cartouche". *Ibid*., article 6 2). Un étui à cigare signifie un "étui pour l'emballage d'un cigare". Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 1.1.3. Une pochette signifie un "emballage primaire" qui "est fabriqué avec une matière souple" et "prend la forme d'une poche rectangulaire munie d'un rabat recouvrant l'ouverture". Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 1.1.3.

[203] Exposé des motifs concernant le projet de loi TPP (pièces AUS-2, JE-7), page 8.

[204] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), articles 18 à 25.

[205] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 26.

[206] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 27.

[207] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2).

[208] Voir, d'une manière générale, l'exposé des motifs concernant le projet de loi TPP (pièces AUS-2, JE-7).

[209] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 18 1) a).

[210] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 18 1) b).

[211] Voir le Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), section 2.1.

concernant les paquets de cigarettes[212], les cartouches de cigarettes[213], les étuis à cigare[214] et tout autre type d'emballage.[215]

2.21. Les paquets et les cartouches de cigarettes doivent être rigides et fabriqués en carton uniquement.[216] Lorsqu'ils sont fermés, chacune de leurs surfaces extérieures doit être rectangulaire, et ces surfaces doivent se couper à angle droit.[217] Tous les bords du paquet ou de la cartouche doivent être rigides et droits, et ne pas être arrondis, biseautés, ni façonnés ou ornés d'une autre manière (sauf si cela est autorisé par le Règlement TPP.[218] Les dimensions des paquets de cigarettes sont déterminées par le Règlement sur l'emballage neutre du tabac.[219]

2.22. L'ouverture d'un paquet de cigarettes doit être un couvercle à rabat.[220] Le rebord intérieur du paquet de cigarettes doit avoir des bords droits, à l'exception des angles qui peuvent être arrondis, et ni le rebord, ni ses bords ne peuvent être arrondis, biseautés, ni façonnés ou ornés d'une autre manière.[221] Tout revêtement intérieur du paquet doit être uniquement constitué d'une feuille d'aluminium doublée de papier (sauf prescription du Règlement TPP).[222]

2.1.2.3.2 Couleur et finition de l'emballage pour la vente au détail

2.23. L'article 19 de la Loi TPP énonce des prescriptions additionnelles pour toutes les surfaces extérieures et intérieures de certains emballages pour la vente au détail des produits du tabac, y compris les deux côtés de tout revêtement d'un paquet de cigarettes.[223] Ces surfaces doivent avoir un fini mat et être de couleur brun foncé terne[224], bien que la prescription relative à la couleur ne s'applique pas aux mises en garde sanitaires, au libellé du nom de la marque, de la raison sociale ou du nom de la société, ou du nom de variante, et au libellé des prescriptions législatives pertinentes.[225] Le Règlement TPP prévoit également que les surfaces extérieures de ces emballages doivent être de couleur Pantone 448C (brun foncé terne), et que les surfaces intérieures d'un paquet ou d'une cartouche de cigarettes doivent être blanches. La surface intérieure de ces emballages (autres que le paquet ou la cartouche de cigarettes) doit être blanche

[212] Voir le Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 2.1.1.
[213] Voir le Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 2.1.2.
[214] Voir le Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 2.1.4. Les étuis à cigare doivent être cylindriques et rigides, et peuvent avoir une ou les deux extrémités coniques ou arrondies. L'ouverture d'un étui à cigare doit avoir un diamètre d'au moins 15 millimètres.
[215] Voir le Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 2.1.5. À l'exception des paquets de cigarettes et des étuis à cigare, un contenant pour la vente au détail dans lequel le produit du tabac est directement placé doit mesurer au moins 85 millimètres dans sa plus grande dimension et au moins 55 millimètres dans sa deuxième plus grande dimension. *Ibid*. Voir aussi le Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 1.1.3 (définissant l'"emballage primaire"); et la Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 4 1) a) (définissant l'"emballage pour la vente au détail").
[216] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 18 2) a).
[217] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 18 2) b).
[218] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 18 2) c).
[219] Les dimensions des paquets de cigarettes fermés doivent être comprises entre 85 et 125 millimètres (hauteur), entre 55 et 82 millimètres (largeur) et entre 20 et 42 millimètres (profondeur). Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 2.1.1 1).
[220] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 18 3) b). Le couvercle doit s'articuler uniquement à l'arrière du paquet; avoir des bords droits; et ni le couvercle, ni ses bords ne peuvent être arrondis, biseautés ou façonnés autrement, ni ornés d'une manière quelconque, à l'exception des angles qui peuvent être arrondis. Les règles 2.1.1 2) et 2.1.1 3) énoncent aussi des prescriptions concernant l'ouverture du paquet. Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2).
[221] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 18 3) c).
[222] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 18 3) d). La règle 2.1.3 énonce les prescriptions concernant le revêtement intérieur des contenants des produits du tabac pour la vente au détail. Ce revêtement peut être estampé avec des points ou carrés, à condition que ceux-ci soient conformes à certaines conditions, y compris qu'ils ne forment pas une image ou un autre symbole, ni ne constituent la publicité ou la promotion du tabac. Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2).
[223] L'article 19 s'applique uniquement aux éléments de la définition de l'"emballage pour la vente au détail" énoncés aux alinéas a) et b) de la définition figurant au paragraphe 2.17 plus haut. Voir la Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), articles 19 1) a) et 4 1) (définissant l'"emballage pour la vente au détail").
[224] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 19 2).
[225] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 19 3).

ou de la couleur du matériau d'emballage à l'état naturel. Le revêtement intérieur d'un paquet de cigarettes doit être une feuille de papier d'aluminium couleur argent doublée de papier blanc.[226]

2.1.2.3.3 Marques et autres inscriptions sur l'emballage pour la vente au détail

2.24. L'article 20 de la Loi TPP interdit que des marques et des inscriptions apparaissent sur une quelconque partie de l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac, à l'exception du nom de la marque, de la raison sociale ou du nom de la société, du nom de variante, des prescriptions législatives pertinentes et des autres marques et inscriptions autorisées par le Règlement TPP.[227] Ce dernier prévoit la présence des inscriptions concernant l'origine, des inscriptions concernant le calibrage, de l'indication de quantité et la désignation commerciale, d'un code-barres, de l'indication du risque d'incendie, de l'indication de produit fabriqué localement, du nom et de l'adresse de la personne ayant emballé le produit ou pour le compte de laquelle le produit a été emballé, et du numéro d'un point de contact pour les consommateurs.[228] Ces marquages ne doivent occulter aucune prescription législative pertinente, ni constituer la publicité et la promotion du tabac, ou permettre d'y accéder.[229]

2.25. L'article 21 de la Loi TPP, appliqué conjointement avec le Règlement TPP, prescrit la manière dont le nom de la marque, la raison sociale, le nom de la société, ou les noms de variantes des produits du tabac peuvent apparaître sur l'emballage pour la vente au détail d'un produit du tabac.[230] En ce qui concerne l'emballage des cigarettes, l'un quelconque de ces noms doit être imprimé en caractères de la police Lucida Sans, dont la taille ne dépasse pas 14 points (pour le nom de la marque, la raison sociale ou le nom de la société) ou 10 points (pour un nom de variante). Les caractères doivent être normaux et de couleur Pantone Cool Gray 2C.[231] En ce qui concerne l'emballage pour la vente au détail autre que pour les cigarettes, les noms doivent être conformes aux mêmes spécifications mais peuvent être imprimés sur l'emballage ou sur une étiquette adhésive apposée sur l'emballage.[232] Cette étiquette adhésive doit être de couleur Pantone 448C (brun foncé terne), ne pas dépasser la taille raisonnablement nécessaire pour imprimer les noms autorisés, être fermement fixée sur l'emballage pour la vente au détail de façon à ne pas pouvoir être facilement enlevée[233] et ne doit occulter aucune prescription législative pertinente.[234]

2.26. L'article 21 3) de la Loi TPP spécifie l'emplacement et l'orientation de ces noms sur l'emballage des cigarettes:

Tableau 1: Prescriptions concernant le nom de la marque, la raison sociale, le nom de la société, ou le nom de variante

Prescriptions concernant le nom de la marque, la raison sociale, le nom de la société, ou le nom de variante			
Élément	**Si cet intitulé ...**	**apparaît sur cette surface**	**il ...**
1	nom de la marquel, raison sociale ou nom de la société	la face avant extérieure d'un paquet de cigarettes	doit apparaître: a) horizontalement sous la mise en garde sanitaire et suivant la même orientation; et b) au centre de l'espace restant sur la face avant extérieure, sous la mise en garde sanitaire.

[226] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 2.2.1.
[227] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 20 1) à 20 3). L'article 20 3) autorise également la présence des prescriptions législatives pertinentes. L'article 20 4) dispose que l'article 20 ne s'applique pas aux enveloppes, qui sont réglementées par l'article 22.
[228] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règles 2.3.1 1), 2.3.1 2) et 2.3.8 1). Les conditions spécifiques régissant chacune de ces inscriptions sont précisées dans les règles 2.3.2 à 2.3.9.
[229] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 2.3.1 5).
[230] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1). L'article 21 5) dispose que l'article 21 ne s'applique pas aux enveloppes, qui sont régies par la section 22.
[231] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 2.4.1. En outre, chaque mot doit commencer par une majuscule. Aucune autre majuscule ne peut être utilisée.
[232] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 2.4.2 2).
[233] La règle 2.4.2 4) explique qu'une étiquette adhésive peut être aisément enlevée si elle n'est pas susceptible de rester fixée pendant la durée de vie escomptée de l'emballage pour la vente au détail, ou si elle peut être enlevée sans être endommagée ou sans endommager l'emballage pour la vente au détail. Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2).
[234] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 2.4.2 3).

Prescriptions concernant le nom de la marque, la raison sociale, le nom de la société, ou le nom de variante			
2	nom de la marque, raison sociale ou nom de la société	la face avant extérieure d'une cartouche de cigarettes	doit apparaître: a) suivant la même orientation que la mise en garde sanitaire; et b) sur la face avant extérieure, au centre de l'espace qui n'est pas occupé par la mise en garde sanitaire.
3	nom de la marque, raison sociale ou nom de la société	toute surface extérieure d'un paquet ou d'une cartouche de cigarettes (autre que la face avant extérieure)	doit apparaître: a) horizontalement; et b) au centre de la surface extérieure du paquet ou de la cartouche.
4	nom de variante	toute surface extérieure d'un paquet ou d'une cartouche de cigarettes	doit apparaître: a) horizontalement et immédiatement sous le nom de la marque, la raison sociale ou le nom de la société; et b) suivant la même orientation que le nom de la marque, la raison sociale ou le nom de la société.

Source: Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 21 3).

2.27. En ce qui concerne les étuis à cigare, le nom de la marque, la raison sociale ou le nom de la société, ou le nom de variante ne peuvent apparaître qu'une seule fois, sur une seule ligne, et ne doivent occulter aucune prescription législative pertinente.[235] Lorsqu'un étui à cigare comporte uniquement du nom de la marque, une raison sociale ou un nom de société, ou uniquement un nom de variante, l'intitulé doit apparaître suivant la même orientation que les mises en garde sanitaires et immédiatement sous celles-ci. Lorsqu'un étui à cigare comporte un nom de marque, une raison sociale ou un nom de société conjointement avec un nom de variante, le nom de la marque, la raison sociale ou le nom de la société doivent apparaître suivant la même orientation que les mises en garde sanitaires figurant sur la surface, et immédiatement en dessous, et le nom de variante doit apparaître parallèlement au nom de la marque, à la raison sociale ou au nom de la société, suivant la même orientation et immédiatement en dessous.[236]

2.28. Le nom de la marque, la raison sociale ou le nom de la société, ou les noms de variantes ne peuvent apparaître sur d'autres emballages pour la vente au détail[237] que sur une seule ligne sur chacune des faces avant et arrière extérieures (et aucune autre), suivant la même orientation que les mises en garde sanitaires sur la surface, mais pas au-dessus d'elles, et ne doivent occulter aucune prescription législative pertinente. Les noms de variantes sur ces emballages doivent apparaître parallèlement au nom de la marque, à la raison sociale ou au nom de la société, suivant la même orientation et immédiatement en dessous.[238]

2.1.2.3.4 Enveloppes

2.29. L'article 22 de la Loi TPP concerne les prescriptions régissant les enveloppes.[239] Celles-ci doivent être transparentes et ne doivent pas être teintées, marquées, texturées ou décorées d'une autre manière que ce qui est autorisé par le Règlement TPP. Ni les marques ni les inscriptions ne peuvent apparaître nulle part sur l'enveloppe, sauf ce qui est autorisé par le Règlement TPP.[240] Ces prescriptions sont détaillées dans le Règlement TPP.[241]

[235] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 2.4.3 1).
[236] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 2.4.3 2).
[237] À savoir, autres que les paquets, les cartouches de cigarettes et les étuis à cigare. Voir le Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 2.4.4 1).
[238] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 2.4.4 2).
[239] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 22. Cet article s'applique uniquement aux enveloppes en plastique ou autres qui recouvrent l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac relevant des alinéas a) et b) de la définition de l'"emballage pour la vente au détail" figurant au paragraphe 2.17. Voir *ibid*. articles 22 1) et 4 1) (définition de l'"emballage pour la vente au détail").
[240] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 22 2).
[241] Voir le Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règles 2.5.1 et 2.5.2.

2.1.2.3.5 Éléments insérés et éléments apposés

2.30. L'article 23 de la Loi TPP s'applique à certains types d'emballage pour la vente au détail et dispose que ces emballages ne doivent comporter aucun élément inséré ni aucun élément apposé autres que ceux qui sont autorisés par le Règlement TPP.[242] Ce règlement prévoit que l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac peut inclure une étiquette adhésive portant une mise en garde sanitaire[243], et comporter, sauf pour les cigarettes et les cartouches de cigarettes, un élément inséré si celui-ci est utilisé pour éviter que le produit du tabac ne soit endommagé pendant le transport ou le stockage et s'il est blanc ou de la couleur du matériau d'emballage à l'état naturel.[244] Les paquets des produits du tabac autres que les cigarettes peuvent inclure une languette pour refermer le paquet, à condition que celle-ci soit noire, transparente et non teintée, ou de couleur Pantone 448C (brun foncé terne).[245]

2.1.2.3.6 Autres prescriptions concernant l'emballage pour la vente au détail

2.31. L'emballage pour la vente au détail des produits du tabac ne doit pas produire un son, ni renfermer ou produire une odeur, qui pourraient être considérés comme constituant la publicité et la promotion du tabac[246], ni inclure d'éléments conçus pour modifier l'emballage après la vente au détail.[247]

2.1.2.3.7 Résumé des prescriptions en matière d'emballage pour la vente au détail

2.32. Comme il est décrit ci-après, les prescriptions énoncées dans la Loi TPP et le Règlement TPP s'appliquent conjointement avec d'autres prescriptions législatives qui ne sont pas contestées dans les présents différends, y compris des mises en garde sanitaires explicites. Les effets cumulés des prescriptions énoncées dans la Loi TPP et le Règlement TPP, et des autres prescriptions législatives concernant l'emballage des cigarettes et des cigares sont indiqués ci-après:

[242] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 23. Cet article s'applique uniquement à l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac relevant de l'un quelconque des alinéas a) à d) de la définition de l'"emballage pour la vente au détail" figurant au paragraphe 2.17. Voir *ibid*., articles 23 et 4 1) (définition de l'"emballage pour la vente au détail").

[243] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 2.6.1. Ces mises en garde doivent être conformes au *Trade Practices (Consumer Product Information Standards) (Tobacco) Regulations 2004* (Cth) (pièces AUS-297, DOM-43); et à la *Competition and Consumer (Tobacco) Information Standard 2011* (Cth), (Normes d'information) (pièces AUS-128, JE-8).

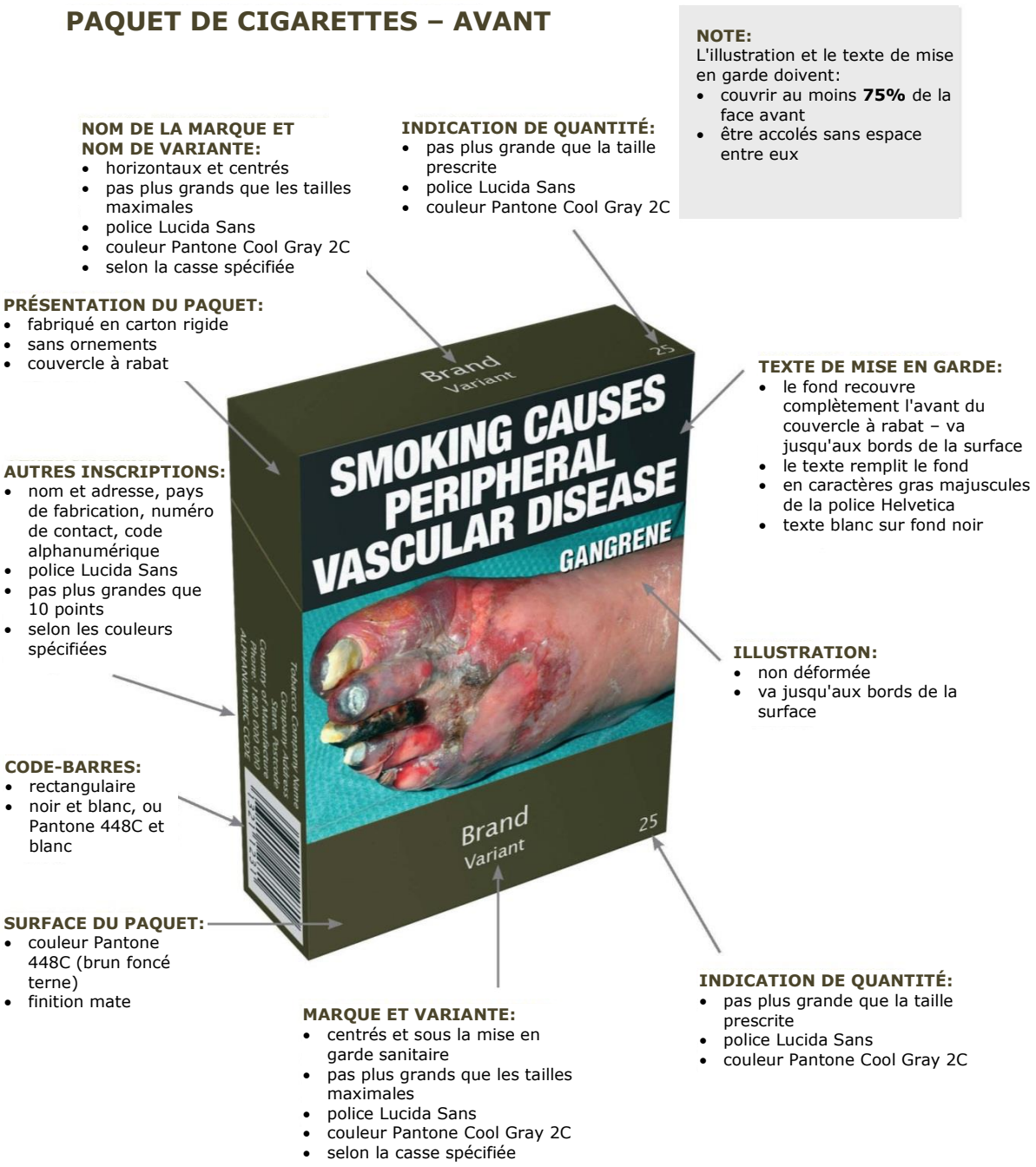
[244] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 2.6.2.

[245] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 2.6.3.

[246] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 24.

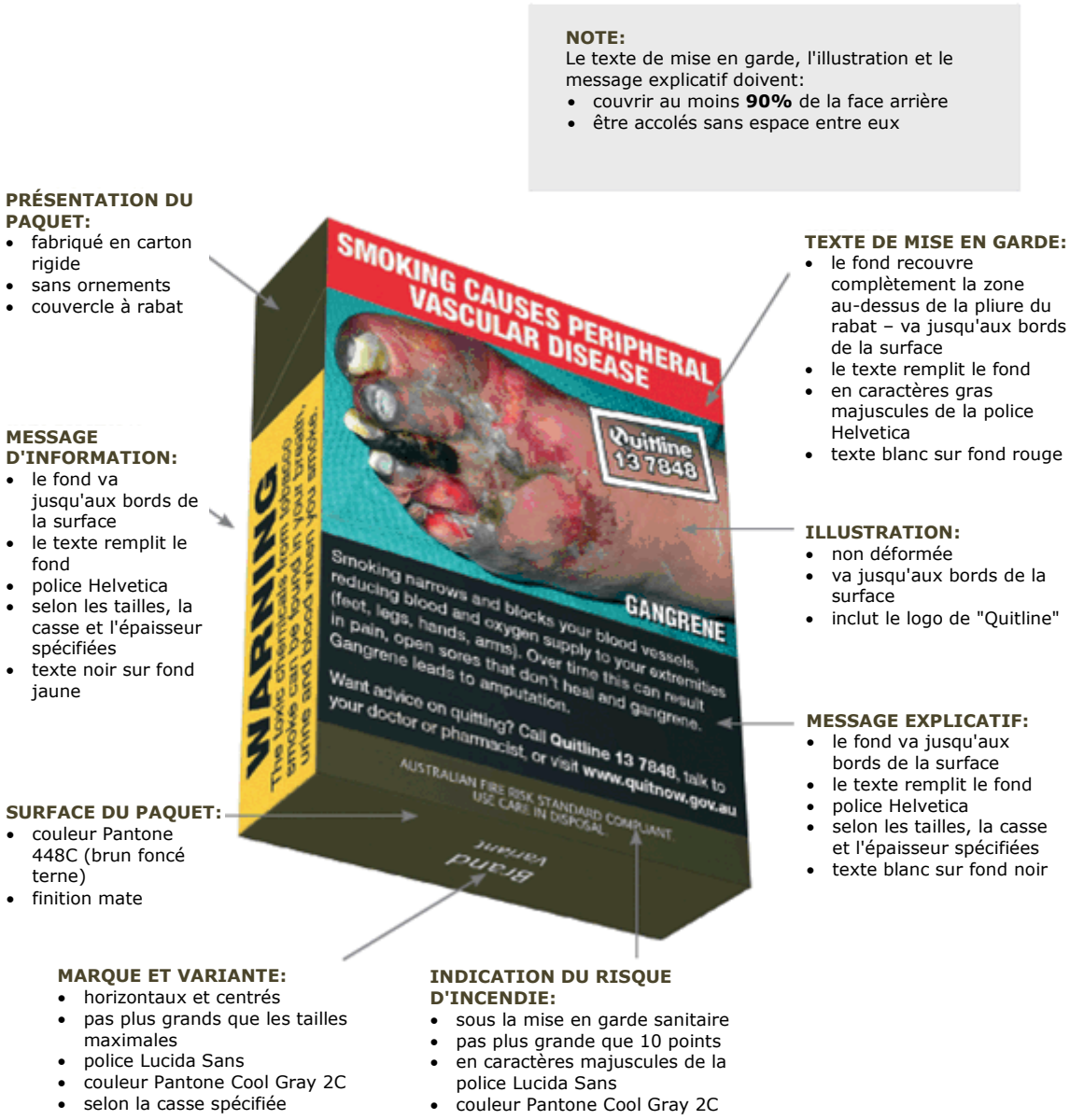
[247] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 25. L'article 25 donne pour ces éléments les exemples suivants: a) encres réactives à la chaleur; b) encres ou ornements conçus pour apparaître progressivement avec le temps; c) encres devenant fluorescentes sous certaines lumières; d) bandeaux destinés à être grattés ou frottés pour révéler une image ou un texte; e) vignettes amovibles; et f) volets dépliables.

Figure 1: Loi TPP et Règlement TPP tels qu'ils s'appliquent en ce qui concerne l'avant, le dessus et le côté d'un paquet de cigarettes



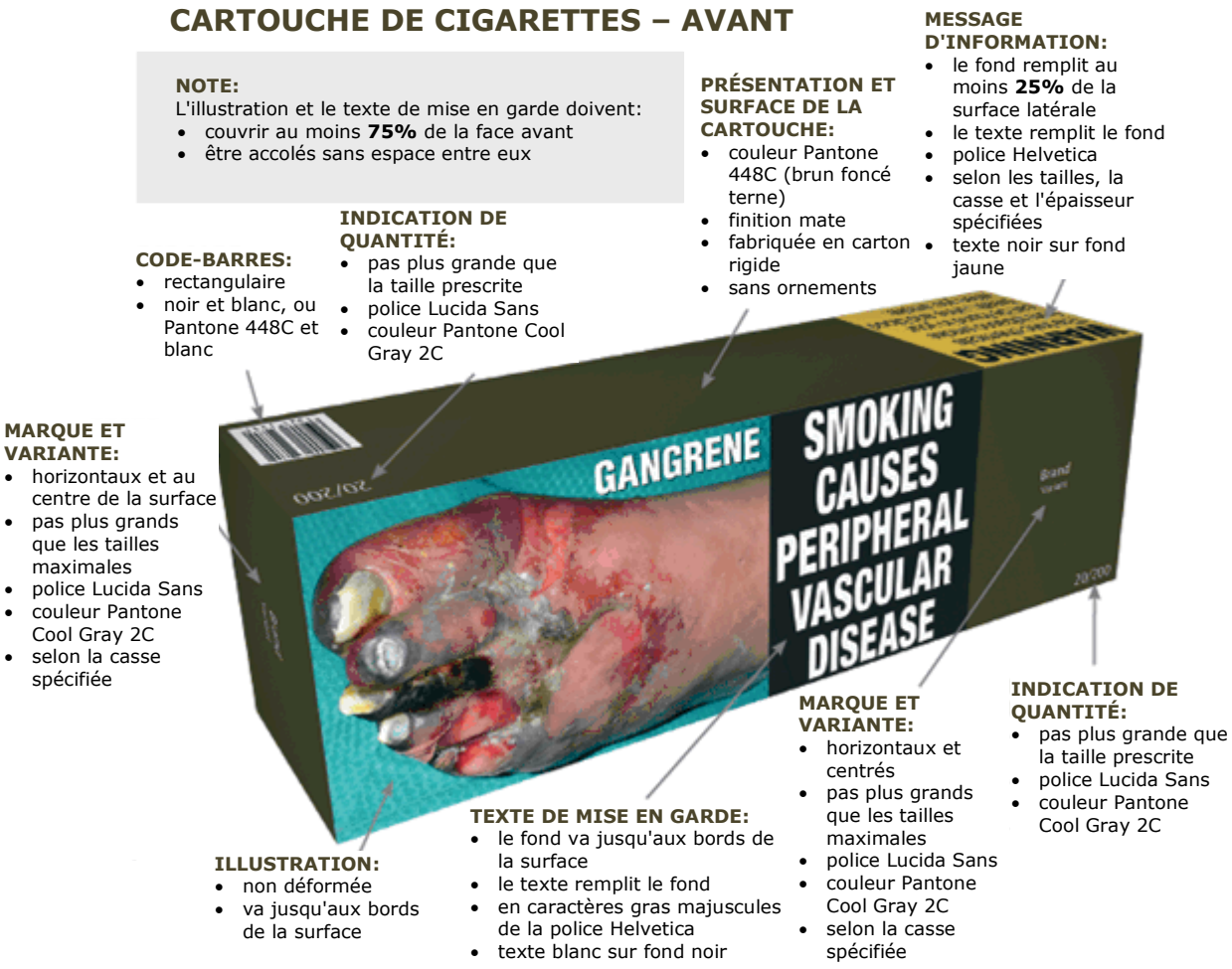
Source: Australie, première communication écrite, annexe A, figure 1; République dominicaine, première communication écrite, annexe I, figure 25; et guide sur l'emballage neutre établi par le DHA (pièces HND-50, DOM-161).

Figure 2: Loi TPP et Règlement TPP tels qu'ils s'appliquent en ce qui concerne l'arrière, la base et le côté d'un paquet de cigarettes



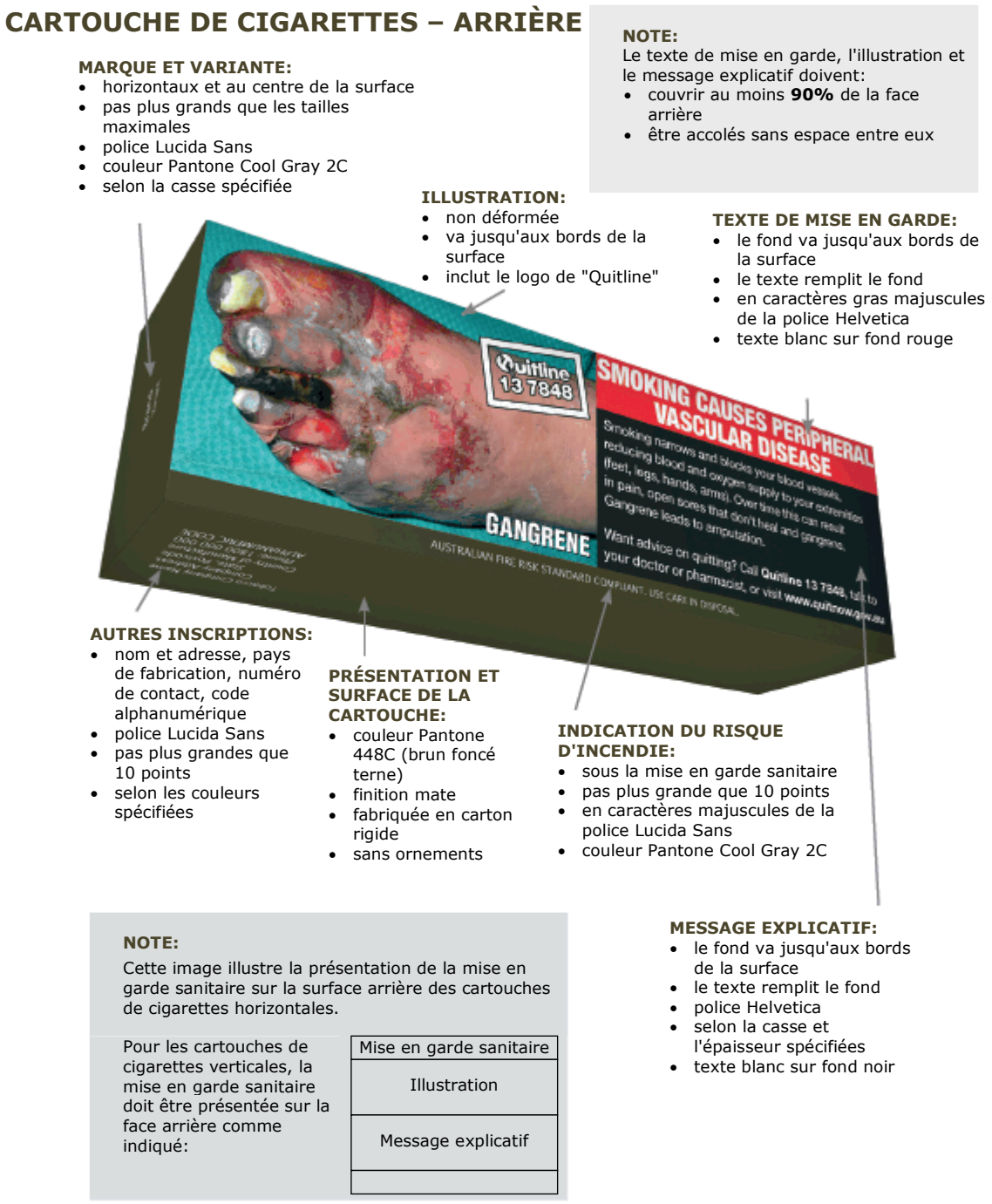
Source: Australie, première communication écrite, annexe A, figure 1; République dominicaine, première communication écrite, annexe I, figure 26; et guide sur l'emballage neutre établi par le DHA (pièces HND-50, DOM-161).

Figure 3: Loi TPP et Règlement TPP tels qu'ils s'appliquent en ce qui concerne l'avant, le dessus et le côté d'une cartouche de cigarettes



Source: République dominicaine, première communication écrite, annexe I, figure 27; et guide sur l'emballage neutre établi par le DHA (pièces HND-50, DOM-161).

Figure 4: Loi TPP et Règlement TPP tels qu'ils s'appliquent en ce qui concerne l'arrière, la base et le côté d'une cartouche de cigarettes



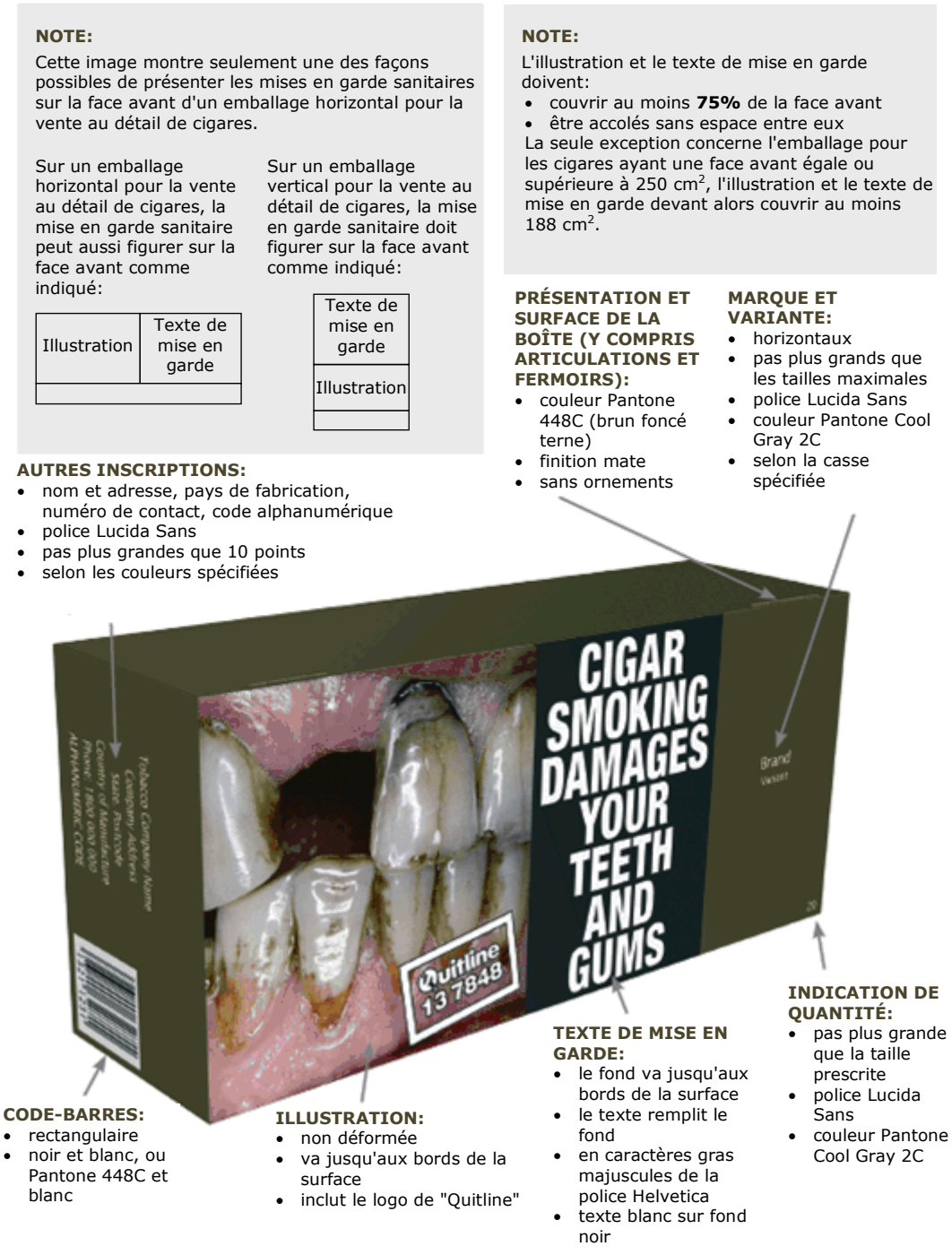
Source: République dominicaine, première communication écrite, annexe I, figure 28; et guide sur l'emballage neutre établi par le DHA (pièces HND-50, DOM-161).

Figure 5: Loi TPP et Règlement TPP tels qu'ils s'appliquent aux étuis à cigare



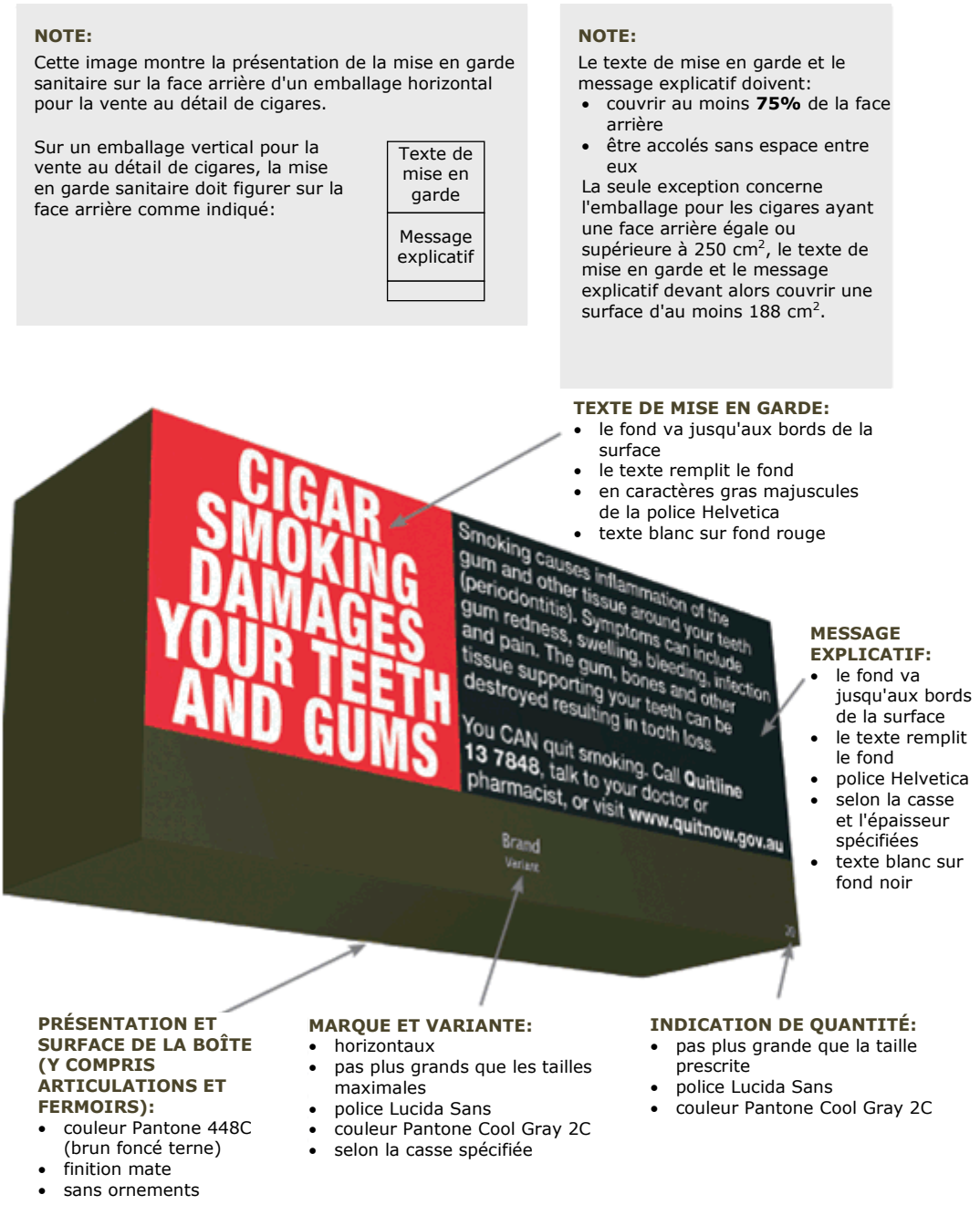
Source: Australie, première communication écrite, annexe A, figure 4. Voir aussi République dominicaine, première communication écrite, annexe I, figures 29 et 30; et guide sur l'emballage neutre établi par le DHA (pièces HND-50, DOM-161).

Figure 6: Loi TPP et Règlement TPP tels qu'ils s'appliquent en ce qui concerne l'avant et le côté d'une boîte à cigares



Source: République dominicaine, première communication écrite, annexe I, figure 31; et guide sur l'emballage neutre établi par le DHA (pièces HND-50, DOM-161).

Figure 7: Loi TPP et Règlement TPP tels qu'ils s'appliquent en ce qui concerne l'arrière d'une boîte à cigares



Source: République dominicaine, première communication écrite, annexe I, figure 32; et guide sur l'emballage neutre établi par le DHA (pièces HND-50, DOM-161).

2.1.2.4 Prescriptions concernant l'apparence des produits du tabac

2.33. Les mesures TPP réglementent divers éléments affectant l'apparence des produits du tabac eux-mêmes. L'article 26 de la Loi TPP dispose qu'aucune marque ou inscription ne peut apparaître nulle part sur un produit du tabac hormis ce qui est permis par le Règlement TPP.[248] L'article 27 de

[248] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 26.

la Loi TPP dispose que le Règlement TPP pourra énoncer des prescriptions additionnelles en relation avec l'apparence des produits du tabac pour réaliser les objets de la Loi TPP.[249]

2.1.2.4.1 Prescriptions concernant les cigarettes

2.34. La section 3.1 du Règlement TPP énonce des prescriptions concernant les cigarettes. L'enveloppe en papier et la bande de perméabilité réduite (le cas échéant) doivent être blanches, ou blanches avec un papier manchette imitant le liège.[250] Une cigarette peut être marquée d'un code alphanumérique, qui peut apparaître une seule fois. Le code doit être imprimé parallèlement au bout non allumé de la cigarette, à une distance maximale de 38 millimètres, en caractères noirs normaux de la police Lucida Sans, dont la taille ne dépasse pas 8 points.[251] Le code alphanumérique ne doit pas constituer la publicité et la promotion du tabac, ni y donner accès; être "fallacieux, tendancieux ou trompeur[ ], ou susceptible[ ] de donner une impression erronée quant aux caractéristiques, effets sur la santé, risques ou émissions de la cigarette"; "donner directement ou indirectement la fausse impression qu'un produit du tabac particulier est moins nocif que d'autres"; "correspondre, ou être lié ou associé de quelque manière que ce soit aux taux d'émission de la cigarette"; ni "correspondre, ou être associé de quelque manière que ce soit au nom de la marque ou au nom de variante de la cigarette".[252] Si la cigarette a un bout filtre, celui-ci doit être blanc.[253]

2.1.2.4.2 Prescriptions concernant les cigares

2.35. Pour ce qui est des cigares, le Règlement TPP prescrit qu'une seule bague de couleur Pantone 448C (brun foncé terne) peut être placée autour du cigare. La bague peut être adhésive et recouvrir entièrement une ou d'autres bagues, à condition d'y être solidement fixée et de ne pas être facilement détachable.[254]

2.36. La bague peut indiquer le nom de la marque, le nom de la société ou la raison sociale, et le nom de variante du cigare, le nom du pays dans lequel le cigare a été fabriqué ou produit ainsi qu'un code alphanumérique.[255] Ces inscriptions ne doivent apparaître qu'une seule fois sur la bague et doivent être imprimées en caractères normaux de la police Lucida Sans, de couleur Pantone Cool Gray 2C et dont la taille ne dépasse pas 10 points.[256] Le nom de la marque, la raison sociale ou le nom de la société et le nom de variante doivent être placés horizontalement dans le sens de la longueur de la bague de façon à faire le tour du cigare.[257] Le code alphanumérique ne doit pas constituer la publicité et la promotion du tabac, ni y donner accès; être "fallacieux, tendancieux ou trompeur[], ou susceptible[] de donner une impression erronée quant aux caractéristiques, effets sur la santé, risques ou émissions du cigare"; "donner directement ou indirectement la fausse impression qu'un produit du tabac particulier est moins nocif que d'autres"; ni "correspondre, ou être lié ou associé de quelque manière que ce soit aux taux d'émission du cigare".[258]

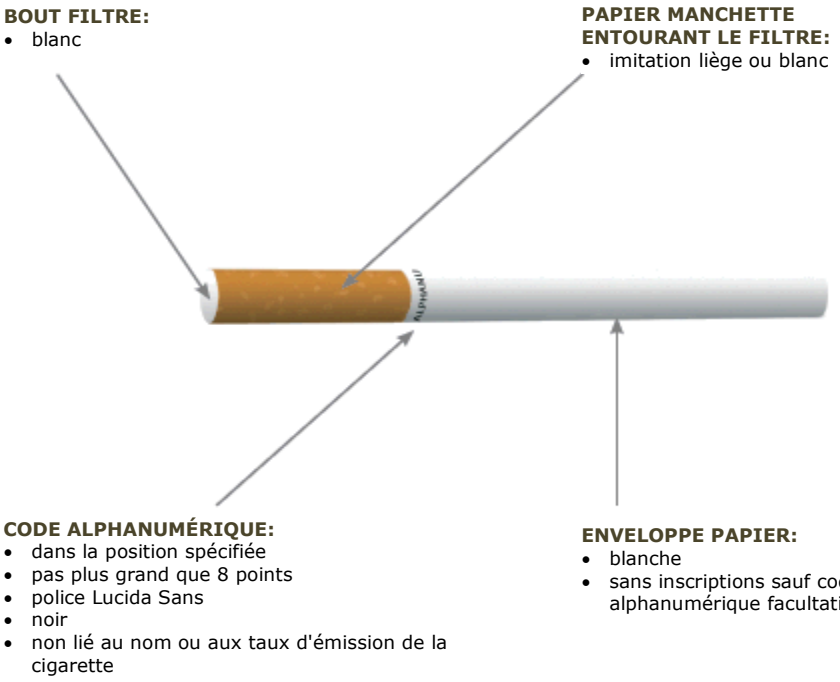
2.37. La bague peut aussi contenir une inscription cachée, non visible à l'œil nu et ne donnant pas accès à la publicité et à la promotion du tabac.[259]

2.1.2.4.3 Résumé des prescriptions concernant l'apparence des produits du tabac

2.38. Les effets cumulés des prescriptions énoncées dans la Loi TPP et le Règlement TPP et des autres prescriptions législatives, exposées dans les sections 2.1.2.4.1 et 2.1.2.4.2 concernant l'apparence des cigarettes et des cigares, sont décrits comme suit:

[249] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 27 1) b).
[250] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 3.1.1.
[251] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 3.1.2 2).
[252] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 3.1.2 3).
[253] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 3.1.3.
[254] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règles 3.2.1 1) et 3.2.1 2).
[255] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 3.2.1 3).
[256] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 3.2.1 5).
[257] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 3.2.1 6).
[258] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 3.2.1 7).
[259] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 3.2.1 4).

Figure 8: Loi TPP et Règlement TPP tels qu'ils s'appliquent à l'apparence des cigarettes



Source: Australie, première communication écrite, annexe A, figure 3; République dominicaine, première communication écrite, annexe I, figure 33; et guide sur l'emballage neutre établi par le DHA (pièces HND-50, DOM-161).

Figure 9: Loi TPP et Règlement TPP tels qu'ils s'appliquent à l'apparence des cigares



Source: Australie, première communication écrite, annexe A, figure 4; République dominicaine, première communication écrite, annexe I, figure 34; et guide sur l'emballage neutre établi par le DHA (pièces HND-50, DOM-161).

2.1.2.5 Article 28 de la Loi TPP

2.39. L'article 28 1) de la Loi TPP dispose que, aux fins de la Loi de 1995 sur les marques (Cth) (Loi TM) et du Règlement établi en vertu de cette loi, "le déposant d'une demande d'enregistrement d'une marque afférente à des produits du tabac est réputé vouloir: a) faire usage de la marque en Australie pour ces produits; ou b) autoriser une autre personne à faire usage de la marque en Australie pour ces produits; ou c) céder la marque à une personne morale sur le point d'être constituée en vue d'utiliser la marque en Australie pour ces produits".[260]

2.40. L'exposé des motifs concernant le projet de loi TPP indique que l'article 28 "préserve la capacité du titulaire d'une marque de la protéger et de l'enregistrer, et d'en maintenir l'enregistrement". Il précise, par exemple, qu'"un fabricant de tabac qui demande l'enregistrement d'une marque afférente à des produits du tabac est réputé vouloir faire usage de la marque en Australie, au cas où il l'utiliserait sur les produits ou sur l'emballage pour la vente au détail en l'absence de l'application" de la Loi TPP. Il indique en outre que, dans le cas où il serait demandé qu'une marque soit radiée du registre au motif qu'elle n'a pas été utilisée, l'allégation de non-usage "sera réfutée par des éléments de preuve montrant que le titulaire enregistré aurait fait usage de la marque en l'absence de l'application" de la Loi TPP.[261] Les plaignants contestent les effets de l'article 28 1) de la Loi TPP.

2.1.2.6 Infractions et sanctions civiles

2.41. Le chapitre 3 de la Loi TPP s'intitule "Dispositions relatives aux infractions et aux sanctions civiles". Il indique divers actes passibles de sanctions civiles ou pénales. L'article 30, figurant dans la partie I du chapitre 3, contient une présentation simplifiée des dispositions du chapitre. Il dispose, entre autres, ce qui suit:

- Nul ne peut:

  a) fournir ou acheter des produits du tabac dans un emballage pour la vente au détail qui n'est pas conforme aux prescriptions de la présente loi; ni

  b) être impliqué dans l'emballage pour la vente au détail de produits du tabac si l'emballage n'est pas conforme à ces prescriptions; ni

  c) fournir, acheter ou fabriquer des produits du tabac qui ne sont pas conformes à ces prescriptions; ni

  d) fournir des produits du tabac qui ne sont pas emballés pour être vendus au détail sans certaines prohibitions contractuelles.

- Toute personne qui agit ainsi:

  a) peut se rendre coupable d'une infraction fondée sur la faute (c'est-à-dire, une infraction dans laquelle les éléments constitutifs de la faute s'appliquent aux éléments matériels de l'infraction); et

  b) peut aussi se rendre coupable d'une infraction de responsabilité stricte (c'est-à-dire, une infraction dans laquelle les éléments constitutifs de la faute ne s'appliquent pas aux éléments matériels de l'infraction); et

  c) peut également contrevenir à une disposition prévoyant des sanctions civiles.[262]

2.42. Chacune des prohibitions indiquées dans le chapitre 3 énonce les sanctions pénales (pour les infractions fondées sur la faute et infractions de responsabilité stricte) et les sanctions civiles

[260] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 28 1).
[261] Exposé des motifs concernant le projet de loi TPP (pièces AUS-2, JE-7), page 15.
[262] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 30. Les détails de ces interdictions sont exposés aux articles 31 à 50 figurant dans les parties 2 à 4 du chapitre 3.

qui sont applicables.[263] La partie 4 du chapitre 3 introduit une exception à certaines dispositions relatives aux infractions et aux sanctions civiles énoncées dans ce chapitre pour les produits du tabac non conformes qui sont destinés à l'exportation.[264]

2.1.2.7 Relation avec d'autres législations

2.43. L'article 10 de la Loi TPP contient des dispositions en cas d'incompatibilités entre la Loi et d'autres lois du Commonwealth, et mentionne certaines normes de sécurité ou d'information qui prévaudront dans la mesure où il y aurait incompatibilité entre ces lois et la Loi TPP.[265] L'article 11 de la Loi TPP dispose, entre autres, que la Loi "n'exclut ni ne limite l'application d'une loi sur le tabac pertinente d'un État ou territoire qui peut s'appliquer concomitamment à la présente loi".[266] L'exposé des motifs concernant le projet de loi TPP explique que celui-ci:

> ne limite pas l'application des lois d'un État ou territoire relatives à l'emballage et à l'apparence des produits du tabac, dans les cas où ces lois peuvent s'appliquer concomitamment aux dispositions du projet de loi. Il est prévu que les lois du Commonwealth et des États et territoires concernant la lutte antitabac continueront de s'appliquer en parallèle. Toutefois, en cas de conflit entre les lois des États et territoires et les prescriptions en matière d'emballage neutre, le projet de loi prévaudra.[267]

2.44. En outre, l'exposé des motifs explique ce qui suit:

> Il est prévu que le présent projet de loi s'appliquera parallèlement à d'autres mécanismes réglementaires concernant les produits du tabac, et l'emballage d'une manière générale. Bien qu'il réglemente les renseignements qui pourront apparaître ainsi que la manière dont certains renseignements prescrits pourront apparaître, [le projet de loi] n'est pas censé interférer avec d'autres règlements sur les produits du tabac, y compris tout règlement établissant une prescription concernant l'emballage en général qui est applicable à l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac. … Le projet de loi n'a pas pour objet d'affaiblir une forme quelconque de réglementation de la publicité des produits du tabac, mais de renforcer les restrictions existantes en matière de publicité dans la mesure où il établit des prescriptions visant à restreindre la publicité sur les produits du tabac eux-mêmes ou sur leur emballage.[268]

2.1.2.8 Loi TMA

2.45. La Loi TMA introduit une nouvelle disposition dans la Loi TM, à savoir l'article 231A. Cette disposition énonce ce qui suit:

> 1) Les règlements pourront établir des dispositions en relation avec l'effet de l'application de la *Loi de 2011 sur l'emballage neutre du tabac*, et de tout règlement établi en vertu de ladite loi concernant:
>
> a) une disposition de la présente loi; ou
>
> b) un règlement établi en vertu de la présente loi, y compris:
>
> i) un règlement portant application d'une disposition de la présente loi; ou
> ii) un règlement portant application d'une disposition de la présente loi sous une forme modifiée.

---

[263] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), articles 31 à 48.
[264] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), chapitre 3, partie 4.
[265] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 10. Voir, par exemple, *Trade Practices (Consumer Product Information Standards) (Tobacco) Regulations 2004* (Cth) (pièces AUS-297, DOM-43).
[266] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 11 1).
[267] Exposé des motifs concernant le projet de loi TPP (pièces AUS-2, JE-7), page 4. Voir aussi *ibid.*, page 10.
[268] Exposé des motifs concernant le projet de loi TPP (pièces AUS-2, JE-7), page 4. Voir aussi *ibid.*, page 10.

2) Sans limiter la portée du sous-article 1), les règlements établis aux fins dudit sous-article pourront préciser ou indiquer l'effet de l'application de la *Loi de 2011 sur l'emballage neutre du tabac*, et de tout règlement établi en vertu de ladite loi, concernant une disposition de la présente loi ou un règlement pris en vertu de la présente loi, y compris en considérant ou en jugeant:

a) que quelque chose s'est produit (ou ne s'est pas produit); ou

b) que quelque chose est avéré (ou n'est pas avéré); ou

c) que quelque chose a (ou n'a pas) un effet particulier.

3) Les règlements établis aux fins du sous-article 1):

a) pourront être incompatibles avec la présente loi; et

b) prévaudront sur la présente loi (y compris tout autre règlement ou instrument établi en vertu de la présente loi) dans la mesure de l'incompatibilité.[269]

2.46. L'exposé des motifs concernant le projet de loi TMA explique ce qui suit:

Le [projet de loi TMA] est présenté pour que le gouvernement puisse, si nécessaire, remédier rapidement à toute interaction non intentionnelle entre la [Loi TPP] et la *Loi de 1995 sur les marques* …. L'exercice de ce pouvoir prévu par le projet de loi aura pour objectif de faire en sorte que les personnes demandant l'enregistrement d'une marque et les titulaires enregistrés de marques ne soient pas désavantagés par l'application pratique de la Loi sur l'emballage neutre.[270]

2.47. L'exposé des motifs indique ensuite ce qui suit:

[L]e projet de loi proposé introduira un nouvel article 231A permettant que des règlements soient établis en vertu de la Loi sur les marques en relation avec l'effet de l'application de la [Loi TPP] et des règlements établis en vertu de ladite loi concernant a) une disposition de la Loi sur les marques ou b) une disposition d'un règlement établi en vertu de cette loi.

Les règlements établis en vertu du nouvel article 231A ne sont pas censés avoir un quelconque effet sur l'application de la Loi sur les marques en ce qui concerne les produits et les services qui ne sont pas régis par la Loi sur l'emballage neutre.[271]

2.48. La Loi TMA est entrée en vigueur le 1er décembre 2011.[272]

2.1.2.9 Analyse de l'impact réglementaire

2.49. Le processus australien d'analyse de l'impact réglementaire comporte un système à trois niveaux pour l'évaluation des règlements, y compris "une analyse approfondie, documentée dans un exposé d'impact réglementaire (RIS), de toutes les propositions qui auront une incidence notable sur les entreprises, les individus ou l'économie".[273] Le processus permet également d'effectuer un examen après mise en œuvre dans les circonstances où un RIS n'a pas été achevé en ce qui concerne une proposition de règlement.

2.50. En avril 2009, le Département de la santé et du vieillissement (DHA) a présenté au Bureau de la meilleure pratique réglementaire (OBPR) un projet de RIS pour une loi sur la lutte antitabac

[269] Loi TMA (pièces AUS-4, JE-3), annexe 1 2). (note omise)
[270] Exposé des motifs concernant le projet de loi TMA (pièces AUS-5, JE-5), page 1.
[271] Exposé des motifs concernant le projet de loi TMA (pièces AUS-5, JE-5), page 1.
[272] Voir la Loi TMA (pièces AUS-4, JE-3), article 2.
[273] Voir Australian Government, "Best Practice Regulation Handbook", August 2007, (manuel de la meilleure pratique réglementaire) (pièce AUS-126), page 16.

qui comprendrait, entre autres, des dispositions sur l'emballage neutre des produits du tabac.[274] L'OBPR a informé le DHA que le RIS devait faire l'objet de travaux plus poussés pour être conforme aux prescriptions du gouvernement australien relatives à la meilleure pratique réglementaire, et il a formulé des observations pour aider à le finaliser.[275] En avril 2010, le DHA a transmis à l'OBPR un deuxième projet de RIS concernant l'emballage neutre des produits du tabac.[276] En mai 2010, après l'annonce de l'adoption par le gouvernement d'un ensemble détaillé de mesures de lutte antitabac ciblant le tabagisme, y compris l'emballage neutre[277], l'OBPR a informé le DHA que le deuxième projet de RIS n'était pas conforme aux prescriptions relatives à la meilleure pratique réglementaire et que le DHA devait engager un examen après mise en œuvre un à deux ans après la mise en œuvre.[278]

2.51. D'après le manuel de la meilleure pratique réglementaire, un examen après mise en œuvre "devrait être semblable par son ampleur et sa portée à ce qui aurait été élaboré pour le stade de la prise de décisions" et "devrait être axé sur la manière dont la politique a été mise en œuvre, le point de savoir si la mise en œuvre permet de répondre efficacement aux objectifs de la politique et s'il serait possible d'ajuster la mise en œuvre ou les méthodes d'exécution actuelles pour gérer plus efficacement et/ou effectivement l'exécution en cours de la politique".[279] Le DHA a obtenu une prorogation, de décembre 2014 à juin 2015, pour achever son examen après mise en œuvre des mesures TPP.[280] En novembre 2015, le "Département de la santé a reçu l'avis selon lequel il serait cité comme "non conforme" sur le site Web du Bureau de la meilleure pratique réglementaire en ce qui concerne l'examen après mise en œuvre de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac".[281] L'examen après mise en œuvre pour les mesures TPP a été achevé par le Département de la santé en février 2016.[282] Il évalue "l'efficacité et le caractère effectif de la mesure concernant

[274] Email correspondence dated 7 April 2009 from D. Sloane, Assistant Director, Department of Health and Ageing, to R. Ristic, S. Rowley, and C. Toyne, Office of Best Practice Regulation, attaching Department of Health and Ageing, "DRAFT Regulation Impact Statement – Tobacco Control Act" (April 2009) (pièce UKR-51).

[275] Lettre du 23 avril 2009 de l'OBPR au DHA (pièces HND-12, IDN-6). L'OBPR a formulé des "observations générales" sur la définition du problème, la structure du RIS, l'éventail des sources utilisées et la nécessité de cibler les renseignements concernant les mesures proposées pour adoption, y compris une analyse de la mesure dans laquelle ces mesures contribueront aux avantages pour la santé qui découlent de l'arrêt du tabac. *Ibid.*, page 2. En ce qui concerne l'emballage neutre, il a noté que "[l']idée que les cigarettes soient considérées comme un marqueur social lié au style et révélateur d'un statut au même titre que les vêtements de marque semble exagérée." *Ibid.*, page 6.

[276] Lettre du 4 mai 2010 du de l'OBPR au DHA (pièce HND-16).

[277] Voir Premier Ministre Rudd, Communiqué de presse sur l'action contre le tabagisme (pièces AUS-115, HND-4, DOM-52).

[278] Lettre du 4 mai 2010 de l'OBPR au DHA (pièce HND-16). D'après le manuel de la meilleure pratique réglementaire du gouvernement,

> lorsque l'OBPR détectera un règlement susceptible d'avoir été mis en place ou modifié sans qu'une analyse au niveau approprié ait été effectuée, il contactera d'abord le département ou l'organisme pour lui demander des renseignements additionnels. Après avoir consulté le département ou l'organisme, l'OBPR déterminera ce qui suit:
>
> - il a été satisfait aux prescriptions relatives à la meilleure pratique réglementaire et aucune autre action n'est requise; ou
>
> - il n'a pas été satisfait aux prescriptions imposant d'élaborer un RIS ou une évaluation quantitative des coûts de mise en conformité, et le département ou l'organisme doit procéder à un examen après mise en œuvre. En outre, le département ou l'organisme sera cité comme non conforme dans le *rapport sur la meilleure pratique réglementaire* pour l'année en question.

Australian Government, "Best Practice Regulation Handbook", August 2007, (manuel de la meilleure pratique réglementaire) (pièce AUS-126), page 37. Voir aussi *ibid*., pages 32 et 36 à 38. La proposition concernant l'emballage neutre du tabac a été déclarée non conforme en 2012. Rapport 2011-2012 sur la meilleure pratique réglementaire (pièces HND-18, CUB-9), page 33.

[279] Manuel de la meilleure pratique réglementaire (pièce AUS-126), page 37.

[280] Témoignage devant le Comité législatif du Sénat chargé des finances et de l'administration publique (pièce DOM-371).

[281] Australie, réponse à la question n° 149 du Groupe spécial, paragraphe 31.

[282] Voir Australie, communication au Groupe spécial du 26 février 2016 (faisant référence à http://ris.dpmc.gov.au/2016/02/26/tobacco-plain-packaging/).

l'emballage neutre du tabac quant à la réalisation de son objectif afin de déterminer s'il s'agit d'une intervention réglementaire appropriée".[283]

2.2 Autres mesures relatives à la lutte antitabac en Australie

2.52. L'Australie maintient un certain nombre de mesures, aux niveaux du Commonwealth, des États et des territoires, qui réglementent l'usage, la vente, la publicité et la promotion des produits du tabac qui ne sont pas contestées dans la présente procédure. Plusieurs d'entre elles ont cependant été mentionnées et traitées par les parties. Une description générale de ce contexte réglementaire est donc présentée ci-après.

2.2.1 Mises en garde sanitaires textuelles et illustrées obligatoires

2.53. Les prescriptions concernant les mises en garde sanitaires pour le tabac, promulguées par tous les États et territoires australiens en 1973, s'appliquaient initialement uniquement à l'emballage pour la vente au détail des cigarettes et concernaient les mises en garde sanitaires textuelles.[284] Des mesures ultérieures ont été promulguées au niveau fédéral, étendant la portée des mises en garde quant à leur forme (à savoir l'inclusion de mises en garde textuelles et illustrées/imagées), leur taille (c'est-à-dire en pourcentage de la surface du paquet), leur position (à savoir sur la face avant et/ou face arrière des paquets), aux modalités (c'est-à-dire la variation et la rotation du texte et des images) et à leur portée (à savoir l'application des prescriptions à d'autres catégories de produits du tabac).[285] À compter du 1er mars 2006, des mises en garde sanitaires illustrées ont été imposées pour la quasi-totalité des produits du tabac.[286]

2.54. Le 1er janvier 2012, la *Norme d'information 2011 en matière de concurrence et de consommation (tabac) (Cth) (Norme d'information)* est entrée en vigueur; elle a été appliquée à tous les produits du tabac à partir du 1er décembre 2012.[287] Cette mesure prescrit que tous les produits du tabac vendus[288] , mis en vente ou fournis par ailleurs en Australie comportent des mises en garde sanitaires nouvelles et agrandies, y compris des textes de mise en garde et les illustrations correspondantes, un message explicatif et des messages d'information.[289]

[283] Voir l'examen après mise en œuvre concernant l'emballage neutre du tabac (pièce AUS-624), page 2.

[284] Australie, première communication écrite, annexe B, section A 1); *Cigarette Containers (Labelling) Ordinance 1972* (Cth) (as made) (pièce AUS-299), article 5 1); *Cigarette Containers (Labelling) Ordinance 1972* (NT) (pièce AUS-300), article 4; *Cigarette Package Labelling Regulations 1972* (Vic) (pièce AUS-301), règles 3, 4 et 6; *Cigarettes (Labelling) Regulations 1972* (WA) (pièce AUS-302), règles 3 à 6; *Cigarettes (Labelling) Act 1972* (NSW) (pièce AUS-303), article 4; *Cigarettes (Labelling) Regulations 1973* (NSW) (pièce AUS-304), règle 4; *Cigarettes (Labelling) Act 1972* (Tas) (pièce AUS-305), articles 3 et 4; (*Cigarettes (Labelling) Regulations 1973* (Tas) (pièce AUS-306), règle 3; *Cigarettes (Labelling) Regulations 1971-1972* (SA) (pièce AUS-307), règles 2 et 3; *Food and Drug Amendment Regulations 1973* (Qld) (pièce AUS-308).

[285] Australie, première communication écrite, annexe B, section A 1). Voir, par exemple, *Trade Practices (Consumer Product Information Standards) (Tobacco) Regulations 1994* (Cth) (pièce AUS-322), règles 7, 9, 10 1), 11 1) b), 11 2) b) et 15 1); *Trade Practices (Consumer Product Information Standards) (Tobacco) Regulations 2004* (Cth) (pièce AUS-323), règles 35, 42, 47, 51 et annexe 2.

[286] Une exception a été prévue pour les cigares vendus à l'unité et le tabac à l'exportation. *Trade Practices (Consumer Product Information Standards) (Tobacco) Regulations 1994* (Cth) (pièce AUS-322), règle 4 2 b).

[287] Norme d'information (pièces AUS-128, JE-8), article 1.5.

[288] Avant la Norme d'information, une exception aux prescriptions en matière de mise en garde était prévue pour les cigares vendus à l'unité ainsi que le tabac à l'exportation. Voir Australie, première communication écrite, paragraphe 133 et annexe B, section A 1); Norme d'information (pièces AUS-128, JE-8), article 9.16. Il convient de noter que la Norme d'information prescrit des mises en garde, mais non des mises en garde sanitaires explicites pour les étuis à cigare vendus à l'unité, les bidis et le tabac sans fumée. Voir la Norme d'information (pièces AUS-128, JE-8), parties 6, 7 et 8.

[289] Par exemple, l'article 3.2 4) donne le "message explicatif" suivant:

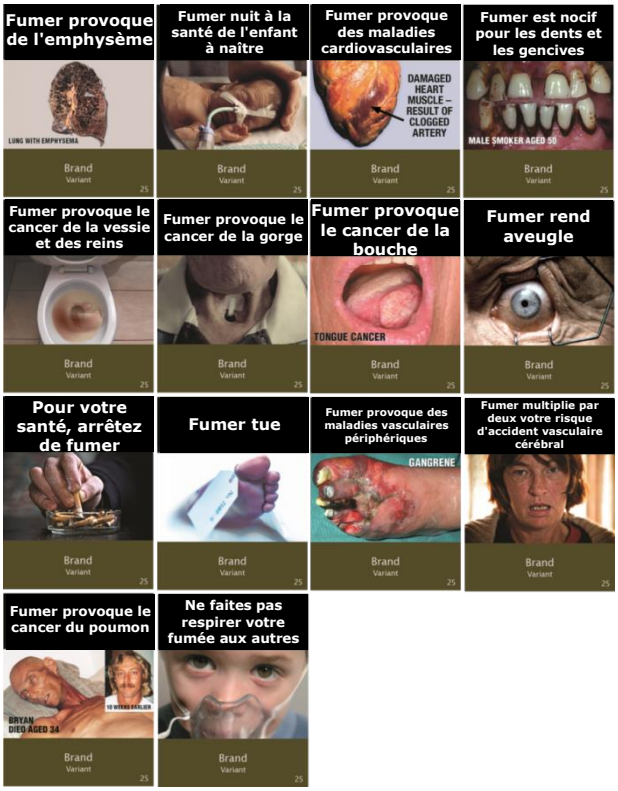
> Fumer durant la grossesse réduit l'afflux sanguin dans le placenta et limite l'apport d'oxygène et de nutriments au fœtus en pleine croissance. Fumer augmente le risque de fausse couche, de mort fœtale, de naissance avant terme, de problèmes à l'accouchement, ou le risque que le bébé soit plus petit et qu'il ait un cerveau plus petit.
>
> Vous POUVEZ arrêter de fumer. Appelez **Quitline au numéro 13 7848**, parlez-en à votre médecin ou à votre pharmacien, ou consultez l'adresse suivante: **www.quitnow.gov.au.**

Norme d'information (pièces AUS-128, JE-8), article 3.2 4). (en caractères gras dans l'original)

Conformément à la Norme d'information, la zone de l'emballage recouverte par les mises en garde sanitaires a été étendue, de sorte que les mises en garde textuelles et illustrées doivent couvrir 75% de la face avant et 90% de la face arrière des paquets et cartouches de cigarettes. Seules des mises en garde textuelles sont prescrites pour les étuis à cigare; ces textes doivent occuper 95% de la longueur totale de la surface extérieure et couvrir au moins 60% de la circonférence de la surface extérieure.[290] La surface des mises en garde sur les autres produits du tabac (à l'exception des étuis à cigare et des bidis) a été portée à 75% de l'avant et de l'arrière du paquet.[291] Les textes de mise en garde sur la face avant d'un paquet de cigarettes doivent être imprimés en caractères gras majuscules, dans la plus grande taille disponible pour tenir dans la zone déterminée, en blanc sur fond noir. En outre, les textes de mise en garde figurant sur les faces latérales doivent porter la mention "WARNING" (avertissement) en majuscules, au-dessus de plusieurs lignes d'un message spécifié inscrit en majuscules normales, noires sur fond jaune vif.[292]

2.55. En 2013, des modifications ont été apportées à la Norme d'information, de sorte que la rotation des mises en garde sanitaires sur l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac relève de la responsabilité des fabricants et des importateurs des produits du tabac, et non des détaillants.[293]

Figure 10: Mises en garde sanitaires illustrées utilisées actuellement sur l'avant de l'emballage des cigarettes



Source: Australie, première communication écrite, pargraphe 133.

2.2.2 Restrictions à la publicité et la promotion des produits du tabac

2.56. Depuis 1992, l'Australie a maintenu des restrictions et prohibitions visant la publicité et la promotion des produits du tabac sur divers supports.[294] Elle a également maintenu des

[290] Norme d'information (pièces AUS-128, JE-8) partie 6.
[291] Norme d'information (pièces AUS-128, JE-8), articles 9.13, 9.14 et 9.24.
[292] Norme d'information (pièces AUS-128, JE-8), articles 9.10 à 9.12.
[293] *Competition and Consumer (Tobacco) Amendment (Rotation of Health Warnings) Information Standard 2013* (Cth) (pièce AUS-325).
[294] Cela inclut des restrictions visant la publicité dans différents médias écrits; la publicité dans les films, les vidéos, à la télévision ou à la radio; la publicité sur les tickets; la vente, la fourniture, la mise en vente ou la location de tout article comportant de la publicité du tabac ciblant le public; les annonces visibles ou audibles

interdictions de la publicité du tabac au point de vente. Comme il est décrit plus haut au paragraphe 2.7., la NPHT a indiqué dans son rapport final de juin 2009[295] qu'"éliminer toutes les formes de publicité et de promotion des produits du tabac" constituait l'un des onze "domaines d'action clés".[296]

2.57. En réponse aux recommandations de la NPHT, le Premier Ministre et le Ministre de la santé et du vieillissement ont annoncé des réformes visant à restreindre davantage la publicité et la promotion du tabac. Les réformes annoncées incluaient l'introduction d'une législation en vue de restreindre la publicité des produits du tabac sur Internet; la collaboration avec les États et territoires australiens pour élaborer un plan d'action afin d'éliminer d'autres formes de promotion du tabac et de rendre éventuellement obligatoire la déclaration des dépenses liées à la promotion, dans la version suivante de la stratégie nationale concernant le tabac et une proposition de loi concernant l'emballage neutre des produits du tabac.[297]

2.58. De plus, l'Australie a indiqué dans la présente procédure que la législation interdisant la publicité du tabac pouvait viser la publicité ou la promotion que le détaillant faisait de bouche à oreille lors des ventes au comptoir, et que certains États et territoires donnaient des directives sur ce qu'un détaillant pouvait dire à un client.[298]

2.59. En 2012, la *Loi de 1992 sur la prohibition de la publicité du tabac* (Cth) a été modifiée de manière à étendre à Internet et à d'autres supports électroniques (par exemple les téléphones portables) les restrictions existantes concernant la publicité du tabac, à l'exception de la publicité sur les sites Web vendant des produits du tabac.[299] La publicité sur ces sites Web doit être conforme aux règlements accompagnant ces modifications quant à son contenu, son format et son emplacement.[300] Ces modifications ont pris effet le 6 septembre 2012.[301]

2.60. Tous les États et territoires australiens interdisent aux détaillants de vendre de la nourriture, des jouets ou d'autres produits conçus pour ressembler aux produits du tabac ou qui pourraient inciter les jeunes à fumer.[302]

2.2.3 Mesures fiscales

2.61. Le 1er novembre 1999, l'Australie a modifié la *Loi de 1921 sur le droit d'accise* (Cth) pour appliquer le droit d'accise aux cigarettes, cigares et autres produits du tabac par pièce (pour les

dans un lieu public, dans les transports publics ou sur les lieux de travail; et la publicité de parrainage. Voir *Tobacco Advertising Prohibition Act 1992* (Cth) (pièces AUS-64, IDN-14), articles 9, 10 1) et 15; et *Smoking and Tobacco Products Advertisements (Prohibition) Act 1989* (pièce AUS-62).

[295] Plan d'action de la NPHT (pièces AUS-67, JE-14).

[296] Australie, première communication écrite, annexe C, paragraphe 15. Voir le Plan d'action de la NPHT (pièces AUS-67, JE-14), pages 179 à 182. Voir plus loin le paragraphe 2.67.

[297] Réponse au plan d'action de la NPHT (pièces AUS-116, JE-15), pages 65 et 66.

[298] Australie, première communication écrite, paragraphe 56 et annexe C, paragraphes 25 et 26. L'Australie cite le "guide pour la vente des produits du tabac du Territoire de la capitale fédérale", qui restreint la capacité des détaillants de dire quoi que ce soit qui constituerait la promotion de produits particuliers ou du tabac en général, ainsi que le "guide du détaillant de tabac de l'État de Victoria", qui indique que, si un client ne demande pas une marque spécifique, le détaillant peut lui poser des questions générales, par exemple "quelle marque désirez-vous?" ou "quel est leur arôme?", mais ne peut pas mentionner lui-même une marque spécifique". Voir Australie, première communication écrite, annexe C, paragraphe 26.

[299] *Tobacco Advertising Prohibition Amendment Act 2012* (Cth) (pièce AUS-473). Voir aussi plus loin la note de bas de page 311.

[300] Plus précisément, la publicité du tabac en ligne devrait être "présentée sous forme d'un texte simple, sans images de produits, et assortie de mises en garde sanitaires et d'avertissements relatifs à l'âge". Australie, première communication écrite, paragraphe 56; *Tobacco Advertising Prohibition Amendment Regulation 2012* (Cth) (pièce AUS-68), article 8A.

[301] *Tobacco Advertising Prohibition Amendment Act 2012* (Cth) (pièce AUS-473), article 2.

[302] *Tobacco Products Control Act 2006* (WA) (pièce AUS-350), article 106; *Tobacco Act 1927* (ACT) (pièce AUS-453), article 18; *Tobacco Control Act 2002* (NT) (pièce AUS-374), article 46; *Tobacco and Other Smoking Products Act 1998* (Qld) (pièce AUS-454), article 26ZS; *Tobacco Act 1987* (Vic) (pièce AUS-455), articles 15N, 15O 2) a); *Public Health (Tobacco) Act 2008* (NSW) (pièce AUS-404), article 21; *Public Health Act 1997* (Tas) (pièce AUS-456), article 68A; *Tobacco Products Control Act 1986* (SA) (pièce AUS-366), article 10; *Tobacco Products Regulation Act 1997* (SA) (pièce AUS-457), article 34A 2) b).

produits sous forme de bâtonnet ne dépassant pas 0,8 gramme de tabac pièce), ou par kilogramme (pour les produits dépassant 0,8 gramme pièce).[303]

2.62. Outre les ajustements pour indexation[304], le taux du droit d'accise a été relevé à plusieurs reprises. Le 29 avril 2010, l'Australie a annoncé qu'une majoration de 25% du taux du droit d'accise sur le tabac serait appliquée à compter du 30 avril 2010.[305] Le 1er août 2013, elle a annoncé quatre augmentations additionnelles de 12,5% du droit d'accise, prenant effet les 1er décembre 2013, 1er septembre 2014, 1er septembre 2015 et 1er septembre 2016.[306]

2.2.4 Restrictions à la vente des produits du tabac

2.63. L'Australie réglemente, principalement au moyen de la législation des États et des territoires, les types de produits du tabac pouvant être vendus, les personnes pouvant les acheter et les vendre ainsi que leurs modalités de vente.[307]

2.64. La fourniture du tabac à chiquer et à priser est interdite en Australie depuis 1991. Plusieurs États et territoires ont également introduit des interdictions visant la vente de cigarettes aromatisées, cigarettes aux arômes de fruits ou cigarettes-bonbons, ou ont promulgué une législation permettant de les interdire.[308]

2.65. En 1998, tous les États et territoires australiens avaient augmenté la limite d'âge minimum, restreignant la vente de cigarettes aux personnes de moins de 18 ans.[309]

2.66. Tous les États australiens réglementent également les modalités de vente par distributeurs automatiques, de vente en ligne ainsi que d'autres formes de "ventes indirectes", ou de "ventes mobiles" dans des lieux tels que les boîtes de nuit ou les bals[310], même si ces restrictions ne

---

[303] Australie, première communication écrite, annexe B, section D 1); *Excise Tariff Amendment Act (No 1) 2000* (Cth), annexe 1 (pièce AUS-417).

[304] *Excise Tariff Amendment (Tobacco) Act 2014* (Cth) (pièce HND-86), section 6AA; pages de travail sur les droits d'accise (pièce IDN-23), page 4. À partir du 1er mars 2014, l'indexation du droit d'accise sur le tabac a été modifiée, passant d'une indexation semestrielle sur la base de l'indice des prix à la consommation à une indexation semestrielle sur la base des gains hebdomadaires moyens en horaire normal. Commonwealth of Australia, Budget Measures: Budget Paper No. 2, 2013-2014 (pièce AUS-266).

[305] Premier Ministre Rudd, Anti-Smoking Action Media Release (pièces AUS-115, HND-4, DOM-52); *Excise Tariff Amendment (Tobacco) Act 2010* (Cth) (pièce AUS-418), annexe 1; et Examen après mise en œuvre de l'augmentation des droits d'accise sur le tabac, février2013 (pièces AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), paragraphes 24 à 26.

[306] Communiqué de presse sur les droits d'accise sur le tabac (pièces AUS-421, HND-85, DOM-114, IDN-5); déclarations de M. Chris Bowen, député, Trésorier, et de Mme Penny Wong, sénatrice, Ministre des finances et de la déréglementation (pièce AUS-265), page 33.

[307] Australie, première communication écrite, paragraphe 51 et annexe B, section B.

[308] Australie, première communication écrite, paragraphe 51, annexe B, section B 3) b), annexe C, section A 5), paragraphe 13; *Tobacco Products Regulation (Prohibited Tobacco Products) Notice 2006* (SA) (pièce AUS-362); *Public Health (Tobacco) Act 2008* (NSW) (pièce AUS-267), article 29; *Tobacco Act 1987* (Vic) (pièce AUS-363), articles 15N et 15O; *Tobacco Act 1927* (ACT) (pièce AUS-347), article 21; *Tobacco Products Regulation Act 1997* (SA) (pièce AUS-348), article 34A; *Public Health Act 1997* (Tas) (pièce AUS-456), article 68A; et *Health Legislation Amendment Act 2011* (Qld) (pièce AUS-364), article 72. L'Australie-Occidentale interdit l'étalage de tout emballage contenant du tabac aux arômes de fruits et de bonbon. *Tobacco Products Control Regulations 2006* (WA) (pièce AUS-365), règle 33.

[309] Australie, première communication écrite, paragraphe 710 et annexe B, section B 2) a). *Tobacco (Amendment) Act 1990* (ACT) (pièce AUS-351), article 5; *Public Health Act 1991* (NSW) (pièce AUS-352), article 59; *Tobacco Products (Prevention of Supply to Children) Act 1998* (Qld) (pièce AUS-353), annexe, (dans laquelle un "enfant" est défini comme un individu âgé de moins de 18 ans); *Tobacco Products Control (Miscellaneous) Amendment Act 1993* (SA) (pièce AUS-354), article 3 a); *Tobacco Act 1992* (NT) (pièce AUS-355), articles 3 et 9; *Public Health Amendment Act 1996* (Tas) (pièce AUS-356), article 4; et *Tobacco (Amendment) Act 1993* (Vic) (pièce AUS-357), article 4. Selon l'Australie, l'âge légal pour l'achat en Australie-Occidentale est fixé à 18 ans depuis 1916. Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 557, note de bas de page 623.

[310] *Tobacco Products Control Act 1986* (SA) (pièce AUS-366), article 11 2); *Tobacco Act 1987* (Vic) (pièce AUS-462), article 13; *Tobacco Advertising Prohibition Act 1991* (NSW) (pièce AUS-372), article 9; *Tobacco (Amendment) Act 1990* (ACT) (pièce AUS-351), article 5; *Tobacco Products (Prevention Of Supply To Children) Act 1998* (Qld) (pièce AUS-353), article 15; *Tobacco Products Control (Miscellaneous) Amendment Act 1993* (SA) (pièce AUS-354), article 8; *Public Health Amendment Act 1996* (Tas) (pièce AUS-356), article 4. Le Territoire du Nord interdit les distributeurs automatiques sauf dans les zones interdites aux enfants des établissements autorisés à vendre de l'alcool. *Tobacco Control Act 2002* (NT) (pièce AUS-374), article 26.

s'appliquent pas uniformément dans tous les États et territoires.[311] Certains États et territoires australiens exigent que les détaillants et les grossistes de tabac soient titulaires d'une licence.[312] D'autres sont soumis aux "régimes de licence "négatifs", selon la description de l'Australie, qui contribuent aussi à faire respecter la législation sur le tabac".[313]

2.67. Tous les États et territoires australiens ont mis en œuvre des prescriptions concernant les points de vente de produits du tabac, y compris les interdictions d'étalage des produits du tabac et de publicité du tabac dans les établissements de vente au détail.[314] Certaines exemptions aux interdictions d'étalage sont maintenues dans l'État du Victoria pour les bureaux de tabac spécialisés et les boutiques hors taxes[315], et en Australie-Occidentale pour les bureaux de tabac spécialisés.[316] L'interdiction d'étalage dans un point de vente type en Australie prévoit que les produits du tabac doivent être rangés dans une armoire opaque, fermée et non accessible aux consommateurs, derrière le comptoir d'un débit de tabac.[317]

2.68. Les États et territoires australiens réglementent également d'autres moyens de communiquer aux consommateurs les renseignements sur les produits du tabac qui sont disponibles chez un débitant donné. Dans tous les États et territoires, à l'exception du Queensland et du Territoire de la capitale fédérale, les panneaux d'affichage des prix sont visibles et indiquent certains renseignements. Les renseignements indiqués varient d'une juridiction à l'autre, de même que les tailles, polices de caractères et autres caractéristiques du panneau.[318] Les détaillants

---

L'Australie-Occidentale restreint l'utilisation de distributeurs automatiques de tabac aux établissements autorisés à vendre de l'alcool et aux locaux pour le personnel des mines. *Tobacco Products Control Act 2006* (WA) (pièce AUS-350), article 27. Le 1er septembre 2006, le Territoire de la capitale fédérale a totalement interdit les distributeurs automatiques de tabac. *Tobacco (Vending Machine Ban) Amendment Act 2004* (ACT) (pièce AUS-375), articles 2 2) et 9.

[311] Par exemple, seules l'Australie-Occidentale et l'Australie-Méridionale interdisent la vente sur Internet, par téléphone et par télécopie. Voir *Tobacco Products Control Act 2006* (WA) (pièce AUS-376), article 18; *Tobacco Products Regulation (Miscellaneous) Amendment Act 2007* (SA) (pièce AUS-377), article 4.

[312] C'est le cas pour le Territoire de la capitale fédérale, l'Australie-Méridionale, la Tasmanie, l'Australie-Occidentale et le Territoire du Nord. Voir Australie, première communication écrite, annexe B, section B 1); *Tobacco Act 1927* (ACT) (pièce AUS-347), partie 7, articles 61 et 63; *Tobacco Products Regulation Act 1997* (SA) (pièce AUS-348), article 6; *Public Health Act 1997* (Tas) (pièce AUS-349), article 74A; *Tobacco Products Control Act 2006* (WA) (pièce AUS-350), articles 16 à 18; *Tobacco Control Act 2002* (NT) (pièce AUS-346), article 28.

[313] Australie, première communication écrite, annexe B, section B 1).

[314] Australie, première communication écrite, paragraphes 56 et 354 et annexe C, paragraphes 15 et 16; *Tobacco Amendment Act 2008* (ACT) (pièce AUS-470), article 10; *Public Health (Tobacco) Act 2008* (NSW) (pièce AUS-404), article 9; *Tobacco Control Legislation Amendment Act 2010* (NT) (pièce AUS-395), article 20; *Hospital and Health Boards Act 2011* (Qld) (pièce AUS-471), articles 26A et 26C; SA Health, "Point of sale restrictions for tobacco retailers", <http://www.sahealth.sa.gov.au/wps/wcm/connect/public+content/sa+health+internet/protecting+public+health/tobacco+laws+and+businesses/requirements+for+licensed+tobacco+premises/point+of+sale+display+restrictions+for+tobacco+retailers>, adresse consultée le 4 mars 2015 (pièce AUS-481); Department of Health and Human Services, Tobacco Retailers Guide and Guidelines for the Sale of Tobacco products, (February 2012) (pièce AUS-477); Department of Health (Vic), "Tobacco Retailers Fact Sheet", October 2010 (pièce AUS-478); VIC Department of Health, "Tobacco Retailer Guide", February 2013 (pièce AUS-279); *Tobacco Products Control Act 2006* (WA) (pièce AUS-376), article 22; *Tobacco (Amendment) Act 1999* (ACT) (pièce AUS-463), articles 4, 5, 12 et 13; *Public Health (Tobacco) Regulation 1999* (NSW) (pièce AUS-466), règles 8, 9 et 11; *Tobacco Control Regulations 2002* (NT) (pièce AUS-385), règle 21; *Tobacco and Other Smoking Products (Prevention of Supply to Children) Amendment Act 2001* (Qld) (pièce AUS-387), article 26; *Tobacco Products Variation Regulations 2006* (SA) (pièce AUS-467), règle 4 3); *Public Health Act 1997* (Tas) (pièce AUS-360), articles 70 à 72; *Tobacco (Amendment) Act 2000* (Vic) (pièce AUS-390), articles 8 et 9; *Tobacco Products Control Act 2006* (WA) (pièce AUS-350), articles 22, 23,31 et 32; *Public Health Amendment (Tobacco Advertising) Act 1997* (NSW) (pièce AUS-450),), annexe 1, article 10; *Tobacco Control Act 2002* (NT) (as made) (pièce AUS-374), article 15; et *Tobacco Products Regulation (Further Restrictions) Amendment Act 2004* (SA) (pièce AUS-402), article 15.

[315] Australie, première communication écrite, annexe C, paragraphes 15 et 16; République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 754; Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 315; et VIC Department of Health, "Tobacco Retailer Guide", February 2013 (pièce AUS-279), section 5.

[316] Australie, première communication écrite, annexe C, paragraphes 15 et 16; République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 754; Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 315; et *Tobacco Products Control Act 2006* (WA) (pièce AUS-376), articles 22 et 23.

[317] Australie, première communication écrite, paragraphe 354; République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 755; et Le tabac en Australie 2012, extraits CUB (pièce CUB-13), page 39.

[318] Voir Australie, première communication écrite, annexe C, paragraphe 24. Voir aussi Tasmanian Department of Health and Human Services, "Tobacco Retailers Guide and Guidelines for the Sale of Tobacco

peuvent aussi, ou à la place, utiliser des étiquettes de prix.[319] Les renseignements indiqués varient d'une juridiction à l'autre, et des limitations s'appliquent à la police de caractères et aux autres caractéristiques de chaque étiquette.

2.69. Plusieurs États et territoires énoncent des prescriptions différentes pour l'entreposage ou l'étalage des cigares. Par exemple, dans le Queensland, les clients peuvent voir les cigares dans une pièce humidifiée en étant accompagnés du détaillant. Dans l'État du Victoria, les cigares peuvent être exposés dans une cave à cigares. En Australie-Occidentale, certains détaillants de tabac peuvent conserver les cigares dans des armoires à cigares. En Nouvelle-Galles du Sud et en Australie-Occidentale, les détaillants de tabac sont autorisés à ouvrir les emballages des cigares pour les vendre à l'unité. L'Australie-Occidentale autorise un affichage additionnel renseignant sur la disponibilité et le prix des cigares dans une armoire à cigares.[320]

2.2.5 Autres mesures

2.70. Des interdictions totales ou partielles de la consommation de produits du tabac dans différents lieux ont également été mises en œuvre en Australie, aux niveaux du Commonwealth et des États et territoires. Ces interdictions s'appliquent en différents lieux, y compris les lieux publics fermés, certains espaces publics extérieurs (zones de restauration extérieures, plages, zones de baignade et abords d'équipements de jeux extérieurs, espaces utilisés pour les spectacles et les manifestations en plein air), avions, gares ferroviaires, véhicules transportant des mineurs, restaurants, bars, lieux de travail, cafés, centres commerciaux et communautaires, transports publics, arrêts de bus, stations de taxis et quais.[321]

---

products" (pièce AUS-477); Department of Health (Vic), "Tobacco Retailers Fact Sheet", October 2010 (pièce AUS-478); et VIC Department of Health, "Tobacco Retailer Guide", February 2013 (pièce AUS-279); Department of Health (NSW), Retailer Factsheet 5, "Ban on Display of Tobacco and Smoking Products in Retail Outlets from 1 July 2013", May 2013 (pièce AUS-479); Queensland Government, "Requirements for retailers", October 2011 (pièce AUS-480); SA Health, "Point of sale restrictions for tobacco retailers" (pièce AUS-481); WA Department of Health, "Tobacco Products Control Act 2006 Guideline: Price Tickets" (pièce AUS-482); WA Department of Health, "Retailer Fact Sheet No 2: New Tobacco Display Laws for all Retailers", October 2010 (pièce AUS-483); NT Government, "Displays and Point of Sale Banning Tobacco Retail Displays, Frequently Asked Questions", 2010 (pièce AUS-484); et Department of Health (ACT), "Guide to the Sale of Smoking Products in the ACT", May 2012 (pièce AUS-485).

[319] Australie, première communication écrite, annexe C, paragraphe 24. Voir aussi Tasmanian Department of Health and Human Services, "Tobacco Retailers Guide and Guidelines for the Sale of Tobacco products", February 2012 (pièce AUS-477); Department of Health (Vic), "Tobacco Retailers Fact Sheet", October 2010 (pièce AUS-478); VIC Department of Health, "Tobacco Retailer Guide", February 2013 (pièce AUS-279); Department of Health (NSW), Retailer Factsheet 5, "Ban on Display of Tobacco and Smoking Products in Retail Outlets from 1 July 2013", May 2013 (pièce AUS-479); Queensland Government, "Requirements for retailers", October 2011 (pièce AUS-480); SA Health, "Point of sale restrictions for tobacco retailers" (pièce AUS-481); WA Department of Health, "Tobacco Products Control Act 2006 Guideline: Price Tickets" (pièce AUS-482); WA Department of Health, "Retailer Fact Sheet No 2: New Tobacco Display Laws for all Retailers", October 2010 (pièce AUS-483); NT Government, "Displays and Point of Sale Banning Tobacco Retail Displays, Frequently Asked Questions", 2010 (pièce AUS-484); et Department of Health (ACT), "Guide to the Sale of Smoking Products in the ACT", May 2012 (pièce AUS-485).

[320] Australie, première communication écrite, annexe C, section B 4), paragraphes 27 et 28. Voir, pour la Nouvelle-Galles du Sud, *Public Health (Tobacco) Act 2008* (NSW) (pièce AUS-267), article 6 3).

[321] Ces restrictions ne sont pas applicables uniformément dans tous les États et territoires. Voir Australie, première communication écrite, annexe B, section C. Voir aussi *Air Navigation Regulations (Amendment) 1987* (Cth) (pièce AUS-378); *Air Navigation Regulations (Amendment) 1990* (Cth) (pièce AUS-379); *Smoke-free Areas (Enclosed Public Places) Act 1994* (ACT) (pièce AUS-383), article 5; *Tobacco Control Act 2002* (NT) (pièce AUS-374), articles 5, 7, 9 et 11; *Tobacco Control Regulations 2002* (NT) (pièce AUS-385), règle 11; *Smoke-Free Environment Act 2000* (NSW) (pièce AUS-386), articles 6 et 7 1), annexe 1; *Tobacco and Other Smoking Products (Prevention of Supply to Children) Amendment Act 2001* (Qld) (pièce AUS-387), article 26 partie 2B; *Tobacco Products Regulation Act 1997* (SA) (pièce AUS-388), article 47; *Public Health Amendment (Smoke-free areas) Act 2001* (Tas) (pièce AUS-389), article 5; *Tobacco (Amendment) Act 2000* (Vic) (pièce AUS-390), article 7; *Occupational Safety and Health Amendment Regulations (No 2) 1997* (WA) (pièce AUS-391), règle 6; *Health (Smoking in Enclosed Public Places) Regulations 1999* (WA) (pièce AUS-392), règles 4 à 10; *Smoking (Prohibition in Enclosed Public Places) Amendment Act 2009* (ACT) (pièce AUS-393), article 11; *Tobacco Legislation Amendment Act 2012* (NSW) (pièce AUS-394), annexe 1, article 8; *Tobacco Control Legislation Amendment Act 2010* (NT) (pièce AUS-395), articles 16 à 18; *Tobacco and Other Smoking Products Amendment Act 2004* (Qld) (pièce AUS-396), article 40; *Tobacco Products Regulation (Further Restrictions) Amendment Act 2012* (SA) (pièce AUS-397), article 4; *Public Health Amendment Act 2004* (Tas) (pièce AUS-398), article 6; *Tobacco (Amendment) Act 2005* (Vic)

2.71. Le gouvernement australien s'est engagé à investir 135 millions de dollars australiens dans des campagnes de marketing social antitabac entre 2009 et 2016.[322] Il a également investi dans des campagnes utilisant différents supports (comme le publipostage et les ressources en ligne) et des campagnes ciblant certains groupes et catégories de la population (par exemple, les femmes enceintes, les groupes culturels et linguistiques particuliers, les détenus, les personnes souffrant de troubles mentaux, les catégories sociales défavorisées et les communautés aborigènes et habitants des îles du Détroit de Torres).[323]

2.72. Le gouvernement australien a mis en œuvre des mesures pour favoriser l'accès aux thérapies de remplacement de la nicotine ainsi qu'à d'autres médicaments de sevrage tabagique (comme les patchs et les gommes à la nicotine).[324] a adopté plusieurs initiatives ciblant les communautés aborigènes et les habitants des îles du Détroit de Torres.[325] Tous les États et territoires australiens ont mis en place des "Quitlines" et d'autres services d'assistance pour le sevrage tabagique.[326]

2.73. En 2000, le gouvernement australien a introduit des mesures contre le commerce illicite du tabac, instituant des infractions et des sanctions pour la fabrication, la production, la possession, le commerce ou le transport non autorisés de graines, de plants ou de feuilles de tabac.[327] En 2012, il a introduit une législation qui a créé une infraction pénale en vertu de la *Loi douanière de 1901* sanctionnant spécifiquement la contrebande des produits du tabac.[328]

2.3 Protection des marques et des IG en Australie

2.74. Pendant la procédure, les parties ont mentionné plusieurs aspects du cadre établi pour la protection des marques et des IG en Australie. Les aspects généraux de ce cadre sont décrits ci-après.

2.75. Les marques et les IG sont protégées en Australie par un éventail de mécanismes, y compris des protections de droit législatif en vertu de la Loi TM[329], d'autres protections de droit législatif contre la concurrence déloyale et par des actions régies par la common law comme le délit de substitution qui protège la réputation associée à une marque.

2.76. La Loi TM établit les prescriptions juridiques régissant l'enregistrement des marques pour les produits et les services (ce qui peut, comme il est expliqué plus loin, également inclure des signes constituant des IG). Elle prévoit aussi les droits correspondants qui sont conférés aux titulaires et aux utilisateurs autorisés de marques enregistrées.

(pièce AUS-399), articles 5 et 24; *Tobacco Products Control Amendment Act 2009* (WA) (pièce AUS-400), article 9; *Smoking (Prohibition in Enclosed Public Places) Act 2003* (ACT) (as made) (pièce AUS-401), article 6; *Tobacco Products Regulation (Further Restrictions) Amendment Act 2004* (SA) (pièce AUS-402), article 17; *Tobacco Products Regulation (Smoking in Cars) Amendment Act 2007* (SA) (pièce AUS-403); *Public Health (Tobacco) Act 2008* (NSW) (pièce AUS-404), article 30; *Public Health Amendment Act 2007* (Tas) (pièce AUS-405), article 4; *Tobacco Amendment (Protection of Children) Act 2009* (Vic) (pièce AUS-406), article 19; *Health and Other Legislation Amendment Act 2009* (Qld) (pièce AUS-407), articles 180 et 181; *Smoking in Cars with Children (Prohibition) Act 2011* (ACT) (pièce AUS-408), article 7; *Tobacco and Other Smoking Products Regulation 2010* (Qld) (pièce AUS-409), règles 14 et 15, annexes 1 et 2; *Public Health Amendment Act 2011* (Tas) (pièce AUS-410), article 12; *Tobacco Products (Smoking Bans in Public Areas – Longer Term) Regulations 2012* (SA) (pièce AUS-411), règle 4; et *Tobacco Amendment (Smoking at Patrolled Beaches) Act 2012* (Vic) (pièce AUS-412), article 3.

[322] En 1997, le gouvernement australien a lancé une campagne médiatique contre le tabac, la "campagne nationale contre le tabac" (NTC). Background Paper, National Tobacco Strategy 1999 to 2002-03 (pièce AUS-435), paragraphe 4.7; Australia's National Tobacco Campaign: Evaluation Report (pièce AUS-436).

[323] Réponse au Plan d'action de la NPHT (pièces AUS-116, JE-15), pages 10 et 11.

[324] Australian Department of Health and Ageing, Pharmaceutical Benefits Scheme, "New Listings and Changes 1 January 2012" (pièce AUS-443).

[325] Australie, première communication écrite, annexe B, section F 6).

[326] Les "Quitlines" sont des services d'assistance téléphonique pour le sevrage tabagique. Voir Young *et al.* 2014 (pièces AUS-214, JE-24(67), DOM-285), page 29.

[327] *Excise Amendment (Compliance Improvement) Act 2000* (Cth) (pièce AUS-426); et *Excise Act 1901* (Cth) (pièce AUS-428), articles 25, 28, 33 et 117C à 117H.

[328] *Customs Act 1901* (Cth) (pièce AUS-429), article 233BABAD.

[329] *Trade Marks Act 1995* (Cth) (Loi TM) (pièce JE-6). La pièce JE-6 inclut toutes les modifications apportées à la Loi TM jusqu'à la Loi n° 13 de 2013. L'Australie a fourni une version de la Loi TM couvrant jusqu'à la Loi n° 174 de 2011, en tant que pièce AUS-244.

2.77. L'article 17 de la Loi TM définit une marque comme étant:

> un signe utilisé ou destiné à être utilisé pour distinguer les produits ou les services commercialisés ou fournis au cours d'opérations commerciales par une personne des produits ou services ainsi commercialisés ou fournis par une autre personne.[330]

2.78. La Loi TM définit un "signe" comme incluant "une lettre, un mot, un nom, une signature, un chiffre, un élément visuel, un nom de marque, un intitulé, un label, une étiquette, un aspect de l'emballage, une forme, une couleur, un son ou une odeur, quels qu'ils soient", ou toute combinaison de ces éléments.[331]

2.79. Une marque doit être enregistrée à moins que la demande ne soit rejetée. Une demande doit être rejetée si la marque est constituée par un signe interdit par le Règlement, ou inclut un tel signe[332]; ne peut pas être représentée explicitement[333]; n'est pas propre à distinguer les produits et les services du requérant de ceux d'autres personnes[334]; contient un élément scandaleux ou est constituée par un tel élément, ou à un usage qui serait contraire au droit[335]; est susceptible d'induire en erreur ou de prêter à confusion[336]; ou est en substance identique, ou semblable au point d'induire en erreur, à une marque enregistrée antérieurement.[337] La Loi TM subordonne l'enregistrabilité des marques non intrinsèquement distinctives, comme la couleur, au caractère distinctif acquis par l'usage.[338]

2.80. Il peut aussi être fait opposition à l'enregistrement d'une marque pour ces motifs[339] et certains autres.[340]

2.81. L'enregistrement d'une marque vient à expiration dix ans après la date de dépôt[341], sauf renouvellement.[342] Il peut être abrogé, annulé ou modifié, et le registre peut faire l'objet d'une rectification dans des circonstances spécifiques.[343] Un titulaire de marques peut faire opposition à une demande de radiation pour non-usage dans des "circonstances (que celles-ci affectent les commerçants d'une manière générale ou seulement le titulaire enregistré de la marque) qui faisaient obstacle à l'usage de la marque au cours de cette période".[344]

2.82. L'article 20 de la Loi TM dispose que le titulaire d'une marque enregistrée a les "droits exclusifs" de "faire usage" et "d'autoriser d'autres personnes à faire usage" de cette marque pour les produits et/ou services pour lesquels la marque a été enregistrée.[345] Ces droits incluent également "le droit d'obtenir réparation au titre de la présente loi en cas d'atteinte à la marque"[346] ainsi que le droit de céder ou de transmettre la marque.[347] Aux termes de la Loi TM, une personne porte atteinte à une marque enregistrée si elle utilise comme marque un signe qui est en

[330] Loi TM (pièce JE-6), article 17.
[331] Loi TM (pièce JE-6), article 6.
[332] Loi TM (pièce JE-6), article 39.
[333] Loi TM (pièce JE-6), article 40.
[334] Loi TM (pièce JE-6), article 41.
[335] Loi TM (pièce JE-6), article 42.
[336] Loi TM (pièce JE-6), article 43.
[337] Loi TM (pièce JE-6), article 44. La demande doit également être rejetée si elle n'a pas été présentée conformément à la Loi TM ou si l'opposition était bien fondée. Voir la Loi TM (pièce JE-6), articles 27 1) et 33.
[338] Loi TM (pièce JE-6), article 41 3).
[339] Loi TM (pièce JE-6), article 57.
[340] Les autres motifs incluent les cas suivants: le requérant n'est pas le titulaire de la marque; le requérant n'envisage pas de faire usage de la marque; une autre marque a acquis une réputation en Australie et l'usage de la marque à enregistrer serait susceptible d'induire en erreur ou de prêter à confusion; ou la marque contient une indication géographique fausse ou est constituée par une telle indication. Loi TM (pièce JE-6), articles 58 à 61.
[341] Loi TM (pièce JE-6), article 72 3).
[342] Loi TM (pièce JE-6), partie 7, section 2.
[343] Loi TM (pièce JE-6), partie 8. Par exemple, une marque enregistrée (autre qu'une marque de certification) peut être radiée du registre pour non-usage si, au moment de l'enregistrement, elle n'avait jamais été destinée à être utilisée en Australie. Elle peut aussi être radiée si elle n'a pas été utilisée en Australie pendant une période ininterrompue de trois ans ou plus. Loi TM (pièce JE-6), articles 92 4) a) et 92 4) b).
[344] Loi TM (pièce JE-6), article 100 3) c).
[345] Loi TM (pièce JE-6), article 20 1).
[346] Loi TM (pièce JE-6), article 20 2).
[347] Loi TM (pièce JE-6), article 106.

substance identique, ou semblable au point d'induire en erreur, à la marque pour a) les produits ou les services pour lesquels la marque est enregistrée; b) les produits ou les services répondant à la même description que ceux pour lesquels la marque est enregistrée; c) les services qui sont étroitement liés aux produits enregistrés; ou d) les produits qui sont étroitement liés aux services enregistrés.[348]

2.83. Outre les droits conférés aux marques enregistrées en vertu de la Loi TM, les titulaires de marques "notoirement connues en Australie" peuvent engager une action pour atteinte aux droits contre l'utilisation non autorisée de ce signe, ou de signes qui sont en substance identiques, ou semblables au point d'induire en erreur, par des tierces parties si certaines conditions sont remplies.[349] Les titulaires de marques notoirement connues peuvent engager des actions pour atteinte aux droits en dehors des actions dont disposent les titulaires de marques qui ne sont pas notoirement connues.[350] Pour décider si une marque est "notoirement connue en Australie", "il faut tenir compte de la mesure dans laquelle la marque est connue par la partie du public concernée, que ce soit à la suite de la promotion de la marque ou pour toute autre raison".[351]

2.84. En vertu de la Loi TM, un signe qui constitue une IG est susceptible d'être enregistré comme marque en Australie. Aux termes de cette loi, une IG est définie comme suit:

> pour les produits, signifie un signe qui sert à identifier les produits comme étant originaires d'un pays, ou d'une région ou localité de ce pays, dans les cas où une qualité, réputation ou autre caractéristique déterminée des produits peut être attribuée essentiellement à cette origine géographique.[352]

2.85. Dans la mesure où les IG sont enregistrées comme marques en Australie, elles sont généralement enregistrées comme marques de certification[353], définies comme suit:

> U]n signe utilisé ou destiné à être utilisé pour distinguer les produits ou services: a) commercialisés ou fournis au cours d'opérations commerciales; et b) certifiés par une personne … ou par une autre personne agréée par la première, en relation avec la qualité, l'authenticité ou une autre caractéristique, y compris (dans le cas des produits) l'origine, la matière ou le mode de fabrication; d'autres produits ou services commercialisés ou fournis au cours d'opérations commerciales sans être ainsi certifiés.[354]

2.86. Le déposant d'une demande pour l'enregistrement d'une marque de certification doit, conformément aux règlements, déposer un exemplaire des règles régissant l'usage de la marque de certification.[355] Le bureau d'enregistrement ne peut rejeter une demande en ce sens que pour certains motifs, qui sont, à quelques exceptions près, les mêmes que ceux qui s'appliquent aux

---

[348] Loi TM (pièce JE-6), article 120 1) et 120 2).

[349] Loi TM (pièce JE-6), article 120 3). La Loi dispose qu'une personne porte atteinte à une marque enregistrée:

a) si la marque est notoirement connue en Australie; et
b) si la personne utilise comme marque un signe qui est en substance identique, ou semblable au point d'induire en erreur, à la marque pour:
   i) des produits (**produits non liés**) qui ne répondent pas à la même description que les produits pour lesquels la marque est enregistrée (**produits enregistrés**) ou qui ne sont pas étroitement liés aux services pour lesquels la marque est enregistrée (**services enregistrés**); ou
   ii) des services (**services non liés**) qui ne répondent pas à la même description que les services enregistrés ou qui ne sont pas étroitement liés aux produits enregistrés;
c) si, du fait que la marque est notoirement connue, le signe serait vraisemblablement considéré comme indiquant un lien entre les produits ou les services non liés et le titulaire enregistré de la marque; et
d) si, pour cette raison, les intérêts du titulaire enregistré risquent d'être lésés.

Ibid. (caractères gras dans l'original)

[350] Comparer l'article 120 3) de la Loi TM (pièce JE-6) avec son article 120 1) et 120 2).

[351] Loi TM (pièce JE-6), article 120 4).

[352] Loi TM (pièce JE-6), article 6.

[353] Australie, première communication écrite, annexe D, paragraphe 8.

[354] Loi TM (pièce JE-6), article 169.

[355] Loi TM (pièce JE-6), article 173.

demandes d'enregistrement d'autres marques.[356] Les marques de certification sont soumises aux mêmes dispositions que les marques en ce qui concerne la durée et le renouvellement.[357] Toutefois, une marque de certification n'est pas susceptible d'être radiée du registre pour non-usage, parce que le titulaire d'une telle marque n'est pas tenu d'en faire usage.[358]

2.87. Les marques collectives peuvent aussi assurer la protection des signes qui constituent des IG en Australie. La plupart des dispositions de la Loi TM qui concernent les marques, y compris l'enregistrement et les motifs d'opposition, s'appliquent aux marques collectives.[359] Une marque collective est définie aux termes de la Loi TM comme étant:

> un signe utilisé ou destiné à être utilisé pour les produits ou les services commercialisés ou fournis au cours d'opérations commerciales par des membres d'une association pour distinguer ces produits ou ces services de ceux qui sont ainsi commercialisés ou fournis par des personnes qui ne sont pas membres de l'association.[360]

2.88. Enfin, comme pour d'autres marques enregistrées, le titulaire d'une marque de certification ou d'une marque collective enregistrées peut engager une action pour atteinte aux droits contre l'usage non autorisé d'un signe par des tierces parties.[361]

2.89. L'Australie maintient également une protection des marques et des IG dans le cadre d'autres domaines du droit australien, y compris par le biais des mesures de protection des consommateurs visant les indications trompeuses en Australie.[362]

2.90. La *Loi de 2010 sur la concurrence et la consommation* (Cth) (Loi CCA) établit une interdiction générale des comportements trompeurs ou de nature à induire en erreur dans les échanges ou le commerce. La *Loi australienne sur la consommation* (Loi ACL) constitue l'annexe 2 de la Loi CCA. L'article 18 de la Loi ACL dispose qu'"[u]ne personne ne doit pas, dans les échanges ou le commerce, adopter un comportement qui est trompeur ou de nature à induire en erreur, ou susceptible de l'être".[363] De même, l'article 29 1) interdit un éventail d'indications fausses ou trompeuses en relation avec la fourniture, la fourniture éventuelle ou la promotion de produits ou de services, y compris des déclarations concernant le lieu d'origine des produits.[364] Les articles 33 et 34 visent les produits et les services, respectivement, et disposent qu'une personne ne doit pas,

---

[356] Ces exceptions sont les suivantes: a) la demande ne peut pas être rejetée au motif que la marque n'est pas propre à distinguer les produits ou les services désignés de ceux d'autres personnes (en fait, le motif pertinent est que la marque "n'est pas propre à distinguer les produits ou les services certifiés par le requérant … de ceux qui ne sont pas ainsi certifiés"); b) il n'est pas nécessaire que la personne demandant l'enregistrement d'une marque de certification ait elle-même l'intention de faire usage de la marque; et c) il est obligatoire d'obtenir un certificat de la Commission australienne de la concurrence et de la consommation (ACCC), selon l'article 175 2). Loi TM (pièce JE-6), articles 170, 176 1) c) et 177.

[357] Loi TM (pièce JE-6), article 170. Voir aussi la partie 7, section 2.

[358] Loi TM (pièce JE-6), article 170. Voir aussi plus haut la note de bas de page 343.

[359] Loi TM (pièce JE-6), article 163. Il existe quelques exceptions et variations: par exemple, l'usage d'une marque collective enregistrée par un membre de l'association qui est le titulaire enregistré de la marque collective est réputé être un usage de la marque collective par le titulaire enregistré. Voir *ibid*., article 163 2) b).

[360] Loi TM (pièce JE-6), article 162.

[361] Loi TM (pièce JE-6), articles 163 et 170. Toutefois, en ce qui concerne les marques de certification, le titulaire enregistré est uniquement tenu d'exercer ses droits exclusifs "conformément aux règles régissant l'usage de la marque de certification". Voir l'article 171. Pour ce qui est des marques collectives, un membre de l'association au nom de laquelle une marque collective est enregistrée n'a pas le droit d'empêcher un autre membre de l'association de faire usage de la marque collective conformément aux règles de l'association. Voir *ibid*., article 165.

[362] Nous relevons, sans les analyser, certaines protections prévues dans la *Australian Grape and Wine Authority Act* 2013 (Cth) (pièce AUS-490), et le *Australia New Zealand Food Standards Code, Standard 1.2.11 Country of Origin Labelling (Australia Only)* (Cth) (pièce AUS-568). Ces mesures concernent, respectivement, le vin et certains produits alimentaires, qui ne sont pas en cause en l'espèce.

[363] *Competition and Consumer Act* 2010 (Cth), Schedule 2 (Loi australienne sur la consommation), (Loi ACL) (pièce DOM-110), article 18. La pièce de la République dominicaine inclut les modifications jusqu'à la Loi n° 83 de 2014. Nous relevons que l'Australie et le Honduras ont aussi présenté en tant que pièces des extraits de la *Loi de 2010 sur la concurrence et la consommation (Cth)* incluant les modifications jusqu'à la Loi n° 148 de 2010. Voir les pièces AUS-127 et HND-66.

[364] Loi ACL (pièce DOM-110), article 29 1).

dans les échanges ou le commerce, adopter un comportement "qui est susceptible d'induire le public en erreur quant à la nature, … aux caractéristiques … d'un quelconque produit".[365]

2.91. Une division spéciale de la Commission australienne de la concurrence et de la consommation (ACCC) enquête sur d'éventuelles infractions à la Loi ACL. L'ACCC est dotée de certains pouvoirs d'exécution, y compris le pouvoir d'engager des procédures devant la Cour fédérale d'Australie.[366] Les pratiques contraires à la Loi ACL peuvent entraîner des responsabilités tant pénales que civiles, y compris des dommages-intérêts, une injonction et la résiliation des contrats.[367]

2.92. Dans le cadre de la *Loi de 1905 sur les désignations commerciales* (Cth), l'Australie interdit en outre l'importation de tout produit comportant une désignation commerciale mensongère.[368] Une désignation commerciale mensongère est définie comme étant une "désignation commerciale qui, en raison de ce qu'elle contient ou de ce qu'elle omet, est mensongère ou susceptible d'induire en erreur dans une mesure importante en ce qui concerne les produits auxquels elle s'applique, et inclut toute falsification de la désignation commerciale, que ce soit par ajout, retrait ou d'une autre façon, qui la rend mensongère ou susceptible d'induire en erreur dans une mesure importante".[369] Une "désignation commerciale" s'entend de toute désignation, déclaration, indication ou suggestion, directe ou indirecte, qui concerne, entre autres, le pays ou lieu dans lequel les produits ont été fabriqués ou produits.[370]

2.93. L'Australie maintient également une protection, régie par la common law, de la réputation des entreprises, par le biais du délit de substitution, qui peut assurer une protection additionnelle contre les indications fallacieuses. Elle a indiqué que les "éléments constitutifs du délit de substitution consistaient en a) une indication fallacieuse b) donnée par un commerçant au cours d'opérations commerciales à ses clients potentiels c) qui était conçue pour ternir la réputation commerciale d'un autre commerçant, et d) qui entraînait un préjudice ou un risque de préjudice pour la réputation commerciale de cet autre commerçant".[371] Ni les marques ni les IG ne sont protégées en soi par le biais de ce délit, bien qu'elles puissent avoir une valeur probante quant à l'existence de la réputation d'un commerçant sur le marché pertinent et au préjudice causé.[372]

2.4 FCTC

2.94. La FCTC, négociée sous les auspices de l'OMS, a été mentionnée par les parties pendant la procédure. Comme il est expliqué plus haut, la Loi TPP dispose que l'un de ses objectifs est de "donner effet à certaines obligations qui incombent à l'Australie en tant que partie à la Convention pour la lutte antitabac".[373]

2.95. La présente section donne une description générale de la FCTC et des directives pertinentes adoptées dans le cadre de cette convention, compte tenu des renseignements communiqués au Groupe spécial par le Secrétariat de l'OMS et de la FCTC.[374]

---

[365] Loi ACL (pièce DOM-110), articles 33 et 34.

[366] D. Shavin, "Prohibitions against misleading and deceptive conduct pursuant to the Australian Consumer Law, and the Australian Competition & Consumer Commission's history of effective enforcement thereof", 26 September 2014, (rapport Shavin) (pièce DOM/HND-1), paragraphes 73 et 74.

[367] Australie, première communication écrite, annexe D, paragraphe 20. L'ACCC a fait usage de son pouvoir dans le contexte des produits du tabac, spécifiquement au sujet des cigarettes commercialisées avec les inscriptions "légère", "douce", "médium", "ultralégère" et "micro". Elle a conclu que l'utilisation de ces indications était trompeuse et susceptible d'enfreindre l'article 52 de la *Loi de 1974 sur les pratiques commerciales* (Cth) (à présent l'article 18 de la Loi ACL, pièce DOM-10)). Voir R. Sims, "Report Concerning the Australia Consumer Law and the Packaging of Tobacco Products", 24 février 2015, (rapport Sims) (pièce AUS-22) (RSC), paragraphe 4.9.

[368] *Commerce Trade Descriptions Act 1905* (Cth), (Loi CTD) (pièce AUS-248), article 9.

[369] Loi CTD (pièce AUS-248), article 3.

[370] Loi CTD (pièce AUS-248), article 3.

[371] Australie, première communication écrite, paragraphe 458 et annexe D, paragraphe 23 (faisant référence à Le droit des marques de Shanahan (pièce AUS-104), page 688).

[372] Le droit des marques de Shanahan (pièce AUS-104), pages 687 à 699.

[373] Loi TPP (pièces JE-1, AUS-1), article 3.

[374] Voir l'analyse exposée plus haut dans les sections 1.6.5 et 1.6.7.1.

2.4.1 Contexte

2.96. En 1995, la quarante-neuvième Assemblée mondiale de la santé de l'OMS a lancé la négociation d'un instrument international pour la lutte antitabac.[375] Ces négociations ont abouti à l'adoption de la FCTC par l'Assemblée mondiale de la santé en mai 2003.[376] La Convention est entrée en vigueur en février 2005.[377]

2.97. La FCTC compte 180 parties (les parties à la FCTC)[378], dont 149 sont également Membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Parmi les cinq parties aux présents différends, l'Australie et le Honduras ont signé et ratifié la FCTC. Cuba a signé la FCTC mais ne l'a pas ratifiée, et la République dominicaine ainsi que l'Indonésie n'en sont pas signataires.[379] Cuba, la République dominicaine et l'Indonésie ne sont donc pas parties à la FCTC.

2.4.2 Structure et gouvernance

2.98. La FCTC est administrée par un Secrétariat hébergé au sein de l'OMS, et elle a un plan de travail et un budget indépendants qui sont adoptés par la Conférence des Parties (COP).[380] Les principales fonctions de ce secrétariat sont régies par la FCTC elle-même et les décisions de la Conférence des Parties.[381]

2.99. La Conférence des Parties à la FCTC est l'organe directeur de la FCTC et comprend toutes les parties à la Convention.[382] Entre autres choses, elle "examine régulièrement l'application de la Convention et prend les décisions nécessaires pour en promouvoir la mise en œuvre efficace …".[383] Elle peut également adopter des protocoles[384], des annexes[385] et des amendements[386] à la FCTC ainsi que d'autres documents et instruments, tels que des directives concernant des sujets particuliers.[387] La Conférence des Parties peut accorder le "statut d'observateur" aux organisations internationales intergouvernementales et aux organisations non gouvernementales "qui ont des buts et des activités conformes à l'esprit, à l'objectif et aux principes" de la FCTC. Le règlement

[375] Conformément à l'article 19 de la Constitution de l'OMS, l'Assemblée mondiale de la santé a autorité pour adopter des "conventions ou accords se rapportant à toute question entrant dans la compétence de l'Organisation". OMS/FCTC, demande d'autorisation de communiquer des renseignements (pièce AUS-42 (révisée)), paragraphe 7.

[376] FCTC (pièces AUS-44, JE-19), annexe 2.

[377] FCTC (pièces AUS-44, JE-19), avant-propos, page vi.

[378] OMS/FCTC, demande d'autorisation de communiquer des renseignements (pièce AUS-42 (révisée)), paragraphe 7; OMS/FCTC, mémoire d'*amici curiae* (pièce AUS-42 (révisée)), paragraphe 12.

[379] OMS/FCTC, mémoire d'*amici curiae* (pièce AUS-42 (révisée)), paragraphe 12.

[380] FCTC (pièces AUS-44, JE-19), article 24; et OMS/FCTC, demande d'autorisation de communiquer des renseignements (pièce AUS-42 (révisée)), paragraphes 8 et 12.

[381] Les fonctions du Secrétariat de la FCTC sont les suivantes: a) organiser les sessions de la Conférence des Parties et de tout organe subsidiaire, et leur fournir les services nécessaires; b) transmettre les rapports qu'il reçoit conformément à la Convention; c) aider les Parties qui en font la demande, et en particulier les pays en développement Parties et les Parties à économie en transition, à compiler et à communiquer les informations requises conformément aux dispositions de la Convention; d) établir des rapports sur ses activités en vertu de la Convention sous l'autorité de la Conférence des Parties et les soumettre à la Conférence des Parties; e) assurer, sous l'autorité de la Conférence des Parties, la coordination nécessaire avec les organisations intergouvernementales internationales et régionales et autres organismes compétents; f) prendre, sous l'autorité de la Conférence des Parties, les dispositions administratives ou contractuelles nécessaires à l'accomplissement efficace de ses fonctions; et g) s'acquitter des autres fonctions de secrétariat précisées par la Convention et par l'un quelconque de ses protocoles, ainsi que des autres fonctions qui pourront lui être assignées par la Conférence des Parties. FCTC (pièces JE-19, AUS-44), article 24.

[382] FCTC (pièces AUS-44, JE-19), article 23; OMS/FCTC, demande d'autorisation de communiquer des renseignements (pièce AUS-42 (révisée)), paragraphe 8.

[383] FCTC (pièces AUS-44, JE-19), article 23.5.

[384] Les protocoles à la FCTC n'ont force obligatoire que pour les Parties aux protocoles en question. FCTC (pièces AUS-44, JE-19), article 33.

[385] FCTC (pièces AUS-44, JE-19), article 29.

[386] FCTC (pièces AUS-44, JE-19), article 28.

[387] Par exemple, pour ce qui est des "mesures autres que financières visant à réduire la demande de tabac", la Conférence des Parties propose des directives appropriées pour l'application des dispositions contenues dans ces articles". FCTC (pièces AUS-44, JE-19), article 7.

intérieur de la Conférence des Parties limite la participation des fabricants de tabac autrement que par l'intermédiaire des organismes d'État pertinents.[388]

2.4.3 Quelques dispositions de la FCTC

2.100. L'objectif de la FCTC, tel qu'il est énoncé à l'article 3, est de:

> protéger les générations présentes et futures des effets sanitaires, sociaux, environnementaux et économiques dévastateurs de la consommation de tabac et de l'exposition à la fumée du tabac en offrant un cadre pour la mise en œuvre de mesures de lutte antitabac par les Parties aux niveaux national, régional et international, en vue de réduire régulièrement et notablement la prévalence du tabagisme et l'exposition à la fumée du tabac.[389]

2.101. Le premier paragraphe de l'article 5, intitulé "Obligations générales", dispose ce qui suit:

> Chaque Partie élabore, met en œuvre, actualise et examine périodiquement des stratégies et des plans et programmes nationaux multisectoriels globaux de lutte antitabac conformément aux dispositions de la Convention et des protocoles auxquels elle est Partie.[390]

2.102. La Convention définit la "lutte antitabac" comme étant "toute une série de stratégies de réduction de l'offre, de la demande et des effets nocifs visant à améliorer la santé d'une population en éliminant ou en réduisant sa consommation de produits du tabac et l'exposition de celle-ci à la fumée du tabac".[391]

2.103. La partie III de la Convention, intitulée "Mesures relatives à la réduction de la demande de tabac", contient des dispositions intitulées "Conditionnement et étiquetage des produits du tabac" (article 11) et "Publicité en faveur du tabac, promotion et parrainage" (article 13).

2.104. L'article 11 concerne le "[c]onditionnement et [l']étiquetage des produits du tabac" et dispose ce qui suit:

> ***Article 11***
>
> *Conditionnement et étiquetage des produits du tabac*
>
> 1. Chaque Partie, dans les trois ans suivant l'entrée en vigueur de la Convention en ce qui la concerne, adopte et applique conformément à sa législation nationale des mesures efficaces pour faire en sorte que:
>
> a) le conditionnement et l'étiquetage des produits du tabac ne contribuent pas à la promotion d'un produit du tabac par des moyens fallacieux, tendancieux ou trompeurs, ou susceptibles de donner une impression erronée quant aux caractéristiques, effets sur la santé, risques ou émissions du produit, y compris des termes, descriptifs, marques commerciales, signes figuratifs ou autres qui donnent directement ou indirectement l'impression erronée qu'un produit du tabac particulier est moins nocif que d'autres, comme par exemple des termes tels que "à faible teneur en goudrons", "légère", "ultralégère" ou "douce"; et
>
> b) chaque paquet ou cartouche de produits du tabac et toutes les formes de conditionnement et d'étiquetage extérieurs de ces produits portent également des mises en garde sanitaires décrivant les effets nocifs de la consommation de

[388] FCTC (pièces AUS-44, JE-19), article 23.6; OMS/FCTC, renseignements additionnels fournis au Groupe spécial, paragraphes 26 à 30, note de bas de page 63 plus haut.
[389] FCTC (pièces AUS-44, JE-19), article 3.
[390] FCTC (pièces AUS-44, JE-19), article 5.1.
[391] FCTC (pièces AUS-44, JE-19), article 1 d).

tabac et peuvent inclure d'autres messages appropriés. Ces mises en garde et messages

i) sont approuvés par l'autorité nationale compétente,

ii) sont utilisés tour à tour,

iii) de grande dimension, clairs, visibles et lisibles,

iv) devraient couvrir 50% ou plus des faces principales mais pas moins de 30%,

v) peuvent se présenter sous la forme de dessins ou de pictogrammes ou inclure de tels dessins ou pictogrammes.

2. Chaque paquet et cartouche de produits du tabac et toutes les formes de conditionnement et d'étiquetage extérieurs de ces produits, outre les mises en garde visées au paragraphe 1.b) du présent article, portent des informations sur les constituants et émissions pertinents des produits du tabac tels que définis par les autorités nationales.

3. Chaque Partie exige que les mises en garde et autres informations textuelles visées au paragraphe 1.b) et au paragraphe 2 du présent article apparaissent sur chaque paquet et cartouche de produits du tabac et sur toutes les formes de conditionnement et d'étiquetage extérieurs de ces produits dans sa ou ses langues principales.

4. Aux fins du présent article, l'expression "conditionnement et étiquetage extérieurs", à propos des produits du tabac, s'entend de toutes les formes de conditionnement et d'étiquetage utilisées dans la vente au détail du produit.[392]

2.105. L'article 13 concerne la "[p]ublicité en faveur du tabac, [la] promotion et [le] parrainage" et se lit comme suit:

Article 13

Publicité en faveur du tabac, promotion et parrainage

1. Les Parties reconnaissent que l'interdiction globale de la publicité, de la promotion et du parrainage réduira la consommation de produits du tabac.

2. Chaque Partie, dans le respect de sa constitution ou de ses principes constitutionnels, instaure une interdiction globale de toute publicité en faveur du tabac et de toute promotion et de tout parrainage du tabac. Cette interdiction, sous réserve du cadre juridique et des moyens techniques dont dispose cette Partie, inclut l'interdiction globale de la publicité, de la promotion et du parrainage transfrontières à partir de son territoire. À cet égard, dans les cinq années suivant l'entrée en vigueur de la Convention pour cette Partie, celle-ci adopte des mesures législatives, exécutives, administratives et/ou d'autres mesures appropriées et fait rapport conformément à l'article 21.

3. Une Partie qui est dans l'incapacité d'instaurer une interdiction globale du fait de sa constitution ou de ses principes constitutionnels impose des restrictions à toute publicité en faveur du tabac et à toute promotion et tout parrainage du tabac. Ces restrictions, sous réserve du cadre juridique et des moyens techniques dont dispose cette Partie, incluent des restrictions ou l'interdiction globale de la publicité, de la promotion et du parrainage à partir de son territoire ayant des effets transfrontières. À cet égard, chaque Partie adopte des mesures législatives, exécutives,

[392] FCTC (pièces AUS-44, JE-19), article 11.

administratives et/ou d'autres mesures appropriées et fait rapport conformément à l'article 21.

4. Comme mesure minimum, et dans le respect de sa constitution ou de ses principes constitutionnels, chaque Partie:

a) interdit toutes les formes de publicité en faveur du tabac, de promotion et de parrainage qui contribuent à promouvoir un produit du tabac par des moyens fallacieux, tendancieux ou trompeurs, ou susceptibles de donner une impression erronée quant aux caractéristiques, aux effets sur la santé, aux risques ou émissions du produit;

b) exige qu'une mise en garde sanitaire ou d'autres mises en garde ou messages appropriés accompagnent toute publicité en faveur du tabac et, le cas échéant, toute promotion et tout parrainage du tabac;

c) limite le recours à des mesures d'incitation directes ou indirectes qui encouragent l'achat de produits du tabac par le public;

d) si elle n'a pas imposé d'interdiction globale, exige de l'industrie du tabac qu'elle fasse connaître aux autorités gouvernementales compétentes les dépenses qu'elle consacre à la publicité, à la promotion et au parrainage encore non interdits. Ces autorités, dans les conditions fixées par la législation nationale, peuvent décider de rendre ces chiffres accessibles au public ainsi qu'à la Conférence des Parties, conformément à l'article 21;

e) impose une interdiction globale ou, si elle est dans l'incapacité d'imposer une interdiction globale du fait de sa constitution ou de ses principes constitutionnels, limite la publicité en faveur du tabac, ainsi que la promotion et le parrainage à la radio, à la télévision, dans la presse écrite et, le cas échéant, dans d'autres médias tels que l'Internet, dans les cinq ans; et

f) interdit ou, si elle est dans l'incapacité d'interdire du fait de sa constitution ou de ses principes constitutionnels, limite le parrainage des manifestations ou des activités internationales et/ou des participants à ces manifestations ou activités.

5. Les Parties sont encouragées à appliquer des mesures allant au-delà des obligations énoncées au paragraphe 4.

6. Les Parties coopèrent à la mise au point de technologies et d'autres moyens nécessaires pour faciliter l'élimination de la publicité transfrontières.

7. Les Parties qui ont interdit certaines formes de publicité en faveur du tabac, de promotion et de parrainage ont le droit souverain d'interdire ces formes de publicité, de promotion et de parrainage transfrontières entrant dans leur territoire et d'imposer les mêmes sanctions que celles qui s'appliquent à la publicité, à la promotion et au parrainage, tant sur le plan intérieur qu'à partir de leur territoire, conformément à leur législation nationale. Le présent paragraphe n'entérine ni n'approuve aucune sanction spécifique.

8. Les Parties étudient l'élaboration d'un protocole définissant des mesures appropriées qui nécessitent une collaboration internationale en vue d'une interdiction globale de la publicité, de la promotion et du parrainage transfrontières.[393]

[393] FCTC (pièces AUS-44, JE-19), article 13. Les définitions suivantes sont aussi pertinentes pour les dispositions susmentionnées de la FCTC: "publicité en faveur du tabac et promotion du tabac" ("toute forme de communication, recommandation ou action commerciale ayant pour but, effet ou effet vraisemblable de promouvoir directement ou indirectement un produit du tabac ou l'usage du tabac"), "produits du tabac" ("des produits fabriqués entièrement ou partiellement à partir de tabac en feuilles comme matière première et destinés à être fumés, sucés, chiqués ou prisés"), et "parrainage du tabac" ("toute forme de contribution à tout

2.4.4 Directives de la FCTC

2.106. La FCTC prévoit que la Conférence des Parties proposera des directives pour l'application des dispositions de ses articles 8 à 13. Les Directives de la FCTC "visent à aider les Parties à s'acquitter de leurs obligations et à accroître l'efficacité des mesures adoptées".[394]

2.107. La Conférence des Parties à la FCTC a adopté des Directives de la FCTC pour l'application de l'article 11 (Directives concernant l'article 11) et des Directives de la FCTC pour l'application de l'article 13 (Directives concernant l'article 13) en novembre 2008.[395] Même s'il n'est pas mentionné aux articles 11 et 13 de la FCTC, le "conditionnement neutre" est mentionné dans ces deux directives.[396]

2.108. Les Directives concernant l'article 11 de la FCTC, intitulées "*Conditionnement et étiquetage des produits du tabac*", disposent ce qui suit:

> 46. Les Parties devraient envisager d'adopter des mesures visant à limiter ou interdire l'utilisation de logos, de couleurs, d'images de marque ou de textes promotionnels sur les conditionnements hormis le nom de la marque et celui du nom du produit imprimés avec des caractères normaux et dans une couleur standardisée (conditionnement neutre). Cela pourrait conférer plus de relief et d'efficacité aux mises en garde sanitaires et aux messages, en empêchant que la forme de conditionnement ne détourne l'attention des consommateurs et en faisant échec aux techniques de design employées par l'industrie du tabac pour tenter de faire croire que certains produits sont moins nocifs que d'autres.[397]

2.109. Les Directives concernant l'article 13 de la FCTC, intitulées "*Publicité en faveur du tabac, promotion et parrainage*", disposent ce qui suit:

> 15. Le conditionnement est un élément important de la publicité et de la promotion. Les caractéristiques des paquets et des produits contenant du tabac sont utilisées de différentes manières pour attirer les consommateurs, promouvoir les produits et cultiver et promouvoir l'identité de marque, par exemple par l'utilisation de logos, de couleurs, de caractères, d'images, de formes et de matériels sur ou dans les paquets ou sur des cigarettes individuelles ou d'autres produits du tabac.
>
> 16. L'effet de la publicité ou de la promotion sur le conditionnement peut être éliminé en exigeant un conditionnement neutre: noir et blanc ou deux autres couleurs contrastées selon les prescriptions des autorités nationales; rien d'autre qu'un nom de marque, un nom de produit et/ou de fabricant, une adresse et la quantité de produit dans le conditionnement, sans logo ni caractéristique en dehors des mises en garde sanitaires, des vignettes fiscales et d'autres informations ou marques requises par les autorités; l'utilisation de caractères de type et de dimension prescrits; et une forme, une taille et des matériels types. Il ne doit pas y avoir de publicité ou de promotion à l'intérieur du conditionnement ou liée au conditionnement ni sur des cigarettes individuelles ou d'autres produits du tabac.
>
> 17. Si un conditionnement neutre n'est pas encore exigé, la restriction devrait couvrir le plus grand nombre possible de caractéristiques de conception qui rendent les produits du tabac plus attrayants pour le consommateur, par exemple des figures animales ou autres, des expressions humoristiques, des papiers de cigarette de couleur, des odeurs agréables, des paquets nouveaux ou saisonniers.

événement, activité ou personne, ayant pour but, effet ou effet vraisemblable de promouvoir directement ou indirectement un produit du tabac ou l'usage du tabac"). Voir *ibid*., article 1 c), 1 f) et 1 g), respectivement.

[394] OMS/FCTC, mémoire d'*amici curiae* (pièce AUS-42 (révisée)), paragraphe 22.

[395] OMS/FCTC, mémoire d'*amici curiae* (pièce AUS-42 (révisée)), paragraphe 19; OMS/FCTC, renseignements fournis au Groupe spécial, pages 7 et 8, note de bas de page 63 plus haut; Directives concernant l'article 11 de la FCTC, FCTC/COP/3(10) (pièce JE-20); et Directives concernant l'article 13 de la FCTC, FCTC/COP/3(12) (pièce JE-21).

[396] Directives concernant l'article 11 de la FCTC, FCTC/COP/3(10) (pièce JE-20), annexe, paragraphe 46; et Directives concernant l'article 13 de la FCTC, FCTC/COP/3(12) (pièce JE-21), annexe, paragraphes 16 et 17 et "Recommandation" suivant le paragraphe 17.

[397] Directives concernant l'article 11 de la FCTC, FCTC/COP/3(10) (pièce JE-20), annexe, paragraphe 46.

Recommandation

Le conditionnement et la conception du produit sont d'importants éléments de la publicité et de la promotion. Les Parties devraient envisager d'adopter des exigences concernant un conditionnement neutre pour éliminer l'effet de la publicité ou de la promotion sur le conditionnement. Le conditionnement, les cigarettes individuelles ou les autres produits du tabac ne doivent comporter aucune publicité ou promotion ni caractéristique de conception rendant les produits attrayants.[398]

2.4.5 Dispositions de la FCTC en ce qui concerne la relation entre la FCTC et d'autres accords et organismes internationaux

2.110. L'article 2.1 de la FCTC dispose que cette convention n'empêche pas les Parties "d'imposer des restrictions plus sévères si elles sont compatibles avec [les dispositions de la FCTC et de ses protocoles] et conformes au droit international".[399] L'article 2.2 prévoit en outre que la FCTC "n'affecte[] [pas] le droit d'une Partie de conclure des accords bilatéraux ou multilatéraux, y compris des accords régionaux ou sous-régionaux, sur les questions ayant trait à la Convention et à ses protocoles ou s'y rattachant, à condition que ces accords soient compatibles avec leurs obligations au titre de la Convention et de ses protocoles".[400]

2.111. Par ailleurs, l'article 15.2 de la FCTC (sur le commerce illicite du tabac) prescrit qu'une partie "adopte … des mesures … pour faire en sorte que tous les [conditionnements des produits du tabac] comportent une marque pour aider les Parties à déterminer l'origine des produits du tabac et, conformément à la législation nationale et aux accords bilatéraux ou multilatéraux pertinents, pour aider les Parties à déterminer le point où intervient le détournement et à surveiller, suivre et contrôler le mouvement des produits du tabac et leur statut en droit".[401]

2.112. Enfin, la FCTC comprend plusieurs dispositions relatives à la coopération entre les Parties à la FCTC et d'autres organisations et organismes internationaux. Par exemple, l'article 5.5 dispose que les Parties à la FCTC "coopèrent, le cas échéant, avec les organisations intergouvernementales internationales et régionales et autres organismes compétents afin d'atteindre les objectifs de la Convention et des protocoles auxquels elles sont Parties".[402] L'article 7 dispose que, pour l'application, entre autres, des articles 11 et 13, les Parties à la FCTC "coopère[nt] en tant que de besoin avec les autres Parties, directement ou à travers les organismes internationaux compétents".[403]

3 CONSTATATIONS ET RECOMMANDATIONS DEMANDÉES PAR LES PARTIES

3.1 Honduras (DS435)

3.1. Le Honduras demande que le Groupe spécial constate ce qui suit:

a. les restrictions concernant les marques dans le cadre de l'emballage neutre imposées par l'Australie dans les mesures TPP sont incompatibles avec l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC;

b. les restrictions concernant les marques dans le cadre de l'emballage neutre imposées par l'Australie dans les mesures TPP sont incompatibles avec l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC;

[398] Directives concernant l'article 13 de la FCTC, FCTC/COP/3(12) (pièce JE-21), annexe, paragraphes 15 à 17 et "Recommandation" suivant le paragraphe 17.
[399] FCTC (pièces AUS-44, JE-19), article 2.1. Voir aussi FCTC, pièces AUS-44, JE-19), article 13 5) ("Les Parties sont encouragées à appliquer des mesures allant au-delà des obligations énoncées au paragraphe 4.").
[400] FCTC (pièces AUS-44, JE-19), article 2.2.
[401] FCTC (pièces AUS-44, JE-19), article 15.2.
[402] FCTC (pièces AUS-44, JE-19), article 5.5.
[403] FCTC (pièces AUS-44, JE-19), article 7.

c. les restrictions concernant les marques dans le cadre de l'emballage neutre imposées par l'Australie dans les mesures TPP ne sont pas justifiées au regard de l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC;

d. les restrictions concernant les marques dans le cadre de l'emballage neutre imposées par l'Australie dans les mesures TPP sont incompatibles avec l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC, qui incorpore des dispositions de la Convention de Paris, en particulier l'article 6*quinquies* de la Convention;

e. les restrictions concernant les marques dans le cadre de l'emballage neutre imposées par l'Australie dans les mesures TPP sont incompatibles avec l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC;

f. l'Australie a agi d'une manière incompatible avec l'article 10*bis* de la Convention de Paris, tel qu'il est incorporé par l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC;

g. l'Australie enfreint l'article 24:3 de l'Accord sur les ADPIC;

h. l'Australie contrevient à l'article 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC; et

i. les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie sont incompatibles avec l'article 2.2 de l'Accord OTC.

3.2. Le Honduras demande en outre au Groupe spécial de recommander, conformément à l'article 19:1 du Mémorandum d'accord, que l'ORD demande à l'Australie de rendre les mesures en cause conformes à l'Accord sur les ADPIC et à l'Accord OTC.[404]

3.2 République dominicaine (DS441)

3.3. La République dominicaine demande que le Groupe spécial constate qu'en raison de l'adoption et de l'imposition des mesures TPP, l'Australie enfreint:

a. l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC;

b. l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC;

c. l'article 16:3 de l'Accord sur les ADPIC;

d. l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC;

e. l'article 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC;

f. l'article 24:3 de l'Accord sur les ADPIC;

g. l'article 10*bis* de la Convention de Paris (tel qu'il est incorporé dans l'Accord sur les ADPIC par le biais de l'article 2:1); et

h. l'article 2.2 de l'Accord OTC.

3.4. La République dominicaine demande au Groupe spécial de recommander que l'ORD exige de l'Australie qu'elle rende ses mesures TPP conformes aux dispositions susmentionnées de l'Accord sur les ADPIC et de l'Accord OTC.[405]

3.3 Cuba (DS458)

3.5. Cuba demande au Groupe spécial de constater que les mesures TPP enfreignent:

[404] Honduras, première communication écrite, paragraphes 936, 938 et 939.
[405] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 1032 et 1033.

a. l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC;

b. l'article 24:3 de l'Accord sur les ADPIC;

c. l'article 10*bis* de la Convention de Paris (lu avec l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC);

d. l'article 2.2 de l'Accord OTC;

e. l'article IX:4 du GATT de 1994;

f. l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC;

g. l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC;

h. l'article 16:3 de l'Accord sur les ADPIC;

i. l'article 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC; et

j. l'article 6*quinquies* de la Convention de Paris (lu avec l'article 2 de l'Accord sur les ADPIC).

3.6. Cuba demande en outre au Groupe spécial de recommander, conformément à l'article 19:1 du Mémorandum d'accord, que l'ORD demande à l'Australie de rendre ses mesures conformes à l'Accord sur les ADPIC et au GATT de 1994.[406]

3.4 Indonésie (DS467)

3.7. L'Indonésie demande au Groupe spécial de constater que les mesures TPP, collectivement et individuellement, constituent un manquement aux obligations de l'Australie au titre des dispositions suivantes:

a. l'article 2.2 de l'Accord OTC;

b. l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC, qui incorpore les dispositions de la Convention de Paris, en particulier l'article 10*bis*;

c. l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC;

d. l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC;

e. l'article 16:3 de l'Accord sur les ADPIC;

f. l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC;

g. l'article 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC; et

h. l'article 24:3 de l'Accord sur les ADPIC.

3.8. L'Indonésie demande également que le Groupe spécial constate que les mesures TPP de l'Australie, collectivement et individuellement, sont incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article XXIII:1 a) du GATT de 1994, parce que l'Australie a annulé ou compromis des avantages résultant pour l'Indonésie, directement ou indirectement, de l'Accord OTC.

3.9. L'Indonésie demande en outre que le Groupe spécial recommande que l'Australie rende ses mesures conformes à ses obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC et de l'Accord OTC.[407]

[406] Cuba, première communication écrite, paragraphes 429 et 430.
[407] Indonésie, première communication écrite, paragraphes 463 à 465.

3.5 Australie

3.10. L'Australie demande que le Groupe spécial rejette dans leur intégralité les allégations formulées par les plaignants au titre des articles 2:1 (incorporant l'article 6*quinquies* A 1) et l'article 10*bis* de la Convention de Paris), 15:1, 15:4, 16:1, 16:3, 20, 22:2 b) et 24:3 de l'Accord sur les ADPIC, de l'article 2.2 de l'Accord OTC et de l'article IX:4 du GATT de 1994.[408]

4 ARGUMENTS DES PARTIES

4.1. Les arguments des parties sont exposés dans les résumés analytiques qu'elles ont fournis au Groupe spécial conformément au paragraphe 27 des procédures de travail adoptées par celui-ci (voir l'annexe B).

5 ARGUMENTS DES TIERCES PARTIES

5.1. Les arguments de l'Afrique du Sud, de l'Argentine, du Brésil, du Canada, de la Chine, du Japon, du Malawi, du Nicaragua, de la Norvège, de la Nouvelle-Zélande, d'Oman, de la République de Corée, de Singapour, de la Turquie, de l'Union européenne, de l'Uruguay, de la Zambie et du Zimbabwe sont exposés dans les résumés analytiques qu'ils ont fournis au Groupe spécial conformément au paragraphe 28 des procédures de travail adoptées par celui-ci (voir l'annexe C).

5.2. Le Chili, l'Égypte, l'Équateur, les États-Unis, la Fédération de Russie, l'Inde, la Malaisie, le Mexique, le Panama, le Royaume d'Arabie saoudite et la Trinité-et-Tobago n'ont pas présenté d'arguments écrits ou oraux au Groupe spécial. Le Guatemala, le Nigéria, le Pérou, les Philippines, le Taipei chinois et la Thaïlande ont présenté des arguments dans la présente procédure. Ces tierces parties n'ont pas communiqué de résumé analytique de leurs arguments comme il est prévu au paragraphe 28 des procédures du Groupe spécial et au point n) du calendrier du Groupe spécial. Cependant, étant donné que leurs communications écrites et/ou déclarations orales ne dépassent pas le nombre limite de pages spécifié dans les procédures de travail du Groupe spécial pour les résumés analytiques des tierces parties, elles ont été incluses en lieu et place d'un résumé analytique (voir l'annexe C).

5.3. L'Ukraine[409] a présenté une communication écrite en tant que tierce partie dans les présentes procédures. Toutefois, elle n'a pas fourni un résumé analytique de ses arguments comme il est prévu au paragraphe 28 des procédures du Groupe spécial et au point n) du calendrier du Groupe spécial. La communication écrite présentée par l'Ukraine a dépassé le nombre limite de pages spécifié dans les procédures de travail du Groupe spécial pour les résumés analytiques des tierces parties. Par conséquent, elle ne peut pas être annexée aux présents rapports du Groupe spécial. Néanmoins, il en est fait état dans les présents rapports conformément à l'article 10 du Mémorandum d'accord.

6 RÉEXAMEN INTÉRIMAIRE

6.1 Introduction

6.1. Le 2 mai 2017, le Groupe spécial a remis ses rapports intérimaires aux parties. Le 6 juin 2017, le Honduras, la République dominicaine, l'Indonésie et l'Australie ont chacun demandé par écrit que des aspects précis du rapport intérimaire soient réexaminés. Le 4 juillet 2017, le Honduras, la République dominicaine et l'Indonésie ont présenté des observations sur les demandes de réexamen de l'Australie, et cette dernière a présenté des observations sur les demandes de réexamen des plaignants. Cuba n'a présenté aucune demande de réexamen et n'a commenté aucune demande de réexamen des autres parties. Aucune des parties n'a demandé la tenue d'une réunion consacrée au réexamen intérimaire.

6.2. Conformément à l'article 15:3 du Mémorandum d'accord, la présente section des rapports expose les demandes de réexamen présentées par les parties pendant la phase de réexamen intérimaire et la réponse du Groupe spécial à ces demandes. De plus, le Groupe spécial a apporté certaines corrections d'ordre typographique et autre, y compris celles qui ont été indiquées par les

[408] Australie, première communication écrite, paragraphes 762 et 763.
[409] Voir plus haut la section 1.6.6.

parties. Dans ce contexte, le Groupe spécial a en particulier modifié la note de bas de page 1 du tableau A pour clarifier la manière dont ce tableau décrit les résultats des documents auxquels il fait référence et remanié une partie du libellé de la section 7.2.5.3.6 pour aligner le texte de cette section sur celui des appendices connexes.

6.3. L'Australie a présenté plusieurs demandes visant à ce que des notes de bas de page soient modifiées ou à ce que des notes de bas de page additionnelles soient ajoutées. Ces demandes ont été examinées à la lumière des observations formulées par le Honduras, la République dominicaine et l'Indonésie, et il leur a été donné suite de la manière jugée appropriée, ce qui a conduit à modifier les paragraphes et notes de bas de page ci-après, ou à y ajouter des références additionnelles: paragraphes 7.231, 7.1446 et 7.2566, et notes de bas de page 269, 515, 653, 710, 866 à 868, 871, 872, 891, 914, 916, 1339, 1352, 1358, 1359, 1450, 1518, 1661, 1669, 1671, 1761, 1763, 1780, 1795, 1806, 2112, 2257, 2403, 2444, 2571, 2572, 2610, 2618, 2696, 2856, 2858, 2886, 3210, 3213, 3499, 3609, 3626, 3633, 3636, 3638, 3669, 3741, 3817, 3820, 4056, 4057, 4059, 4838, 5018, 5102 et 5214.

6.4. La numérotation de certains paragraphes et notes de bas de page des rapports finals est différente de celle des rapports intérimaires. Sauf indication contraire, les références aux sections, aux numéros de paragraphe et aux notes de bas de page figurant dans la présente section renvoient à ceux des rapports finals.

6.2 Demandes de réexamen de la section 7.1 (Ordre d'analyse)

6.5. Le Honduras a demandé au Groupe spécial de modifier la deuxième phrase du paragraphe 7.11 afin de refléter plus étroitement le libellé utilisé à l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC et à l'article 6*quinquies* de la Convention de Paris (1967). En réponse, nous avons remanié le libellé du paragraphe 7.11 pour décrire les dispositions pertinentes en faisant référence à leurs titres dans l'Accord sur les ADPIC. S'agissant du libellé additionnel proposé par le Honduras, nous notons que le membre de phrase "objet de la protection", qui figure dans le titre de l'article 15, est déjà utilisé dans la phrase en cause, alors que le membre de phrase "protection des marques enregistrées dans un pays de l'Union dans les autres pays de l'Union" n'est utilisé dans le titre d'aucune des dispositions en question.[410] Nous nous abstenons donc d'ajouter ces membres de phrase comme cela est proposé.

6.3 Demandes de réexamen de la section 7.2.5.1 (Question de savoir si les mesures TPP recherchent un "objectif légitime")

6.6. Le Honduras demande au Groupe spécial d'ajouter une référence spécifique à ses arguments au paragraphe 7.52, ce que le Groupe spécial a accepté comme cela ressort du paragraphe 7.52 et de la note de bas de page 493.

6.7. Le Honduras demande aussi au Groupe spécial d'exposer de façon plus complète ses arguments sur les objectifs des mesures TPP au paragraphe 7.200, ce que le Groupe spécial a accepté en partie seulement, car l'argument en cause est déjà exposé ailleurs, y compris au paragraphe 7.208.

6.8. Le Honduras demande au Groupe spécial d'ajouter une autre référence à ses contre-arguments sur les "mécanismes" et "objectifs" des mesures au paragraphe 7.208. Le Groupe spécial ne juge pas nécessaire de le faire, étant donné l'analyse détaillée de cette question dans les paragraphes qui suivent.

6.9. Le Honduras demande au Groupe spécial de modifier le libellé du paragraphe 7.213 décrivant des aspects "non contestés" des objectifs des mesures TPP, en relation avec l'objectif d'"exposition" réduite par opposition à la réduction de la "consommation". L'Australie ne s'est pas opposée à cette demande mais a demandé que ses arguments sur l'objectif de réduction de l'exposition aux produits du tabac soient également pris en considération, si le Groupe spécial acceptait les modifications proposées par le Honduras. Nous avons modifié la première phrase du

[410] Nous notons que, dans certaines versions publiées de la Convention de Paris (1967), le Secrétariat de l'OMPI a donné des titres aux articles de la Convention pour faciliter leur identification. Dans ces versions publiées, ces titres sont indiqués entre crochets. Il n'y a pas de titres dans le texte français faisant foi de la Convention de Paris (1967).

paragraphe 7.213 afin d'éviter de créer un quelconque malentendu quant à ses implications en ce qui concerne spécifiquement la "consommation" de produits du tabac, ou l'"exposition" à ces produits.

6.10. L'Australie demande au Groupe spécial de modifier des parties des paragraphes 7.212, 7.214, 7.215 et 7.227 pour indiquer que l'"Australie, et les parties étaient *convenues* que réduire l'attrait des produits du tabac pour les consommateurs; accroître l'efficacité des mises en garde sanitaires; et réduire l'aptitude de l'emballage pour la vente au détail de produits du tabac à induire les consommateurs en erreur" étaient les mécanismes spécifiques par le biais desquels la mesure TPP contribuait à la réalisation de ses objectifs de santé publique. Le Honduras, la République dominicaine et l'Indonésie se sont opposés à cette demande, car ils ne convenaient pas avec l'Australie qu'il y avait eu un quelconque accord entre les parties, au cours des procédures, sur le point de savoir si les trois "mécanismes" de la Loi TPP étaient des "objectifs" des mesures. Le Groupe spécial considère que le texte existant reflète correctement les échanges des parties au cours des procédures sur cette question. Nous nous abstenons donc d'apporter les modifications demandées aux paragraphes 7.212, 7.214 et 7.215 mais nous avons révisé les parties pertinentes du paragraphe 7.227 pour plus de clarté.

6.4 Demandes de réexamen de la section 7.2.5.2 (Question de savoir si les mesures TPP sont "conforme[s] aux normes internationales pertinentes" au titre de l'article 2.5 (deuxième phrase))

6.11. Le Honduras demande au Groupe spécial de modifier la description de ses arguments sur l'interprétation de l'expression "normes internationales pertinentes", pour éviter de laisser entendre à tort qu'il a modifié ses arguments sur cette question au cours des procédures. Bien que le Groupe spécial ne considère pas sa description initiale des arguments du Honduras comme ayant été incorrecte, il a simplifié la description des arguments pertinents au paragraphe 7.265.

6.12. Le Honduras demande que la description d'arguments clés des parties sur le sens des termes "in accordance with" (conforme aux) figurant dans la deuxième phrase de l'article 2.5 soit plus détaillée. En réponse, le Groupe spécial a développé cet exposé au paragraphe 7.274 et dans les notes de bas de page 957 et 958.

6.13. Le Honduras demande au Groupe spécial de développer le résumé de ses arguments concernant les éléments pertinents pour une détermination sur l'existence de "normes internationales" au titre de la seconde phrase de l'article 2.5. Le Groupe spécial a développé cette description au paragraphe 7.277 et dans la note de bas de page 962, à un niveau de détail comparable à celui qui a été fourni en ce qui concerne les arguments connexes d'autres parties.

6.14. Le Honduras demande au Groupe spécial de clarifier la description de la nature des engagements prévus dans la FCTC et ses directives au paragraphe 7.305, afin d'éviter de laisser entendre que certaines actions "doivent" être entreprises au titre des directives de la FCTC. L'Australie a observé qu'elle n'interprétait pas l'emploi des termes fait par le Groupe spécial dans ce paragraphe comme laissant entendre que les directives de la FCTC étaient contraignantes, mais elle a proposé que le libellé soit clarifié pour éviter toute confusion. En réponse à ces observations, le Groupe spécial a remanié le libellé de ce paragraphe pour clarifier la distinction entre les obligations prévues dans la FCTC elle-même et le rôle des directives connexes de la FCTC.

6.15. Le Honduras demande au Groupe spécial d'ajouter une référence à ses arguments selon lesquels il "ne considère pas que la FCTC ou ses directives ont une quelconque pertinence juridique ou factuelle pour les questions soulevées au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC ou de la disposition pertinente de l'Accord sur les ADPIC". En réponse, le Groupe spécial a développé sa description et son examen des arguments de toutes les parties sur la pertinence de la FCTC et des directives pertinentes de la FCTC si elles ne constituent pas une "norme internationale" pour l'emballage neutre du tabac aux fins de l'article 2.5 de l'Accord OTC. Cela figure aux paragraphes 7.404 à 7.417.

6.5 Demandes de réexamen de la section 7.2.5.3 (Degré de contribution des mesures TPP à leur objectif)

6.16. Le Honduras demande au Groupe spécial de modifier la description de ses arguments sur l'absence de contribution des mesures à leurs objectifs. En particulier, il indique que son argument n'est pas que la prévalence du tabagisme a augmenté, mais plutôt que les mesures n'ont pas contribué à la réduction du tabagisme. Le Honduras considère que l'imputation d'arguments concernant une augmentation de la prévalence qui lui est faite par le Groupe spécial est fondée sur une interprétation erronée de ce qu'il a fait valoir, car la référence à une augmentation de la prévalence du tabagisme, explique-t-il, n'est "rien d'autre qu'une référence à l'effet possible d'un autre phénomène, à savoir la descente en gamme et son effet sur les prix". Il demande donc au Groupe spécial de supprimer l'"affirmation selon laquelle l'argument du Honduras est essentiellement que le tabagisme a augmenté par suite de l'emballage neutre, même si pour certains groupes de la population il semble qu'il y ait eu une telle corrélation". Il indique qu'il a souligné que la substitution par le bas causée par l'emballage neutre pouvait entraîner une baisse des prix, ce qui, à son tour, pouvait se traduire par une consommation plus importante et que c'était la seule incidence qui pouvait être attendue de l'emballage neutre. Toutefois, il fait valoir que cela est différent d'une position selon laquelle l'emballage neutre a causé une augmentation de la prévalence du tabagisme lorsqu'il est évident que la tendance globale du tabagisme est négative et qu'elle l'est depuis de nombreuses années.

6.17. L'Australie considère que les résumés du Groupe spécial rendent compte avec exactitude des communications du Honduras. Elle observe que, dans sa première communication écrite, le Honduras fait valoir à maintes reprises que les mesures TPP ont entraîné, entraîneraient ou "sont susceptibles" d'entraîner une augmentation de la prévalence du tabagisme.[411] Bien que certains des arguments du Honduras aient trait à la descente en gamme, le Honduras présente aussi des arguments distincts concernant la théorie sociale, l'analyse de données postérieures à la mise en œuvre et le commerce illicite du tabac. Dans la mesure où le Groupe spécial accède à la demande du Honduras en ce qui concerne ces paragraphes, l'Australie lui demande de rendre pleinement compte des arguments du Honduras sur ces points. En réponse à ces observations, le Groupe spécial a modifié le paragraphe 7.430 et développé sa description des arguments pertinents aux paragraphes 7.426 à 7.429 pour fournir un contexte additionnel aux déclarations du Honduras en ce qui concerne les effets des mesures TPP, y compris en relation avec leur éventuelle incidence sur la prévalence du tabagisme.

6.18. Le Honduras demande aussi au Groupe spécial de modifier la description de ses arguments sur les mobiles du sevrage et de la récidive et l'incidence de l'emballage neutre. Spécifiquement, il explique que son argument du "fruit défendu" a été présenté "en "dernier" lieu" et "n'est pas l'essence" de l'argument qu'il a développé. Il demande au Groupe spécial de remplacer son texte initial par un résumé de sa position tiré de sa deuxième communication écrite, en soulignant la complexité des mobiles des comportements tabagiques et l'absence d'éléments de preuve crédibles indiquant que les logos, l'identification de la marque et d'autres aspects de l'emballage du tabac contribuent, ou peuvent en principe contribuer, à des comportements tabagiques tels que la cessation ou la récidive. En réponse à cette demande, le Groupe spécial a développé sa description des arguments du Honduras au paragraphe 7.428, afin de mieux distinguer les différents aspects mentionnés par le Honduras, y compris les arguments relatifs aux mobiles de la cessation et de la récidive et à un possible effet de "fruit défendu".

6.19. Le Honduras demande au Groupe spécial de supprimer une référence à ses arguments concernant l'incidence attendue des mesures TPP sur la prévalence du tabagisme figurant au paragraphe 7.430. L'Australie considère que le libellé existant rend compte avec exactitude des communications du Honduras. En réponse à cette observation, le Groupe spécial a supprimé la phrase en cause, car l'argument pertinent est exposé d'une manière adéquate au paragraphe 7.427, tel que modifié en réponse aux observations séparées du Honduras décrites ci-dessus en relation avec la description de ses arguments concernant les effets des mesures TPP sur la consommation de tabac.

[411] Voir Honduras, première communication écrite, paragraphes 346, 347, 372, 392 à 400 et 888, et le sous-titre 5 c) figurant à la page 89, intitulé la "recherche concernant les théories des sciences sociales indique que non seulement les prescriptions relatives à la marque ne contribueront pas à l'objectif de l'Australie mais qu'elles *entraîneront aussi une augmentation de la prévalence du tabagisme*". (pas d'italique dans l'original)

6.20. Le Honduras demande au Groupe spécial de supprimer une référence, dans son résumé des arguments figurant au paragraphe 7.431, à deux études relatives à l'évaluation de comportements effectifs en présence de l'emballage neutre, ou de compléter la référence pour éviter de possibles implications de nature à induire en erreur en ce qui concerne les résultats de ces études. En réponse, le Groupe spécial a supprimé la référence à ces études, qui n'était pas nécessaire à ce stade de la description des arguments, car des études spécifiques sont examinées dans les parties suivantes de l'analyse du Groupe spécial.

6.21. Le Honduras demande au Groupe spécial d'ajouter une référence à certains de ses arguments à titre de réfutation, concernant l'invocation par l'Australie de théories comportementales. Le Groupe spécial a ajouté une phrase au paragraphe 7.433 et à la note de bas de page 1298 pour tenir compte de cette observation.

6.22. L'Australie demande au Groupe spécial de clarifier les arguments de l'Australie et sa référence à la jurisprudence antérieure concernant le rôle des éléments de preuve qualitatifs pour démontrer l'existence d'une contribution. Le Honduras, la République dominicaine et l'Indonésie demandent que, si le Groupe spécial accepte les modifications demandées, les arguments de l'Australie soient exposés au long, y compris en citant de façon plus complète les constatations pertinentes dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque* sur lesquelles l'Australie s'est appuyée. En réponse à cette observation, le Groupe spécial a développé la description des arguments de l'Australie au paragraphe 7.455, y compris les détails supplémentaires identifiés par le Honduras et la République dominicaine.

6.23. L'Australie demande au Groupe spécial de modifier la dernière phrase du paragraphe 7.486, pour ajouter une référence à son argument selon lequel une détermination établie en termes qualitatifs est la méthodologie la mieux adaptée à une évaluation correcte de la contribution dans les circonstances de la présente affaire. La République dominicaine et l'Indonésie s'opposent à la modification demandée, car l'argument en cause apparaît déjà dans d'autres paragraphes. En réponse à ces observations, le Groupe spécial n'a accepté qu'en partie l'insertion demandée par l'Australie, compte tenu du fait que, comme la République dominicaine et l'Indonésie l'avaient souligné, cet argument apparaît déjà dans d'autres paragraphes avoisinants.

6.24. L'Australie demande aussi au Groupe spécial de préciser qu'il a reconnu explicitement qu'une analyse quantitative des effets postérieurs à la mise en œuvre des mesures TPP était pertinente pour l'analyse de la contribution par le Groupe spécial, en incluant des références additionnelles à ses arguments. La République dominicaine s'oppose à la référence additionnelle proposée par l'Australie, car l'argument est déjà résumé adéquatement ailleurs. Le Honduras non plus ne juge pas que les modifications demandées par l'Australie sont nécessaires, car le texte existant rend correctement compte du fait que le Groupe spécial souscrit à la position des plaignants selon laquelle les éléments de preuve concernant le comportement tabagique effectif doivent faire partie intégrante de l'évaluation de la contribution. La République dominicaine ne s'oppose pas à certaines des modifications demandées par l'Australie, à condition que la position de l'Australie soit clarifiée. Elle note que l'Australie a fondamentalement changé sa position sur la pertinence des éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre concernant le comportement tabagique effectif, de sorte que si le Groupe spécial acceptait les modifications de l'Australie, il devrait ajouter un texte à la fin du paragraphe pour rendre compte de l'évolution de la position de l'Australie au cours des procédures à cet égard. En réponse à ces observations, le Groupe spécial a fait une description plus détaillée des arguments de l'Australie au paragraphe 7.494 et à la note de bas de page 1447, et remanié la formulation de sa conclusion au paragraphe 7.497.

6.25. L'Australie demande une modification de la deuxième phrase du paragraphe 7.510 pour indiquer qu'elle ne s'est pas appuyée sur le document de White *et al*. 2015b auquel il est fait référence dans cette phrase. Le Honduras considère, toutefois, que ce texte renvoie à la section descriptive des présents rapports, sur laquelle les parties ont déjà eu l'occasion de formuler des observations. La République dominicaine et l'Indonésie observent que les experts de l'Australie s'appuient sur le document en cause, et demandent donc, si le Groupe spécial modifie ce texte, qu'il le fasse de façon à l'indiquer. En réponse, le Groupe spécial a modifié le texte pertinent pour clarifier que les documents en cause avaient trait à des études sur lesquelles l'Australie ou ses experts s'étaient appuyés.

6.26. L'Australie demande au Groupe spécial d'ajouter, au paragraphe 7.535, une référence à la remarque du professeur Fong selon laquelle l'analyse des éléments de preuve postérieurs à la mise

en œuvre par les propres experts des plaignants confirme que les mesures ont eu les effets prévus par les études antérieures à la mise en œuvre. La République dominicaine et l'Indonésie observent que cette section des présents rapports ne porte pas sur les éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre et demandent, si le Groupe spécial ajoute les arguments demandés par l'Australie, qu'il soit également rendu compte de la réponse à ces arguments par les experts de la République dominicaine et du Honduras. Le Groupe spécial s'abstient d'apporter les modifications demandées puisque, comme le Honduras et l'Indonésie l'ont noté, cette section des présents rapports ne porte pas sur les éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre, qui sont examinés séparément dans la section 7.2.5.3.6.

6.27. L'Australie demande au Groupe spécial de modifier la première phrase du paragraphe 7.536 pour éviter de laisser entendre à tort que ses arguments concernant l'analyse des publications TPP se limitaient aux difficultés inhérentes à l'évaluation des politiques appliquées au niveau national. La République dominicaine s'oppose à la demande de l'Australie, en notant que le libellé existant résume presque mot pour mot l'argument du professeur Fong, alors que l'ajout demandé ne fait pas partie de cet argument et en modifierait le sens. En réponse, le Groupe spécial a modifié le texte en cause pour éviter l'implication potentielle identifiée par l'Australie mais s'abstient d'ajouter l'argument additionnel demandé par l'Australie, qui est traité séparément plus loin dans la même section.

6.28. Le Honduras demande au Groupe spécial d'ajouter une référence, au paragraphe 7.557, aux observations du professeur Klick sur l'utilisation d'expériences de terrain randomisées pour éclairer la politique générale publique "dans d'autres contextes". L'Australie demande que, si le Groupe spécial accepte la référence demandée, il rende également compte de ses éléments de preuve et arguments sur le contexte de santé publique unique pour la vérification des mesures de lutte antitabac. Le Groupe spécial ne juge pas nécessaire de développer, dans cette partie de son analyse, le rôle des expériences randomisées dans d'"autres contextes", car l'objet de l'examen se limite au contexte spécifique présenté au Groupe spécial, c'est-à-dire les mesures TPP.

6.29. L'Australie demande au Groupe spécial d'inclure au paragraphe 7.557 un renvoi à la conclusion ultérieure du Groupe spécial sur les contraintes pratiques et éthiques visant la conduite d'une étude "idéale". La République dominicaine ne s'oppose pas à cette demande. Le Honduras considère qu'il n'est ni nécessaire ni approprié d'insérer la référence demandée, car cela confondrait l'examen de l'objet des études TPP avec l'"évaluation globale" plus générale qui suit. Le Groupe spécial ne juge pas nécessaire d'ajouter le renvoi demandé par l'Australie, étant donné qu'un examen détaillé des contraintes pratiques et éthiques visant la conduite d'études expérimentales "idéales" dans le contexte de l'emballage neutre du tabac suit immédiatement après ce paragraphe, et se conclut au paragraphe 7.561.

6.30. Le Honduras demande au Groupe spécial de modifier le paragraphe 7.562, afin d'éviter de laisser entendre que l'absence d'expérience idéale était la seule raison pour laquelle les plaignants ont fait valoir que les études antérieures à la mise en œuvre devraient être rejetées comme base d'éléments de preuve pour l'adoption des mesures TPP. L'Australie ne voit aucun élément justifiant de supprimer le passage en question, car il n'a pas, à son avis, le sens que le Honduras veut lui donner. En réponse à cette observation, le Groupe spécial a clarifié le libellé du passage pertinent.

6.31. Le Honduras demande au Groupe spécial d'envisager de reformuler son résumé général des conclusions de ses examens d'experts des publications TPP pour montrer l'accent mis par les plaignants sur le fait que les études "ne fournissent pas une base fiable pour fonder des allégations concernant les effets attendus de l'emballage neutre sur le comportement tabagique". L'Australie estime que le texte existant rend compte avec exactitude d'une conclusion des examinateurs des études en cause. En réponse à cette observation, le Groupe spécial a reformulé sa description des conclusions des experts des plaignants sur les publications TPP aux paragraphes 7.583 et 7.626.

6.32. Le Honduras demande au Groupe spécial de réviser sa référence aux qualifications médicales de Sir Cyril Chantler, qui figure au paragraphe 7.598, pour rendre compte de la déclaration du professeur Klick émettant des réserves sur la pertinence de cette formation médicale aux fins de l'examen de la rigueur méthodologiques des études TPP antérieures à la mise en œuvre. En réponse, le Groupe spécial a supprimé la référence aux qualifications de Sir Cyril Chantler, conformément à son approche globale, qui consiste à ne pas faire référence aux qualifications individuelles d'experts spécifiques.

6.33. L'Australie demande au Groupe spécial d'ajouter, au paragraphe 7.608, une référence à ses arguments selon lesquels, lorsqu'elle a adopté l'emballage neutre du tabac "comme mesure de santé publique, ce qui était une première mondiale", elle s'est appuyée sur la recommandation explicite des parties à la FCTC et sur le consensus presque unanime concernant le lien de causalité entre la publicité pour le tabac et le comportement tabagique qui se dégageait d'analyses publiées menées par des organismes internationaux très respectés. Le Honduras considère que si le Groupe spécial accepte d'inclure les arguments de l'Australie "dans lesquels elle cherche à justifier" l'absence d'examen systématique ou d'autre examen approfondi des éléments de preuve avant l'adoption des mesures, alors le Groupe spécial doit également traiter la question de savoir si ces arguments sont pertinents dans ce contexte, et traiter les nombreux contre-arguments des plaignants sur ces points. La République dominicaine ne s'oppose pas à la demande de l'Australie, à condition que les arguments de l'Australie et les réponses de la République dominicaine soient tous deux pleinement pris en compte. L'Indonésie observe que les ajouts demandés par l'Australie sont sans rapport avec l'objet du paragraphe en cause, et demande que, si le Groupe spécial accepte les ajouts demandés par l'Australie, il ajoute aussi les arguments de l'Indonésie et ceux des autres plaignants sur ces points. En réponse, le Groupe spécial a ajouté une référence, à la note de bas de page 1686, aux indications de l'Australie concernant la base d'éléments de preuve sur laquelle elle s'est appuyée pour adopter les mesures TPP. Le Groupe spécial n'a toutefois pas jugé nécessaire de procéder à un examen détaillé des avantages ou des inconvénients relatifs de chacune de ces sources comme base d'éléments de preuve pour les mesures dans cette section de ses rapports, qui examine les études des publications TPP. Ces questions sont examinées dans d'autres parties de l'analyse du Groupe spécial, y compris, en ce qui concerne la FCTC et les instruments connexes, aux paragraphes 7.404 à 7.417, qui, comme il est indiqué ci-dessus, ont été développés en réponse à une demande séparée de réexamen du Honduras.

6.34. Le Honduras demande au Groupe spécial de clarifier l'objet de l'une des phrases du paragraphe 7.634. Le Groupe spécial a modifié la phrase afin de clarifier son objet.

6.6 Demandes de réexamen de la section 7.2.5.3.5.2 (Premier mécanisme: incidence de l'emballage neutre sur l'attrait des produits du tabac pour les consommateurs)

6.35. Le Honduras demande au Groupe spécial de mentionner au paragraphe 7.656 la distinction qu'il a décrite entre la communication et la publicité. Bien que cette distinction soit déjà indiquée dans des paragraphes précédents, le Groupe spécial y a ajouté une référence dans ce paragraphe.

6.36. Le Honduras demande au Groupe spécial d'ajouter une autre référence, au paragraphe 7.692, à son argument selon lequel les théories comportementales mentionnées par l'Australie sont des théories fondées sur l'intention et non sur l'action. L'Australie a noté que ce point figurait déjà dans un paragraphe précédent et demandé que, si le Groupe spécial acceptait l'ajout du Honduras, il inclut également une référence à la phrase suivant immédiatement celle qui était mentionnée par le Honduras dans ses arguments, à l'effet que ces théories pouvaient générer des hypothèses utiles au sujet de l'éventuelle présence ou absence d'un lien de causalité entre certains concepts et comportements spécifiques. En réponse, le Groupe spécial a développé sa référence aux points pertinents du professeur Ajzen dans le paragraphe où ces derniers étaient déjà examinés, soit le paragraphe 7.696.

6.37. L'Australie demande au Groupe spécial de modifier les références, figurant au paragraphe 7.693, à son invocation des théories comportementale. Elle explique qu'elle ne s'est pas appuyée sur la théorie de l'action raisonnée ou la théorie du comportement planifié du professeur Ajzen et que le professeur Fong, de fait, a mentionné une seule fois la théorie de l'action raisonnée dans le cadre de son examen des éléments de preuve existants sur le lien entre l'attrait des produits du tabac et les comportements tabagiques. Le Honduras s'oppose à la demande de l'Australie, en indiquant que l'Australie et ses experts se sont incontestablement appuyés sur cette théorie et des théories comportementales connexes. La République dominicaine s'oppose de même à la modification demandée, en citant le rapport du professeur Fong qui indique que les "théories de la psychologie sociale, notamment la "théorie de l'action raisonnée" (Fishbein & Ajzen, 1975), et les recherches qui en sont issues, ont clairement démontré que les attitudes étaient effectivement liées au comportement" et la figure connexe utilisée par le professeur Fong, décrivant la théorie du comportement planifié. Compte tenu de cela, la République dominicaine estime que le Groupe spécial constate à juste titre que l'Australie s'est appuyée sur les théories comportementales du professeur Ajzen au cours des procédures. L'Indonésie s'oppose aussi à la demande de l'Australie, en soulignant également la référence, figurant dans le rapport du

professeur Fong, à la théorie de l'action raisonnée du professeur Ajzen comme base d'une explication des raisons pour lesquelles les attitudes sont importantes pour le comportement et l'argument selon lequel les modifications des attitudes et des comportements par le biais d'objectifs spécifiques conduiront à des modifications du comportement tabagique au fil du temps. En réponse, le Groupe spécial a reformulé sa description de l'invocation par l'Australie des théories pertinentes aux paragraphes 7.693 et 7.697, pour suivre plus étroitement la terminologie utilisée par le professeur Fong, qui fait référence aux "théories de la psychologie sociale", y compris la théorie de l'action raisonnée et la recherche connexe.

6.38. Le Honduras demande au Groupe spécial de réviser son résumé du niveau de "désaccord" entre les parties en ce qui concerne la relation entre les attitudes et les perceptions, d'une part, et les intentions et les comportements ultérieurs, d'autre part. L'Australie considère le résumé du Groupe spécial comme étant une évaluation exacte des éléments de preuve présentés au Groupe spécial et des points de divergence entre les parties. En réponse à ces observations, le Groupe spécial a modifié la formulation de ce passage au paragraphe 7.699, pour se concentrer plus directement sur ce qu'il considère comme étant le principal point de désaccord pertinent.

6.39. Le Honduras demande au Groupe spécial de réexaminer la formulation de sa description de certains éléments des rapports d'experts présentés par la République dominicaine et le Honduras en ce qui concerne le rôle d'éléments de marque tels que les couleurs ou les logos pour le caractère remarquable d'un paquet. L'Australie estime que le passage de la communication du Honduras mentionné par celui-ci à l'appui de cette demande ne contredit pas les conclusions du Groupe spécial. En réponse à ces observations, nous avons clarifié les passages pertinents des paragraphes 7.768 et 7.769.

6.7 Demandes de réexamen de la section 7.2.5.3.5.3 (Deuxième mécanisme: incidence des mesures TPP sur l'efficacité de la mise en garde sanitaire explicite)

6.40. Le Honduras demande au Groupe spécial d'ajouter une référence à l'examen par le professeur Viscusi des résultats de l'étude fondée sur la direction du regard en ce qui concerne les fumeurs réguliers (c'est-à-dire que "les résultats de l'étude n'ont pas indiqué que les paquets neutres présentaient un quelconque avantage pour les fumeurs réguliers même si la nature du test de suivi du regard prédisposerait l'étude à constater cet effet pour les paquets neutres"). En réponse, nous avons introduit la référence demandée dans la note de bas de page 2227 relative au paragraphe 7.818 et ajouté un résumé des principales constatations et conclusions de Munafò *et al*. 2011 (pièces AUS-199, JE-24 (47)) en ce qui concerne les trois sous-groupes étudiés.

6.41. L'Australie demande que le terme "évitement" soit ajouté dans la description du modèle conceptuel pour l'évaluation de l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites qui figure dans la deuxième phrase du paragraphe 7.851. Le Honduras observe que la pièce citée par l'Australie à l'appui de cette demande ne contient pas ce terme et qu'en tout état de cause le texte existant cadre bien avec le titre de la section (qui concerne les intentions d'arrêter de fumer et les comportements tabagiques), de sorte que l'ajout demandé n'est ni nécessaire ni approprié. La République dominicaine ne s'est pas opposée à la demande. En réponse, le Groupe spécial a accepté que le terme "évitement" soit ajouté dans la phrase en cause. Bien que, comme le Honduras l'a noté, la référence à la pièce jointe citée par l'Australie ne donne aucune indication sur la pertinence de ce terme, son inclusion dans la description du modèle est compatible avec sa description à la figure 14.

6.42. Le Honduras demande au Groupe spécial de réviser le texte du paragraphe 7.862, dont il considère qu'il contient deux "raccourcis" dans l'analyse et rend compte de manière incorrecte des vues du Honduras et de ses experts. L'Australie soutient que les arguments du Honduras à l'appui de cette demande de réexamen sont compatibles avec les déclarations du Groupe spécial figurant au paragraphe précédent des présents rapports et estime que le Honduras a mal interprété la conclusion du Groupe spécial. En réponse à ces observations, le Groupe spécial a révisé le paragraphe 7.862 pour clarifier son raisonnement.

6.8 Demandes de réexamen de la section 7.2.5.3.5.4 (Troisième mécanisme: diminuer l'aptitude du paquet à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme)

6.43. Le Honduras estime que le paragraphe 7.892 ne rend pas compte avec exactitude de son "argument principal" en ce qui concerne la capacité des mesures TPP de diminuer l'aptitude du paquet à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme. Il indique que son "argument principal" en ce qui concerne cette question est qu'il n'y a aucune probabilité qu'une marque apparaissant sur l'espace restant d'un paquet portant une mise en garde sanitaire explicite de 75% générera des effets de nature à induire en erreur, et non que les mesures TPP ne sont pas nécessaires parce que le cadre réglementaire existant de l'Australie prévoit un mécanisme juridique par lequel tous éléments d'emballage de nature à induire en erreur peuvent être retirés du marché. Nous notons que le Honduras ne fournit aucune référence spécifique pour étayer son affirmation concernant la primauté de cet argument sur son argument selon lequel tous éléments de conception de l'emballage de nature à induire en erreur peuvent être traités efficacement dans le cadre de la Loi australienne sur la consommation.[412] Les arguments des parties sur la capacité des mesures TPP de contribuer par leurs mécanismes à leur objectif de santé publique dans le contexte australien spécifique, où une mise en garde sanitaire explicite de 75% couvre le devant du paquet, sont pris en compte et examinés aux paragraphes 7.615 à 7.620 dans le cadre de l'examen des publications TPP et de la base d'éléments de preuve étayant la conception et la structure des mesures. Néanmoins, compte tenu de la demande du Honduras, nous avons clarifié notre renvoi à l'examen des publications TPP au paragraphe 7.872, ajouté des renvois à cet examen aux paragraphes 7.896 et 7.918, et développé notre résumé des constatations de Parr *et al*. 2011b à la note de bas de page 1717 relative au paragraphe 7.620. Nous avons également ajouté des phrases explicatives au paragraphe 7.660 et à la note de bas de page 1812 concernant la capacité communicative d'un paquet portant une mise en garde sanitaire explicite de 75%. Nous avons aussi apporté des modifications additionnelles aux paragraphes 7.876, 7.892 à 7.894, 7.896 à 7.899, 7.902, 7.905, 7.907, 7.918 et 7.928 pour clarifier les conclusions du Groupe spécial et les arguments des parties en ce qui concerne ce mécanisme.

6.44. Le Honduras demande au Groupe spécial d'ajouter une référence à son propre argument comme il l'a fait pour la République dominicaine au paragraphe 7.935. Le Groupe spécial a accepté cette demande.

6.45. Le Honduras demande au Groupe spécial soit d'inclure dans la note de bas de page 2545 relative au paragraphe 7.979 une référence aux contre-arguments du professeur Neven soit de supprimer la note de bas de page. L'Australie note qu'elle a déposé une réponse au contre-rapport de la part du professeur Katz qui répond en détail au contre-rapport du professeur Neven. Bien que l'Australie considère que le texte actuel de la note de bas de page représente une évaluation exacte des éléments de preuve présentés au Groupe Spécial, elle demande au Groupe spécial d'inclure aussi une référence à la réponse du professeur Katz au contre-rapport, s'il accepte la demande du Honduras de faire référence au contre-rapport du professeur Neven. En réponse à ces observations, le Groupe spécial a développé son analyse pour inclure des références à la fois au contre-rapport du professeur Neven et à la réponse du professeur Katz au contre-rapport.

6.9 Demandes de réexamen de la section 7.2.5.3.7 (Incidence des mesures TPP sur le commerce illicite)

6.46. L'Australie demande au Groupe spécial de préciser la source des données utilisées par le professeur Chaloupka pour estimer la consommation de tabac illicite au paragraphe 7.1005. Le Groupe spécial a modifié le paragraphe, comme il lui a été demandé.

[412] Nous notons que, dans sa première communication écrite, le Honduras indique que "les mesures concernant l'emballage neutre semblent reposer sur l'hypothèse que les *parties résiduelles de l'emballage* qu'elles règlementent pourraient induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme ou de la consommation de produits du tabac." Honduras, première communication écrite, paragraphe 518 (italique dans l'original). Cette déclaration figure dans un paragraphe introductif d'une section intitulée, "[l]es mesures concernant l'emballage neutre sont superflues parce que l'Australie dispose déjà d'un cadre législatif robuste pour traiter les comportements trompeurs ou de nature à induire en erreur".

6.10 Demandes de réexamen de la section 7.2.5.4 (Caractère restrictif pour le commerce des mesures TPP)

6.47. Le Honduras demande au Groupe spécial d'envisager de s'appuyer sur un autre texte, tiré de sa deuxième communication écrite, comme base pour le résumé de ses arguments concernant le caractère restrictif pour le commerce des mesures au paragraphe 7.1090. Le Groupe spécial a accepté le changement demandé.

6.48. L'Australie demande au Groupe spécial de réviser la dernière phrase du paragraphe 7.1131 pour préciser que son argument sur les éléments de preuve concernant les effets réels sur le commerce a été formulé en tenant compte spécifiquement des déclarations de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*. Le Honduras considère que la révision demandée n'est pas nécessaire, car le Groupe spécial signale cette jurisprudence ailleurs. La République dominicaine et l'Indonésie ne s'opposent pas à la demande de l'Australie, à condition qu'il soit rendu compte avec exactitude de l'argument initial de l'Australie. Le Groupe spécial a modifié ce paragraphe en partie comme il lui a été demandé, compte tenu des observations des plaignants.

6.49. Le Honduras demande au Groupe spécial de "résumer plus précisément" ses arguments concernant l'incidence des mesures sur les obstacles à l'entrée sur le marché et à la participation au marché au paragraphe 7.1172, au début de la section intitulée "Question de savoir si les mesures TPP opposent des obstacles à l'entrée sur le marché australien". Le Groupe spécial s'abstient d'apporter cette modification, car cette section concerne les obstacles à l'entrée sur le marché plutôt que les obstacles à la "participation" au marché d'une manière plus générale, ce qui est examiné dans d'autres parties de la section 7.2.5.4.2.3.

6.50. Le Honduras demande au Groupe spécial de modifier le paragraphe 7.1189 de façon à commencer par un aperçu de ses arguments sur la descente en gamme en faisant référence à sa deuxième communication écrite. Le Groupe spécial a ajouté des références au passage identifié par le Honduras, mais pas au niveau de détail qu'il a demandé.

6.11 Demandes de réexamen de la section 7.2.5.5.2.2 (Gravité des conséquences de la non-réalisation)

6.51. L'Australie demande au Groupe spécial de modifier sa description du fonctionnement de l'article 15 de la Loi TPP figurant au paragraphe 7.1320 pour indiquer qu'il s'agit d'une "disposition de sauvegarde" visant à préserver les prescriptions de la Loi TPP dans la plus grande mesure possible dans l'éventualité où cette loi serait jugée incompatible avec la Constitution australienne. L'Indonésie affirme que la demande de l'Australie n'est pas nécessaire et maintient que le paragraphe en cause décrit correctement l'effet pratique de l'article 15. Le Groupe spécial a reformulé ce paragraphe afin de distinguer plus clairement le but de l'article 15 de ses conséquences pratiques.

6.12 Demandes de réexamen de la section 7.2.5.6.1 (Question de savoir si des mesures de rechange moins restrictives pour le commerce sont raisonnablement disponibles pour l'Australie: approche du Groupe spécial)

6.52. L'Australie demande au Groupe spécial de clarifier que les arguments qu'elle a avancés en relation avec le caractère restrictif pour le commerce et les "possibilités de concurrence" ou les libertés [concurrentielles]", tels qu'ils sont exposés dans la quatrième phrase du paragraphe 7.1361, visaient à répondre aux arguments formulés par les plaignants. Le Honduras et l'Indonésie s'opposent à la qualification des arguments des plaignants proposée par l'Australie. La République dominicaine et l'Indonésie estiment également que la clarification proposée n'est pas nécessaire car il ressort clairement du contexte de la phrase en cause que les arguments de l'Australie visent à répondre à ceux des plaignants. Le Groupe spécial accepte en partie la demande de l'Australie et a modifié la phrase en cause pour indiquer que les arguments de l'Australie visaient à répondre aux arguments des plaignants sur la limitation des "possibilités de concurrence" et des "libertés [concurrentielles]".

6.53. Le Honduras demande au Groupe spécial d'ajouter, au paragraphe 7.1379, une référence à ses arguments comme il l'a fait pour la République dominicaine en faisant référence aux décisions

du Groupe spécial *Chine – Terres rares*. Le Groupe spécial a ajouté cette référence à la note de bas de page 3358.

6.13 Demandes de réexamen de la section 7.2.5.6.2 (Première mesure de rechange proposée: relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat)

6.54. Le Honduras demande que des renseignements additionnels sur le relèvement proposé de l'âge minimum légal pour l'achat et les raisons pour lesquelles il le propose soient inclus au paragraphe 7.1395. Le Groupe spécial a accepté d'inclure certains des renseignements additionnels demandés, à un niveau de détail comparable à celui qui a été fourni en relation avec d'autres plaignants.

6.55. L'Australie demande au Groupe spécial de préciser, au paragraphe 7.1412, que son argument concernant l'incidence d'un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat sur les possibilités de concurrence visait à répondre à l'interprétation donnée par les plaignants du caractère restrictif pour le commerce. Le Honduras ne s'est pas opposé à la demande, mais la République dominicaine et l'Indonésie s'y sont opposées comme n'étant pas nécessaire. Le Groupe spécial a accepté d'insérer la clarification demandée.

6.56. L'Australie a demandé au Groupe spécial d'ajouter une référence au paragraphe 7.1433 au fait qu'elle s'est appuyée sur le rapport Chaloupka sur la santé publique. Le Groupe spécial a accepté de procéder à l'ajout demandé.

6.57. L'Australie a demandé au Groupe spécial de clarifier que son argument sur l'absence de certitude de l'incidence immédiate de la solution de rechange proposée visait à répondre aux arguments des plaignants et de refléter plus étroitement la formulation de ses arguments à cet égard. Le Groupe spécial a clarifié le texte pertinent du paragraphe 7.1440 pour refléter plus étroitement les termes de l'argument de l'Australie.

6.58. L'Australie demande au Groupe spécial de supprimer la référence à une contribution "significative" de la première phrase du paragraphe 7.1453 et de la première moitié de la deuxième phrase du paragraphe 7.1470, et de constater plutôt qu'un relèvement à 21 ans de l'âge minimum légal pour l'achat serait à même, en principe, de contribuer à l'objectif de l'Australie. La République dominicaine, le Honduras et l'Indonésie ont demandé au Groupe spécial de rejeter la demande de l'Australie parce que, entre autres choses, cette demande contredit l'approche établie par le Groupe spécial qui consiste à évaluer d'abord si la mesure de rechange proposée apporterait une quelconque contribution à l'objectif de la mesure TPP, et ensuite le degré de cette contribution. Aux paragraphes 7.1366 à 7.1370, nous expliquons notre approche de l'évaluation de la question de savoir si une mesure de rechange proposée apporte une contribution à l'objectif équivalente à celle de la mesure contestée et indiquons que cette évaluation s'appuie sur une détermination faite "aussi précisément que possible, eu égard à l'intégralité des éléments de preuve pertinents qui nous ont été présentés, [du] degré de contribution que les solutions de rechange proposées apporteraient à l'objectif". Comme certains plaignants le notent, le libellé que l'Australie cherche à modifier reflète l'évaluation par le Groupe spécial du degré de contribution que cette solution de rechange est à même d'apporter à l'objectif de l'Australie, dans le cadre de son évaluation globale de cette mesure proposée comme possible solution de rechange moins restrictive pour le commerce aux mesures TPP. Nous nous sommes donc abstenus de modifier la première phrase du paragraphe 7.1453 et la première moitié de la deuxième phrase du paragraphe 7.1470.

6.59. L'Australie demande au Groupe spécial d'envisager d'ajouter, dans sa conclusion générale sur un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat comme solution de rechange pour remplacer les mesures TPP, une référence à sa constatation antérieure selon laquelle "un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat ne traiterait pas l'initiation, le sevrage ni la récidive pour les tranches d'âge de plus de 21 ans". La République dominicaine demande au Groupe spécial de rejeter cette demande, car l'Australie n'explique pas pourquoi le Groupe spécial devrait choisir d'inclure cette constatation intermédiaire dans ce paragraphe où il indiquait simplement ses conclusions générales. L'Indonésie demande également au Groupe spécial de rejeter cette demande, car cette phrase ne serait pas nécessaire pour le résumé qu'il fait de sa conclusion générale. Le Groupe spécial s'est abstenu d'ajouter la phrase demandée au paragraphe 7.1470, qui est censé indiquer sa conclusion générale plutôt que le détail de ses

constatations antérieures qui sont le fondement de cette conclusion. Toutefois, cela ne diminue en rien les déterminations faites par le Groupe spécial aux paragraphes 7.1459 et 7.1460, ou leur importance pour son évaluation de la question de savoir si un relèvement à 21 ans de l'âge minimum légal pour l'achat apporterait une contribution à l'objectif de l'Australie équivalente à celle des mesures TPP.

6.60. L'Australie demande au Groupe spécial de modifier le paragraphe 7.1505 pour clarifier ses arguments concernant la distinction entre les objectifs et les mécanismes spécifiques des mesures TPP et rendre compte de ses autres arguments sur l'évaluation du degré équivalent de contribution dans le contexte d'une politique globale. Elle demande en outre au Groupe spécial d'ajouter, dans ce paragraphe, une référence à la réfutation par le professeur Chaloupka de l'affirmation de la République dominicaine selon laquelle il ne considérait pas la taxation comme étant efficace en relation avec l'initiation au tabagisme. Le Honduras, la République dominicaine et l'Indonésie s'opposent à ces demandes, en observant que les passages dont l'Australie demande qu'ils soient supprimés rendent compte avec exactitude de ses arguments. La République dominicaine note que les arguments dont l'Australie demande qu'ils soient ajoutés en relation avec les constatations de l'Organe d'appel dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés* sont traités ailleurs dans l'analyse du Groupe spécial. En réponse, le Groupe spécial s'abstient de supprimer et de remplacer les références faites dans ce paragraphe à des arguments formulés dans la première communication écrite de l'Australie, mais il a accepté l'ajout d'une référence à la réponse du professeur Chaloupka aux déclarations de la République dominicaine concernant ses conclusions sur l'effet de la taxation sur l'initiation au tabagisme et a ajouté des références supplémentaires aux notes de bas de page 3590 et 3592.

6.14 Demandes de réexamen de la section 7.2.5.6.3 (Deuxième mesure de rechange proposée: taxation accrue des produits du tabac)

6.61. Le Honduras demande au Groupe spécial de rendre compte au paragraphe 7.1497 de son argument selon lequel l'Australie n'a pas réfuté ses affirmations selon lesquelles les taxes sur le tabac de l'Australie étaient inférieures au niveau recommandé par l'OMS. L'Australie conteste l'affirmation du Honduras selon laquelle elle n'a pas réfuté cet argument et fait référence à plusieurs de ses communications et rapports d'experts pertinents traitant ce point. Le Groupe spécial s'abstient de faire des références additionnelles à ces arguments dans le paragraphe demandé, car cette question est examinée plus loin dans son analyse, au paragraphe 7.1521.

6.62. L'Australie demande au Groupe spécial de supprimer le terme "significatif" des paragraphes 7.1523 et 7.1544 de l'analyse par le Groupe spécial de la contribution qu'une taxation accrue serait à même d'apporter à l'objectif de l'Australie. Le Honduras, la République dominicaine et l'Indonésie s'opposent à ces demandes, pour des raisons semblables à celles qui sont décrites plus haut en ce qui concerne l'utilisation du même terme en relation avec la première mesure de rechange proposée. Pour les mêmes raisons que celles qui sont fournies en réponse à la même demande dans le contexte de l'âge minimum légal pour l'achat, le Groupe spécial s'abstient de modifier le libellé de ces paragraphes comme il lui est demandé. Toutefois, il a légèrement modifié le paragraphe 7.1523 pour assurer la cohérence du libellé dans les analyses de chacune des quatre solutions de rechange.

6.63. L'Australie demande au Groupe spécial de modifier une partie du libellé du paragraphe 7.1682 afin de l'aligner sur la description du système de contrôle préalable figurant dans les paragraphes précédents. Le Groupe spécial a accepté de modifier ce texte comme l'Australie l'a proposé.

6.64. L'Australie demande au Groupe spécial d'inclure au paragraphe 7.1694 une référence à ses arguments selon lesquels les frais de procédure engagés au titre du système de contrôle préalable rendraient son coût prohibitif. Le Groupe spécial a accepté d'ajouter cette référence.

6.65. L'Australie demande au Groupe spécial d'ajouter au paragraphe 7.1719 une référence à son argument selon lequel, puisque les solutions de rechange proposées par les plaignants ne peuvent pas être autonomes et doivent être mises en œuvre de façon cumulative pour apporter une contribution équivalente à celle des mesures TPP, leur caractère restrictif pour le commerce doit être évalué de façon cumulative, ce qui augmentera nécessairement le degré de caractère restrictif pour le commerce des solutions de rechange par rapport aux mesures TPP. Le Honduras considère

qu'étant donné que ce paragraphe expose l'évaluation par le Groupe spécial des principaux arguments, il n'apparaîtrait pas approprié d'ajouter une description d'un argument "enfoui dans une observation sur une réponse" ou de chercher à modifier les constatations du Groupe spécial en ce qui concerne cet argument. La République dominicaine ne s'est pas opposée à cette demande. Le Groupe spécial n'a pas jugé nécessaire de modifier le paragraphe 7.1719 pour rendre compte de cet argument, compte tenu de ses autres déterminations dans cette section.

6.15 Demandes de réexamen de la section 7.3.2 (Article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC)

6.66. Le Honduras demande que le résumé des arguments des plaignants au titre de l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC fait par le Groupe spécial au paragraphe 7.1879 soit étendu pour inclure l'argument selon lequel les signes qui ont déjà acquis un caractère distinctif et ont été enregistrés ne peuvent pas conserver un caractère distinctif ou restés enregistrés, et perdront donc la protection découlant de l'enregistrement par suite des mesures TPP. Il indique qu'il a mentionné cet effet aux paragraphes 245 et 261 de sa deuxième communication écrite. Il fait référence à deux passages de ses communications à l'appui de sa demande. Dans le premier, le Honduras indique qu'il ne souscrit pas à l'argument de l'Australie selon lequel l'article 28 de la Loi TPP remédie aux effets négatifs des mesures TPP sur l'*enregistrabilité* de marques intrinsèquement non distinctives mais ne fait pas référence aux marques *déjà enregistrées*.[413] Dans le second passage, il fait valoir que le caractère distinctif de marques enregistrées qui incluent un signe non intrinsèquement distinctif sera diminué par les mesures TPP, et le titulaire de la marque perdra donc sa capacité de restreindre les usages portant atteinte aux droits *en violation de l'article 16:1*. Ce paragraphe n'a pas trait à l'article 15:4, et ne fait pas non plus référence à l'inaptitude d'une marque enregistrée à *rester enregistrée*.[414] Nous nous abstenons donc de modifier la description des arguments du Honduras au titre de l'article 15:4. Néanmoins, nous avons fait des références additionnelles aux passages mentionnés par le Honduras dans les notes de bas de page 4260 et 4310 relatives aux paragraphes 7.1879 et 7.1919, respectivement.

6.16 Demandes de réexamen de la section 7.3.3 (Article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC)

6.67. Le Honduras demande au Groupe spécial de modifier son résumé de l'argument de Cuba figurant au paragraphe 7.1916 pour indiquer qu'elle a également fait valoir que les mesures TPP enfreignaient l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC en réduisant le caractère distinctif de marques non intrinsèquement distinctives et en les exposant ainsi à des procédures de radiation. Il demande également que le paragraphe 7.2033 soit modifié de la même façon.

6.68. Au paragraphe 7.1916, nous donnons un aperçu des arguments formulés par les plaignants concernant l'article 16:1. Dans cet aperçu, nous indiquons que seule Cuba a explicitement fait valoir que le fait que certaines marques pouvaient être *exposées à des procédures de radiation* par suite des mesures TPP constituait une violation de l'article 16:1. Le paragraphe 7.2033 contient un résumé plus complet de cet ensemble d'arguments de Cuba. Le Honduras affirme qu'il a aussi formulé cet argument au paragraphe 261 de sa deuxième communication écrite, tel que cela est étayé par le paragraphe 243 de sa première communication écrite. Nous notons qu'au paragraphe 261 de sa deuxième communication écrite, le Honduras fait valoir que, par suite des mesures TPP, le caractère distinctif d'une marque enregistrée sera diminué dans la mesure où elle ne sera plus considérée comme distinctive, et le titulaire de cette marque enregistrée perdra sa *capacité de restreindre les usages portant atteinte aux droits*. Le paragraphe 243 de la première communication écrite du Honduras précise qu'il en est ainsi parce que "la gamme des marques similaires qu'un consommateur pourrait confondre avec la marque originale diminue", et que le droit du titulaire de la marque d'*empêcher les tiers de faire un usage non autorisé* sera compromis car d'autres marques ne seront plus considérées comme "similaires" à la marque originale. Le Honduras a également fait valoir que l'article 28 de la Loi TPP ne "trait[ait] pas … de l'érosion du caractère distinctif et, par conséquent, du *champ de la protection*", ou du "maintien de la protection des marques relatives au tabac par rapport à leur *usage* potentiel *par des tiers*".[415]

[413] Le point de vue exprimé au paragraphe 245 de la deuxième communication écrite du Honduras est signalé dans la quatrième phrase du paragraphe 7.1879 des présents rapports et mentionné dans la note de bas de page correspondante 4260.

[414] Le point de vue exprimé au paragraphe 261 de la deuxième communication écrite du Honduras est signalé au paragraphe 7.1919 des présents rapports dans la section résumant les principaux arguments des plaignants en ce qui concerne leurs allégations au titre de l'article 16:1.

[415] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 262. (pas d'italique dans l'original)

Dans la section 7.3.3.4.2, nous avons résumé et traité les arguments des plaignants, y compris le Honduras, sur la question de savoir si les mesures TPP enfreignaient l'article 16:1 parce que la prohibition de l'usage de certaines marques réduisait leur caractère distinctif et, par conséquent, la capacité du titulaire de la marque de démontrer l'existence d'un risque de confusion.[416]

6.69. Étant donné que nous avons traité les arguments présentés dans les paragraphes mentionnés par le Honduras dans une autre section, et qu'aucun de ces paragraphes ne mentionne les implications potentielles des mesures TPP ayant trait à la *radiation d'une marque enregistrée*, nous nous abstenons de modifier les paragraphes 7.1916 et 7.2033. Toutefois, en réponse aux demandes du Honduras, nous avons modifié la note de bas de page 4534 relative au paragraphe 7.2033, y compris en ajoutant un renvoi à la section 7.3.3.4.2.

6.70. Le Honduras demande que, dans le paragraphe 7.1919, le Groupe spécial fasse référence au professeur Dinwoodie non pas en tant qu'"expert de l'Ukraine", mais en tant qu'expert sur lequel les plaignants "se sont appuyés", comme il le fait au paragraphe 7.1752. Nous notons que le Honduras lui-même fait référence au professeur Dinwoodie en tant qu'expert de l'Ukraine aux paragraphes 240 et 244 de sa première communication écrite. Néanmoins, nous avons modifié le paragraphe 7.1919 pour plus de clarté et pour aligner le libellé sur celui du paragraphe 7.1752.

6.71. Le Honduras allègue que l'accent mis par le Groupe spécial sur la capacité de montrer l'existence d'une confusion à la première phrase du paragraphe 7.1966 ne rend pas compte avec exactitude de son argument qui, indique-t-il, met l'accent sur l'incidence de la force de la marque sur l'évaluation normative du risque de confusion qui est pertinente dans le contexte de procédures pour atteinte aux droits. Il demande que le membre de phrase "montrer l'existence d'une confusion sur le marché, et ainsi d'une atteinte aux droits" soit remplacé par le membre de phrase "protéger la marque et ainsi se défendre contre une attente aux droits". L'Australie s'oppose à cette demande car elle considère le texte pertinent comme rendant compte avec exactitude des communications précédentes du Honduras. Elle souligne que, dans sa deuxième communication écrite, le Honduras lui-même fait référence à la responsabilité du titulaire de la marque de démontrer l'existence d'un risque de confusion.

6.72. Nous notons que le Honduras a fait valoir que "le "risque de confusion" [était] une évaluation normative qui [était] pertinente dans le contexte de toute procédure pour atteinte aux droits", et que "[l]a force de la marque [était] un aspect essentiel d'une telle évaluation du "risque de confusion"".[417] Le Honduras ajoute que "[l]'existence d'un "risque de confusion" *doit toujours être démontrée par le titulaire de la marque* dans le contexte d'une procédure pour atteinte aux droits lorsqu'il essaie d'empêcher l'usage de signes similaires sur des produits similaires par les tiers non autorisés et de protéger le caractère distinctif de la marque."[418] En réponse à cette demande, nous avons modifié le paragraphe 7.1966 pour refléter plus étroitement le libellé utilisé par le Honduras concernant la capacité de démontrer l'existence d'un risque de confusion et inclus des références additionnelles dans les notes de bas de page 4456 et 4479 relatives aux paragraphes 7.1982 et 7.1999 pour rendre compte plus fidèlement des arguments du Honduras.

6.73. En ce qui concerne la citation du rapport d'expert du professeur Dinwoodie faite par le Groupe spécial au paragraphe 7.1990, le Honduras demande que les rapports signalent aussi certaines autres déclarations du professeur Dinwoodie qui fournissent un contexte pour la remarque citée. Aux paragraphes 7.1989 à 7.1993, nous examinons l'allégation des plaignants selon laquelle l'interdiction par les mesures TPP de l'usage de certaines marques enregistrées fera perdre à ces marques leur caractère distinctif et réduira ainsi le nombre de situations dans lesquelles les titulaires de droits peuvent démontrer l'existence d'un "risque de confusion" entre les marques enregistrées et des signes similaires ou identiques figurant sur des produits similaires.[419]

[416] Les principaux arguments du Honduras en ce qui concerne son allégation au titre de l'article 16:1 sont résumés plus en détail dans la section 7.3.3.2 des présents rapports.

[417] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 259.

[418] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 259 (pas d'italique dans l'original). Cela correspond à une autre formulation par le Honduras de son allégation au titre de l'article 16:1, selon laquelle il affirme que les mesures TPP annulent des droits conférés à l'article 16:1 parce que, "[c]ontrairement à cette disposition, le titulaire légitime d'une marque relative au tabac ne sera pas en mesure d'empêcher l'usage non autorisé de la marque par les tiers car il *ne sera pas en mesure de démontrer* l'existence d'un risque de confusion avec sa marque originale." Honduras, première communication écrite, paragraphe 249. (pas d'italique dans l'original)

[419] Voir plus loin le paragraphe 7.1988.

En réponse à la demande du Honduras de fournir un contexte supplémentaire pour une déclaration faite par le professeur Dinwoodie, nous avons développé la note de bas de page 4471 relative au paragraphe 7.1990.

6.74. Le Honduras demande aussi au Groupe spécial de réviser le paragraphe 7.2003 pour indiquer qu'il a formulé un argument semblable à celui qui est imputé à la République dominicaine, à Cuba, par référence, et à l'Indonésie. À l'appui de cette demande, il fait référence aux paragraphes 260 et 263 de sa deuxième communication écrite.

6.75. Dans sa deuxième communication écrite, le Honduras fait valoir que le titulaire d'une marque relative au tabac ne sera pas en mesure de démontrer l'existence d'un risque de confusion parce que la marque a perdu une bonne partie de sa force par suite des mesures TPP. Nous avons fait référence au paragraphe pertinent dans les notes de bas de page 4465 et 4467 relatives au paragraphe 7.1986, qui résume les arguments des plaignants concernant la réduction alléguée de la portée effective du droit. Dans sa deuxième communication écrite, le Honduras cite la communication d'*amicus curiae* de MARQUES, selon laquelle "[u]ne mesure qui empêche de maintenir le champ de protection de la marque et l'empêche de renforcer sa notoriété et sa force par l'usage comme prévu est donc incompatible avec les droits conférés aux titulaires de marques enregistrées au titre de l'article 16:1". En réponse à la demande du Honduras, nous avons ajouté une référence à ce texte dans la note de bas de page 4467 relative au paragraphe 7.1986. Nous examinons les arguments des plaignants, y compris ceux du Honduras, en ce qui concerne la réduction alléguée de la portée effective du droit par suite d'une réduction des cas dans lesquels l'existence d'un "risque de confusion" peut être démontrée aux paragraphes 7.1994 à 7.2002.

6.76. Au paragraphe 7.2003 et suivants, nous résumons un ensemble séparé d'arguments, selon lesquels l'article 16:1 protège la capacité du titulaire d'une marque de développer et de maintenir le caractère distinctif d'une marque par des moyens qui s'ajoutent aux actions pour atteinte aux droits par les tiers et contient donc une obligation générale imposant aux Membres de s'abstenir d'adopter des mesures qui compromettent ou éliminent le caractère distinctif de marques. Comme nous avons examiné les arguments auxquels le Honduras fait référence aux paragraphes 7.1994 à 7.2002, nous nous abstenons d'ajouter une autre référence à ces arguments au paragraphe 7.2003.

6.77. En ce qui concerne la citation du rapport d'expert du professeur Dinwoodie faite par le Groupe spécial au paragraphe 7.2012, le Honduras demande que, pour situer la déclaration dans son contexte, le Groupe spécial cite également le paragraphe qui la précède immédiatement et les phrases qui la suivent. En réponse, nous avons modifié la note de bas de page 4497 relative au paragraphe 7.2012 pour rendre compte des phrases qui suivent la déclaration citée. Au paragraphe précédent de son rapport d'expert, le professeur Dinwoodie fait valoir que, du fait que les droits de propriété intellectuelle sont de par nature des droits privés, l'Australie ne pourrait pas prétendre qu'elle peut réaliser par la réglementation ce qui, selon l'article 16, doit être réalisé par des droits de marque. À notre avis, ce point n'est pas pertinent pour la question à l'examen dans ce paragraphe, c'est-à-dire celle de savoir si le caractère distinctif d'une marque peut varier sur le marché.

6.17 Demandes de réexamen de la section 7.3.5 (Article 20 de l'Accord sur les ADPIC)

6.78. Le Honduras demande au Groupe spécial de rendre compte plus fidèlement de sa position concernant le sens de l'expression "de manière injustifiable" au paragraphe 7.2134.[420] L'aperçu des allégations figurant dans la section 7.3.5.1 est censé englober les éléments que les parties ont identifiés comme devant être établis pour constater l'existence d'une violation de l'obligation fondamentale énoncée dans la première phrase de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC. Il ne donne pas de précisions concernant les arguments sur la question de savoir si et, dans

[420] Le Honduras identifie "les trois raisons différentes pour lesquelles il considère les mesures TPP de l'Australie comme étant une entrave injustifiable … c'est-à-dire i) les mesures TPP sont l'"entrave suprême"; ii) les mesures TPP sont injustifiables, de par leur nature, parce qu'elles ne sont pas fondées sur une évaluation individuelle; et iii) à titre subsidiaire, le Groupe spécial devrait déterminer si les mesures TPP apportent une contribution importante à la réalisation de l'objectif de politique générale publique et si ces mesures constituent le moyen le moins restrictif de réaliser cet objectif." Honduras, demandes de réexamen du rapport intérimaire, paragraphe 59 (faisant référence aux arguments figurant aux paragraphes 269 à 272 de la deuxième communication écrite du Honduras).

l'affirmative, pourquoi les parties considèrent que ces éléments sont établis en fait en l'espèce. Nous avons néanmoins rendu compte, dans la note de bas de page 4653, des arguments du Honduras figurant dans sa première communication écrite sur les raisons pour lesquelles il considérait que les mesures TPP étaient injustifiables, de par leur nature, ainsi que d'arguments additionnels tirés de sa deuxième communication écrite.

6.79. Le Honduras demande au Groupe spécial d'ajouter une référence au paragraphe 7.2140 aux arguments du Honduras sur la nécessité de procéder à une évaluation individuelle et la nécessité d'une exception proportionnée et limitée. En réponse, nous avons inclus au paragraphe 7.2140 un libellé tiré de la première communication écrite du Honduras et ajouté des références dans les notes de bas de page connexes relatives aux paragraphes 7.2436 et 7.2443 à 7.2449, où les arguments du Honduras sur la nécessité d'une évaluation individuelle et la nature extrême de l'entrave sont résumés d'une manière plus complète.

6.80. Le Honduras demande également au Groupe spécial de modifier l'ordre dans lequel il résume ses arguments sur le sens de l'expression "de manière injustifiable" dans la section 7.3.5.5.1.1 et souligne que le paragraphe 7.2296 contient son contre-argument. Il demande également au Groupe spécial d'inclure des références à ses arguments sur les raisons pour lesquelles il considère les mesures TPP comme étant injustifiables de par leur nature même. Nous avons maintenu l'ordre du résumé des arguments du Honduras dans cette section, conformément à celui dans lequel les arguments connexes d'autres parties sont résumés. Toutefois, nous avons modifié le paragraphe 7.2296 pour préciser que le Honduras formule son argument en réponse aux arguments de l'Australie et ajouté un texte au paragraphe 7.2305 pour rendre compte d'arguments additionnels du Honduras. Nous avons aussi ajouté une référence dans une note de bas de page aux arguments connexes figurant dans la deuxième communication écrite du Honduras. Nous nous abstenons de rendre compte dans cette section d'arguments additionnels identifiés par le Honduras concernant le caractère injustifiable des mesures TPP spécifiquement, auxquels il est fait référence et qui sont traités dans les sections suivantes.[421]

6.81. L'Australie considère que l'examen du Groupe spécial exposé aux paragraphes 7.2414 et 7.2415 laissait entendre à tort qu'elle avait fait valoir que le sens approprié de l'expression "de manière injustifiable" devrait essentiellement être discerné par opposition à une autre expression, quelle qu'elle soit, plutôt que selon le sens approprié de l'expression effectivement utilisée. Elle ajoute qu'elle a appliqué une analyse au regard de la Convention de Vienne pour déterminer le sens de l'expression "de manière injustifiable" et que ses arguments sur la distinction interprétative entre les termes "nécessité" et "justifiable" sont des points présentés à titre de réfutation en réponse à ce qu'elle considère comme les tentatives des plaignants d'amalgamer les deux termes. Par conséquent, elle demande au Groupe spécial d'apporter certaines modifications à ces paragraphes. La République dominicaine et l'Indonésie s'opposent aux modifications proposées. À leur avis, ces modifications ne sont pas nécessaires car le Groupe spécial présente en détail les positions des parties aux paragraphes 7.2294 à 7.2348, et il ressort clairement du contexte qu'aux paragraphes 7.2414 et 7.2415 le Groupe spécial se concentre sur un point de désaccord spécifique entre les parties, à savoir la différence entre les critères de la "nécessité" et du caractère "justifiable".

6.82. En réponse, nous avons précisé au paragraphe 7.2413 que les parties avaient d'abord décrit leur interprétation du sens ordinaire de l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20 et cherché ensuite des indications contextuelles, entre autres choses, en comparant cette expression à certaines autres expressions. Nous avons également ajouté une phrase au paragraphe 7.2414, pour préciser que l'Australie avait formulé l'argument signalé dans ce paragraphe en réponse aux arguments des plaignants. Nous avons aussi légèrement modifié le paragraphe 7.2415. Comme il est indiqué dans la note de bas de page 5020 relative au paragraphe 7.2412, les arguments des parties sur le sens de l'expression "de manière injustifiable" sont résumés de façon plus approfondie dans la section 7.3.5.5.1.1.

[421] Voir les paragraphes 269 et 270 de la deuxième communication écrite du Honduras concernant les trois raisons principales pour lesquelles le Honduras considère les mesures TPP comme étant une entrave injustifiable. Ces arguments ont trait au caractère injustifiable des mesures TPP en particulier et il apparaît qu'ils portent sur les mêmes points que les arguments généraux en matière d'interprétation figurant au paragraphe 315 de la première communication écrite du Honduras et aux paragraphes 361 à 372 de sa deuxième communication écrite, auxquels nous avons ajouté des références au paragraphe 7.2305 plus loin. Les principaux arguments connexes du Honduras concernant les mesures TPP sont résumés dans les parties suivantes des présents rapports, y compris dans les sections 7.3.5.3.1.1 et 7.3.5.5.2.1 plus loin.

6.83. L'Australie considère que l'analyse du Groupe spécial exposée au paragraphe 7.2420 indique à tort que l'Australie a fait valoir que l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20 devrait être considérée comme ayant "exactement le même sens" que le terme "injustifiable" figurant dans le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994. Elle demande au Groupe spécial de modifier la première phrase de ce paragraphe en conséquence. La République dominicaine et l'Indonésie ne s'opposent pas à la modification proposée par l'Australie mais demandent au Groupe spécial d'ajouter aussi une phrase indiquant que l'Australie fait valoir que le sens de l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC doit être au moins aussi permissif que le sens du terme "injustifiable" figurant à l'article XX du GATT de 1994. En réponse à ces observations, nous avons modifié le paragraphe 7.2420 et ajouté la note de bas de page 5028 relative au paragraphe 7.2420 contenant un renvoi au paragraphe 7.2329. De plus, nous avons complété la référence figurant dans la note de bas de page 4911 relative au paragraphe 7.2329 par une référence additionnelle à la réponse de l'Australie à la question n° 107 du Groupe spécial.

6.18 Demandes de réexamen de la section 7.3.6 (Article 10*bis* de la Convention de Paris (1967), tel qu'il est incorporé par l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC)

6.84. Le Honduras demande que le terme "constitutif" soit ajouté à la dernière phrase du paragraphe 7.2634. Nous avons apporté la modification demandée et procédé à des modifications mineures des références figurant dans la note de bas de page connexe 5293.

6.85. L'Indonésie demande au Groupe spécial d'ajouter une référence aux arguments connexes figurant dans sa première communication écrite concernant l'article 10*bis* au paragraphe 7.2693. Nous avons modifié le texte en déplaçant des détails concernant les arguments du Honduras, de la République dominicaine et de l'Indonésie, qui figuraient auparavant dans une note de bas de page, dans le corps du texte. Les arguments des plaignants sont maintenant résumés aux paragraphes 7.2693 à 7.2696. Nous notons en outre que les arguments de l'Indonésie sont également cités au paragraphe 7.2708, dans la section qui résume les principaux arguments des parties sur l'article 10*bis* 3) 1).

6.86. Le Honduras demande que le membre de phrase "ne rend pas" figurant dans ce qui était la note de bas de page 5297 des rapports intérimaires soit corrigé et remplacé par le terme "rend". Nous avons corrigé le texte, qui apparaît maintenant au paragraphe 7.2694.[422] Nous avons aussi apporté la même correction à la troisième phrase du paragraphe 7.2790.

6.87. Faisant référence au paragraphe 7.2701, le Honduras demande au Groupe spécial de modifier son ordre d'analyse en présentant et en évaluant ses allégations au titre de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967), tel qu'il est incorporé par l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC, dans l'ordre fixé dans ses communications, à savoir d'abord l'allégation au titre du paragraphe 1 de l'article 10*bis* et ensuite l'allégation au titre du paragraphe 3 3) de cet article. En réponse, nous avons développé notre examen de l'ordre d'analyse au titre de l'article 10*bis* au paragraphe 7.2691. Pour les raisons qui y sont exposées, nous nous abstenons de modifier l'ordre de notre analyse.

6.88. Le Honduras propose que le paragraphe 7.2764 soit modifié pour indiquer qu'il n'a connaissance d'aucune étude empirique évaluant si les consommateurs n'ont pas été en mesure de distinguer la source commerciale des produits du tabac d'une entreprise de celle des produits du tabac d'autres entreprises après la mise en œuvre des mesures TPP, mais qu'il considère que ces données quantitatives n'aideraient pas le Groupe spécial à se prononcer sur les allégations dans les présents différends. Nous avons élargi la note de bas de page 5496 relative au paragraphe 7.2764 pour inclure une référence additionnelle à cet argument et aux parties des présents rapports où il est rendu compte plus fidèlement des réponses des plaignants à la question n° 168 du Groupe spécial à ce sujet. Nous avons aussi apporté des modifications correspondantes mineures à la note de bas de page 5218 relative au paragraphe 7.2548.

[422] Nous avons déplacé ce texte de la note de bas de page au corps du texte en réponse à une demande de l'Indonésie, comme il est indiqué plus haut au paragraphe 6.85.

6.19 Demandes de réexamen des appendices

6.89. Dans l'appendice A, le Groupe spécial a ajouté des références ou apporté des corrections aux paragraphes 12, 35, 37, 54, 67 et 68, en réponse à des demandes de réexamen de l'Australie auxquelles les plaignants ne se sont pas opposés.

6.90. Le Groupe spécial a aussi modifié le résumé des arguments des parties figurant aux paragraphes 12, 16, 36, 41 et 76 pour rendre compte d'autres arguments en réponse à des demandes de réexamen de l'Australie, compte tenu également des observations de la République dominicaine et de l'Indonésie. Il s'est abstenu d'introduire certains des ajouts demandés, car il en était déjà rendu compte aux paragraphes 4, 12, 36 et 76.

6.91. Aux paragraphes 38, 41 et 54, le Groupe spécial a ajouté des références additionnelles à des éléments de preuve de l'expert de l'Australie, le professeur Chaloupka, et des experts de la République dominicaine et de l'Indonésie, Ajzen *et al.*, en réponse à une demande de l'Australie à laquelle la République dominicaine ne s'est pas opposée, à condition que ses propres arguments présentés en réponse soient également incorporés. Le Groupe spécial s'abstient d'incorporer certaines des références additionnelles demandées par la République dominicaine car elles sont déjà examinées au paragraphe 83.

6.92. À la note de bas de page 58, le Groupe spécial a ajouté des références au troisième contre-rapport du professeur Chaloupka, en réponse à une demande de l'Australie. L'Indonésie s'oppose à cette demande au motif que la pièce mentionnée par l'Australie ne porte pas sur les questions auxquelles sa demande a trait. Nous croyons comprendre que, dans sa demande, l'Australie a mal indiqué le titre de la pièce en cause, en faisant référence au "deuxième" plutôt qu'au "troisième" contre-rapport du professeur Chaloupka.

6.93. Au paragraphe 56, le Groupe spécial a modifié sa référence à White *at al*. 2015b en réponse à une demande de l'Australie à laquelle la République dominicaine et l'Indonésie ne se sont pas opposées, à condition que les constatations de l'étude soient décrites avec exactitude. Le Groupe spécial s'abstient d'inclure deux phrases additionnelles proposées par la République dominicaine, au paragraphe 56, car les questions visées par ces phrases sont déjà examinées aux sections 1.1.3 et 2.1.4 de l'appendice A. Toutefois, il a ajouté une phrase au paragraphe 64 de l'appendice B en réponse aux observations de la République dominicaine.

6.94. À l'appendice B, le Groupe spécial a ajouté une référence à la note de bas de page 165, en réponse à une demande de réexamen de l'Australie à laquelle les plaignants ne se sont pas opposés.

6.95. Aux notes de bas de page 27, 29, 30, 31 et 140 de l'appendice B, le Groupe spécial a ajouté les références au troisième contre-rapport du professeur Chaloupka, en réponse à une demande de l'Australie. La République dominicaine et l'Indonésie s'opposent à cette demande au motif que la pièce mentionnée par l'Australie n'étaye pas les déclarations auxquelles il est fait référence, car elles portent sur d'autres questions. Nous croyons comprendre que, dans sa demande, l'Australie a mal indiqué le titre de la pièce en cause, en faisant référence au "deuxième" plutôt qu'au "troisième" contre-rapport du professeur Chaloupka mais aux numéros de paragraphe correspondant aux aspects pertinents traités dans le troisième contre-rapport.

6.96. Aux paragraphes 25 et 57, le Groupe spécial a modifié sa description des conclusions d'Ajzen *et al*. et de la réponse de l'Australie. La République dominicaine et l'Indonésie ne s'opposent pas à cette demande de réexamen de l'Australie, à condition que le Groupe spécial rende compte également de la réponse de la République dominicaine à cet argument, ce qu'il a fait aux paragraphes 25 et 56.

6.97. À l'appendice C, le Groupe spécial a ajouté des références ou apporté des corrections aux paragraphes 11, 12, 23, 36, 38, 65 et 117, aux notes de bas de page 15, 24, 25, 34, 42 et 64, et aux figures C.1, C.13, C.15 et C.17 en réponse à des demandes de réexamen de l'Australie auxquelles les plaignants ne se sont pas opposés.

6.98. Le Groupe spécial a également corrigé la figure C.19, en réponse à des demandes de réexamen de l'Australie et aux observations connexes du Honduras et de la République

dominicaine. Spécifiquement, il a clarifié la source de la figure C.19 et modifié le délai qui y est indiqué, pour qu'il corresponde à l'éventail indiqué dans la figure 2 du deuxième contre-rapport Chipty (pièce AUS-591).

6.99. Le Groupe spécial a modifié les paragraphes 4, 59 et 62 pour clarifier la manière dont l'expert de l'Australie, Mme Chipty, a utilisé les données RMSS, en réponse à une demande de réexamen de l'Australie à laquelle la République dominicaine ne s'est pas opposée, à condition qu'il soit rendu compte avec exactitude des arguments de l'Australie.

6.100. Le Groupe spécial a également modifié le paragraphe 72 pour clarifier la nature de l'utilisation des données RMSS par l'expert de l'Australie, Mme Chipty, et de sa nouvelle estimation du modèle microéconomique du professeur List, en réponse à une demande de réexamen de l'Australie et aux observations de la République dominicaine sur cette demande.

6.101. Le Groupe spécial a clarifié, au paragraphe 95, sa description de l'examen par le professeur Chaloupka de questions pertinentes pour l'analyse des données NTPPTS par le professeur Klick, en réponse à une demande de réexamen de l'Australie et aux observations connexes du Honduras, auxquelles la République dominicaine et l'Indonésie ont souscrit.

6.102. À l'appendice D, le Groupe spécial a ajouté des références ou apporté des corrections aux paragraphes 62, 66, 73 et 82, aux notes de bas de page 14, 63 et 109, et à la figure D.4 en réponse à des demandes de réexamen de l'Australie auxquelles les plaignants ne se sont pas opposés.

6.103. Le Groupe spécial a clarifié, au paragraphe 96, sa description de l'examen par le professeur Chaloupka de questions pertinentes pour l'analyse des données NTPPTS par le professeur Klick, en réponse à une demande de réexamen de l'Australie et aux observations connexes du Honduras, auxquelles la République dominicaine et l'Indonésie ont souscrit.

7 CONSTATATIONS

7.1 Ordre d'analyse

7.1. Les plaignants ont présenté des allégations au titre de l'Accord sur les ADPIC et de l'Accord OTC. En outre, Cuba a présenté une allégation au titre du GATT de 1994. Nous étudions donc d'abord l'ordre dans lequel nous devrions examiner ces allégations.

7.2. Le Honduras, la République dominicaine et Cuba conviennent que d'une manière générale, les groupes spéciaux sont libres de structurer comme ils l'entendent l'ordre de leur analyse d'allégations multiples. Ils ajoutent qu'il n'y a pas de hiérarchie entre les accords invoqués dans les présentes procédures (et en particulier entre l'Accord sur les ADPIC et l'Accord OTC), et que ceux-ci s'appliquent de façon cumulative et concomitante. Même s'ils proposent que le Groupe spécial commence son analyse par les allégations au titre de l'Accord sur les ADPIC, ils n'expriment pas de préférence ferme.[423] L'Indonésie fait valoir que selon "un principe général du droit international, les allégations concernant des traités multiples doivent être examinées dans l'ordre de spécificité par rapport aux faits sous-jacents, en commençant par le degré de spécificité le plus élevé"[424] et qu'il "n'y a pas un ordre particulier dans lequel le Groupe spécial devrait traiter les allégations au titre de l'Accord OTC et de l'Accord sur les ADPIC parce que ces accords sont également spécifiques pour les mesures en cause".[425] L'Australie fait valoir que le Groupe spécial est libre de structurer l'ordre de son analyse comme il l'entend mais que, du fait que l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC "traite "plus expressément, et de manière [plus] détaillée", de la question qui se pose à lui", il devrait commencer son analyse des prescriptions relatives à la marque prévues dans les mesures TPP par cette disposition.[426]

[423] Honduras, réponse à la question n° 1 du Groupe spécial; République dominicaine, réponse à la question n° 1 du Groupe spécial; et Cuba, réponse à la question n° 1 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial).

[424] Indonésie, réponse à la question n° 1 du Groupe spécial (faisant référence au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Loi de 1916 (CE)*, paragraphe 6.76).

[425] Indonésie, réponse à la question n° 1 du Groupe spécial.

[426] Australie, réponse à la question n° 1 du Groupe spécial.

7.3. Comme certains des plaignants l'ont fait observer, les groupes spéciaux sont libres de structurer l'ordre de leur analyse comme ils l'entendent et ils peuvent juger utile de tenir compte de la manière dont une allégation leur a été présentée par un Membre plaignant.[427] Toutefois, cela est vrai seulement dans la mesure où, sur la base de "la structure et [de] la logique" des dispositions en cause, il n'y a pas "un ordre d'analyse obligatoire qui, s'il n'est pas suivi, équivaudrait à une erreur de droit" ou "affecterait la substance de l'analyse elle-même".[428]

7.4. Nous notons qu'il n'y a pas de hiérarchie explicite entre l'Accord sur les ADPIC et l'Accord OTC, qui apparaissent dans des parties distinctes de l'Annexe 1 de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (Accord sur l'OMC). Nous ne voyons donc rien dans ces deux accords, tels qu'ils sont libellés, qui donnerait à penser que l'adoption d'un ordre d'analyse spécifique soit requise. Nous notons aussi que les plaignants ont présenté des arguments, premièrement, au titre de l'Accord sur les ADPIC; deuxièmement, au titre de l'Accord OTC; et troisièmement (dans la plainte de Cuba), au titre du GATT de 1994. L'Australie a présenté ses réponses à ces allégations dans le même ordre également. Les plaignants perçoivent généralement le caractère cumulatif des obligations invoquées comme indiquant que nous ne sommes pas tenus de traiter leurs allégations dans un ordre particulier et aucun d'entre eux ne soutient qu'il y ait un quelconque ordre d'analyse obligatoire qui, s'il n'est pas suivi, équivaudrait à une erreur de droit.

7.5. Il a également été établi qu'une allégation formulée au titre de l'accord de l'OMC le plus spécifique et le plus détaillé devrait être examinée avant une allégation formulée au titre d'une disposition similaire plus générale figurant dans un autre accord.[429] Conformément à ce principe, le Groupe spécial *CE – Sardines* a dit que "si [la mesure en cause] [était] un règlement technique, l'analyse au titre de l'Accord OTC précéderait tout examen au titre du GATT de 1994".[430] En conséquence, dès lors qu'il a été constaté que la mesure contestée était visée par l'Accord OTC, plusieurs groupes spéciaux ont traité les allégations au titre de l'Accord OTC avant de traiter les allégations concomitantes au titre du GATT de 1994.[431]

7.6. S'agissant des allégations qui nous sont présentées au titre de l'Accord OTC et au titre du GATT de 1994, ce raisonnement suggérerait que nous examinions les premières avant les secondes. Cette approche serait également compatible avec le fait que l'Accord OTC et le GATT de 1994 font l'un et l'autre partie de l'Annexe 1A (intitulée "Accords multilatéraux sur le commerce des marchandises") et que l'Accord OTC indique dans son préambule qu'il vise à "favoriser la réalisation des objectifs du GATT de 1994".[432] L'obligation énoncée dans l'Accord OTC qui est invoquée par les plaignants dans les présents différends (article 2.2) s'applique aux "règlements techniques", établissant ainsi une obligation concernant le sous-ensemble des mesures qui satisfont à la définition donnée à l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC.

---

[427] Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, paragraphes 126 et 127.

[428] Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, paragraphe 109. Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, paragraphe 5.5; et les rapports du Groupe spécial *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 7.63.

[429] L'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Bananes III* a dit ce qui suit:

> Bien que l'article X:3 a) du GATT de 1994 et l'article 1:3 de l'*Accord sur les licences* soient tous deux applicables, le Groupe spécial aurait dû, à notre avis, appliquer d'abord l'*Accord sur les licences*, car cet accord traite expressément, et de manière détaillée, de l'application des procédures de licences d'importation. Si le Groupe spécial l'avait fait, il n'aurait alors pas eu à examiner l'incompatibilité alléguée avec l'article X:3 a) du GATT de 1994.

Rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 204. Voir aussi le rapport du Groupe spécial *CE – Sardines*, paragraphes 7.15 et 7.16; et le rapport du Groupe spécial *CE – Amiante*, paragraphes 8.16 et 8.17.

[430] Rapport du Groupe spécial *CE – Sardines*, paragraphe 7.16. Voir aussi le rapport du Groupe spécial *CE – Amiante*, paragraphes 8.16 et 8.17; les rapports du Groupe spécial *États-Unis – EPO*, paragraphe 7.73.

[431] Voir les rapports des Groupes spéciaux *CE – Sardines*; *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*; *États-Unis – Thon II (Mexique)*; *CE – Produits dérivés du phoque*; *États-Unis – EPO*; et *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada/Mexique)*. Nous notons aussi que, conformément à la Note interprétative générale relative à l'Annexe 1A, en cas de conflit entre une disposition du GATT de 1994 et l'Accord OTC, les dispositions de l'Accord OTC prévaudraient dans la limite du conflit.

[432] Accord OTC, préambule, deuxième considérant.

7.7. S'agissant des allégations qui nous sont présentées au titre de l'Accord OTC et au titre de l'Accord sur les ADPIC, l'Australie estime qu'en vertu de son interprétation de la relation entre l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC et l'article 2.2 de l'Accord OTC, le Groupe spécial devrait examiner d'abord l'article 20, à l'exclusion finalement de l'article 2.2 de l'Accord OTC pour ce qui est des aspects des mesures TPP qui ont trait à l'usage de marques de fabrique ou de commerce sur les produits du tabac et leur emballage pour la vente au détail. Elle fait valoir que l'Accord sur les ADPIC traite plus spécifiquement, et de manière plus détaillée, des aspects des mesures TPP qui ont trait à l'usage de marques de fabrique ou de commerce[433] et ajoute que l'Accord OTC ne concerne pas les mesures qui traitent de l'exploitation des droits de propriété intellectuelle.[434] Nous ne voulons pas préjuger, à ce stade de notre analyse, de notre propre analyse des questions soulevées par l'Australie, à savoir i) si les aspects des mesures TPP qui affectent l'usage des marques sont visés par les disciplines de l'article 2.2 de l'Accord OTC ou relèvent exclusivement de l'Accord sur les ADPIC, et ii) l'interprétation de l'expression "de manière injustifiable" dans l'article 20 et sa relation avec le terme "nécessaire" dans l'article 2.2 de l'Accord OTC.

7.8. Aux fins de déterminer l'ordre de notre analyse, toutefois, nous notons que certaines allégations qui nous sont présentées concernent les mêmes aspects des mesures en cause et que les plaignants utilisent une grande partie des mêmes éléments de preuve en lien avec un certain nombre de leurs allégations, en particulier s'agissant de leurs allégations au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC et de l'article 2.2 de l'Accord OTC. En particulier, nous notons que les plaignants s'appuient essentiellement sur le même corpus d'éléments de preuve en ce qui concerne un certain nombre d'aspects des effets des mesures contestées, au titre des deux accords visés. Sans préjudice de notre évaluation du point de savoir si les prescriptions relatives à la marque énoncées dans les mesures TPP sont (contrairement à ce qu'avance l'Australie) visées par les disciplines de l'article 2.2 de l'Accord OTC, une constatation selon laquelle elles sont visées par ces disciplines rendrait pertinents les éléments de preuve concernant l'effet tant des prescriptions "relatives à la marque" que des prescriptions "relatives au format" dans le contexte de notre évaluation au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC.

7.9. Il nous semble donc qu'une approche plus pratique de notre analyse consisterait à examiner d'abord les éléments de preuve concernant le fonctionnement combiné des prescriptions relatives à la marque et des prescriptions relatives au format figurant dans les mesures TPP et ensuite, dans la mesure nécessaire, les aspects pertinents des éléments de preuve aux fins de notre analyse au titre de l'article 20. Sur cette base, nous examinons d'abord l'allégation des plaignants selon laquelle les mesures TPP sont incompatibles avec l'article 2.2 de l'Accord OTC.

7.10. Nous évaluerons ensuite les allégations des plaignants au titre des diverses dispositions de l'Accord sur les ADPIC qu'ils indiquent comme fondements juridiques pour leurs allégations.

7.11. Nous commencerons par examiner les allégations des plaignants relatives aux dispositions de l'Accord sur les ADPIC qui concernent la protection des marques de fabrique ou de commerce. Nous étudierons tout d'abord les dispositions qui concernent l'objet de la protection, à savoir l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec l'article 6*quinquies* de la Convention de Paris (1967), puis l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC. Ensuite, nous examinerons les dispositions concernant les droits conférés au titulaire d'une marque de fabrique ou de commerce, à savoir l'article 16:1, puis l'article 16:3. Enfin, nous traiterons les allégations au titre de l'article 20 qui concernent les "autres prescriptions" relatives à l'usage d'une marque. Ainsi qu'il a été indiqué plus haut, les plaignants utilisent essentiellement le même ensemble d'éléments de preuve en ce qui concerne leurs allégations au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC et certains aspects de leurs allégations au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC.

7.12. Nous examinerons ensuite les allégations des plaignants au titre de l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967). Puis nous examinerons les allégations des plaignants relatives à la protection des indications géographiques (IG) au titre des articles 22:2 b) et 24:3 de l'Accord sur les ADPIC. Eu égard à la référence, dans l'article 22:2 b), à l'"utilisation qui constitue un acte de concurrence déloyale au sens de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967)", nous jugeons approprié de nous occuper des allégations au titre de l'article 22:2 b) après avoir d'abord traité les allégations au titre de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967).

[433] Australie, réponse à la question n° 1 du Groupe spécial.
[434] Australie, première communication écrite, paragraphe 509.

7.13. Enfin, nous examinerons l'argument de Cuba selon lequel les mesures TPP sont incompatibles avec l'article IX:4 du GATT, conformément à l'approche suivie par des groupes spéciaux antérieurs qui ont traité les allégations au titre de l'Accord OTC avant de traiter les allégations concomitantes au titre du GATT de 1994.[435]

7.14. Dans le contexte de notre examen des allégations au titre de l'Accord sur les ADPIC et du GATT de 1994, nous nous référerons, selon qu'il sera approprié, à notre analyse des éléments de preuve et à nos constatations de fait dans le contexte de notre évaluation au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC.

7.2 Article 2.2 de l'Accord OTC

7.15. L'article 2.2 de l'Accord OTC dispose ce qui suit:

> Les Membres feront en sorte que l'élaboration, l'adoption ou l'application des règlements techniques n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. À cette fin, les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait. Ces objectifs légitimes sont, entre autres, la sécurité nationale, la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement. Pour évaluer ces risques, les éléments pertinents à prendre en considération sont, entre autres, les données scientifiques et techniques disponibles, les techniques de transformation connexes ou les utilisations finales prévues pour les produits.

7.16. Le Honduras, la République dominicaine, Cuba et l'Indonésie allèguent que les mesures TPP sont incompatibles avec l'article 2.2 parce qu'elles sont "plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime" au sens de l'article 2.2. L'Australie estime que certains aspects des mesures TPP ne devraient pas être examinés au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC et, dans la mesure où ces aspects relèvent bien de cette disposition, elle estime que les plaignants n'ont pas établi *prima facie* qu'ils étaient incompatibles avec l'article 2.2.

7.2.1 Aperçu des allégations

7.17. Le Honduras estime que les restrictions concernant les marques et le format indiquées dans la législation de l'Australie en matière d'emballage neutre sont incompatibles avec l'article 2.2 de l'Accord OTC car ces mesures constituent un règlement technique qui est plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques liés à la non-réalisation.[436]

7.18. La République dominicaine allègue que l'Australie agit en violation de l'article 2.2 de l'Accord OTC parce que les mesures TPP sont très restrictives pour le commerce et ne sont pas nécessaires vu qu'elles ne contribuent pas à l'objectif de l'Australie et que des mesures de rechange plus efficaces et moins restrictives pour le commerce sont raisonnablement disponibles.[437]

7.19. Cuba allègue que les mesures TPP enfreignent l'article 2.2 de l'Accord OTC, étant donné que ce sont des règlements techniques, qu'elles sont "restrictives pour le commerce" et qu'elles sont "plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire" pour atteindre l'objectif de santé publique de l'Australie.[438]

7.20. L'Indonésie allègue que les mesures TPP enfreignent les obligations de l'Australie au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, parce que les règlements techniques en cause créent des obstacles

[435] Rapports des Groupes spéciaux *CE – Sardines*; *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*; *États-Unis – Thon II (Mexique)*; *CE – Produits dérivés du phoque*; *États-Unis – EPO*; et *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada/Mexique)*.

[436] Honduras, première communication écrite, paragraphe 787.

[437] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 35.

[438] Cuba, première communication écrite, paragraphe 390.

non nécessaires au commerce étant donné qu'ils sont plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime.[439]

7.21. L'Australie admet que les "prescriptions matérielles" énoncées dans les mesures TPP sont des règlements techniques qui relèvent de l'Accord OTC[440] mais exprime de "graves préoccupations" concernant les "implications systémiques" de l'affirmation des plaignants selon laquelle les "prescriptions relatives à la marque" énoncées dans les mesures TPP peuvent aussi être examinées au titre de l'Accord OTC. Elle fait valoir que l'Accord OTC traite des règlements techniques et qu'il n'apparaît pas, d'après son libellé, qu'il concerne l'exploitation de la propriété intellectuelle.[441] Elle considère que, si le Groupe spécial devait être d'avis que les prescriptions affectant l'usage de marques peuvent constituer des "règlements techniques" relevant de l'Accord OTC, l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC resterait "la disposition applicable pour ce qui est des prescriptions relatives à la marque imposées par la mesure concernant l'emballage neutre du tabac", à l'exclusion de l'article 2.2 de l'Accord OTC s'agissant de ces prescriptions.[442]

7.22. L'Australie fait valoir en outre que les mesures TPP sont "conforme[s] aux normes internationales pertinentes" pour l'emballage neutre du tabac et qu'en vertu de la deuxième phrase de l'article 2.5, elles doivent donc être présumées – cette présomption étant réfutable – ne pas être plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire: une présomption que les plaignants ne l'ont pas réfutée, d'après ses allégations.[443] En conséquence, elle allègue que le Groupe spécial "n'a pas besoin de poursuivre plus avant son analyse des allégations des plaignants au titre de l'article 2.2".[444]

7.23. L'Australie fait valoir que les plaignants n'ont absolument pas établi que les mesures TPP étaient "restrictives pour le commerce". Par suite, même si le Groupe spécial conclut que la présomption au titre de l'article 2.5 est inapplicable, elle estime qu'une analyse relationnelle plus poussée en ce qui concerne le fond de l'allégation au titre de l'article 2.2 ne serait pas requise pour examiner l'incompatibilité des mesures TPP, car les plaignants n'ont pas établi *prima facie* qu'elles étaient incompatibles avec l'article 2.2.[445]

7.24. Les plaignants rejettent ces arguments de l'Australie. Ils estiment que les mesures ne peuvent pas bénéficier de la présomption réfutable prévue dans la deuxième phrase de l'article 2.5 car elles ne sont pas "conforme[s] aux normes internationales pertinentes" pour l'emballage neutre du tabac; et même si elles l'étaient, ils ont réussi à réfuter cette présomption.[446] Ils estiment aussi que les mesures TPP sont non pas seulement restrictives pour le commerce, mais "très" restrictives pour le commerce.[447] Ils demandent donc que ces deux arguments préliminaires de fond soient rejetés et, en conséquence, que le Groupe spécial procède à une analyse complète de la compatibilité des mesures TPP avec l'article 2.2.

---

[439] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 463.
[440] Australie, première communication écrite, paragraphe 507.
[441] Australie, première communication écrite, paragraphe 509.
[442] Australie, première communication écrite, paragraphe 511.
[443] Voir Australie, première communication écrite, paragraphes 519 et 584; deuxième communication écrite, paragraphe 356; déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 82 et 84; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 143; et réponse à la question n° 76 du Groupe spécial, paragraphe 209.
[444] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 357. Voir aussi Australie, première communication écrite, paragraphes 519 et 584; deuxième communication écrite, paragraphe 320; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 143; et réponse à la question n° 76 du Groupe spécial, paragraphe 209.
[445] Voir Australie, première communication écrite, paragraphe 585; deuxième communication écrite, paragraphe 358; et déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 144. Voir aussi réponse à la question n° 76 du Groupe spécial, paragraphe 210 (notant que le caractère restrictif pour le commerce doit être démontré seulement en ce qui concerne la partie des mesures TPP qui constitue des "règlements techniques").
[446] Voir, par exemple, Honduras, réponse à la question n° 67 du Groupe spécial, pages 27 et 29; République dominicaine, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphes 292 à 294; Cuba, réponse à la question n° 67 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial) (souscrivant à la réponse du Honduras à la question n° 67 du Groupe spécial); et Indonésie, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphe 84.
[447] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 328 à 580; et République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 924 à 961. Voir aussi Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 225 à 253; et Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphes 220 à 273.

7.25. L'Australie fait valoir que, même si le Groupe spécial estimait que les plaignants avaient établi l'existence d'un certain degré de caractère restrictif pour le commerce et à supposer que les mesures ne puissent pas bénéficier de la présomption prévue dans la deuxième phrase de l'article 2.5, ils n'ont cependant pas établi que les mesures étaient incompatibles avec l'article 2.2, c'est-à-dire qu'elles étaient plus restrictives pour le commerce qu'il n'était nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait. Il faudrait donc quand même que le Groupe spécial rejette dans leur intégralité les allégations des plaignants au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC.[448]

7.2.2 Approche générale du Groupe spécial

7.26. Nous rappelons que l'article 2.2 de l'Accord OTC dispose ce qui suit:

> Les Membres feront en sorte que l'élaboration, l'adoption ou l'application des règlements techniques n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. À cette fin, les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait. Ces objectifs légitimes sont, entre autres, la sécurité nationale, la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement. Pour évaluer ces risques, les éléments pertinents à prendre en considération sont, entre autres, les données scientifiques et techniques disponibles, les techniques de transformation connexes ou les utilisations finales prévues pour les produits.

7.27. Il n'est pas contesté que, conformément aux règles applicables à la charge de la preuve[449], la charge d'établir que les mesures TPP sont incompatibles avec l'article 2.2 incombe aux plaignants:

> S'agissant de la charge de la preuve consistant à montrer qu'un règlement technique est incompatible avec l'article 2.2, le plaignant doit prouver son allégation selon laquelle la mesure contestée crée un obstacle non nécessaire au commerce international. Afin d'établir des éléments *prima facie*, le plaignant doit présenter des éléments de preuve et arguments suffisants pour établir que la mesure contestée est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour accomplir la contribution qu'elle apporte aux objectifs légitimes, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait.[450]

7.28. L'article 2.2 s'applique aux mesures qui sont des "règlements techniques" au sens de l'Accord OTC. La première étape d'une analyse de la compatibilité des mesures TPP avec l'article 2.2 doit donc viser à déterminer si ces mesures constituent un "règlement technique". À cet égard, l'Australie fait valoir que l'Accord OTC "traite des règlements techniques et [qu']il n'apparaît pas, d'après son libellé, qu'il concerne l'exploitation de la propriété intellectuelle"[451], de sorte que les "prescriptions relatives à la marque" énoncées dans les mesures TPP ne relèvent pas de l'Accord OTC. Nous examinerons donc d'abord, dans la mesure nécessaire pour traiter les arguments de l'Australie à cet égard, si cet obstacle à l'applicabilité de l'Accord OTC existe.

7.29. Si nous devions déterminer que l'Accord OTC peut être applicable, nous examinerions la mesure dans laquelle les mesures TPP constituent un "règlement technique" au sens de l'Accord OTC.[452] Dans la mesure où nous constaterons que les mesures constituent un règlement technique, de telle sorte que l'obligation énoncée à l'article 2.2 leur est applicable, il nous faudra ensuite examiner si elles sont incompatibles avec cette disposition.

---

[448] Australie, première communication écrite, paragraphe 513.
[449] Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 14.
[450] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 323. (note de bas de page omise)
[451] Australie, première communication écrite, paragraphe 509.
[452] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 323.

7.30. Ainsi que l'Organe d'appel l'a expliqué, une évaluation du point de savoir si un règlement technique est "plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire" au sens de l'article 2.2 comporte un certain nombre de considérations:

> En résumé, nous estimons que pour évaluer si un règlement technique est "plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire" au sens de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*, il convient d'évaluer un certain nombre de facteurs. Un groupe spécial devrait commencer par prendre en considération des facteurs parmi lesquels: i) le degré de contribution de la mesure à l'objectif légitime en cause; ii) le caractère restrictif pour le commerce de la mesure; et iii) la nature des risques en cause et la gravité des conséquences qui découleraient de la non-réalisation de l'(des) objectif(s) recherché(s) par le Membre au moyen de la mesure. Dans la plupart des cas, une comparaison de la mesure contestée et des mesures de rechange possibles devrait être effectuée. En particulier, il peut être pertinent aux fins de cette comparaison d'examiner si la mesure de rechange proposée est moins restrictive pour le commerce, si elle apporterait une contribution équivalente à l'objectif légitime pertinent, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait, et si elle est raisonnablement disponible.[453]

7.31. Une évaluation de la compatibilité d'un règlement technique avec l'article 2.2 comporte donc en premier lieu une "analyse relationnelle"[454] de trois facteurs:

i. le degré de contribution de la mesure à l'objectif légitime en cause;

ii. le caractère restrictif pour le commerce de la mesure; et

iii. la nature des risques en cause et la gravité des conséquences qui découleraient de la non-réalisation de l'(des) objectif(s) recherché(s) par le Membre au moyen de la mesure.

7.32. Ces facteurs éclaireront à leur tour l'"analyse comparative" qui est, dans la plupart des cas[455], requise pour déterminer si la mesure contestée est *plus* restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire:

> L'emploi du comparatif "plus ... que" dans la deuxième phrase de l'article 2.2 donne à penser que l'existence d'un "obstacle[] non nécessaire[] au commerce international" visé à la première phrase peut être établie sur la base d'une analyse comparative des facteurs susmentionnés. Dans la plupart des cas, cela supposerait une comparaison du caractère restrictif pour le commerce et du degré d'accomplissement de l'objectif par la mesure en cause avec ceux de mesures de rechange possibles qui pourraient être raisonnablement disponibles *et* moins restrictives pour le commerce que ne l'est la mesure contestée, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait. L'Organe d'appel a précisé qu'une comparaison avec des mesures de rechange raisonnablement disponibles était un outil conceptuel servant à déterminer si une mesure contestée était plus restrictive pour le commerce qu'il n'était nécessaire.[456]

7.33. Comme il est indiqué plus haut, dans les présentes procédures, les plaignants font valoir que les mesures TPP sont restrictives pour le commerce et qu'elles le sont plus qu'il n'est nécessaire pour réaliser l'objectif légitime qu'elles recherchent, compte tenu des risques que la

---

[453] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 322. (note de bas de page omise)

[454] Voir les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 374 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 318).

[455] Nous notons à cet égard qu'il n'est "pas obligatoire, en ce qui concerne l'article 2.2 de l'Accord OTC, qu'un groupe spécial tire une conclusion préliminaire sur la "nécessité" sur la base des facteurs se rapportant au règlement technique lui-même avant d'entreprendre une comparaison avec des mesures de rechange proposées". Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.235. Voir aussi *ibid.*, les paragraphes 5.227 à 5.229. S'agissant de l'article XX du GATT de 1994, voir les rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.215, note de bas de page 1299.

[456] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 320 (italique dans l'original; note de bas de page omise). Voir aussi *ibid.*, paragraphe 318.

non-réalisation de cet objectif entraînerait. Ils examinent tous les éléments du critère susmentionné, y compris les trois facteurs qui font partie de l'"analyse relationnelle", et indiquent certaines mesures de rechanges qui, à leur avis, sont raisonnablement disponibles pour l'Australie, apporteraient une contribution équivalente à son objectif et seraient moins restrictives pour le commerce que les mesures TPP.

7.34. L'Australie estime toutefois que les plaignants n'ont pas établi, en premier lieu, que les mesures étaient restrictives pour le commerce[457] et que, par conséquent, dans la mesure où les mesures TPP sont examinées au titre de la disposition considérée, le Groupe spécial devrait rejeter ces allégations "à titre préliminaire".[458] Elle fait valoir aussi, dans le contexte de son analyse du "caractère restrictif pour le commerce" des mesures, que les plaignants n'ont pas examiné le fait que, puisque les mesures TPP ont été adoptées conformément aux Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC, elles sont "conforme[s] aux normes internationales pertinentes" au sens de la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC.[459] En conséquence, elle allègue que, dans la mesure où la définition d'un "règlement technique" englobe aussi les mesures affectant l'usage d'une marque, les mesures TPP sont "présumé[es] – cette présomption étant réfutable –" ne pas créer un obstacle non nécessaire au commerce international au titre de la deuxième phrase de l'article 2.5 et que les plaignants n'ont pas réfuté cette présomption.[460]

7.35. L'Australie conclut que, du fait que les plaignants n'ont pas établi que les mesures étaient restrictives pour le commerce, le Groupe spécial devrait conclure son analyse au titre de l'article 2.2 à ce stade et n'est pas tenu de procéder à une quelconque autre analyse "relationnelle" au titre de l'article 2.2.[461] Elle affirme à titre subsidiaire, c'est-à-dire uniquement pour le cas où le Groupe spécial déterminerait que les plaignants ont établi *prima facie* que les mesures TPP étaient restrictives pour le commerce, que les plaignants n'ont pas établi qu'il y avait violation de l'article 2.2 par référence aux facteurs additionnels de l'"analyse relationnelle" décrits plus haut.[462] En particulier, elle fait valoir que la mesure cherche à réaliser un objectif légitime de santé publique et n'est pas plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser cet objectif. Elle considère en outre que les plaignants n'ont pas établi qu'elle aurait raisonnablement à sa disposition des mesures de rechange qui apporteraient une contribution équivalente à son objectif et seraient moins restrictives pour le commerce que les mesures TPP.[463]

7.36. Nous considérons que le fait que les mesures contestées puissent bénéficier de la présomption réfutable accordée dans le cadre de la deuxième phrase de l'article 2.5, comme l'invoque l'Australie, peut avoir des implications importantes sur la façon dont nous devons effectuer notre analyse des allégations au titre de l'article 2.2.

7.37. La deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC dispose ce qui suit:

> Chaque fois qu'un règlement technique sera élaboré, adopté ou appliqué en vue d'atteindre l'un des objectifs légitimes expressément mentionnés au paragraphe 2, et qu'il sera conforme aux normes internationales pertinentes, il sera présumé – cette présomption étant réfutable – ne pas créer un obstacle non nécessaire au commerce international.

7.38. Selon ses termes exprès, donc, la deuxième phrase de l'article 2.5 incorpore une présomption "réfutable ", qui s'applique aux mesures remplissant les deux ensembles de conditions cumulatives suivants[464]:

---

[457] Australie, première communication écrite, paragraphe 583.
[458] Australie, première communication écrite, paragraphe 513.
[459] Australie, première communication écrite, paragraphes 567 et 584.
[460] Australie, première communication écrite, paragraphes 519, 567, 568 et 584.
[461] Australie, première communication écrite, paragraphe 585.
[462] Australie, première communication écrite, paragraphes 586 à 590.
[463] Australie, première communication écrite, paragraphes 21, 595 et 700 à 742.
[464] Les parties semblent suivre la même approche consistant à considérer que la deuxième phrase de l'article 2.5 contient deux vastes ensembles de conditions cumulatives. Voir, par exemple, Honduras, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, page 26; République dominicaine, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphe 288; Cuba, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, page 16 (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial) (approuvant la réponse du Honduras à la question n° 66); Australie, première communication écrite, paragraphe 569; et deuxième communication écrite, paragraphe 314.

a. être des "règlement[s] technique[s]"[465] élaborés, adoptés ou appliqués "en vue d'atteindre l'un des objectifs légitimes expressément mentionnés" à l'article 2.2; et

b. être "conforme[s] aux normes internationales pertinentes".

7.39. La prescription imposant de faire en sorte que l'élaboration, l'adoption ou l'application des règlements techniques n'aient "ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international" est énoncée dans la première phrase de l'article 2.2.[466] La deuxième phrase de l'article 2.2 dispose quant à elle qu'"*[à] cette fin,* les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait" (pas d'italique dans l'original).

7.40. Il y a donc un lien étroit entre la première et la deuxième phrase de l'article 2.2, qui établissent toutes deux certaines obligations auxquelles les Membres de l'OMC doivent se conformer lorsqu'ils élaborent, adoptent ou appliquent des règlements techniques.[467] Spécifiquement, la prescription imposant que les règlements techniques ne soient pas "plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire" (dans la deuxième phrase) précise et explicite la portée de la prescription imposant que les règlements techniques ne créent pas d'"obstacles non nécessaires au commerce" (dans la première phrase):

> Tant la première que la deuxième phrase de l'article 2.2 font référence à la notion de "nécessité". Ces phrases sont liées par l'expression "[à] cette fin", ce qui donne à penser que la deuxième phrase précise le libellé de la première et explicite la portée et le sens de l'obligation contenue dans cette phrase.[468]

7.41. Dans ce contexte, il nous apparaît que, si un règlement technique bénéficie de la "présomption réfutable" qu'il ne crée pas d'"obstacles non nécessaires au commerce" conformément à la deuxième phrase de l'article 2.5, cela aurait une incidence directe[469] sur la teneur et la structure de l'analyse qui doit être effectuée en relation avec une allégation selon laquelle la même mesure est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" au sens de la deuxième phrase de l'article 2.2.

7.42. La présomption établie au titre de la deuxième phrase de l'article 2.5 ne s'applique que pour ce qui est des règlements techniques qui sont adoptés "en vue d'atteindre l'un des objectifs légitimes expressément mentionnés" à l'article 2.2. Un examen précoce de ces facteurs nous permettra donc de déterminer si les mesures TPP, dans la mesure où nous aurons constaté qu'elles constituent un règlement technique, relèvent des mesures auxquelles s'applique la présomption prévue dans la deuxième phrase de l'article 2.5. Comme il est indiqué plus haut, l'"objectif légitime" en cause est aussi l'un des aspects à examiner dans une évaluation du point de

---

[465] La deuxième phrase de l'article 2.5 ne concerne donc pas les deux autres types de mesures OTC: les "normes" et les "procédures d'évaluation de la conformité". Nous notons aussi que la deuxième phrase de l'article 2.5, telle qu'elle est libellée, concerne seulement les règlements techniques qui, comme les mesures TPP, ont été élaborés, adoptés ou appliqués par des *institutions du gouvernement central*. Les règlements techniques émanant des institutions publiques *locales* ou des organismes *non gouvernementaux* sont soumis aux disciplines d'une disposition distincte, à savoir l'article 3. Nous notons que les présentes procédures ne concernent pas ces types de mesures. Par conséquent, nous n'avons pas besoin d'examiner, et nous n'examinons pas, la question de savoir si l'article 2.5 peut aussi être invoqué en ce qui concerne les règlements techniques émanant des institutions publiques *locales* ou des organismes *non gouvernementaux*.

[466] Le texte de l'article 2.2 figure plus haut aux paragraphes 7.15 et 7.26.

[467] Voir les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 369:

> Conformément à la première phrase, [les Membres] doivent faire en sorte que l'élaboration, l'adoption et l'application de ces règlements n'aient "ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international"; et, conformément à la deuxième phrase, ils doivent faire en sorte que leurs règlements techniques ne soient "pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait".

[468] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 318.

[469] La question de savoir quelle sera précisément l'incidence de cette présomption, et quand et comment elle pourra être réfutée est une question que nous n'avons pas besoin de trancher maintenant. De fait, nous pourrons y revenir plus tard, selon qu'il sera nécessaire, lorsque nous aurons examiné tous les éléments des deux ensembles de conditions prévus dans la deuxième phrase de l'article 2.5.

savoir si un règlement technique est "plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire" au sens de la deuxième phrase de l'article 2.2, indépendamment de l'applicabilité de la présomption réfutable incorporée dans la deuxième phrase de l'article 2.5.

7.43. À la lumière de ces éléments, nous considérons qu'il est approprié, dans les circonstances de l'espèce, de commencer notre analyse par un examen de la question de savoir si les mesures TPP, en tout ou en partie, constituent un règlement technique au sens de l'Accord OTC.[470] Si c'est le cas, nous examinerons en outre si ces mesures cherchent à atteindre un "objectif légitime" au sens de l'article 2.2 de l'Accord et, dans l'affirmative, plus spécifiquement si elles ont été élaborées, adoptées ou appliquées "en vue d'atteindre l'un des objectifs légitimes expressément mentionnés" à l'article 2.2.

7.44. Si nous devions déterminer que les mesures TPP sont un règlement technique *et* ont été élaborées, adoptées ou appliquées "en vue d'atteindre l'un des objectifs légitimes expressément mentionnés" à l'article 2.2, il nous faudrait examiner en outre si, comme l'Australie le fait valoir, elles sont "conforme[s] aux normes internationales pertinentes", de telle sorte que la "présomption réfutable" au titre de la deuxième phrase de l'article 2.5 est applicable. Si c'est le cas, nous devrons aussi déterminer ce que cela implique pour le reste de notre analyse des allégations qui nous sont présentées au titre de l'article 2.2, y compris la façon dont les plaignants peuvent "réfuter" cette présomption.[471]

7.45. Si nous devions déterminer que les mesures TPP sont un règlement technique mais que la présomption réfutable incorporée dans l'article 2.5 ne s'applique pas, il nous faudrait alors poursuivre notre analyse en nous fondant sur l'approche générale décrite plus haut, pour déterminer si les mesures sont "plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire" au sens de l'article 2.2. Cela inclurait un examen du degré auquel les mesures contribuent à un objectif légitime, de leur caractère restrictif pour le commerce ainsi que de la nature et de la gravité des risques que la non-réalisation de l'objectif entraînerait ("analyse relationnelle"). Cet examen serait suivi, selon qu'il serait pertinent, d'un examen des mesures de rechange possibles qui peuvent être raisonnablement disponibles pour l'Australie et qui apporteraient une contribution équivalente à l'objectif tout en étant moins restrictives pour le commerce ("analyse comparative").

7.46. Comme il est indiqué plus haut, nous examinons d'abord, à titre préliminaire, l'argument de l'Australie selon lequel "il n'apparaît pas, d'après son libellé, [que l'Accord OTC] concerne l'exploitation de la propriété intellectuelle"[472] et si cela constitue un obstacle à l'application de l'Accord OTC aux "prescriptions relatives à la marque" des mesures TPP.

7.2.3 Applicabilité de l'Accord OTC aux mesures relatives aux marques

7.2.3.1 Principaux arguments des parties

7.47. L'Australie se dit "très préoccupée par les implications systémiques" de l'affirmation des plaignants selon laquelle les prescriptions relatives à la marque des mesures TPP sont visées par

[470] S'agissant de l'approche à suivre pour examiner les arguments de l'Australie au titre de l'article 2.5, voir, par exemple, Honduras, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, page 26; République dominicaine, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphes 288, 289 et 292; Cuba, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, page 216 (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial) (approuvant la réponse du Honduras à la question n° 66 du Groupe spécial); Indonésie, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphe 73; Australie, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphe 156; et deuxième communication écrite, paragraphe 313. Sauf en ce qui concerne l'Indonésie (qui estime que nous devrions d'abord établir toutes nos déterminations au titre de la deuxième phrase de l'article 2.5 avant même de "commencer" l'évaluation de l'article 2.2), nous ne considérons pas que les vues des parties sur cette question sont en contradiction avec l'approche que nous adoptons ici, à savoir: premièrement, examiner les éléments qui appartiennent *à la fois* à l'article 2.2 et à l'article 2.5 (la question de savoir si les mesures constituent un "règlement technique" et l'identification de leurs "objectifs"); puis examiner, selon le cas, les éléments restants qui déterminent l'applicabilité de la présomption réfutable au titre de la deuxième phrase de l'article 2.5 (la question de savoir si les mesures sont "conforme[s] aux normes internationales pertinentes" et, si elles le sont, la question de savoir quelles sont les conséquences de la présomption accordée et comment elle peut être réfutée). Enfin, ayant examiné l'applicabilité de la présomption au titre de la deuxième phrase de l'article 2.5, nous reviendrions sur notre analyse au titre de l'article 2.2 pour la compléter à la lumière de nos déterminations antérieures en relation avec l'article 2.5.

[471] Voir aussi, plus loin, le paragraphe 7.187 et la note de bas de page 823.

[472] Australie, première communication écrite, paragraphe 509. Voir aussi plus haut le paragraphe 7.21.

l'Accord OTC.[473] Elle estime qu'une interprétation selon laquelle une mesure affectant l'utilisation de la propriété intellectuelle peut relever de l'Accord OTC "peut élargir le champ d'application de l'Accord OTC de manière à englober des questions qui … étaient censées être réservées à la législation de chaque Membre".[474] À titre d'exemple, elle fait référence à l'exclusion, au titre de l'article 27:2 de l'Accord sur les ADPIC, de certaines inventions du champ de la brevetabilité dans certaines circonstances.[475]

7.48. Du point de vue de l'Australie, l'Accord OTC traite des règlements techniques et il n'apparaît pas, d'après son libellé, qu'il concerne l'exploitation de la propriété intellectuelle.[476] Contrairement à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, "l'article 2.2 de l'Accord OTC ne fait pas du tout référence à l'usage d'une marque mais englobe en fait toutes sortes de "règlements techniques"".[477] Si le Groupe spécial convient que les prescriptions relatives à la marque n'entrent pas dans le champ d'application de l'Accord OTC, l'Australie estime qu'il doit rejeter l'allégation des plaignants au titre de cette disposition, car ceux-ci n'ont pas avancé ni étayé d'allégation selon laquelle les prescriptions autres que relatives à la marque seules sont incompatibles avec l'article 2.2.[478] Elle note aussi que son allégation selon laquelle les mesures TPP constituent une "norme internationale" pertinente au titre de l'article 2.5 est indépendante du point de savoir si le Groupe spécial constate que les prescriptions relatives à la marque constituent des "règlements techniques" au titre de l'article 2.2.[479]

7.49. L'Australie ajoute que "si le Groupe spécial était d'avis que les prescriptions affectant l'usage de marques constituent des "règlements techniques" relevant de l'Accord OTC, l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC resterait la disposition applicable pour ce qui est des prescriptions relatives à la marque imposées par la mesure concernant l'emballage neutre du tabac".[480] Selon elle, "l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC s'appliquerait à l'exclusion de l'article 2.2 [de l'Accord OTC] en ce qui concerne [les] prescriptions [affectant l'usage de marques]"[481] car "l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC traiterait clairement de cette question plus "expressément, et de manière [plus] détaillée" que l'article 2.2 de l'Accord OTC".[482] L'Australie rappelle "la déclaration de l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Bananes III* selon laquelle entre deux accords ou normes traitant de la même question, un groupe spécial devrait appliquer l'accord ou la norme qui "traite expressément, et de manière détaillée", de la question".[483] Elle fait référence à d'autres différends comme exemples de l'application du principe de la *lex specialis*[484], faisant valoir que "pour une application correcte du principe de la *lex specialis*, il faut appliquer l'accord ou la norme qui "traite expressément, et de manière détaillée", de la question, à savoir, s'agissant des prescriptions relatives à la marque, l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC".[485]

7.50. Tout en soutenant qu'"il est possible de se conformer aux deux accords simultanément et [que] c'est d'ailleurs ce que fait la mesure [concernant l'emballage neutre du tabac]"[486], l'Australie est d'avis que "l'application de deux critères d'examen très différents à la même question constituerait un conflit."[487] Selon elle, "l'application concomitante de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC et de l'article 2.2 de l'Accord OTC aux prescriptions relatives à la marque de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac signifierait "en effet" que le critère du "caractère injustifiable" au titre du premier serait supplanté par le critère de la "nécessité" au titre du second."[488] Autrement dit, "[i]l pourrait être constaté qu'une mesure qu'un Membre est autorisé à maintenir au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC dès lors qu'elle n'est pas injustifiable est

[473] Australie, première communication écrite, paragraphe 509.
[474] Australie, réponse à la question n° 62 du Groupe spécial, paragraphe 128.
[475] Australie, réponse à la question n° 62 du Groupe spécial, paragraphe 128.
[476] Australie, première communication écrite, paragraphe 509.
[477] Australie, première communication écrite, paragraphe 510.
[478] Australie, réponse à la question n° 62 du Groupe spécial, paragraphe 129; et réponse à la question n° 76 du Groupe spécial, paragraphe 208.
[479] Voir Australie, réponse à la question n° 73 du Groupe spécial, paragraphe 200.
[480] Australie, première communication écrite, paragraphe 511.
[481] Australie, première communication écrite, paragraphe 511.
[482] Australie, première communication écrite, paragraphe 511.
[483] Australie, première communication écrite, paragraphe 511.
[484] Australie, réponse à la question n° 74 du Groupe spécial.
[485] Australie, réponse à la question n° 89 du Groupe spécial, paragraphe 21.
[486] Australie, réponse à la question n° 145 du Groupe spécial, paragraphe 1.
[487] Australie, réponse à la question n° 75 du Groupe spécial, paragraphe 206.
[488] Australie, réponse à la question n° 145 du Groupe spécial, paragraphe 2.

incompatible avec le critère du caractère le moins restrictif pour le commerce au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC."[489]

7.51. Selon l'Australie, cette "approche ne rendrait pas justice aux prescriptions distinctes des différents critères incorporés dans les deux dispositions".[490] Pour elle, "l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC prescrit que l'usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales ne soit pas entravé de manière injustifiable par des prescriptions spéciales, alors que l'article 2.2 de l'Accord OTC prescrit que les règlements techniques ne créent pas d'obstacles non nécessaires au commerce et ne soient pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime."[491] Selon l'Australie, "[l]e Groupe spécial devrait résister à la tentation de penser que toutes les mesures prises par un Membre doivent pouvoir être contestées à tous égards au titre des accords visés et d'essayer d'interpréter les accords de l'OMC de façon à parvenir à cette fin"; "[l]es accords visés n'ont simplement pas été conçus de manière à assurer une couverture uniforme grâce à laquelle tous les aspects de toutes les mesures prises par un Membre pourraient être contestés devant l'OMC."[492]

7.52. Pour le Honduras et la République dominicaine, en soulevant ce moyen de défense préliminaire, l'Australie "essaie de soustraire [les mesures TPP] à un examen dans le cadre de l'OMC".[493] Selon eux, "ce sont les arguments de l'Australie qui donnent lieu à des préoccupations systémiques" car "l'argumentation de l'Australie soustrait effectivement les prescriptions relatives à la marque à un examen au titre tant de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC que de l'article 2.2 de l'Accord OTC"[494], ce qui "permet aux Membres de priver une marque de sa fonction conventionnelle fondamentale sans aucun examen au titre des accords de l'OMC".[495] Pour la République dominicaine, "l'article 27:2 de l'*Accord sur les ADPIC* sert seulement à mettre en lumière le fait que, lorsque les rédacteurs ont voulu réserver des questions spécifiques à la législation intérieure, ils l'ont fait expressément."[496]

7.53. Selon le Honduras, la République dominicaine et Cuba, l'Australie "cite de façon sélective et déforme" le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *CE - Bananes III*.[497] Le Honduras ajoute que "l'ordre d'analyse n'a pas de rapport avec la question de l'applicabilité d'une disposition à l'exclusion d'une autre": "[à] plusieurs reprises, l'Organe d'appel a rappelé ses constatations dans l'affaire *CE – Bananes III* afin de réaffirmer la règle concernant l'ordre d'analyse, qui est que les groupes spéciaux devraient examiner en premier la disposition qui traite expressément, et de manière détaillée, d'une certaine question".[498] La République dominicaine examine aussi certains des autres différends mentionnés par l'Australie.[499]

7.54. Faisant référence à l'applicabilité concomitante des accords visés comme principe cardinal de l'interprétation desdits accords, la République dominicaine, soutenue par l'Indonésie[500], fait

[489] Australie, réponse à la question n° 75 du Groupe spécial, paragraphe 206.
[490] Australie, réponse à la question n° 89 du Groupe spécial, paragraphe 20.
[491] Australie, réponse à la question n° 89 du Groupe spécial, paragraphe 20.
[492] Australie, réponse à la question n° 116 du Groupe spécial, paragraphe 107.
[493] République dominicaine, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 57. Voir aussi Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 11 et 13.
[494] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 840. Voir aussi Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 13 et 18.
[495] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 841 (rappelant aussi que, lorsque le Groupe spécial lui a demandé, dans la question n° 116, si les interdictions visant l'usage d'une marque sur un produit qui était licitement sur le marché étaient visées soit par l'Accord sur les ADPIC soit par l'Accord OTC, l'Australie a répondu que "ces mesures ne [pouvaient] pas faire l'objet d'un examen").
[496] République dominicaine, réponse à la question n° 115 du Groupe spécial. Voir aussi deuxième communication écrite, paragraphes 838 et 839.
[497] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 835. Voir aussi Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 455; République dominicaine, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 58; et Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 201.
[498] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 458 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, paragraphe 5.6; *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 134; et *Chili – Système de fourchettes de prix*, paragraphe 183).
[499] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 835 et 836 (examinant les rapports des Groupes spéciaux *États-Unis – Directive sur les cautionnements en douane*; et *États-Unis – Loi de 1916*).
[500] Indonésie, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 145 du Groupe spécial, paragraphe 2.

valoir que c'est la position contraire de l'Australie qui soulève de graves préoccupations systémiques.[501] Pour la République dominicaine, la même mesure est, en principe, soumise à toutes les différentes obligations prévues dans les accords visés, sauf indication contraire dans le texte desdits accords, ou s'il y a conflit dans leur application.[502] Selon elle, le "principe de l'effet utile" commande que les accords visés soient lus de façon harmonieuse, dans leur ensemble.[503]

7.55. Cuba ajoute que l'application de différents accords de l'OMC à la même mesure ne pose aucun problème majeur pour le système des règles commerciales de l'OMC.[504] Elle souligne que l'Organe d'appel, dans l'affaire *CE – Bananes III*, a examiné la possibilité que le GATT de 1994 et l'AGCS puissent s'appliquer à une mesure unique[505] et que, dans l'affaire *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, le Groupe spécial a évalué la même mesure dans le cadre de l'Accord OTC et de l'Accord sur les ADPIC.[506]

7.56. Le Honduras fait valoir en outre qu'en vertu du principe de l'engagement unique, en règle générale, les obligations dans le cadre de l'OMC s'appliquent d'une manière cumulative.[507] La jurisprudence de l'OMC confirme que les différentes obligations qui figurent dans les différents accords peuvent coexister puisque les unes ne l'emportent pas sur les autres et qu'il n'y a pas de hiérarchie entre les différents accords de l'OMC.[508]

7.57. Cuba fait valoir que ni l'Accord sur l'OMC ni la jurisprudence n'établissent clairement quelle est la législation la plus spécifique entre l'Accord OTC et l'Accord sur les ADPIC.[509] Le Honduras ajoute que les écarts par rapport à la règle selon laquelle les accords de l'OMC s'appliquent d'une manière cumulative sont rares et, le cas échéant, sont clairement prévus dans le texte des accords visés[510] et que, par contre, il n'y a pas de disposition dans le droit de l'OMC qui indique, comme l'Australie le fait valoir, que l'Accord sur les ADPIC s'applique à l'exclusion de l'Accord OTC.[511] Il soutient que si telle avait été l'intention des rédacteurs, ils auraient inclus une clause spécifique à cet effet.[512] De même, la République dominicaine et l'Indonésie font valoir que, si les Membres avaient voulu exclure l'application de l'Accord OTC aux mesures relevant de l'Accord sur les ADPIC, ils l'auraient fait expressément, comme cela a été fait à l'article 1.5 de l'Accord OTC en ce qui concerne les mesures visées par l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord SPS).[513]

7.58. Selon la République dominicaine, un conflit apparaît lorsqu'il est impossible de respecter concomitamment les obligations prévues dans deux dispositions différentes et, en l'espèce, il est parfaitement possible pour un Membre de respecter concomitamment ses obligations dans le cadre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC et ses obligations dans le cadre de l'article 2.2 de l'Accord OTC.[514]

---

[501] République dominicaine, réponse à la question n° 115 du Groupe spécial, paragraphe 203. Voir aussi la deuxième communication écrite, paragraphe 829.

[502] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 829.

[503] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 829. Voir aussi la déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 58; la réponse à la question n° 115 du Groupe spécial; et le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 322.

[504] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 200.

[505] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 199 (citant le rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphes 220 et 221).

[506] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 202, note de bas de page 115 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphes 7.450 à 7.459).

[507] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 455 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Corée – Produits laitiers*, paragraphes 74, 80 et 89).

[508] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 455 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Canada – Périodiques*, page 21; et au rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.244).

[509] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 201.

[510] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 456.

[511] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 457.

[512] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 457.

[513] République dominicaine, réponse à la question n° 115 du Groupe spécial, paragraphe 202; Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 214; Indonésie, réponse à la question n° 115 du Groupe spécial, paragraphe 44; et Indonésie, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 145 du Groupe spécial, paragraphe 4.

[514] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 831.

7.2.3.2 Arguments des tierces parties

7.59. L'Argentine pense comme l'Australie que les "prescriptions relatives à la marque" des mesures TPP devraient être examinées seulement au titre de l'Accord sur les ADPIC car c'est l'accord qui "traite expressément" de la question de la relation entre le droit des Membres de réglementer en matière de santé et la protection des marques de fabrique ou de commerce.[515]

7.60. Le Brésil "croit comprendre qu'une mesure peut relever de plus d'un accord visé. En ce sens, une mesure qui se rapporte à des questions de propriété intellectuelle peut également être un règlement technique au sens de l'Accord OTC, pour autant qu'elle concerne les caractéristiques du produit, l'étiquetage ou d'autres questions relatives aux OTC s'agissant du commerce des produits."[516] Il estime aussi que les analyses au titre de l'Accord OTC et au titre de l'Accord sur les ADPIC devraient être indépendantes l'une de l'autre, car il n'y a pas de relation *lex specialis* entre ces accords. Tandis que l'Accord OTC traite des règlements techniques et de leurs effets sur le commerce des marchandises, l'Accord sur les ADPIC établit des droits de propriété intellectuelle en relation avec le commerce. Le Brésil poursuit en disant que ces accords constituent chacun des annexes distinctes de l'Accord de Marrakech et traitent d'obligations très différentes. Une incompatibilité avec les obligations énoncées dans l'un d'eux n'entraîne pas nécessairement une violation de l'autre.[517]

7.61. Le Canada considère que l'Accord OTC et l'Accord sur les ADPIC "ne s'excluent pas mutuellement" en ce sens qu'ils peuvent s'appliquer l'un et l'autre à une même mesure, y compris à une mesure ayant trait à la propriété intellectuelle. Il dit en outre que "les mesures relatives à la propriété intellectuelle n'ont pas été exclues de l'Accord OTC et peuvent constituer, entre autres, des "règlements techniques", au sens de cette expression dans l'Annexe 1.1 de cet accord."[518] Il estime que, du fait que l'Accord sur les ADPIC et l'Accord OTC peuvent tous deux s'appliquer aux mesures relatives à la propriété intellectuelle, "il serait erroné de la part du Groupe spécial d'employer le principe de la *lex specialis* en l'espèce." Il dit qu'en fait "[l']Accord OTC et l'Accord sur les ADPIC sont tous les deux *lex specialis* et disciplinent des catégories définies de mesures." Il note que le principe de la *lex specialis* "ne s'applique pas si les deux traités en cause traitent de la même question sous des angles différents, s'appliquent dans des circonstances différentes, ou qu'une disposition a une portée plus vaste que l'autre mais n'est pas incompatible avec elle." À cet égard, il n'interprète pas la relation entre l'Accord sur les ADPIC et l'Accord OTC comme indiquant que "l'un n'est pas plus spécialisé que l'autre", étant donné que les deux accords "peuvent s'appliquer à la même question sous des angles différents et que les dispositions prévues dans ces accords visés sont cumulatives et non pas contradictoires".[519] Il conclut donc que le Groupe spécial "doit procéder à une évaluation du point de savoir si la mesure en cause satisfait aux éléments liminaires [de l'Accord OTC et de l'Accord sur les ADPIC]", c'est-à-dire si les mesures TPP constituent un "règlement technique" et sont restrictives pour le commerce aux fins de l'Accord OTC et si, entre autres choses, ce sont des "prescriptions spéciales" aux fins de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC. Si les mesures TPP satisfont aux éléments liminaires tant de l'Accord OTC que de l'Accord sur les ADPIC, "il faudra alors évaluer la mesure du point de vue de sa compatibilité avec les dispositions pertinentes de ces accords."[520]

7.62. La Chine note d'abord qu'il n'est pas contesté que les "prescriptions de forme" des mesures TPP sont des règlements techniques au titre de l'Accord OTC.[521] S'agissant des "prescriptions relatives à la marque" des mesures, en particulier, elle estime qu'elles répondent à la définition donnée à l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC car ce sont des prescriptions impératives qui concernent les "caractéristiques d'un produit" et/ou "[l]'emballage, [le] marquage ou [l]'étiquetage".[522] Elle estime aussi que le principe de la *lex specialis* est dénué de pertinence pour les présents différends et indique qu'il a été "bien établi par l'Organe d'appel que différents aspects d'une (ou plusieurs)

[515] Argentine, communication en tant que tierce partie, paragraphe 37; réponse en tant que tierce partie à la question n° 1 du Groupe spécial, paragraphes 1 à 8 (souscrivant à Australie, première communication écrite, paragraphe 511); et déclaration en tant que tierce partie, paragraphe 15 (souscrivant à Australie, première communication écrite, paragraphe 511).
[516] Brésil, réponse en tant que tierce partie à la question n° 1 a) du Groupe spécial, page 1.
[517] Brésil, réponse en tant que tierce partie à la question n° 1 b) du Groupe spécial, page 1.
[518] Canada, réponse en tant que tierce partie à la question n° 1 du Groupe spécial, paragraphes 1 et 2.
[519] Canada, réponse en tant que tierce partie à la question n° 1 du Groupe spécial, paragraphe 3.
[520] Canada, réponse en tant que tierce partie à la question n° 1 du Groupe spécial, paragraphe 5.
[521] Chine, communication en tant que tierce partie, paragraphe 72.
[522] Chine, réponse en tant que tierce partie à la question n° 1 a) du Groupe spécial, page 1.

mesure(s) en cause pouvaient être examinés au titre de différentes dispositions des Accords de l'OMC visés". Selon elle, par conséquent, "[b]ien que les prescriptions relatives à la marque soient visées par l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, en tant que règlements techniques, elles sont visées concomitamment par l'article 2.2 de l'Accord OTC, même si ces deux dispositions s'appliquent à des aspects différents de ces prescriptions."[523]

7.63. L'Union européenne estime que, si un "document prohibe, limite ou subordonne l'utilisation de la terminologie, des symboles, des prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage, pour un produit, un procédé ou une méthode de production donnés, il relève de la définition d'un règlement technique, à supposer qu'il soit satisfait aux autres éléments de la définition". Selon elle, le fait que toute prescription de ce type "est aussi une marque de fabrique ou de commerce ou une indication géographique (termes qui ne sont pas utilisés dans l'Accord OTC) n'exclut pas, sans plus, le document du champ d'application de l'article 2.2 de l'Accord OTC". L'Union européenne allègue qu'il en va de même lorsque la terminologie, le symbole, les prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage relèvent aussi de l'article 20 (ou d'autres dispositions) de l'Accord sur les ADPIC: cela "n'exclut pas, sans plus [ces prescriptions] du champ d'application de l'article 2.2 de l'Accord OTC". Cela indique donc que les obligations respectives au titre de ces deux accords "s'appliquent concomitamment"[524], comme l'atteste le fait que l'Accord OTC a été appliqué s'agissant à la fois des "indications géographiques" et de l'"étiquetage indiquant l'origine", alors que ni l'une ni l'autre expression ne sont "expressément mentionnées" dans la définition des règlements techniques donnée par l'Accord OTC.[525] S'agissant du principe de la *lex specialis*, bien que l'Union européenne considère que c'est "un outil d'analyse utile", elle pense aussi qu'il ne "doit pas être appliqué de façon mécanique". Plus spécifiquement, elle estime que le principe de la *lex specialis* "sans plus, n'entraîne pas l'inapplicabilité de l'article 2.2 de l'Accord OTC au profit de l'article 20 ou d'autres dispositions de l'Accord sur les ADPIC".[526] Elle voit plutôt cette question "du point de vue de l'ordre d'analyse, un point sur lequel le Groupe spécial dispose d'un pouvoir discrétionnaire notable, à condition qu'il examine fidèlement toutes les questions qui doivent être résolues aux fins du présent différend".[527]

7.64. Le Guatemala estime que les dispositions de l'Accord sur les ADPIC ne sont pas "applicables à l'exclusion des dispositions de l'Accord OTC".[528] Il dit que, conformément à l'article 2 de l'Accord sur l'OMC ainsi qu'à la jurisprudence de l'Organe d'appel, "les accords visés … doivent être interprétés d'une manière cohérente et constante", en ce sens que "[c]haque fois qu'une mesure imposée par un Membre relève de deux accords visés ou plus, elle devrait être analysée de sorte qu'il soit tenu compte de tous les accords visés concernés et que les obligations énoncées dans chacun d'eux soient respectées."[529] Il estime, comme l'Australie, selon lui, que l'Accord OTC et l'Accord sur les ADPIC traitent d'objets différents.[530] À son avis, même à supposer, pour les besoins de l'argumentation, que ces accords "puissent traiter de la même matière, ils le font d'un point de vue différent et s'appliquent dans des circonstances différentes".[531]

7.65. Le Japon pense qu'"[i]l n'y a rien dans l'Accord OTC qui exclut *a priori* les mesures réglementant l'usage d'une marque du champ d'application de l'article 2.2 de l'Accord. Par

[523] Chine, réponse en tant que tierce partie à la question n° 1 b) du Groupe spécial, pages 1 et 2.
[524] Union européenne, communication en tant que tierce partie, paragraphe 43. Voir aussi Union européenne, réponse en tant que tierce partie à la question n° 1 du Groupe spécial, paragraphes 1 à 13.
[525] Union européenne, réponse en tant que tierce partie à la question n° 1 du Groupe spécial, paragraphe 1. Pour l'Union européenne, "[u]ne approche semblable a été suivie en ce qui concerne l'étiquetage indiquant l'origine, l'origine étant également quelque chose qui n'est pas expressément mentionné dans la définition d'un règlement technique, tandis que le marquage indiquant l'origine est spécifiquement réglementé par l'article IX du GATT, et l'origine, par l'Accord sur les règles d'origine." Union européenne, communication en tant que tierce partie, paragraphe 44 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 256).
[526] Union européenne, communication en tant que tierce partie, paragraphe 44. Voir aussi Union européenne, réponse en tant que tierce partie à la question n° 1 du Groupe spécial, paragraphes 2 à 13.
[527] Union européenne, réponse en tant que tierce partie à la question n° 1 du Groupe spécial, paragraphe 1.
[528] Guatemala, communication en tant que tierce partie, paragraphe 15.
[529] Guatemala, communication en tant que tierce partie, paragraphes 8 à 10 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures compensatoires et mesures antidumping (Chine)* et *Argentine – Chaussures (CE)*).
[530] Guatemala, communication en tant que tierce partie, paragraphe 11 (faisant référence à Australie, première communication écrite, paragraphes 508 à 510).
[531] Guatemala, communication en tant que tierce partie, paragraphe 14.

conséquent, la question de savoir si les "prescriptions relatives à la marque" des mesures relèvent de cette disposition de l'Accord OTC "dépend de la question de savoir si ces prescriptions constituent un règlement technique".[532] En ce sens, le Japon considère que les mesures TPP répondent à la définition d'un "règlement technique" donnée à l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC car elles énoncent les "caractéristiques d[e] produit[s]" non seulement pour les produits du tabac eux-mêmes, mais aussi pour leur emballage.[533] S'agissant de la relation entre l'Accord sur les ADPIC et l'Accord OTC, il indique d'abord que la décision de l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Bananes*, citée par l'Australie, se rapporte seulement "à l'ordre d'analyse et ne corrobor[e] pas l'idée qu'une disposition d'un accord visé qui "traite expressément, et d'une manière détaillée" une question particulière s'applique à l'exclusion d'une disposition d'un autre accord qui traite également la même question".[534] Il appelle ensuite l'attention sur la décision de l'Organe d'appel dans l'affaire *Chine – Publications et produits audiovisuels*, qu'il juge plus appropriée en l'espèce[535], et soutient le point de vue selon lequel l'Accord sur les ADPIC et l'Accord OTC font tous les deux "partie intégrante" du même traité – l'Accord sur l'OMC – et selon lequel, en conséquence, leurs dispositions devraient être interprétées de façon "à donner un sens à *toutes*, harmonieusement".[536]

7.66. Le Nicaragua fait valoir qu'en l'espèce, il est "clair" que les mesures TPP constituent un règlement technique. Il considère que la distinction entre les prescriptions relatives à la marque et les prescriptions relatives au format n'est pas entièrement claire car les éléments relatifs au format et les caractéristiques physiques de l'emballage (par exemple les types d'ouverture, de bords ou de gaufrage) peuvent également être protégés par une marque. De la même façon, les éléments relatifs au format, comme les couleurs des logos ou les marques figuratives, font partie intégrante de la "terminologie, [des] symboles, [des] prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage" qui constituent les caractéristiques physiques du produit. Ainsi, bien que cela soit pratique d'un point de vue descriptif, le Nicaragua ne juge pas utile du point de vue analytique de faire la distinction entre les prescriptions relatives à la "marque" et les prescriptions "matérielles". Pour lui, les prescriptions relatives à la marque et les prescriptions matérielles des mesures TPP satisfont aux prescriptions en matière de "règlement technique" énoncées à l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC et constituent une mesure unique visée par l'Accord OTC, comme le confirme la notification de la mesure au titre de l'article 2.9.2 de l'Accord OTC par l'Australie.[537]

7.67. Le Nicaragua conteste la lecture que fait l'Australie des constatations formulées par les Groupes spéciaux *États-Unis – Loi de 1916 (Japon)* et *États-Unis – Directive sur les cautionnements en douane* comme étayant son argument relatif à la *lex specialis* en l'espèce. Dans ces affaires, la question concernait la relation entre le GATT de 1994 et un accord spécifique figurant à l'Annexe 1A de l'Accord sur l'OMC, et la relation entre différentes dispositions du GATT de 1994, respectivement. La situation est entièrement différente dans les présents différends, qui concernent deux Accords de l'OMC visés également applicables qui s'appliquent aux mêmes faits avec des obligations différentes. Le Nicaragua affirme que l'application des deux ensembles d'accords aux mêmes faits ne soulève aucune préoccupation systémique et que la règle de la *lex specialis* ne s'applique donc pas.[538]

7.68. La Norvège estime que les prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage doivent être considérées comme des "règlements techniques", et ne juge pas

[532] Japon, communication en tant que tierce partie, paragraphe 39.

[533] Japon, communication en tant que tierce partie, paragraphes 40 à 42. Voir aussi Japon, réponse en tant que tierce partie à la question n° 1 a) du Groupe spécial, page 1.

[534] Japon, communication en tant que tierce partie, paragraphes 43 et 44. Voir aussi Japon, réponse en tant que tierce partie à la question n° 1 b) du Groupe spécial, pages 2 et 3 (donnant à penser que l'invocation par l'Australie du rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III* et des rapports des Groupes spéciaux *États-Unis – Loi de 1916 (Japon)* et *États-Unis – Directive sur les cautionnements en douane* est malvenue).

[535] Japon, communication en tant que tierce partie, paragraphes 45 et 46. Voir aussi Japon, réponse en tant que tierce partie à la question n° 1 b) du Groupe spécial, pages 2 à 4.

[536] Japon, communication en tant que tierce partie, paragraphe 38 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Argentine – Chaussures (CE)*, paragraphe 81). Voir aussi Japon, réponse en tant que tierce partie à la question n° 1 b) du Groupe spécial, pages 2 à 4.

[537] Nicaragua, réponse en tant que tierce partie à la question n° 1 du Groupe spécial, pages 1 et 2. Voir aussi la réponse en tant que tierce partie aux questions n° 2 et 3 du Groupe spécial, pages 2 à 4.

[538] Nicaragua, réponse en tant que tierce partie à la question n° 1 du Groupe spécial, pages 1 et 2 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.87, pour l'idée que l'application de deux accords visés à une mesure réglementaire unique est "très courante dans la jurisprudence de l'OMC").

nécessaire d'établir une distinction entre la restriction à l'usage d'une marque et les prescriptions matérielles dans le cadre de l'évaluation prévue à l'article 2.2 de l'Accord OTC.[539]

7.69. Singapour est d'avis que le Groupe spécial devrait examiner conjointement tant les prescriptions relatives à la marque que les prescriptions relatives au format, pour évaluer la compatibilité des mesures TPP avec l'article 2.2 de l'Accord OTC. Les prescriptions relatives à la marque et les prescriptions relatives au format sont les unes et les autres des "règlements techniques" au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC et sont donc visées dans leur ensemble par l'Accord OTC.[540]

7.70. Singapour indique qu'une mesure peut engager un ou plusieurs des accords visés en même temps et convient avec le Japon que les constatations de l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Bananes III* se rapportent à l'*ordre d'analyse*, et non pas à l'exclusion d'une disposition d'un autre accord qui traite de la même matière. Elle affirme que l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC, qui concerne la terminologie, les symboles, les prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage, pour un produit, est aussi spécifique et détaillée dans ce contexte que l'Accord sur les ADPIC pour ce qui est des prescriptions relatives à la marque. Elle conclut qu'il n'y a rien qui empêche le Groupe spécial d'examiner les prescriptions relatives à la marque en l'espèce au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC.[541]

7.71. L'Afrique du Sud estime qu'"il serait valable de faire valoir que la même mesure pourrait être examinée au titre de deux accords différents". Elle indique que l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, à la différence de l'article 2.2 de l'Accord OTC, n'incorpore pas de critère de la nécessité et que, par conséquent, il ne serait pas justifié de donner des dispositions actuelles une lecture qui inclut ce critère. "Si l'usage d'une marque comme "symbole ou marque" est néanmoins considéré aussi dans le contexte de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC … le Groupe spécial devrait pouvoir évaluer si ce "règlement technique" (dans la mesure où l'on peut dire qu'une marque de fabrique ou de commerce est un "règlement technique") respecte la prescription de l'article 2.2 de l'Accord OTC."[542]

7.72. Le Pérou note que, pour l'Australie, les mesures TPP sont conformes aux Directives concernant l'article 11 de la FCTC, qui sont une norme internationale pertinente au titre de l'article 2.4 de l'Accord OTC. Il rappelle, à cet égard, que le paragraphe 46 de ces Directives invite les parties à la FCTC à envisager d'adopter des mesures visant à limiter ou interdire l'utilisation de logos, de couleurs, d'images de marque ou de textes promotionnels sur les conditionnements hormis le nom de la marque et celui du produit imprimés avec des caractères normaux et dans une couleur standardisée. À cet égard, outre l'évaluation de certaines dispositions de l'Accord sur les ADPIC, la résolution du présent différend exige aussi de déterminer si la Conférence des Parties à la FCTC est un organe qui a des activités dans le domaine de la normalisation et, si c'est le cas, si ses Directives constituent une norme internationale pertinente. Dans les présentes procédures, le Pérou considère que le Groupe spécial doit se prononcer sur ces deux aspects. Le Groupe spécial ne peut donc pas appliquer le principe d'économie jurisprudentielle car les mesures TPP comportent deux aspects: l'un qui est lié à la propriété intellectuelle (l'usage de la marque) et l'autre qui est lié aux règlements techniques (l'étiquetage des produits du tabac et autres aspects connexes).[543]

7.73. L'Uruguay indique que les mesures TPP peuvent être définies comme un ensemble de mesures sous la forme d'une politique destinée à protéger la santé et la vie des personnes ou des animaux ou à préserver les végétaux. Ces mesures peuvent aussi être qualifiées de règlements techniques et donc relever de l'Accord OTC du fait qu'elles requièrent la présence de certaines caractéristiques physiques sur l'emballage.[544]

[539] Norvège, communication en tant que tierce partie, paragraphe 78.
[540] Singapour, réponse en tant que tierce partie à la question n° 1 du Groupe spécial, pages 1 et 2 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 176; et *CE – Amiante*, paragraphe 67).
[541] Singapour, réponse en tant que tierce partie à la question n° 1 du Groupe spécial, pages 2 et 3.
[542] Afrique du Sud, réponse en tant que tierce partie à la question n° 1 b) du Groupe spécial, page 2.
[543] Pérou, declaration en tant que tierce partie, paragraphes 4 à 6.
[544] Uruguay, communication en tant que tierce partie, paragraphe 66.

7.74. Le Zimbabwe est d'avis que tous les aspects des mesures TPP prévoient des prescriptions "impératives" "qui énoncent des caractéristiques de produits" en ce qui concerne "de[s] symboles, de[s] prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage" et s'appliquent à un groupe identifiable de produits. Il considère donc que la tentative de distinction entre les prescriptions de forme ou prescriptions matérielles et les prescriptions relatives à la marque n'est pas utile, car tous les aspects des mesures contestées sont visés par les disciplines de l'Accord OTC.[545]

7.2.3.3 Analyse du Groupe spécial

7.75. Nous examinons maintenant si, comme l'Australie le fait valoir, certains aspects des mesures TPP concernant l'usage des marques sur les produits du tabac et leur emballage pour la vente au détail, qu'elle décrit comme étant les "prescriptions relatives à la marque", devraient être considérés comme n'étant pas visés par les disciplines de l'article 2.2 de l'Accord OTC parce qu'ils relèveraient de l'Accord sur les ADPIC, qui traite des droits de propriété intellectuelle. Cet argument requiert que nous examinions la relation entre ces accords, et leurs dispositions pertinentes, dans la mesure nécessaire pour déterminer s'il serait inapproprié d'examiner au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC ces aspects des mesures.

7.76. Ainsi que l'Organe d'appel l'a observé, il est maintenant bien établi que l'Accord sur l'OMC constitue un "engagement unique", de sorte que les obligations contractées dans le cadre de l'OMC sont en général cumulatives et que les Membres doivent se conformer simultanément à la totalité d'entre elles.[546] Cela est exprimé à l'article II:2 de l'Accord sur l'OMC, qui dispose ce qui suit:

> Les accords et instruments juridiques connexes repris dans les Annexes 1, 2 et 3 (ci-après dénommés les "Accords commerciaux multilatéraux") font partie intégrante du présent accord et sont contraignants pour tous les Membres.

7.77. Selon les termes de l'Organe d'appel, l'article II:2 de l'Accord sur l'OMC "indique expressément que les négociateurs du Cycle d'Uruguay voulaient que les dispositions de l'*Accord sur l'OMC* et des accords commerciaux multilatéraux figurant dans ses Annexes 1, 2 et 3 soient lues dans leur ensemble."[547] Ainsi, "une lecture appropriée de cet "ensemble indissociable de droits et de disciplines" doit en conséquence donner un sens à *toutes* les dispositions pertinentes de ces deux accords également contraignants".[548] Ainsi que l'Organe d'appel l'a souligné, "[i]l est important de comprendre que l'*Accord sur l'OMC* est *un traité*" et que les différents accords qui lui sont annexés "font partie intégrante de ce traité et sont également contraignants pour tous les Membres conformément à l'article II:2 de l'*Accord sur l'OMC*".[549]

7.78. Cette application cumulative et concomitante des Accords de l'OMC visés a été confirmée par l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Périodiques* en relation avec le GATT de 1994 (commerce des marchandises) et l'AGCS (commerce des services), qui figurent dans les Annexes 1A et 1B de l'Accord sur l'OMC, respectivement. L'Organe d'appel a dit à cet égard que "[l']entrée en vigueur de l'AGCS … ne rédu[isait] pas le champ d'application du GATT de 1994."[550] Il est explicitement convenu de ce qui suit avec le Groupe spécial: "[l]e sens ordinaire des textes du GATT de 1994 et de l'AGCS ainsi que de l'article II:2 de l'Accord sur l'OMC, examinés conjointement, indique que les obligations découlant du GATT de 1994 et de l'AGCS peuvent coexister et que les unes ne l'emportent pas sur les autres."[551] Comme l'a indiqué l'Organe d'appel, le chevauchement potentiel des champs d'application du GATT et de l'AGCS dépend en définitive de la mesure en cause:

> Compte tenu du champ d'application respectif des deux accords, ils peuvent ou non se recouper, selon la nature de la mesure en question. Certaines mesures pourraient être

---

[545] Zimbabwe, déclaration en tant que tierce partie, paragraphe 9.
[546] Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Produits laitiers*, paragraphe 74.
[547] Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Produits laitiers*, paragraphe 81.
[548] Rapport de l'Organe d'appel *Argentine – Chaussures (CE)*, paragraphe 81 (italique dans l'original) (citant le rapport du Groupe spécial *Argentine – Chaussures (CE)*, paragraphe 8.58).
[549] Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Produits laitiers*, paragraphe 75. (italique dans l'original)
[550] Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Périodiques*, page 21.
[551] Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Périodiques*, page 21 (citant le rapport du Groupe spécial *Canada – Périodiques*, paragraphe 5.17).

> considérées comme relevant exclusivement du GATT de 1994, lorsqu'elles affectent le commerce des marchandises en tant que marchandises. Certaines mesures pourraient être considérées comme relevant exclusivement de l'AGCS, lorsqu'elles affectent la fourniture de services en tant que services. Il y a toutefois une troisième catégorie de mesures qui pourraient être considérées comme relevant à la fois du GATT de 1994 et de l'AGCS. Il s'agit des mesures qui impliquent un service concernant une marchandise particulière ou un service fourni en liaison avec une marchandise particulière. Dans tous les cas entrant dans cette troisième catégorie, la mesure en question pourrait être examinée au regard aussi bien du GATT de 1994 que de l'AGCS. Toutefois, alors que la même mesure pourrait être examinée au regard des deux accords, les aspects spécifiques de cette mesure examinés au regard de chaque accord pourraient être différents.[552]

7.79. Ces éléments indiquent clairement, à notre avis, que le fait que les champs d'application des accords visés peuvent se chevaucher n'implique pas que le champ d'application de chaque accord doive être réduit ou modifié d'une autre façon. En fait, les différents accords visés coexistent et s'appliquent d'une manière cumulative, et il est donc possible qu'une mesure soit visée simultanément par les disciplines énoncées dans un ou plusieurs accords visés. Cela est également compatible avec le principe bien établi d'interprétation des traités selon lequel, "[c]ompte tenu du principe d'interprétation de l'effet utile, celui qui interprète un traité a le *devoir* de "lire toutes les dispositions applicables du traité de façon à donner un sens à *toutes*, harmonieusement.""[553] En outre, comme l'a observé le Groupe spécial *Indonésie – Automobiles*, "en droit international public il existe une présomption d'absence de conflit", et "[c]ette présomption est particulièrement importante dans le contexte de l'OMC puisque tous les Accords de l'OMC … ont été négociés en même temps, par les mêmes Membres et dans la même enceinte."[554]

7.80. Nous ne voyons donc rien qui permette de supposer qu'en principe, des mesures qui affectent l'utilisation de la propriété intellectuelle et sont donc potentiellement couvertes par l'Accord sur les ADPIC ne pourraient pas être visées aussi par les dispositions pertinentes de l'Accord OTC, dans la mesure où elles relèveraient aussi de ces dispositions.[555]

7.81. Ce chevauchement possible du champ d'application a déjà été noté au sujet de la relation entre un autre accord relatif au commerce des marchandises de l'Annexe 1A, le GATT de 1994, et l'Accord sur les ADPIC, qui figure à l'Annexe 1C de l'Accord sur l'OMC. Dans l'affaire *CE – Marques et indications géographiques (Australie),* l'Australie a contesté certaines mesures des CE à la fois au titre de dispositions spécifiques de l'Accord sur les ADPIC relatives à la protection des IG et des marques de fabrique ou de commerce et de dispositions spécifiques du GATT de 1994 relatives à la non-discrimination en ce qui concerne des produits importés. Dans l'affaire en question, le Groupe

---

[552] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 221. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Périodiques*, page 21; et le rapport du Groupe spécial *Chine – Publications et produits audiovisuels*, paragraphes 7.127 et 7.128.

[553] Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Produits laitiers*, paragraphe 81. (italique dans l'original)

[554] Rapport du Groupe spécial *Indonésie – Automobiles*, paragraphe 14.28. (notes de bas de page omises)

[555] De fait, nous notons que les questions relatives à la protection de la propriété intellectuelle n'ont pas été, en tant que telles, exclues du champ d'application du GATT de 1947, comme le montrent les termes de l'article XX d) et la procédure dans l'affaire *États-Unis – Article 337*. Dans cette affaire, des questions liées aux brevets ont été examinées au titre des articles III:4 et XX d) du GATT de 1947 pour faire en sorte que les règles en matière de propriété intellectuelle n'établissent pas inutilement une discrimination à l'égard des produits importés et ne constituent pas une restriction déguisée au commerce. Les questions relatives à la propriété intellectuelle apparaissent aussi ailleurs dans le GATT de 1994, par exemple dans les articles IX:6, XII:3 c) iii) et XVIII:10. De plus, elles sont également mentionnées explicitement dans divers autres Accords de l'OMC, y compris: l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC) (article 8.2 a) iii)); l'Accord sur l'évaluation en douane (article 15:2 b) et paragraphe 1 de la note relative à l'article 8:1 c)); l'Accord sur l'inspection avant expédition (articles 2:12 a); 2:12 b); et 20 c)); l'Accord sur les marchés publics (AMP) (articles VI:3; XV:1 b); et XXIII:2); et l'Accord sur les marchés publics, modifié par le Protocole de 2012 (AMP révisé) (articles III:2 c); X:4; XIII:1 b) ii); XVII:3 b); et XVII:3 c)). Voir aussi l'article 7:1 b) de l'Accord sur les textiles et les vêtements, qui n'est plus en vigueur.

spécial "n['a pas] consid[éré] … que la conclusion de l'Accord sur les ADPIC [avait] réduit le champ d'application du GATT"[556]:

> [I]l n'y a pas de hiérarchie entre l'Accord sur les ADPIC et le GATT de 1994, qui figurent dans des annexes distinctes de l'Accord sur l'OMC. Le sens ordinaire des textes de l'Accord sur les ADPIC et du GATT de 1994, ainsi que de l'article II:2 de l'Accord sur l'OMC, pris conjointement, indique que les obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC et du GATT de 1994 peuvent coexister et qu'un accord ne l'emporte pas sur l'autre. Cette observation est analogue à la constatation faite par le Groupe spécial *Canada – Périodiques*, à laquelle a souscrit l'Organe d'appel, concernant les champs d'application respectifs de l'AGCS et du GATT de 1994. De plus, une "interprétation harmonieuse" ne nécessite pas d'interpréter un accord d'une manière qui estompe les formes de l'autre. Il est bien établi que les accords visés s'appliquent de façon cumulative et que la compatibilité avec l'un d'entre eux n'entraîne pas nécessairement la compatibilité avec tous les autres.[557]

7.82. Sur la même base, ce Groupe spécial a aussi examiné, au titre à la fois de l'Accord OTC et de l'Accord sur les ADPIC, certaines prescriptions de la mesure en cause affectant les "indications géographiques", qui, comme les "marques de fabrique ou de commerce", constituent l'une des catégories de droits de propriété intellectuelle couvertes par l'Accord sur les ADPIC.[558]

7.83. Donc, nous concluons que, dans les cas où une mesure relève de plusieurs accords visés, y compris les accords sur le commerce des marchandises figurant à l'Annexe 1A (tels que le GATT de 1994 ou l'Accord OTC) et l'Accord sur les ADPIC, ces accords visés s'appliquent concomitamment et d'une façon cumulative, dès lors que la mesure en cause ou des aspects de cette mesure relèvent de chaque accord pertinent. *A priori*, cette coïncidence entre les champs d'application fait qu'il est possible d'examiner la même mesure ou le même aspect d'une mesure au titre de toutes les dispositions applicables. De fait, en l'espèce, l'Australie n'a pas donné à entendre que l'applicabilité des dispositions de l'Accord sur les ADPIC autres que l'article 20 invoquées par les plaignants constituerait un obstacle à l'applicabilité de l'Accord OTC aux mesures TPP.

7.84. En conséquence, sans préjuger, à ce stade de notre analyse, de la mesure dans laquelle des prescriptions qui affectent l'usage des marques peuvent être considérées comme constituant des "règlements techniques" au sens de l'Accord OTC[559], nous constatons que le simple fait qu'une mesure, ou un certain aspect d'une mesure, est visé par une disposition spécifique de l'Accord sur les ADPIC n'est pas, en soi, un obstacle empêchant que cette mesure ou cet aspect puisse relever aussi des dispositions pertinentes de l'Accord OTC.

7.85. Nous rappelons aussi que le fait que l'un des différents accords visés qui s'appliquent concomitamment à la même mesure pourrait être considéré comme plus "spécifique" par rapport à l'objet en question dans un différend donné n'a pas été interprété comme impliquant, comme l'Australie le donne à entendre, que l'accord le plus spécifique devrait s'appliquer *à l'exclusion* du plus "général". En fait, comme il ressort des décisions de l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Bananes III* mentionnée par l'Australie[560]:

> *Bien que l'article X:3 a) du GATT de 1994 et l'article 1:3 de l'Accord sur les licences soient tous deux applicables*, le Groupe spécial aurait dû, à notre avis, appliquer d'abord l'Accord sur les licences, car cet accord traite expressément, et de manière détaillée, de l'application des procédures de licences d'importation. Si le Groupe

[556] Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.267, note de bas de page 260. Voir aussi le rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)*, paragraphe 7.227, note de bas de page 234.

[557] Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.244 (notes de bas de page omises). Voir aussi *ibid.*, paragraphe 7.87 et le rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)*, paragraphes 7.36 et 7.208.

[558] Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphes 7.443 à 7.515.

[559] Voir plus loin la section 7.2.4 sur cette question.

[560] Australie, première communication écrite, paragraphe 511.

> spécial l'avait fait, il n'aurait alors pas eu à examiner l'incompatibilité alléguée avec l'article X:3 a) du GATT de 1994.[561]

7.86. Bien que l'Organe d'appel fasse référence dans ce contexte au principe de la *lex specialis*, il examine l'ordre d'analyse et la possibilité ultérieure d'appliquer le principe d'économie jurisprudentielle, et non pas un conflit. Il y a une différence entre le fait de déterminer un ordre d'examen et la résolution d'un conflit entre des dispositions, car "[c]elle-ci suppose l'application de règles ou de méthodes d'interprétation permettant de résoudre le conflit."[562] L'ordre d'analyse est un outil d'analyse permettant de déterminer l'ordre dans lequel un organe juridictionnel traite différentes allégations, qui peuvent être liées, alors qu'un conflit de normes a trait à la façon dont des dispositions applicables d'une manière cumulative devraient être interprétées les unes par rapport aux autres.[563]

7.87. Les autres différends invoqués par l'Australie au sujet du principe de la *lex specialis*[564] n'étayent pas non plus le point de vue selon lequel un accord visé "plus spécifique" devrait, en principe, s'appliquer à l'exclusion du plus général. Comme l'Union européenne l'observe, le différend *États-Unis – Loi de 1916 (Japon)* "était, non pas une affaire dans laquelle [des dispositions des accords visés spécifiques] étaient appliqués à l'exclusion de l'article III:4 du GATT de 1994, mais simplement une affaire dans laquelle le principe d'économie jurisprudentielle a été appliqué"[565] par le Groupe spécial. Même si le passage[566] mentionné par l'Australie[567] traite du principe de la *lex specialis*, les paragraphes suivants de l'analyse du Groupe spécial traitent[568] du principe d'économie jurisprudentielle et y font explicitement référence.[569] De la même façon, les paragraphes du rapport du Groupe spécial *États-Unis – Directive sur les cautionnements en*

---

[561] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 204 (pas d'italique dans l'original). Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphes 549 et 550:

> Nous rappelons que l'*Accord sur l'agriculture* et l'*Accord SMC* "sont *tous deux* des accords multilatéraux sur le commerce des marchandises figurant à l'Annexe 1A de l'*Accord de Marrakech* instituant l'Organisation mondiale du commerce (l'"*Accord sur l'OMC*") et, en tant que tels, font *tous deux* "partie intégrante" du même traité, l'*Accord sur l'OMC*, et sont "contraignants pour tous les Membres"". En outre, comme l'Organe d'appel l'a expliqué, "celui qui interprète un traité doit lire toutes les dispositions applicables du traité de façon à donner un sens à *toutes*, harmonieusement". Nous partageons l'avis du Groupe spécial selon lequel "[l]'article 3.1 b) de l'*Accord SMC* peut être lu conjointement avec les dispositions de l'*Accord sur l'agriculture* relatives au soutien interne d'une manière cohérente et uniforme qui donne pleinement et effectivement leur sens à tous leurs termes".
>
> En résumé, nous ne sommes pas convaincus par l'opinion des États-Unis selon laquelle la prohibition énoncée à l'article 3.1 b) de l'Accord SMC est inapplicable aux subventions au remplacement des importations accordées pour ce qui est des produits relevant de l'Accord sur l'agriculture. Les Membres de l'OMC peuvent toujours fournir un soutien interne qui est compatible avec leurs engagements de réduction au titre de l'Accord sur l'agriculture. Lorsqu'ils fournissent ce soutien interne, toutefois, les Membres de l'OMC doivent garder à l'esprit leurs autres obligations dans le cadre de l'OMC, y compris la prohibition énoncée à l'article 3.1 b) de l'Accord SMC concernant l'octroi de subventions qui sont subordonnées à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. (italique dans l'original) (notes de bas de page omises)

[562] Rapport du Groupe spécial *Inde – Automobiles*, paragraphe 7.158, note de bas de page 380.

[563] Le chevauchement entre deux dispositions *ratione materiae* est la condition préalable à l'application du principe *lex specialis derogat legi generali*. Comme le Groupe spécial *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)* l'a noté, "[l]e principe de la *lex specialis* a été défini par la Commission du droit international ("CDI") comme étant "une méthode généralement admise d'interprétation et de résolution des conflits en droit international. Elle signifie que, chaque fois que deux normes ou plus traitent de la même matière, priorité devrait être donnée à la norme la plus spécifique"". Rapport du Groupe spécial *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 7.1047. (note de bas de page omise)

[564] Australie, première communication écrite, paragraphe 511, note de bas de page 695.

[565] Union européenne, réponse en tant que tierce partie à la question n° 1 du Groupe spécial, paragraphe 8.

[566] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Loi de 1916 (Japon)*, paragraphe 6.269.

[567] Australie, première communication écrite, paragraphe 511, note de bas de page 695.

[568] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Loi de 1916 (Japon)*, paragraphes 6.270 à 6.272.

[569] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Loi de 1916 (Japon)*, paragraphe 6.272.

douane[570]*,* également mentionné par l'Australie[571], analysent le principe de la *lex specialis* dans le contexte de la question posée au Groupe spécial *États-Unis – Loi de 1916 (Japon)* sur le point de savoir "s'il devait aussi analyser une allégation au titre [d'une autre disposition d'un autre accord visé]".[572] Les paragraphes mentionnés par l'Australie constituent la dernière partie d'une analyse des raisons étayant la conclusion antérieure du Groupe spécial selon laquelle "en application du principe d'économie jurisprudentielle, [il] s'absten[ait] de se prononcer sur"[573] "un certain nombre d'allégations *tel qu'appliqué* additionnelles au titre du *GATT de 1994*".[574] Nous estimons que la notion d'économie jurisprudentielle est distincte de la notion d'ordre d'analyse, même si "[l']ordre choisi pour l'examen des allégations peut aussi avoir une incidence sur la possibilité d'appliquer le principe d'économie jurisprudentielle."[575] D'après ce que nous comprenons, l'économie jurisprudentielle[576] est également distincte du conflit de normes. L'économie jurisprudentielle implique le choix de l'organe juridictionnel de ne pas commencer l'analyse d'une allégation, à condition que cela ne compromette pas la résolution efficace du différend[577], tandis que le conflit de normes a trait à la façon dont les règles sous-tendant ces allégations devraient être interprétées les unes par rapport aux autres.

7.88. Pour les raisons qui précèdent, nous constatons qu'en principe, l'Accord OTC et l'Accord sur les ADPIC peuvent s'appliquer concomitamment et d'une manière cumulative à différents aspects des mêmes mesures. Nous abordons la suite de notre analyse au titre de l'Accord OTC en ayant cela à l'esprit, notant que l'Accord OTC et l'Accord sur les ADPIC devraient être interprétés harmonieusement.

7.89. Néanmoins, le fait que chacun des Accords commerciaux multilatéraux fait partie intégrante de l'Accord de Marrakech n'indique pas clairement, en lui-même et à lui seul, comment des droits et obligations spécifiques contenus dans ces Accords commerciaux multilatéraux sont liés entre eux, "en particulier lorsqu'ils sont contenus dans des instruments différents qui se rapportent néanmoins à la même question".[578] Il ne peut donc pas être exclu que l'application concomitante de différents accords visés puisse donner lieu à des conflits, y compris entre des dispositions spécifiques de ces différents accords.

7.90. Cette possibilité est reconnue expressément, s'agissant des Accords figurant à l'Annexe 1A de l'Accord sur l'OMC (c'est-à-dire les Accords multilatéraux sur le commerce des marchandises), au moyen de la "Note interprétative générale relative à l'Annexe 1A", qui dispose ce qui suit:

> En cas de conflit entre une disposition de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 et une disposition d'un autre accord figurant à l'Annexe 1A de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (dénommé dans les accords figurant à l'Annexe 1A l'"Accord sur l'OMC"), la disposition de l'autre accord prévaudra dans la limite du conflit.

7.91. Le Groupe spécial *CE – Bananes III* a interprété cette disposition comme suit:

---

[570] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Directive sur les cautionnements en douane*, paragraphes 7.170 à 7.172.

[571] Australie, première communication écrite, paragraphe 511, note de bas de page 695.

[572] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Directive sur les cautionnements en douane*, paragraphe 7.170.

[573] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Directive sur les cautionnements en douane*, paragraphe 7.165.

[574] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Directive sur les cautionnements en douane*, paragraphe 7.163. (italique dans l'original)

[575] Rapport du Groupe spécial *Inde – Automobiles*, paragraphe 7.161.

[576] "La pratique de l'économie jurisprudentielle, qui a été au départ employée par plusieurs groupes spéciaux du GATT, permet à un groupe spécial de s'abstenir de formuler des constatations multiples selon lesquelles la même mesure est *incompatible* avec différentes dispositions lorsqu'une seule constatation d'incompatibilité ou un certain nombre de telles constatations suffiraient à régler le différend. Même si le principe d'économie jurisprudentielle *permet à* un groupe spécial de s'abstenir d'examiner des allégations autres que celles qui sont nécessaires pour régler le différend, il n'*oblige* pas un groupe spécial à faire ainsi preuve de modération." Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, paragraphe 133. (italique dans l'original)

[577] Voir le rapport de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphes 5.185 à 5.203.

[578] Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Terres rares*, paragraphe 5.53.

> Compte tenu du libellé de [la Note interprétative générale], de son contexte et de son objet, … elle vise les cas i) où il y aurait conflit entre des obligations découlant du GATT de 1994 et des obligations contenues dans des accords figurant à l'Annexe 1A, parce que ces obligations s'excluent mutuellement, en ce sens qu'un Membre ne peut pas s'acquitter simultanément des unes et des autres, et ii) où une règle énoncée dans un accord interdit ce qu'autorise expressément une règle énoncée dans un autre.[579]

7.92. Il n'existe pas de disposition équivalente, toutefois, s'agissant de la relation entre les accords visés figurant à l'Annexe 1A (Accords multilatéraux sur le commerce des marchandises, y compris l'Accord OTC) et l'Annexe 1B (AGCS) ou l'Annexe 1C (Accord sur les ADPIC), qui donnerait des indications spécifiques sur la question de savoir s'il existe un conflit entre des dispositions de ces différents accords ou préciserait la façon dont ces conflits devraient être traités. Dans ce contexte, il est nécessaire de recourir à d'autres éléments d'interprétation pour déterminer la relation spécifique entre des termes et dispositions individuels des Accords commerciaux multilatéraux et entre ces dispositions et l'Accord de Marrakech.[580] Ainsi que l'Organe d'appel l'a indiqué:

> [L]a relation spécifique entre des termes et dispositions individuels des Accords commerciaux multilatéraux, et entre ces dispositions et l'Accord de Marrakech, doit être déterminée au cas par cas au moyen d'une interprétation correcte des dispositions pertinentes de ces accords. Autrement dit, cette relation spécifique doit être établie à la faveur d'un examen approfondi des dispositions concernées, lues à la lumière de leur contexte, de leur objet et de leur but, compte dûment tenu de l'architecture globale du système de l'OMC en tant qu'ensemble unique de droits et d'obligations, et de toutes dispositions spécifiques qui régissent ou éclairent la relation entre les dispositions de différents instruments (comme la Note interprétative générale relative à l'Annexe 1A).[581]

7.93. En outre, comme le Groupe spécial *Indonésie – Automobiles* l'a observé, "en droit international public il existe une présomption d'absence de conflit", et "[c]ette présomption est particulièrement importante dans le contexte de l'OMC puisque tous les Accords de l'OMC … ont été négociés en même temps, par les mêmes Membres et dans la même enceinte."[582] Ce Groupe spécial a également considéré qu'un conflit entre l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC) et l'article III du GATT de 1994 existerait seulement dans "la situation bien précise d'obligations s'excluant mutuellement pour des dispositions qui portent sur la même matière"[583]:

> En droit international, pour qu'il y ait conflit entre deux traités, trois conditions doivent être remplies. Premièrement, les traités considérés doivent avoir les mêmes parties. Deuxièmement, ils doivent porter sur la même matière. S'il en était autrement, il ne pourrait pas y avoir de conflit. Troisièmement, les dispositions doivent être en conflit, en ce sens que les dispositions doivent imposer des obligations s'excluant mutuellement. "… Théoriquement, il y a conflit lorsque deux traités (ou plus) contiennent des obligations qui ne peuvent pas être respectées simultanément … Toutes divergences de ce genre ne constituent cependant pas un conflit … L'incompatibilité en ce qui concerne la teneur est une condition essentielle de l'existence d'un conflit".[584]

7.94. Dans l'affaire *Guatemala – Ciment I,* pour interpréter le terme "différence" employé à l'article 1:2 du Mémorandum d'accord dans le contexte de la relation entre les règles et procédures du Mémorandum d'accord et l'article 17 de l'Accord antidumping, l'Organe d'appel a adopté une définition pareillement restrictive du mot "conflit", encore que non explicitement limitée aux "obligations" contradictoires:

---

[579] Rapports du Groupe spécial *CE – Bananes III*, paragraphe 7.159. (note de bas de page omise)
[580] Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Terres rares*, paragraphe 5.56.
[581] Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Terres rares*, paragraphe 5.55. Voir aussi, s'agissant des Accords figurant à l'Annexe 1A, le rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Noix de coco desséchée*, page 15.
[582] Rapport du Groupe spécial *Indonésie – Automobiles*, paragraphe 14.28. (note de bas de page omise)
[583] Rapport du Groupe spécial *Indonésie – Automobiles*, paragraphe 14.49.
[584] Rapport du Groupe spécial *Indonésie – Automobiles*, paragraphe 14.28, note de bas de page 649.

> [C']est uniquement lorsque les dispositions du Mémorandum d'accord et les règles et procédures spéciales ou additionnelles d'un accord visé *ne sauraient pas* être considérées comme *se complétant* les unes les autres, que les dispositions spéciales ou additionnelles doivent *prévaloir*. Il ne devrait être constaté qu'une disposition spéciale ou additionnelle *prévaut* sur une disposition du Mémorandum d'accord que dans le cas où le respect de l'une entraînerait une violation de l'autre, c'est-à-dire en cas de *conflit* entre les deux dispositions.[585]

7.95. Ces décisions traitent de situations quelque peu différentes au regard de la nature juridique des dispositions entre lesquelles un conflit peut surgir (à savoir des "obligations", des droits explicites, des "dispositions" et des prohibitions). Il apparaît aussi qu'elles reflètent des définitions en partie différentes du "conflit". Le Groupe spécial *Indonésie – Automobiles* a estimé qu'"en droit international public, un conflit exist[ait] dans la situation bien précise d'obligations s'excluant mutuellement pour des dispositions qui port[aient] sur la même matière."[586] Une variante de ce concept étroit de conflit suppose deux obligations positives, comme dans la première situation de "conflit" identifiée par le Groupe spécial *CE – Bananes III,* ("[des] obligations s'excluent mutuellement, en ce sens qu'un Membre ne peut pas s'acquitter simultanément des unes et des autres"[587]). Une autre variante implique le type de conflit logique entre deux dispositions identifié par l'Organe d'appel dans l'affaire *Guatemala – Ciment I* dans le contexte de l'article 1:2 du Mémorandum d'accord entre une obligation positive et une obligation négative, c'est-à-dire entre deux dispositions dont l'une prescrit ce que l'autre interdit.[588] Enfin, et de façon légèrement différente, le deuxième type de situation identifié par le Groupe spécial *CE – Bananes III* ("[les cas] où une règle énoncée dans un accord interdit ce qu'autorise expressément une règle énoncée dans un autre"[589]) concernerait, non pas deux obligations mais plutôt une prohibition, c'est-à-dire une obligation négative et une autorisation explicite.

7.96. Dans les présentes procédures, nous devons examiner la relation spécifique entre les termes de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC et ceux de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Fondamentalement, l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC et l'article 2.2 de l'Accord OTC interdisent tous les deux certaines mesures, en ce sens qu'ils prescrivent que les Membres ne doivent *pas* adopter ou maintenir certains types de mesures ("ne sera pas"/"ne seront pas"). En substance, l'article 20 prohibe l'adoption de "prescriptions spéciales" qui "entravent de façon injustifiable" l'usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales, alors que l'article 2.2 de l'Accord OTC prohibe l'élaboration, l'adoption ou l'application des "règlements techniques" (y compris ceux qui traitent "de terminologie, de symboles, de prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage") qui sont plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait. Nous estimons que ces deux obligations ne sont pas contradictoires sur le fond et ne "s'excluent [pas] mutuellement". Nous ne voyons pas non plus un quelconque conflit logique entre elles.[590] Du fait que ces deux dispositions contiennent des prohibitions qui ni ne s'excluent mutuellement ni ne sont contradictoires sur le fond, il est possible de les respecter en même temps: "le respect de l'une [n']entraîn[era] [pas] une violation de l'autre".[591]

7.97. Dans les présentes procédures, l'Australie a reconnu qu'"il [était] possible de se conformer aux deux accords simultanément et [que] c'[était] d'ailleurs ce que [faisait] la mesure [TPP]".[592] D'après ce que nous comprenons, donc, l'Australie n'allègue pas l'existence d'un conflit entre l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC et l'article 2.2 de l'Accord OTC au sens étroit d'obligations qui s'excluent mutuellement, ce qui ferait qu'il serait impossible de respecter les deux dispositions en même temps. Nous comprenons que l'Australie fait valoir au lieu de cela que le respect des prescriptions au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, en relation avec les prescriptions relatives à

---

[585] Rapport de l'Organe d'appel *Guatemala – Ciment I*, paragraphe 65 (italique dans l'original). Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC*, paragraphe 159.

[586] Rapport du Groupe spécial *Indonésie – Automobiles*, paragraphe 14.49.

[587] Rapports du Groupe spécial *CE – Bananes III*, paragraphe 7.159.

[588] Rapport de l'Organe d'appel *Guatemala – Ciment I*, paragraphe 65 (non souligné dans l'original). Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 51.

[589] Rapports du Groupe spécial *CE – Bananes III*, paragraphe 7.159. (note de bas de page omise)

[590] Rapport de l'Organe d'appel *Guatemala – Ciment I*, paragraphe 65. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 51.

[591] Rapport de l'Organe d'appel *Guatemala – Ciment I*, paragraphe 65. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 51.

[592] Australie, réponse à la question n° 145 du Groupe spécial.

la marque des mesures TPP, affaiblirait la flexibilité dont elle dispose au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC en ce qui concerne ces prescriptions. Cela ressemble davantage, sans être identique, au deuxième type de situation identifié par le Groupe spécial *CE – Bananes III* comme donnant lieu à un conflit, à savoir "les cas … où une règle énoncée dans un accord interdit ce qu'autorise expressément une règle énoncée dans un autre".[593] En fait, tandis que le Groupe spécial *CE – Bananes III* faisait référence à une "autoris[ation] express[e]", l'Australie invoque une flexibilité qui est indirecte et implicite: cette flexibilité émane de ce qui n'est *pas interdit* par l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, c'est-à-dire ce qui, selon elle, n'équivaut pas à une entrave injustifiable à l'usage des marques au sens de cette disposition.

7.98. Nous notons que cette interprétation du conflit a une portée plus large que les descriptions précédentes de ce concept données par des groupes spéciaux et l'Organe d'appel, tel qu'indiqué plus haut. Nous rappelons aussi que, dans l'affaire *États-Unis – Coton upland,* l'Organe d'appel a examiné la relation entre l'Accord SMC et l'Accord sur l'agriculture. Nonobstant l'existence d'une disposition spécifique dans l'Accord sur l'agriculture qui fait prévaloir celui-ci[594], l'Organe d'appel a conclu qu'en l'absence d'une exclusion explicite ou d'une autorisation explicite de s'écarter de la prohibition énoncée à l'article 3.1 b) de l'Accord SMC[595], cette prohibition s'appliquait concomitamment avec les dispositions pertinentes de l'Accord sur l'agriculture:

> Nous rappelons que l'*Accord sur l'agriculture* et l'*Accord SMC* "sont *tous deux* des accords multilatéraux sur le commerce des marchandises figurant à l'Annexe 1A de l'*Accord de Marrakech* instituant l'Organisation mondiale du commerce (l'"*Accord sur l'OMC*") et, en tant que tels, font *tous deux* "partie intégrante" du même traité, l'*Accord sur l'OMC*, et sont "contraignants pour tous les Membres"". En outre, comme l'Organe d'appel l'a expliqué, "celui qui interprète un traité doit lire toutes les dispositions applicables du traité de façon à donner un sens à *toutes*, harmonieusement". Nous partageons l'avis du Groupe spécial selon lequel "[l]'article 3.1 b) de l'*Accord SMC* peut être lu conjointement avec les dispositions de l'*Accord sur l'agriculture* relatives au soutien interne d'une manière cohérente et uniforme qui donne pleinement et effectivement leur sens à tous leurs termes".
>
> En résumé, nous ne sommes pas convaincus par l'opinion des États-Unis selon laquelle la prohibition énoncée à l'article 3.1 b) de l'*Accord SMC* est inapplicable aux subventions au remplacement des importations accordées pour ce qui est des produits relevant de l'*Accord sur l'agriculture*. Les Membres de l'OMC peuvent toujours fournir un soutien interne qui est compatible avec leurs engagements de réduction au titre de l'*Accord sur l'agriculture*. Lorsqu'ils fournissent ce soutien interne, toutefois, les Membres de l'OMC doivent garder à l'esprit leurs autres obligations dans le cadre de l'OMC, y compris la prohibition énoncée à l'article 3.1 b) de l'*Accord SMC* concernant

[593] Rapports du Groupe spécial *CE – Bananes III*, paragraphe 7.159.

[594] Aux termes de l'article 21:1 de l'Accord sur l'agriculture, "[l]es dispositions du GATT de 1994 et des autres Accords commerciaux multilatéraux figurant à l'Annexe 1A de l'Accord sur l'OMC seront applicables sous réserve des dispositions du présent accord." Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 531.

[595] Selon l'Organe d'appel, l'article 21:1 de l'Accord sur l'agriculture "pourrait s'appliquer dans … trois situations … à savoir: … une situation dans laquelle, par exemple, les dispositions relatives au soutien interne de l'Accord sur l'agriculture prévaudraient au cas où une *exclusion ou une exemption explicite* des disciplines énoncées à l'article 3.1 b) de l'Accord SMC existerait dans le texte de l'Accord sur l'agriculture. Une autre situation serait celle dans laquelle un Membre serait dans l'impossibilité de respecter ses obligations en matière de soutien interne au titre de l'Accord sur l'agriculture et la prohibition faite à l'article 3.1 b) simultanément. Une autre situation pourrait être celle de l'existence dans le texte de l'Accord sur l'agriculture d'une *autorisation explicite* qui autoriserait une mesure qui, sans cette *autorisation expresse*, serait prohibée par l'article 3.1 b) de l'Accord SMC." Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 532, faisant référence au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 7.1038 (souligné dans l'original; pas d'italique dans l'original). L'Organe d'appel a également rappelé sa constatation antérieure selon laquelle "[s]i les négociateurs [de l'Accord sur l'agriculture] avaient eu l'intention de permettre aux Membres d'agir d'une manière incompatible avec l'article XIII du GATT de 1994, ils l'auraient dit de manière explicite". Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 548, faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 157.

> l'octroi de subventions qui sont subordonnées à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.[596]

7.99. Nous notons qu'il n'y a pas de disposition semblable à l'article 21:1 de l'Accord sur l'agriculture qui ferait prévaloir les dispositions de l'Accord sur les ADPIC sur l'Accord OTC. L'Accord sur les ADPIC et son article 20 en particulier ne contiennent pas non plus une exclusion explicite ou une autorisation explicite de s'écarter de la prohibition énoncée à l'article 2.2 de l'Accord OTC.

7.100. De par ses termes, l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC prohibe les "prescriptions spéciales" qui "entrav[ent] de manière injustifiable" l'usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales. Alors qu'il ne prohibe pas et, donc, tolère les entraves qui ne sont pas injustifiables, il n'identifie, n'autorise ni n'encourage explicitement les entraves qui ne seraient pas injustifiables. De la même façon, l'article 2.2 de l'Accord OTC ne prohibe pas et, donc, tolère les règlements techniques qui ne sont pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait; toutefois, il n'encourage pas explicitement ces règlements techniques. En résumé, chaque disposition interdit certaines mesures et établit un équilibre pour évaluer, au cas par cas, si des mesures spécifiques sont permises. Telles qu'elles sont libellées, les prohibitions explicites énoncées à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC et à l'article 2.2 de l'Accord OTC respectivement doivent être lues et, en l'absence de conflit, appliquées conjointement. Le principe d'interprétation harmonieuse commande que les flexibilités laissées implicitement par ces prohibitions soient aussi considérées conjointement, sans faire prévaloir *a priori* l'une sur l'autre et l'une à l'exclusion de l'autre.

7.101. Nous n'excluons pas que certains aspects des mesures TPP puissent relever à la fois de l'Accord OTC et de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, dans la mesure où ils constitueraient à la fois un "règlement technique" au sens de l'Accord OTC et des "prescriptions spéciales" relevant de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC. À supposer, pour les besoins de l'argumentation, que cela soit le cas, pour déterminer si une disposition prohibe ce que l'autre autorise, il nous faudrait examiner si leur application concomitante aux mêmes mesures ou aspects de ces mesures entraînerait des résultats "contradictoires". L'Australie fait valoir que c'est le cas parce que, du fait de l'application de l'article 2.2 de l'Accord OTC, "le critère du "caractère injustifiable" prévu à [l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC] serait remplacé par le critère de la "nécessité" prévu à [l'article 2.2 de l'Accord OTC]".[597] Autrement dit, "il *pourrait* être constaté qu'une mesure qu'un Membre est autorisé à maintenir au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC dès lors qu'elle n'est pas injustifiable *est* incompatible avec le critère du caractère le moins restrictif pour le commerce au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC."[598]

7.102. Les arguments de l'Australie contiennent l'hypothèse implicite que le "critère de la nécessité" prévu à l'article 2.2 de l'Accord OTC est plus rigoureux que le "critère du caractère justifiable" prévu à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC ou, à tout le moins, que leur application concomitante "pourrait" aboutir à des résultats que l'Australie décrit comme contradictoires. Spécifiquement, la situation envisagée par l'Australie est que l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC permettrait le maintien d'une mesure qui serait interdite si elle était examinée au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Nous estimons cependant qu'il est très difficile de déterminer dans l'abstrait la rigueur relative de ces deux critères. Comme l'Australie l'a expliqué, les deux dispositions impliquent "deux critères très différents"[599], éclairés par le contexte spécifique de chaque Accord.[600] Compte tenu de ces différences, le résultat de l'analyse effectuée au titre de chaque disposition dépendrait des circonstances propres à chaque cas et il est concevable qu'une mesure ne soit pas jugée "plus restricti[ve] pour le commerce qu'il n'est nécessaire" au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, tout en étant une "entrave injustifiée" à l'usage de marques de

[596] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphes 549 et 550. (italique dans l'original) (notes de bas de page omises)

[597] Australie, réponse à la question n° 145 du Groupe spécial, paragraphe 2.

[598] Australie, réponse à la question n° 75 du Groupe spécial, paragraphe 206. (pas d'italique dans l'original)

[599] Australie, réponse à la question n° 75 du Groupe spécial, paragraphe 206. Voir aussi plus haut le paragraphe 7.50.

[600] Australie, réponse à la question n° 75 du Groupe spécial, paragraphe 206. Voir aussi Australie, réponse à la question n° 89 du Groupe spécial, paragraphe 20.

fabrique ou de commerce au sens de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, ou inversement.[601] Nous ne voyons donc rien qui permette de supposer que l'application concomitante de ces deux dispositions à des aspects des mêmes mesures qui peuvent relever des deux accords aboutirait nécessairement au type de résultats identifiés par l'Australie comme contradictoires.

7.103. Nous notons en outre que, bien que l'Accord OTC et l'Accord sur les ADPIC figurent dans des parties distinctes de l'Annexe 1 de l'Accord sur l'OMC, ils poursuivent des objectifs complémentaires. L'Accord OTC vise à "favoriser la réalisation des objectifs du GATT de 1994"[602], tandis que l'Accord sur les ADPIC vise à assurer "l'applicabilité des principes fondamentaux du GATT de 1994".[603] Nous notons à cet égard le texte du préambule de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT de 1947), incorporé dans le GATT de 1994[604], exposant l'objectif des Membres d'"accr[oître] … [l]es échanges de produits" et leur désir de "contribuer à la réalisation de ce[t] objet[] par la conclusion d'accords visant, sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels, à la réduction substantielle des tarifs douaniers et des autres obstacles au commerce et à l'élimination des discriminations en matière de commerce international".[605] Nous notons aussi que des objectifs très semblables figurent dans le préambule de l'Accord sur l'OMC lui-même, auquel l'Accord OTC et l'Accord sur les ADPIC sont tous deux annexés.[606] Le premier considérant de l'Accord sur les ADPIC souligne l'objectif de l'Accord consistant à réduire les obstacles au commerce et à éviter la création de restrictions commerciales: "Désireux de réduire les distorsions et les entraves en ce qui concerne le commerce international, et tenant compte de la nécessité de promouvoir une protection efficace et suffisante des droits de propriété intellectuelle et de faire en sorte que les mesures et les procédures visant à faire respecter les droits de propriété intellectuelle ne deviennent pas elles-mêmes des obstacles au commerce légitime".[607]

7.104. En outre, l'Accord OTC doit être interprété à la lumière de l'objectif de son préambule selon lequel "rien ne saurait empêcher un pays de prendre les mesures nécessaires … à la protection de la santé et de la vie des personnes". En vertu du même paragraphe du préambule, cette prérogative des Membres existe "sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer … une restriction déguisée au commerce international, et qu'elles soient par ailleurs conformes aux dispositions [de l'Accord OTC]".[608] De la même façon, en indiquant que "[l]es Membres pourront, lorsqu'ils élaboreront ou modifieront leurs lois et réglementations, adopter les mesures nécessaires pour protéger la santé publique", l'article 8:1 de l'Accord sur les ADPIC subordonne cet énoncé à la condition que "ces mesures soient compatibles avec les dispositions [de l'Accord sur les ADPIC]".

---

[601] Nous notons aussi à cet égard que certains règlements techniques peuvent, au titre de la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC, bénéficier d'une présomption réfutable de compatibilité avec l'article 2.2, dans les cas où ils sont "conforme[s] aux normes internationales pertinentes". Cette présomption juridique n'a pas d'équivalent à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC. Voir aussi plus haut le paragraphe 7.37.

[602] Accord OTC, préambule, deuxième considérant.

[603] Accord sur les ADPIC, préambule, deuxième considérant, point a).

[604] GATT de 1994, paragraphe 1 a).

[605] GATT de 1947, préambule, deuxième et troisième considérants.

[606] Voir l'Accord sur l'OMC, préambule, premier ("l'accroissement de la production et du commerce de marchandises") et troisième considérants ("contribuer à la réalisation de ces objectifs par la conclusion d'accords visant, sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels, à la réduction substantielle des tarifs douaniers et des autres obstacles au commerce et à l'élimination des discriminations dans les relations commerciales internationales"). Comme l'Organe d'appel l'a indiqué:

> "[à] la fin du Cycle d'Uruguay, les négociateurs ont élaboré un préambule approprié pour le nouvel *Accord sur l'OMC*, qui renforçait le système commercial multilatéral en établissant une organisation internationale dans le but, notamment, de faciliter la mise en œuvre, l'administration et le fonctionnement de cet accord et des autres accords résultant de ce cycle, et de favoriser la réalisation de leurs objectifs. Reconnaissant qu'il importait d'assurer la continuité avec l'ancien système du GATT, les négociateurs se sont inspirés du préambule du GATT de 1947 pour rédiger celui du nouvel *Accord sur l'OMC*.

Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 152.

[607] Accord sur les ADPIC, préambule, premier considérant. Le dernier considérant du préambule de l'Accord sur les ADPIC fait en outre référence au désir d'instaurer un "soutien mutuel" entre, d'une part, l'OMC et, d'autre part, l'OMPI et "d'autres organisations internationales compétentes".

[608] Accord OTC, préambule, sixième considérant.

7.105. On peut donc supposer que, considérés dans leur contexte, l'article 2.2 de l'Accord OTC et l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC reflètent chacun un certain équilibre entre trois dimensions au moins: i) l'objectif de réduire et d'éviter les obstacles au commerce; ii) la possibilité d'adopter des mesures à des fins de politique publique légitimes, y compris la santé publique; et iii) l'impératif de se conformer aux prescriptions applicables figurant dans les dispositions pertinentes de chaque accord. Les prescriptions prévues dans ces deux dispositions peuvent donc être considérées comme complémentaires plutôt que comme contradictoires.[609]

7.106. Compte tenu de ce qui précède, nous ne voyons rien qui permette de supposer l'existence d'un conflit entre l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC et l'article 2.2 de l'Accord OTC – soit au regard des différentes définitions du conflit exposées plus haut, soit au sens suggéré par l'Australie –, qui exigerait que nous nous abstenions d'examiner les aspects des mesures TPP qui peuvent relever à la fois de l'Accord OTC et de l'Accord sur les ADPIC. En fait, comme nous l'avons précisé plus haut, nous devons supposer que les deux accords s'appliquent d'une manière cumulative et harmonieuse.[610]

7.107. Ayant formulé ces détermination initiales, nous examinons maintenant si les mesures TPP sont visées par l'Accord OTC et, plus spécifiquement, si elles constituent un règlement technique au sens de cet accord. Nous examinerons dans ce contexte si les prescriptions relatives à la marque des mesures TPP constituent un règlement technique au sens de l'Accord OTC. C'est seulement dans le cas où nous déterminerions que les mesures sont incompatibles avec l'article 2.2 de l'Accord OTC tout en étant autorisées au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC que la situation dont l'Australie allègue qu'elle constitue un conflit se présenterait. Si nous devions constater qu'il en est ainsi, il nous faudrait ensuite examiner si cette situation donne lieu à un "conflit", comme le fait valoir l'Australie.

7.2.4 Question de savoir si les mesures TPP constituent un règlement technique au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC

7.108. Les plaignants allèguent que les mesures TPP sont couvertes par l'Accord OTC puisqu'elles relèvent de la définition d'un "règlement technique" figurant à l'Annexe 1.1 de l'Accord.[611] Comme il est indiqué plus haut, l'Australie "admet que les prescriptions matérielles [des mesures TPP] sont des règlements techniques qui relèvent de l'Accord OTC".[612] Toutefois, selon elle, "[l']Accord OTC traite des règlements techniques et il n'apparaît pas, d'après son libellé, qu'il concerne l'exploitation de la propriété intellectuelle".[613]

7.109. L'article 2.2 de l'Accord OTC s'applique aux "règlements techniques" des institutions des gouvernements centraux. Le "règlement technique" est défini comme suit à l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC[614]:

> Document qui énonce les caractéristiques d'un produit ou les procédés et méthodes de production s'y rapportant, y compris les dispositions administratives qui s'y

[609] Les deux dispositions établissent cet équilibre selon des *optiques différentes* qui, plutôt que *contradictoires*, peuvent être considérées en fait comme *complémentaires*. Un Membre de l'OMC doit établir un équilibre entre santé et commerce lorsqu'il réglemente l'étiquetage et l'emballage qui peuvent aussi affecter l'usage des marques de fabrique ou de commerce, à la fois du point de vue de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC et du point de vue de l'article 2.2 de l'Accord OTC.

[610] La référence figurant à l'article 19 de l'Accord sur les ADPIC à d'"autres prescriptions des pouvoirs publics visant les produits … protégés par la marque" peut aussi indiquer l'intention des négociateurs de faire en sorte que les prescriptions prévues dans l'Accord sur les ADPIC coexistent harmonieusement avec des mesures qui relèvent les unes et les autres (entre autres) de l'Accord OTC ("prescriptions des pouvoirs publics visant les produits") et de l'Accord sur les ADPIC ("qui constituent un obstacle à l'usage de la marque" pour ce "produit"). Ces "autres prescriptions" sont considérées comme des "raisons valables justifiant le non-usage".

[611] Honduras, première communication écrite, paragraphes 829 à 846; deuxième communication écrite, paragraphes 445 à 460; République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 936 à 950; deuxième communication écrite, paragraphes 815 à 841; Cuba, première communication écrite, paragraphes 391 à 397; deuxième communication écrite, paragraphes 192 à 197; Indonésie, première communication écrite, paragraphes 369 à 384; et deuxième communication écrite, paragraphes 211 à 219.

[612] Australie, première communication écrite, paragraphe 507.

[613] Australie, première communication écrite, paragraphe 509.

[614] Selon l'article 1.2 de l'Accord OTC, "aux fins du présent accord, les termes et expressions définis à l'Annexe 1 auront le sens qui leur est donné dans cette annexe". Voir aussi le deuxième paragraphe de l'introduction de l'Annexe 1 de l'Accord OTC.

> appliquent, dont le respect est obligatoire. Il peut aussi traiter en partie ou en totalité de terminologie, de symboles, de prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage, pour un produit, un procédé ou une méthode de production donnés.

7.110. La question de savoir si une mesure constitue un règlement technique dépend de trois critères[615]:

a. "*[p]remièrement*, le document doit s'appliquer à un produit, ou groupe de produits, identifiable";

b. "*[d]euxièmement*, le document doit énoncer une ou plus d'une caractéristique du produit"; et

c. "*[t]roisièmement*, le respect des caractéristiques du produit doit être obligatoire".[616]

7.111. Les parties ne contestent pas la pertinence de ces critères pour déterminer si une mesure est un règlement technique.[617]

7.112. Comme l'Organe d'appel l'a noté:

> [L]a détermination du point de savoir si une mesure constitue un règlement technique "doit se faire à la lumière des caractéristiques de la mesure en cause et des circonstances de l'affaire". … [C]ette analyse devrait donner un poids particulier aux "aspect[s] intégr[aux] et essenti[els]" de la mesure. Pour déterminer si une mesure est un règlement technique, un groupe spécial doit donc examiner attentivement la conception et le fonctionnement de la mesure tout en cherchant à identifier ses aspects "intégr[aux] et essenti[els]". C'est à ces particularités de la mesure qu'il faut attribuer le plus de poids afin de qualifier cette mesure, et, par conséquent, de déterminer si elle est assujettie aux disciplines de l'Accord OTC. La conclusion finale relative à la qualification juridique de la mesure doit être formulée au sujet, et après un examen, de la mesure dans son ensemble.[618]

7.113. Gardant ces considérations à l'esprit, nous examinons les trois critères indiqués plus haut, qui doivent être respectés pour que les mesures TPP constituent un règlement technique.

7.114. Nous notons pour commencer que chacun des instruments juridiques formant les mesures TPP satisfait à la prescription de l'Annexe 1.1 voulant que les règlements techniques figurent dans un "document".[619] Par conséquent, nous examinons plus loin si les mesures TPP i) s'appliquent à

---

[615] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 176.

[616] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 176 (italique dans l'original) (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphes 66 à 70).

[617] Honduras, première communication écrite, paragraphe 791; République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 937; Cuba, première communication écrite, paragraphe 392; Indonésie, première communication écrite, paragraphe 370; et Australie, première communication écrite, paragraphes 507 et 563.

[618] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.19 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 188 (qui font référence aux rapports de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 64; et *CE – Sardines*, paragraphes 192 et 193)); et *CE – Amiante*, paragraphe 72.

[619] Dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, l'Organe d'appel a estimé ce qui suit:

> L'Annexe 1.1 [de l'Accord OTC] définit l'expression "règlement technique" par référence à un "document", qui est défini de manière très large comme signifiant "something written, inscribed, etc., which furnishes evidence or information upon any subject"[391] (quelque chose d'écrit, d'inscrit, etc., qui donne des éléments de preuve ou renseignements concernant toute question). L'emploi du terme "document" pourrait donc englober un large éventail d'instruments ou s'appliquer à diverses mesures.

[*note de bas de page de l'original] [391] *Shorter Oxford English Dictionary*, 6ème éd., A. Stevenson (éd.) (Oxford University Press, 2007), volume 1, page 731. Nous notons que dans le Guide ISO/CEI 2:1991, Termes généraux et leurs définitions concernant la normalisation et les activités

un groupe de produits identifiable, et ii) énoncent une ou plus d'une caractéristique des produits, iii) dont le respect est obligatoire.

7.2.4.1 Question de savoir si les mesures TPP s'appliquent à un groupe de produits identifiable

7.2.4.1.1 Principaux arguments des parties

7.115. Les plaignants font valoir que les mesures TPP (y compris la Loi TMA) s'appliquent à un produit, ou groupe de produits, identifiable conformément à l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC.[620] Ils notent que l'article 4 1) de la Loi TPP contient une définition de l'expression "produits du tabac"[621] aux fins de cette même loi.[622] Le Honduras ajoute[623] que l'exposé des motifs concernant le projet de loi TPP précise le champ de cette définition.[624] Cuba fait référence au sous-titre de la Loi TPP ("Une loi visant à décourager la consommation de produits du tabac, et des fins connexes")[625] et observe que l'Australie indique que "[l]es prescriptions en matière d'emballage neutre du tabac s'appliquent à *tous les produits du tabac*".[626] L'Indonésie invoque le titre du chapitre 2 de la Loi TPP ("Prescriptions régissant l'emballage neutre et l'apparence des produits du tabac") et note que, selon la "présentation simplifiée" du chapitre 2[627], la "partie 2 de ce chapitre énonce des prescriptions régissant l'emballage pour la vente au détail et l'apparence des produits du tabac".[628] Ainsi, l'Indonésie fait valoir[629] que la situation dans le cadre des mesures TPP est analogue à celle de l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, dans laquelle le Groupe spécial avait constaté que la mesure pertinente "identifi[ait] explicitement les produits qu'elle vis[ait]"; par conséquent, les produits n'étaient "pas simplement "identifiables", comme c'était apparemment le cas dans l'affaire *CE – Amiante*" mais étaient "[p]ar contre … "expressément identifiés"".[630] Selon l'Indonésie, cela est confirmé par le "[b]ut" déclaré du Règlement TPP qui est d'"énoncer des prescriptions régissant l'emballage pour la vente au détail et l'apparence des produits du tabac pour la partie 2 du chapitre 2 de la Loi [TPP]".[631]

---

connexes (le "Guide ISO/CEI 2:1991"), il est précisé que l'"[o]n considère comme "document" tout support d'information avec l'information qu'il porte".

Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 185. Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphes 5.9 et 5.10 (indiquant qu'"il apparaît que le champ de l'Annexe 1.1 est limité aux documents qui établissent ou prescrivent quelque chose et donc ont une certaine teneur normative"). Voir aussi plus loin le paragraphe 7.291 et les notes de bas de page 1152, 1000 et 1006.

[620] Honduras, première communication écrite, paragraphes 831 à 833; République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 939 et 940; deuxième communication écrite, paragraphe 820; Cuba, première communication écrite, paragraphe 394; deuxième communication écrite, paragraphe 194; et Indonésie, première communication écrite, paragraphes 371 à 374.

[621] Cuba, première communication écrite, paragraphe 394; République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 940; Honduras, première communication écrite, paragraphe 831; et Indonésie, première communication écrite, paragraphe 372.

[622] Selon la Loi TPP, "l'expression "*produit* du *tabac*" signifie tabac transformé, ou tout produit contenant du tabac qui: a) est fabriqué pour être utilisé comme tabac à fumer, à sucer, à chiquer ou à priser; et b) n'est pas inscrit au Registre australien des produits thérapeutiques tenu en application de la Loi de 1989 sur les produits thérapeutiques". Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 4 1).

[623] Honduras, première communication écrite, paragraphe 832.

[624] Le Honduras cite la partie suivante de l'exposé des motifs: "La présente définition s'appuie sur celle qui est donnée dans la FCTC de l'OMS. Elle vise à englober tous les produits du tabac destinés à la consommation humaine et inclura, par exemple, les cigarettes, les cigares, le tabac à rouler, les bidis, les kreteks, les petits cigares et les produits du tabac solubles, comme les pastilles contenant du tabac à sucer". Exposé des motifs concernant le projet de loi TPP (pièces AUS-2, JE-7), page 9.

[625] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 194, note de bas de page 100.

[626] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 194, note de bas de page 100 (italique ajouté par Cuba) (citant Australie, première communication écrite, paragraphe 125, et faisant référence à Australie, première communication écrite, paragraphe 132).

[627] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), page 18.

[628] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 372; réponse aux questions n° 62 et 115 du Groupe spécial; et deuxième communication écrite, paragraphe 215.

[629] Indonésie, première communication écrite, paragraphes 371 et 372.

[630] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.27.

[631] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 374; et réponse à la question n° 62 du Groupe spécial (faisant référence au Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 1.1.4).

7.116. Comme il a été noté, l'Australie admet que les "prescriptions matérielles" des mesures TPP énoncent des caractéristiques de produits[632]; elle conteste toutefois l'applicabilité de l'Accord OTC aux "prescriptions relatives à la marque" des mesures TPP.[633] Ce faisant, elle ne répond pas explicitement aux arguments des plaignants exposés plus haut en ce qui concerne l'applicabilité des mesures TPP à un produit, ou groupe de produits, identifiable.

7.2.4.1.2 Analyse du Groupe spécial

7.117. Un "règlement technique" doit être applicable à un produit, ou groupe de produits, identifiable", mais le terme "identifiable" n'exige pas qu'un règlement technique "identifie expressément" les produits qu'il vise, dès lors que les produits auxquels il s'applique sont "identifiable[s]".[634] Dans l'évaluation du point de savoir si ce critère est rempli, nous attribuons le plus de poids aux dispositions des mesures TPP qui, selon nous, représentent leurs aspects intégraux et essentiels.[635]

7.118. Les termes de la Loi TPP révèlent que celle-ci s'applique à un groupe de produits expressément identifié. La "Présentation simplifiée" figurant à l'article 12 de la Loi TPP dispose que "[l]a présente Loi réglemente l'emballage pour la vente au détail et l'apparence des produits du tabac".[636] Cette loi définit comme suit l'expression "produit du tabac"[637]:

> tabac transformé, ou tout produit contenant du tabac, qui:
>
> a) est "Fabriqué pour être utilisé comme tabac à fumer, à sucer, à chiquer ou à priser"; et
> b) n'est pas inscrit au Registre australien des produits thérapeutiques tenu en application de la *Loi de 1989 sur les produits thérapeutiques*.
>
> Note: Le tabac en vrac utilisé pour rouler des cigarettes est un exemple de tabac transformé. Un cigare ou une cigarette est un exemple de produit contenant du tabac.[638]

7.119. Comme le Honduras le fait remarquer[639], l'exposé des motifs concernant le projet de loi TPP clarifie de manière pertinente la portée de cette définition en indiquant ce qui suit:

---

[632] Australie, première communication écrite, paragraphe 507.
[633] Australie, première communication écrite, paragraphes 509 à 512.
[634] Selon l'Organe d'appel:

> Un "règlement technique" doit, bien entendu, être applicable à un produit, ou groupe de produits, *identifiable*. Sinon, l'application du règlement sera impossible sur le plan pratique. Cette considération sous-tend aussi l'obligation formelle, énoncée à l'article 2.9.2 de l'*Accord OTC*, qui incombe aux Membres de notifier aux autres Membres, par l'intermédiaire du Secrétariat de l'OMC, "les *produits qui seront visés*" par un "règlement technique" projeté. (pas d'italique dans l'original) Manifestement, le respect de cette obligation impose d'identifier les produits visés par un règlement technique. Cependant, à la différence de ce que le Groupe spécial a donné à entendre, cela ne signifie pas qu'un "règlement technique" doit s'appliquer à des produits "*donnés*" qui sont effectivement *nommés, identifiés ou définis* dans le règlement. (pas d'italique dans l'original) Bien que l'*Accord OTC* s'applique clairement aux "produits" d'une manière générale, rien dans le texte de cet accord ne donne à entendre que ces produits doivent être nommés ou bien *expressément* identifiés dans un "règlement technique". En outre, il peut y avoir des raisons administratives parfaitement valables pour formuler un "règlement technique" d'une façon qui n'identifie *pas* expressément les produits par leur nom, mais les rend simplement identifiables – par exemple, au moyen de la "caractéristique" qui fait l'objet du règlement.

Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 70 (italique dans l'original; note de bas de page omise).
[635] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.19.
[636] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 12.
[637] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 4 1). Voir Cuba, première communication écrite, paragraphe 394; République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 940 et notes de bas de page 116 et 805; Honduras, première communication écrite, paragraphe 831; et Indonésie, première communication écrite, paragraphe 372.
[638] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 4 1).
[639] Honduras, première communication écrite, paragraphe 832.

> La définition de l'expression "produit du tabac" figurant dans [la Loi TPP] signifie que, d'une manière générale, tout produit contenant du tabac, aussi infime que soit la quantité qu'il contient, relèvera de [la Loi TPP] s'il a été fabriqué pour être fumé, sucé, chiqué ou prisé.
>
> La présente définition s'appuie sur celle qui est énoncée dans la FCTC de l'OMS. Elle vise à englober tous les produits du tabac destinés à la consommation humaine et inclura, par exemple, les cigarettes, les cigares, le tabac à rouler, les bidis, les kreteks, les petits cigares et les produits du tabac solubles, comme les pastilles contenant du tabac à sucer.
>
> Il importe de noter que les produits thérapeutiques, destinés à aider les gens à renoncer à l'utilisation de produits du tabac, ne seront pas réglementés par [la Loi TPP] …. Les produits contenant de la nicotine mais pas de tabac ne seront pas réglementés par [la Loi TPP].
>
> La définition large des "produits du tabac" peut englober certains produits du tabac qui sont illicites au regard des lois du Commonwealth, des États ou des territoires réglementant la consommation et la vente du tabac, et qui ne sont pas affectés par l'application du présent projet de loi.[640]

7.120. De plus, comme l'Indonésie le signale[641], l'article 3 de la Loi TPP (intitulé "Objets de la présente loi") se rapporte aux "produits du tabac"[642] et définit les objets de la Loi par référence aux effets de celle-ci sur l'usage de ces produits, comme il est indiqué plus en détail plus loin.[643]

7.121. En outre, la Loi TPP définit explicitement l'expression "prescription concernant les produits du tabac" comme désignant:

> [L]es prescriptions suivantes en relation avec l'emballage pour la vente au détail et l'apparence des produits du tabac:
>
> a) une prescription spécifiée dans la partie 2 du chapitre 2;

---

[640] Exposé des motifs concernant le projet de loi TPP (pièces AUS-2, JE-7), page 9.

[641] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 374; et réponse à la question n° 62 du Groupe spécial (faisant référence au Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-7), règle 1.1.4).

[642] L'article 3 définit les "Objets de la présente loi" comme suit:

> 1) La présente loi a pour objet:
> a) d'améliorer la santé publique:
> i) en décourageant les personnes de commencer à fumer, ou de consommer des produits du tabac; et
> ii) en les encourageant à renoncer à fumer et à cesser de consommer des produits du tabac; et
> iii) en décourageant la récidive chez ceux qui ont renoncé à fumer, ou qui ont cessé de consommer des produits du tabac; et
> iv) en réduisant l'exposition des personnes à la fumée émanant des produits du tabac; et
> b) de donner effet à certaines obligations qui incombent à l'Australie en tant que partie à la Convention pour la lutte antitabac.
> 2) Le Parlement entend contribuer à la réalisation des objets énoncés dans le sous-article 1) en réglementant l'emballage pour la vente au détail et l'apparence des produits du tabac afin:
> a) de réduire l'attrait des *produits du tabac* pour les consommateurs; et
> b) d'accroître l'efficacité des mises en garde sanitaires sur l'emballage pour la vente au détail des *produits du tabac*; et
> c) de diminuer l'aptitude de l'emballage pour la vente au détail des *produits du tabac* à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme ou de la consommation des *produits du tabac*".

Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 3. (pas d'italique dans l'original)

[643] Cette observation est sans préjudice de notre évaluation, figurant plus loin dans la section 7.2.5.1, du point de savoir si les mesures TPP poursuivent un objectif légitime.

b) une prescription prévue par un règlement établi en vertu de la partie 2 du chapitre 2;
c) si le sous-article 15 2) s'applique (acquisition de biens) – une prescription prévue par un règlement établi en vertu de l'article 15.[644]

7.122. Comme l'Indonésie le fait remarquer[645], le chapitre 2 de la Loi TPP s'intitule "Prescriptions régissant l'emballage neutre et l'apparence des produits du tabac" et, selon la présentation simplifiée du chapitre 2[646], la partie 2 de ce chapitre "énonce des prescriptions régissant l'emballage pour la vente au détail et l'apparence des produits du tabac".[647] Ainsi, sur la base de ses termes exprès, la Loi TPP énonce des prescriptions concernant l'emballage et l'apparence d'un groupe de produits expressément identifié, à savoir les "produits du tabac". La partie 2 du chapitre 2 contient les prescriptions de fond de la Loi TPP que les plaignants contestent au titre de l'Accord OTC.

7.123. Le Règlement TPP détaille les "prescriptions concernant les produits du tabac" qui sont énoncées dans la Loi TPP. Spécifiquement, l'article 27 de la Loi TPP dispose que le règlement "pourra énoncer des prescriptions additionnelles en relation avec a) l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac; et b) l'apparence des produits du tabac".[648] Cela est reflété dans le "But" du Règlement TPP.[649] Il importe de relever que le Règlement TPP précise qu'un certain nombre de mots et expressions qui y sont employés ont le même sens que dans la Loi TPP, y compris "produit du tabac".[650] En outre, la Loi TPP définit "la présente loi" comme "inclu[ant] le règlement".[651] Comme la Loi TPP, le Règlement TPP s'applique donc, sur la base des termes exprès de l'instrument, aux "produits du tabac", en ce sens qu'il vise à énoncer des prescriptions régissant les "produits du tabac", tels que définis dans la Loi TPP, en plus de celles qui sont énoncées dans cette loi.

7.124. La Loi TMA n'identifie pas expressément les produits qu'elle vise. Nous examinons donc si elle s'applique néanmoins à un groupe de produits qui sont "identifiable[s]".[652] Nous rappelons que la Loi TMA introduit une nouvelle disposition dans la *Loi de 1995 sur les marques* (Cth), à savoir l'article 231A, qui énonce ce qui suit:

> 1) Les règlements [établis par le gouverneur général conformément au pouvoir que lui confère l'article 231 de la *Loi de 1995 sur les marques* (Cth)] pourront établir des dispositions en relation avec l'effet de l'application de la *Loi de 2011 sur l'emballage neutre du tabac*, et de tout règlement établi en vertu de ladite loi concernant:
>
> a) une disposition de la présente loi; ou
>
> b) un règlement établi en vertu de la présente loi, y compris:
>
> i) un règlement portant application d'une disposition de la présente loi; ou

[644] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 4 1).
[645] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 372; réponse aux questions n° 62 et 115 du Groupe spécial; et deuxième communication écrite, paragraphe 215.
[646] Selon l'exposé des motifs concernant le projet de loi de 2011 sur l'emballage neutre du tabac, la "partie 1 (clause 17) présente un exposé simplifié du chapitre 2 pour faciliter la compréhension des clauses pertinentes". Exposé des motifs concernant le projet de loi TPP (pièces AUS-2, JE-7), page 12.
[647] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 17.
[648] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 27. Selon l'exposé des motifs concernant le projet de loi de 2011 sur l'emballage neutre du tabac, le "chapitre 2 décrit les prescriptions générales régissant l'emballage neutre des produits du tabac et certaines prescriptions spécifiques concernant les paquets et cartouches de cigarettes. Le chapitre 2 prévoit également que le gouverneur général pourra établir un règlement spécifiant les prescriptions régissant l'emballage neutre et l'apparence des produits du tabac, entre autres choses, pour favoriser la réalisation des objets du projet de loi". Exposé des motifs concernant le projet de loi TPP (pièces AUS-2, JE-7), page 12.
[649] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 1.1.4.
[650] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 1.1.3. Les autres mots et expressions ayant le même sens que dans la Loi TPP sont notamment les suivants: "emballage pour la vente au détail", "publicité et promotion du tabac" et "nom de variante".
[651] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 4 (définition de "la présente loi"). Voir aussi *ibid*., article 109.
[652] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 70.

ii) un règlement portant application d'une disposition de la présente loi sous une forme modifiée.

2) Sans limiter la portée du sous-article 1), les règlements établis aux fins dudit sous-article pourront préciser ou indiquer l'effet de l'application de la *Loi de 2011 sur l'emballage neutre du tabac*, et de tout règlement établi en vertu de ladite loi, concernant une disposition de la présente loi ou un règlement pris en vertu de la présente loi, y compris en considérant ou en jugeant:

a) que quelque chose s'est produit (ou ne s'est pas produit); ou

b) que quelque chose est avéré (ou n'est pas avéré); ou

c) que quelque chose a (ou n'a pas) un effet particulier.

3) Les règlements établis aux fins du sous-article 1):

a) pourront être incompatibles avec la présente loi; et

b) prévaudront sur la présente loi (y compris tout autre règlement ou instrument établi en vertu de la présente loi) dans la mesure de l'incompatibilité.[653]

7.125. L'exposé des motifs concernant le projet de loi TMA explique ce qui suit:

> Les règlements établis en vertu du nouvel article 231A ne sont pas censés avoir un quelconque effet sur l'application de la Loi sur les marques en ce qui concerne les produits et les services qui ne sont pas régis par la Loi sur l'emballage neutre.[654]

7.126. Cela indique qu'un règlement établi conformément à la Loi TMA est uniquement censé traiter l'incidence potentielle de l'application de la Loi TPP et du Règlement TPP en relation avec les marques dont l'usage est affecté par la Loi TPP – à savoir, celles qui se rapportent aux produits du tabac.

7.127. Un examen des termes de l'article 231A confirme ce point de vue. Spécifiquement, la Loi TMA accorde au gouverneur général le pouvoir d'établir des règlements, qui n'est circonscrit que par l'obligation de les établir "en relation avec l'effet de l'application" de la Loi TPP et du Règlement TPP, qui s'appliquent eux-mêmes en relation avec les produits du tabac, sur une disposition de la Loi TM ou d'un règlement établi en vertu de cette loi.

7.128. Compte tenu de ce qui précède, nous constatons que la Loi TPP et le Règlement TPP s'appliquent à un groupe de produits expressément identifié, à savoir les "produits du tabac" tels que définis[655] par l'article 4.1 de la Loi TPP. Bien que la Loi TMA n'identifie pas expressément les produits auxquels elle s'applique de la même façon, nous comprenons qu'elle s'applique en relation avec le même groupe de produits (à savoir les produits du tabac).

7.2.4.2 Question de savoir si les mesures TPP énoncent une ou plus d'une caractéristique des produits

7.2.4.2.1 Principaux arguments des parties

7.129. Les plaignants soutiennent que les mesures TPP, en particulier la Loi TPP et le Règlement TPP, énoncent des caractéristiques de produits. Selon eux, tant les prescriptions relatives à la marque que les prescriptions de forme[656] des mesures TPP énoncent des prescriptions en matière

[653] Loi TMA (pièces AUS-4, JE-3), annexe 1 2). (note omise)
[654] Exposé des motifs concernant le projet de loi TMA (pièces AUS-5, JE-5), page 1.
[655] Voir les rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.21; et les rapports du Groupe spécial *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 7.114.
[656] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 945; et Honduras, première communication écrite, paragraphes 834 à 840.

d'emballage, de marquage et d'étiquetage.[657] La République dominicaine fait également valoir que les mesures TPP énoncent les caractéristiques pour les produits du tabac, y compris les paquets et cartouches de cigarettes, pour ce qui est de leurs composition, taille, forme, couleur, qui sont appliquées au moyen des "prescriptions administratives applicables" énoncées par les mesures TPP.[658]

7.130. L'Australie admet que les prescriptions concernant les caractéristiques physiques des produits du tabac et des emballages ""énonce[nt] les caractéristiques d'un produit" et/ou "traite[nt] … de terminologie, de symboles, de prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage, pour un produit … donné[]" au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC.[659] Cependant, elle est "très préoccupée par les implications systémiques" de la thèse selon laquelle les prescriptions relatives à la marque peuvent également être examinées au titre de l'Accord OTC.[660] Selon elle, "il n'apparaît pas, d'après son libellé, [que l'Accord OTC] concerne l'exploitation de la propriété intellectuelle"[661], et l'"article 2.2 … ne fait pas du tout référence à l'usage d'une marque mais englobe en fait toutes sortes de "règlements techniques"".[662] L'Australie soutient donc que seules les "prescriptions matérielles" des mesures TPP peuvent à juste titre être examinées au titre de l'article 2.2.[663]

7.131. Les plaignants soutiennent que tant les prescriptions matérielles que les prescriptions relatives à la marque des mesures TPP sont visées par la définition des règlements techniques au titre de l'Accord OTC et qu'elles devraient être examinées conjointement[664], un avis partagé par un "grand nombre" de tierces parties aux présentes procédures, dont "plusieurs appuient résolument [les mesures TPP de l'Australie] par ailleurs".[665] Le Honduras fait valoir que les prescriptions relatives à la marque régissent l'emballage, la présentation et l'apparence des produits du tabac[666], tandis que les prescriptions de format affectent l'emballage des produits du tabac et les produits eux-mêmes.[667] Il soutient que rien dans le texte de l'Annexe 1.1 ne donne à penser que les prescriptions relatives à la marque seraient exclues de la définition des règlements techniques[668], et note qu'"[à] aucun endroit les critères de l'Organe d'appel ne laissent entendre que les mesures affectant les droits de propriété intellectuelle ne relèvent pas de la définition donnée à l'Annexe 1.1".[669] Dans le même ordre d'idées, la République dominicaine fait valoir que l'Australie n'avance pas d'arguments à l'appui de sa position sur la base du texte de l'Annexe 1.1.[670] Selon Cuba, l'Australie n'aborde pas la question de la définition des règlements techniques.[671] À cet égard, la République dominicaine note que l'"absence de termes expresses, tels que "marques" ou "indications géographiques" dans la définition d'un "règlement technique" ne signifie pas que les mesures [TPP] ne peuvent pas être considérées comme des "règlements techniques"".[672] Selon l'Indonésie, "[l]'expression "d'emballage ou d'étiquetage" figurant dans l'Accord OTC n'est pas nuancée" et "[l]'Accord ne se limite pas aux aspects "autres que la propriété intellectuelle" de l'emballage et de l'étiquetage".[673] En fait, l'Indonésie fait valoir qu'"une multitude de sujets pourraient vraisemblablement être pris en compte par un règlement technique et [que] l'Accord OTC ne fait spécifiquement référence à aucun d'entre eux."[674] Par exemple, bien

[657] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 947. Voir aussi Cuba, première communication écrite, paragraphe 395; et Indonésie, première communication écrite, paragraphes 379 et 380.
[658] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 944.
[659] Australie, première communication écrite, paragraphe 507.
[660] Australie, première communication écrite, paragraphe 509.
[661] Australie, première communication écrite, paragraphe 509.
[662] Australie, première communication écrite, paragraphe 510.
[663] Australie, première communication écrite, paragraphe 512.
[664] Honduras, réponse à la question n° 62 du Groupe spécial; République dominicaine, réponse à la question n° 62 du Groupe spécial; Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 190; réponse aux questions n° 1 et 62 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial); Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphes 217, 219 et 294; et réponse à la question n° 62 du Groupe spécial.
[665] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphes 217 à 219 (faisant référence, entre autres, au Canada, à la Chine, à l'Union européenne, au Brésil, au Nicaragua, à la Norvège et à l'Afrique du Sud).
[666] Honduras, première communication écrite, paragraphe 837.
[667] Honduras, première communication écrite, paragraphes 838 et 839.
[668] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 448.
[669] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 452.
[670] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 833.
[671] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 193.
[672] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 827.
[673] Indonésie, réponse à la question n° 115 du Groupe spécial, paragraphe 44.
[674] Indonésie, réponse à la question n° 62 du Groupe spécial, paragraphe 61.

que les "règles d'origine" ne soient mentionnées nulle part dans l'Accord OTC, dans l'affaire *États-Unis – EPO*, le Groupe spécial comme l'Organe d'appel "ont reconnu que l'étiquetage indiquant le pays d'origine était couvert par l'Accord OTC".[675]

7.132. Les plaignants notent également que l'Accord OTC contient des dispositions qui excluent expressément certains objets de son champ d'application. Ils soulignent plus spécifiquement son article 1.4 et 1.5, selon lequel seules les spécifications en matière d'achat qui sont élaborées par des organismes gouvernementaux pour les besoins de la production ou de la consommation d'organismes gouvernementaux et les mesures sanitaires et phytosanitaires n'entrent pas dans le champ d'application de l'Accord OTC.[676] Pour les plaignants, cela indique que "lorsque les rédacteurs ont voulu exclure certains objets de l'Accord OTC, ils l'ont fait expressément".[677]

7.133. Par référence à la deuxième phrase de l'Annexe 1.1, la République dominicaine ajoute que les prescriptions relatives à la marque sont en outre équivalentes "au moins"[678] aux prescriptions en matière d'"emballage", de "marquage" et d'"étiquetage".[679] L'Indonésie partage cet avis.[680] De même, Cuba soutient que les termes "[t]erminologie, … symboles, … emballage, … marquage ou … étiquetage"[681] couvrent aussi les prescriptions relatives à la marque des mesures TPP. Le Honduras et l'Indonésie ajoutent que les termes de la deuxième phrase ne sont "pas nuancés" et ne mentionnent pas une exception relative à la marque.[682] La République dominicaine souligne que la deuxième phrase de l'Annexe 1.1 a été interprétée isolément pour constater qu'un document pouvait être considéré comme un règlement technique.[683]

7.134. L'Australie répond que la "terminologie, [les] symboles, [les] prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage" dans le cadre de la deuxième phrase de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC doivent communiquer des renseignements sur une caractéristique intrinsèque d'un produit. Selon elle, "une interprétation correcte du champ d'un "règlement technique" englobe les mesures qui réglementent les caractéristiques intrinsèques d'un produit ou les caractéristiques physiques de son emballage, ainsi que la terminologie, les symboles, l'emballage, les inscriptions ou les étiquettes, *dans la mesure où ils donnent des renseignements sur les caractéristiques intrinsèques du produit*".[684] Bien qu'elle reconnaisse que "[l]a fonction d'une marque est de distinguer les produits d'une entreprise de ceux d'une autre entreprise au cours d'opérations commerciales" et que "[c]ertains symboles donnant des renseignements sur une caractéristique d'un produit peuvent … être protégés par une marque", elle indique que "[r]ien dans les prescriptions relatives à la marque imposées par l[es] mesure[s] [TPP] ne réglemente les renseignements qu'une marque peut ou non donner sur les caractéristiques intrinsèques des produits du tabac".[685] Elle soutient que "[s]elon une interprétation correcte de la deuxième phrase de l'Annexe 1.1, … une mesure ne constitue un "règlement technique" que dans la mesure où elle réglemente les renseignements qu'un symbole peut ou non donner sur une caractéristique intrinsèque d'un produit".[686]

---

[675] Indonésie, réponse à la question n° 115 du Groupe spécial, paragraphe 39.

[676] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 449; République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 830; Cuba, réponse aux questions n° 1 (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial) et n° 115 du Groupe spécial; Indonésie, réponse à la question n° 115 du Groupe spécial.

[677] Indonésie, réponse à la question n° 115 du Groupe spécial, paragraphe 44. Voir aussi Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 449; République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 830; Cuba, réponse aux questions n° 1 (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial) et n° 115 du Groupe spécial; et Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 214.

[678] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 823.

[679] République dominicaine, réponse à la question n° 115 du Groupe spécial; et deuxième communication écrite, paragraphe 823.

[680] Indonésie, première communication écrite, paragraphes 379 et 380.

[681] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 195.

[682] Honduras, réponse à la question n° 115 du Groupe spécial; Indonésie, réponse à la question n° 115 du Groupe spécial; et deuxième communication écrite, paragraphe 214.

[683] République dominicaine, réponse à la question n° 115 du Groupe spécial; et deuxième communication écrite, paragraphe 822.

[684] Australie, réponse à la question n° 72 du Groupe spécial, paragraphe 197. (pas d'italique dans l'original)

[685] Australie, réponse à la question n° 72 du Groupe spécial, paragraphe 198.

[686] Australie, réponse à la question n° 72 du Groupe spécial, paragraphe 198.

7.135. Selon Cuba, les mesures TPP énoncent des caractéristiques tant "intrinsèque[s]" que connexes, comme les prescriptions en matière d'emballage, de marquage et d'étiquetage, pour les produits du tabac.[687] Le Honduras et l'Indonésie ajoutent que l'Organe d'appel a expliqué que les caractéristiques d'un produit pouvaient inclure non seulement les particularités et qualités intrinsèques du produit lui-même, mais aussi des caractéristiques connexes, telles que les moyens d'identification, la présentation et l'apparence d'un produit.[688] Le Honduras, la République dominicaine et Cuba rappellent que, dans l'affaire *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, l'Australie elle-même a fait valoir qu'une prescription en matière d'étiquetage affectant l'utilisation d'une IG, qui est un droit de propriété intellectuelle couvert par l'Accord sur les ADPIC, était un règlement technique au regard de l'Accord OTC, et que le Groupe spécial a souscrit à cette position.[689]

7.2.4.2.2 Analyse du Groupe spécial

7.136. L'Annexe 1.1 de l'Accord OTC définit l'expression "règlement technique" comme suit:

> Document *qui énonce les caractéristiques d'un produit* ou les procédés et méthodes de production s'y rapportant, y compris les dispositions administratives qui s'y appliquent, dont le respect est obligatoire. *Il peut aussi traiter en partie ou en totalité de terminologie, de symboles, de prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage, pour un produit, un procédé ou une méthode de production donnés*. (pas d'italique dans l'original)

7.137. Comme l'Organe d'appel l'indique, "[l]'élément essentiel de la définition d'un "règlement technique" est qu[e] [le] "document" [considéré] doit "énoncer" – à savoir, exposer, stipuler ou prévoir – les "*caractéristiques* d'un produit".[690] L'Organe d'appel a interprété l'expression "caractéristiques d'un produit" de la façon suivante:

> Le terme "caractéristique" a un certain nombre de synonymes qui peuvent aider à comprendre son sens ordinaire, dans ce contexte. Ainsi, les "caractéristiques" d'un produit incluent, à notre avis, les "particularités", "qualités", "attributs", ou autre "marque distinctive" objectivement définissables d'un produit. Ces "caractéristiques" pourraient concerner, entre autres, la composition, la dimension, la forme, la couleur, la texture, la dureté, la ténacité, l'inflammabilité, la conductivité, la densité ou la viscosité d'un produit. Dans la définition d'un "règlement technique" figurant à l'Annexe 1.1, l'*Accord OTC* lui-même donne certains exemples de "caractéristiques d'un produit": "terminologie, … symboles, … prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage". Ces exemples indiquent que les "caractéristiques d'un produit" incluent non seulement les particularités et qualités intrinsèques du produit lui-même, mais aussi des caractéristiques connexes, telles que les moyens d'identification, la présentation et l'apparence d'un produit. … Par ailleurs, nous notons que la définition d'un "règlement technique" prévoit qu'un tel règlement "peut aussi traiter en partie ou *en totalité* de terminologie, de symboles, de prescriptions en matière d'emballage, de marquage *ou* d'étiquetage". (pas d'italique dans l'original) L'utilisation ici de l'expression "en totalité" et de la conjonction disjonctive "ou" indique qu'un "règlement technique" peut se limiter à énoncer seulement une ou quelques "caractéristiques d'un produit".[691]

---

[687] Cuba, première communication écrite, paragraphe 395; et réponse à la question n° 1 du Groupe spécial.

[688] Honduras, première communication écrite, paragraphe 791; et Indonésie, réponse à la question n° 115 du Groupe spécial.

[689] Honduras, réponse à la question n° 115 du Groupe spécial; deuxième communication écrite, paragraphe 450 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphes 7.433 et 7.459); République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 834; Cuba, réponse à la question n° 1 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial); deuxième communication écrite, paragraphe 192; et réponse à la question n° 115 du Groupe spécial. Voir aussi Indonésie, première communication écrite, paragraphe 378; et deuxième communication écrite, paragraphe 213.

[690] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 67. (italique dans l'original)

[691] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 67. (italique dans l'original)

7.138. Nous notons que ces ""caractéristiques d'un produit" peuvent … être prescrites ou imposées, en ce qui concerne les produits, sous une forme soit positive, soit négative":

> [L]e document peut prévoir, d'une manière positive, que les produits *doivent posséder* certaines "caractéristiques", ou bien, d'une manière négative, que les produits *ne doivent pas posséder* certaines "caractéristiques". Dans les deux cas, la conséquence juridique est la même: le document "énonce" certaines "caractéristiques" contraignantes en ce qui concerne les produits, dans un cas d'une manière affirmative et, dans l'autre, par inférence négative.[692]

7.139. De même, en règle générale, "la détermination du point de savoir si une mesure constitue un règlement technique "doit se faire à la lumière des caractéristiques de la mesure en cause et des circonstances de l'affaire""[693], et "cette analyse devrait donner un poids particulier aux "aspect[s] intégr[aux] et essenti[els]" de la mesure".[694]

7.140. En ce qui concerne les mesures en cause, telles qu'elles sont présentées dans la section 2.1.2, les prescriptions de la Loi TPP et du Règlement TPP, appliquées conjointement avec d'autres prescriptions législatives qui ne sont pas contestées dans les présentes procédures (comme celles qui concernent les mises en garde sanitaires explicites), ont pour effet cumulé d'imposer que les produits du tabac (y compris leur emballage pour la vente au détail) se présentent d'une manière normalisée, comme il est décrit dans la section 2.1.2.3.7. Les éléments des mesures TPP qui prescrivent que les produits du tabac (y compris leur emballage pour la vente au détail) se présentent de cette manière uniforme, considérés conjointement, constituent les aspects intégraux et essentiels de la Loi TPP et du Règlement TPP.[695] Nous donnons donc un poids particulier à ces éléments dans l'évolution du point de savoir si les mesures TPP énoncent une ou plus d'une caractéristique des produits.

7.141. Comme nous l'avons observé dans la section 2.1.2.4, la Loi TPP et le Règlement TPP réglementent plusieurs éléments de l'apparence des *produits du tabac* eux-mêmes. Spécifiquement, l'article 26 de la Loi TPP dispose qu'aucune marque ou inscription ne peut apparaître où que ce soit sur un produit du tabac hormis ce qui est permis par le Règlement TPP.[696] En outre, l'article 27 de la Loi TPP dispose que le Règlement TPP pourra énoncer des prescriptions additionnelles en relation avec l'apparence des produits du tabac.[697] Ainsi, la section 3.1 du Règlement TPP énonce des prescriptions concernant les cigarettes. Comme cela a été indiqué[698], elle réglemente la couleur de l'enveloppe en papier[699], le marquage des cigarettes avec un code alphanumérique[700] et la couleur des bouts filtres.[701] La section 3.2 du Règlement TPP énonce des prescriptions en ce qui concerne d'autres produits du tabac, y compris les cigares, et indique la couleur et la teneur (pour ce qui est du nom de la marque, de la raison sociale ou du nom de variante) de la seule bague qui peut être placée autour du cigare.[702] Les prescriptions de la Loi TPP incluent également une "prohibition visant la présence, en général, de marques sur les produits du tabac eux-mêmes".[703]

7.142. Par conséquent, nous constatons qu'en énonçant les prescriptions concernant l'apparence des produits du tabac de cette manière, la Loi TPP et le Règlement TPP, appliqués conjointement, énoncent les caractéristiques pour les produits du tabac.

---

[692] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 69. (italiques dans l'original)
[693] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.19 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 188 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 64; et *CE – Sardines*, paragraphes 192 et 193)).
[694] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.19 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 72).
[695] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.19.
[696] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 26.
[697] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 27 1) b).
[698] Voir plus haut la section 2.1.2.4.1.
[699] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 3.1.1.
[700] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 3.1.2 2).
[701] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 3.1.3.
[702] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règles 3.2.1 1) à 3.2.1 3).
[703] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 17.

7.143. Comme il est indiqué dans la section 2.1.2.3, la Loi TPP et le Règlement TPP énoncent également des prescriptions détaillées régissant l'*emballage* pour la vente au détail des produits du tabac. Spécifiquement, les "prescriptions concernant les produits du tabac" qui sont énoncées dans la partie 2 du chapitre 2 de la Loi TPP et précisées dans le Règlement TPP régissent l'emballage des produits du tabac. Selon la présentation simplifiée du chapitre 2[704], la partie 2 de ce chapitre "énonce des prescriptions régissant l'emballage pour la vente au détail et l'apparence des produits du tabac"[705], y compris en matière d'emballage, les "caractéristiques physiques de l'emballage pour la vente au détail", les "couleur et finition de l'emballage pour la vente au détail", les "inscriptions sur l'emballage pour la vente au détail (y compris une prohibition visant les marques qui apparaissent généralement sur l'emballage pour la vente au détail)", les "enveloppes" et l'"emballage pour la vente au détail après la vente au détail".[706] Par conséquent, nous constatons que la Loi TPP et le Règlement TPP, appliqués conjointement, énoncent des caractéristiques de produits en réglementant l'emballage des produits du tabac.

7.144. En outre, les prescriptions clés tant de la Loi TPP que du Règlement TPP concernent la *terminologie* et les *symboles* qui peuvent apparaître sur les produits du tabac ou leur emballage. Par exemple, la Loi TPP[707] et le Règlement TPP[708] contiennent des "[p]rescriptions [détaillées] concernant le nom de la marque, la raison sociale, le nom de la société, ou le nom de variante"[709] et la présence de noms sur l'emballage des produits du tabac. En ce qui concerne les symboles et le marquage, aux termes de la définition donnée dans la Loi TPP, les inscriptions "inclu[ent] (sans limitation) les lignes, lettres, chiffres, symboles, illustrations ou images quels qu'ils soient; mais (sauf dans les cas où elle[s] [font] référence à une marque) n'inclus[ent] pas de marque".[710] La Loi TPP et le Règlement TPP contiennent des prescriptions détaillées concernant, entre autres choses, les "marques ou inscriptions sur l'emballage pour la vente au détail"[711], les "inscriptions concernant l'origine"[712], une "inscription concernant le calibrage"[713], l'"indication de quantité"[714], l'"indication du nom et de l'adresse sur l'emballage"[715], une "inscription sur l'enveloppe permettant de cacher le code-barres"[716] et le "code alphanumérique pour les cigarettes".[717] En outre, comme cela a été mentionné, la Loi TPP et le Règlement TPP contiennent un large éventail de "[p]rescriptions régissant l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac"[718] concernant des éléments aussi divers que les "[c]aractéristiques physiques"[719], les "[c]ouleur et finition de l'emballage pour la vente au détail"[720], les "[m]arques et inscriptions sur l'emballage pour la vente au détail"[721], les "[n]om commercial, raison sociale, nom de la société et nom de variante" sur l'emballage du tabac[722], les "[e]nveloppes"[723] et les "[é]léments insérés et éléments apposés".[724] Enfin, l'*étiquetage* est réglementé à certains égards: par exemple, dans le contexte des "[é]léments insérés et éléments apposés", le Règlement TPP contient des prescriptions relatives aux "mises en garde sanitaires sur une étiquette adhésive".[725] Pour ce qui est de chacune de ces

[704] Selon l'exposé des motifs concernant le projet de loi de 2011 sur l'emballage neutre du tabac, la "partie 1 (clause 17) contient une présentation simplifiée du chapitre 2 pour faciliter la compréhension des clauses pertinentes". Exposé des motifs concernant le projet de loi TPP (pièces AUS-2, JE-7), page 12.

[705] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 17.

[706] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 17. Ces expressions correspondent en grande partie aux titres de la section 1 du chapitre 2, partie 2, de la Loi TPP, intitulée "Prescriptions régissant l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac".

[707] Voir la Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 21.

[708] Voir le Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 2.4.1.

[709] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 21, titre.

[710] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 4, définition d'une "inscription".

[711] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), section 2.3, titre. Voir aussi la Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 20.

[712] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 2.3.2, titre.

[713] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 2.3.3, titre.

[714] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 2.3.4, titre.

[715] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 2.3.8, titre.

[716] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 2.5.1, titre.

[717] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 3.1.2, titre.

[718] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), chapitre 2, partie 2, section 1, titre. Voir aussi le Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), partie 2, titre.

[719] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), partie 2, section 2.1, titre.

[720] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), partie 2, section 2.2, titre.

[721] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), partie 2, section 2.3, titre.

[722] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), partie 2, section 2.4, titre.

[723] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), partie 2, section 2.5, titre.

[724] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), partie 2, section 2.6, titre.

[725] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), partie 2, section 2.6.1, titre.

prescriptions, la Loi TPP et/ou le Règlement TPP énoncent les prescriptions auxquelles il faut satisfaire pour qu'un produit du tabac soit légalement mis sur le marché en Australie. Ces prescriptions équivalent donc à une "terminologie, de[s] symboles, de[s] prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage" au sens de la deuxième phrase de l'Annexe 1.1.

7.145. Comme il est indiqué plus haut, parmi les prescriptions concernant l'apparence de l'emballage du tabac qu'elle énonce, la Loi TPP contient une "[p]rohibition visant les marques et inscriptions qui apparaissent généralement sur l'emballage pour la vente au détail"[726] des produits du tabac, associée à des règles portant sur les "[m]arques et inscriptions autorisées".[727] En outre, la Loi TPP dispose qu'"[a]ucune inscription" et "[a]ucune marque ne peut apparaître nulle part sur un produit du tabac hormis ce qui est permis par le Règlement".[728] Le Règlement TPP précise ces règles.[729] En réglementant l'apparence et l'emballage des produits du tabac, la Loi TPP et le Règlement TPP ont comme fonction essentielle de traiter de manière exhaustive la façon dont les signes tant dénominatifs que figuratifs, qu'ils soient ou non protégés en tant que marques, apparaîtront ou n'apparaîtront pas, c'est-à-dire quelle "terminologie" et quels "symboles" peuvent être représentés sur les produits du tabac et leur emballage, et comment. Les prescriptions relatives à la marque de la Loi TPP et du Règlement TPP correspondent à plusieurs exemples de caractéristiques d'un produit figurant dans la deuxième phrase de l'Annexe 1.1: ""terminologie, … symboles, … prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage …"".

7.146. L'Australie soutient que "[s]elon une interprétation correcte de la deuxième phrase de l'Annexe 1.1, une mesure ne constitue un "règlement technique"' que dans la mesure où elle réglemente les renseignements qu'un symbole peut ou non donner sur une caractéristique intrinsèque du produit".[730] Selon elle, "il n'est pas nécessaire qu'une marque se rapporte à une quelconque caractéristique ou qualité intrinsèque du produit protégé par elle, ou à un procédé ou une méthode de production s'y rapportant, pour remplir ces fonctions".[731]

7.147. Nous rappelons que la deuxième phrase de la définition d'un "règlement technique" indique qu'un règlement technique "peut aussi traiter en partie ou *en totalité* de terminologie, de symboles de prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage".[732] L'emploi des mots "aussi traiter en partie" et "traiter … en totalité de" au début de cette phrase indique que cette dernière inclut des éléments qui *s'ajoutent à* ceux qui sont visés par la première phrase et peuvent être *distincts de* ceux-ci.[733]

7.148. En outre, l'Organe d'appel a constaté que "[l]es exemples [figurant dans la deuxième phrase de l'Annexe 1.1] indiqu[aient] que les "caractéristiques d'un produit" inclu[aient] non seulement les particularités et qualités intrinsèques du produit lui-même, mais aussi des "caractéristiques" connexes, telles que les moyens d'identification, la présentation et l'apparence d'un produit".[734] Il l'a réaffirmé[735] dans l'affaire *CE – Sardines*, ajoutant que "[e]n tout état de

[726] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 20.
[727] Voir la Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 20 3).
[728] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 26 1) et 2).
[729] Voir le Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), partie 2, section 2.3 (intitulée "Marques ou inscriptions sur l'emballage pour la vente au détail"), section 2.4 (intitulée "Nom de la marque, raison sociale, nom de la société et nom de variante"), et partie 3 (intitulée "Prescriptions concernant l'apparence des produits du tabac").
[730] Australie, réponse à la question n° 72 du Groupe spécial, paragraphe 198.
[731] Australie, réponse à la question n° 72 du Groupe spécial, paragraphe 198.
[732] Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 67. (italique dans l'original)
[733] Voir les rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.14, en ce qui concerne la même phrase de l'Annexe 1.1.
[734] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 67. Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a conclu que la mesure en cause énonçait une ou plus d'une "caractéristique d'un produit". *Ibid.*, paragraphe 74. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 189 (citant le rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 67). Dans l'affaire *CE – Sardines*, l'Organe d'appel a souscrit à la conclusion du Groupe spécial selon laquelle la mesure en cause énonçait une ou plus d'une "caractéristique d'un produit". *Ibid.*, paragraphe 193.
[735] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 189 (citant le rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 67). Dans l'affaire *CE – Sardines*, l'Organe d'appel a souscrit à la conclusion du Groupe spécial selon laquelle la mesure en cause énonçait une ou plus d'une "caractéristique d'un produit". *Ibid.*, paragraphe 193.

cause, … un "moyen d'identification" [*était*] une caractéristique d'un produit"[736] en soi. En particulier, "les caractéristiques d'un produit incluent non seulement "les particularités et qualités intrinsèques du produit", mais aussi celles qui *lui* sont connexes, telles que les "moyens d'identification"".[737]

7.149. Une "caractéristique" au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC pourrait concerner, entre autres choses, "les "particularités", "qualités", "attributs", ou autre "marque distinctive" objectivement définissables d'un produit"; "terminologie, … symboles, … prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage"; ainsi que les caractéristiques "connexes" du produit lui-même, telles que les "moyens d'identification, la présentation et l'apparence d'un produit".[738] Cette définition des "caractéristiques" est suffisamment large pour englober les prescriptions relatives à la terminologie, au marquage ou à l'étiquetage qui affectent la façon dont un signe, y compris un signe protégé en tant que marque, peut figurer sur le produit pertinent.

7.150. En outre, comme il a été indiqué plus haut, les aspects intégraux et essentiels des mesures TPP consistent à garantir que les produits du tabac (y compris leur emballage) se présentent de la manière uniforme décrite plus haut, c'est-à-dire d'une manière spécifique prescrite du point de vue de la forme, des polices de caractères et couleurs, et des autres caractéristiques. Ces prescriptions régissent tous les aspects "[d]es moyens d'identification, [de] la présentation et [de] l'apparence" des produits du tabac, ainsi que l'ensemble de la "terminologie, de[s] symboles, de[s] prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage" pour les produits du tabac et leur emballage pour la vente au détail, à l'exception de ceux qui sont régis par des mesures qui ne sont pas en cause dans les présentes procédures. Le fait que la portée de ces mesures est si large qu'elle englobe l'ensemble de ces éléments, y compris, entre autres, l'affichage sur le produit de signes protégés en tant que marques, ne change rien au fait que leurs aspects intégraux et essentiels concernent "les moyens d'identification, la présentation et l'apparence" des produits du tabac, ainsi que l'ensemble de la "terminologie, de[s] symboles, de[s] prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage"; pas plus que cela ne modifie ni ne diminue, selon nous, la portée de la définition au titre de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC.

7.151. Nous notons à cet égard l'analyse du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, qui a examiné si une mesure exigeant que le pays d'origine soit clairement et visiblement indiqué sur l'étiquette énonçait les "caractéristiques d'un produit" au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC:

> Les parties ne sont pas d'accord sur le point de savoir si le deuxième alinéa de l'article 12, paragraphe 2, énonce *une caractéristique d'un produit*. Le Groupe spécial relève qu'il énonce expressément une prescription qui concerne ce qui doit être indiqué sur "l'étiquette" d'un produit. C'est une prescription en matière d'étiquetage. La deuxième phrase de la définition d'un "règlement technique" à l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC fait expressément référence aux "prescriptions en matière … d'étiquetage" à titre d'exemple de règlement technique.
>
> Le Groupe spécial relève que cet exemple figurant dans la définition de l'Annexe 1.1 est nuancé par les mots "pour un produit, un procédé ou une méthode de production donnés". Le texte ne limite pas la portée de l'exemple en disant ce que doivent indiquer les étiquettes pour constituer un règlement technique. Il explique plutôt à quoi "s'appliquent" les prescriptions en matière d'étiquetage. Cela signifie simplement qu'une prescription concernant l'étiquette d'un produit est une prescription en matière d'étiquetage qui s'applique à un produit. Le contexte montre que le sujet de la deuxième phrase, "[i]l" fait référence au nom "[d]ocument" tel qu'il est qualifié par la proposition relative commençant par "qui énonce" et se terminant par le mot "obligatoire". Si ce n'était pas le cas, le membre de phrase indiquant que "le respect est obligatoire", par exemple, ne s'appliquerait pas aux éléments mentionnés dans la deuxième phrase, ce qui serait contraire à l'objet et au but des obligations concernant les règlements techniques. En conséquence, un document qui "traite[] … en totalité … de prescriptions en matière … d'étiquetage, pour un produit" peut être un exemple

[736] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 191 (italique dans l'original) (citant le rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 67, note de bas de page 15).
[737] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 189. (pas d'italique dans l'original)
[738] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 67.

> d'un "[d]ocument qui énonce les caractéristiques d'un produit". La question n'est pas de déterminer si le contenu de l'étiquette fait référence à une caractéristique d'un produit: l'étiquette apposée sur un produit *est* une caractéristique d'un produit. Par conséquent, le deuxième alinéa de l'article 12, paragraphe 2, du Règlement traite exclusivement d'une prescription en matière d'étiquetage "pour un produit".[739]

7.152. Le Groupe spécial a conclu qu'"un document qui énon[çait] une prescription voulant que l'étiquette d'un produit contienne un élément particulier énon[çait] en fait une caractéristique d'un produit".[740] Il a trouvé des éléments à l'appui de cette interprétation dans une décision du Comité OTC, aux termes de laquelle les Membres sont convenus de ce qui suit:

> Conformément à l'article 2.9 de l'Accord, les Membres sont tenus de notifier toutes les prescriptions obligatoires en matière d'étiquetage qui ne sont pas fondées en substance sur une norme internationale pertinente et qui peuvent avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres. Cette obligation ne dépend pas du genre de renseignements qui figurent sur l'étiquette, qu'ils s'apparentent à une spécification technique ou non.[741]

7.153. En l'espèce, le fait que la teneur des prescriptions en matière d'étiquetage et de marquage en cause se rapporte en partie à l'usage de signes protégés en tant que marques ne signifie pas qu'elles ne constituent plus des "prescriptions en matière d'étiquetage" et donc une "caractéristique d'un produit", au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC.

7.154. En outre, comme l'ont observé certains des plaignants[742], l'Accord OTC contient quelques exclusions explicites concernant les mesures qui ne relèvent pas de la définition d'un "règlement technique". Ces exclusions concernent les mesures sanitaires ou phytosanitaires[743] et les "spécifications en matière d'achat qui sont élaborées par des organismes gouvernementaux pour les besoins de la production ou de la consommation d'organismes gouvernementaux".[744] Il n'existe pas d'exclusions analogues pour la terminologie, les symboles, les marquages et les autres éléments protégés par des droits de propriété intellectuelle. De même, en définissant le champ des différends relevant de l'Accord OTC qui sont soumis au Mémorandum d'accord, l'article 14.1 de l'Accord OTC fait référence à "*toute question concernant* le fonctionnement [de l'Accord OTC]" (pas d'italique dans l'original). Cette définition large donne plutôt à penser que toutes les prescriptions qui relèvent de la définition d'un règlement technique devraient relever du mécanisme de règlement des différends, et non que des types spécifiques de prescriptions devraient être exclus du champ de la définition d'un règlement technique au titre de l'Annexe 1.1 ou du champ de l'examen au titre de l'Accord OTC, dans le contexte d'une procédure de règlement des différends.

7.155. Un examen de l'objet et du but de l'Accord OTC ne nous amène pas à formuler une conclusion différente. Le cinquième considérant du préambule[745] de l'Accord OTC mentionne le "[d]ésir … [des Membres] … de faire en sorte que les règlements techniques …, y compris les prescriptions en matière d'emballage, de marquage et d'étiquetage … ne créent pas d'obstacles non nécessaires au commerce international". La mention explicite et non nuancée des règlements techniques, précisée par le membre de phrase "y compris les prescriptions en matière d'emballage, de marquage et d'étiquetage" dans cette disposition du préambule[746] n'indique pas

---

[739] Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie),* paragraphes 7.448 et 7.449. (italique dans l'original)

[740] Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.451.

[741] Voir Comité des obstacles techniques au commerce, "Décisions et recommandations adoptées par le Comité depuis le 1er janvier 1995", G/TBT/1/Rev.8 (23 mai 2003), cité dans le rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.451.

[742] Voir Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 457; République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 830 à 832; et Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 214.

[743] Aux termes de l'article 1.5 de l'Accord OTC, "[l]es dispositions du présent accord ne s'appliquent pas aux mesures sanitaires et phytosanitaires telles qu'elles sont définies à l'Annexe A de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires."

[744] Aux termes de l'article 1.4 de l'Accord OTC, "[l]es spécifications en matière d'achat qui sont élaborées par des organismes gouvernementaux pour les besoins de la production ou de la consommation d'organismes gouvernementaux ne sont pas assujetties aux dispositions du présent accord, mais sont couvertes par l'Accord sur les marchés publics".

[745] Selon l'Organe d'appel, "[l]e préambule de l'*Accord OTC* … éclaire … l'objet et le but de l'Accord". Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 89.

[746] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 92.

non plus une intention d'exclure les prescriptions relatives aux signes protégés en tant que marques du champ des "règlements techniques", ou de l'Accord OTC en général. Bien que le sixième considérant de l'Accord OTC[747] "contrebalan[ce] l'objectif de libéralisation du commerce exprimé dans le cinquième considérant"[748], l'"équilibre établi dans le préambule de l'Accord OTC", en particulier dans ses cinquième et sixième considérants, se situe "entre le désir d'éviter de créer des obstacles non nécessaires au commerce international et … la reconnaissance du droit des Membres de réglementer".[749] Cela ne suggère pas un examen du point de savoir si les prescriptions en cause concernent des signes qui peuvent aussi être protégés en tant que marques, ou que ces signes sont exclus du champ d'application de l'Accord. Nous ne considérons donc pas que le fait que certaines des prescriptions spécifiques contenues dans les mesures TPP se rapportent aux marques devrait en soi nous amener à conclure que celles-ci ne peuvent pas être visées par les disciplines de l'Accord OTC, ou spécifiquement par l'article 2.2, dès lors qu'elles remplissent par ailleurs les critères pertinents énoncés à l'Annexe 1.1.

7.156. Nous notons en outre que l'opinion exposée ci-dessus n'implique pas que toutes les prescriptions se rapportant à l'usage des marques seraient visées par les disciplines de l'Accord OTC concernant les règlements techniques. La définition d'un "règlement technique" figurant à l'Annexe 1.1 couvre la terminologie, les symboles et les prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage "pour un produit … donné[]". Cela limite la portée de la définition, dans la mesure où cette dernière exclut les cas dans lesquels les terminologies, les symboles et les prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage ne s'appliquent pas "pour un produit … donné[]". Par exemple, la définition ne traite pas de l'existence, de la portée et de l'exercice des droits de propriété[750] en tant que tels, qui sont traités séparément dans l'Accord sur les ADPIC.

7.157. Dans l'ensemble, compte tenu des caractéristiques des mesures en cause et des circonstances de l'espèce, les prescriptions de la Loi TPP et du Règlement TPP concernant l'usage des marques des produits du tabac et de leur emballage sont une composante d'un ensemble plus large de prescriptions qui, par essence, visent à réglementer d'une manière exhaustive l'apparence des produits du tabac et l'emballage du tabac, dans le but de les rendre uniformément "neutre[s]". Par conséquent, les "aspects intégr[aux] et essenti[els]" des mesures TPP consistent à réglementer de façon exhaustive l'apparence des produits du tabac et de leur emballage pour la vente au détail. Comme il est indiqué plus haut, cela implique en général la réglementation de l'utilisation des couleurs, des formes et des autres signes et caractéristiques sur l'emballage du tabac et les produits du tabac en question. C'est dans ce contexte plus large que sont imposées des prescriptions spécifiques qui affectent l'affichage, sur ces produits et leur emballage, de signes qui peuvent aussi être protégés en tant que marques. Si l'on considère les mesures TPP dans leur ensemble, donc, ces prescriptions ne sont qu'un aspect de la réglementation, au moyen de ces mesures, de l'apparence, de l'étiquetage et de l'emballage des produits du tabac, qui relèvent tous du champ de ce qui constitue un "règlement technique" au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC.

7.158. Sur la base de ce qui précède, nous constatons que la Loi TPP et le Règlement TPP, en énonçant des prescriptions concernant l'apparence et l'emballage des produits du tabac, y compris des prescriptions concernant la façon dont les marques peuvent figurer sur les produits du tabac et leur emballage, énoncent des caractéristiques de produits au sens de l'Annexe 1.1.

---

[747] Le sixième considérant du préambule de l'Accord OTC dispose ce qui suit:

> *Reconnaissant* que rien ne saurait empêcher un pays de prendre les mesures nécessaires pour assurer la qualité de ses exportations, ou nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, à la préservation des végétaux, à la protection de l'environnement, ou à la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, aux niveaux qu'il considère appropriés, sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre des pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, et qu'elles soient par ailleurs conformes aux dispositions du présent accord.

[748] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 95.
[749] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 96.
[750] Voir le paragraphe b) du deuxième considérant du préambule et la note de bas de page 3 de l'Accord sur les ADPIC.

7.159. Pour ce qui est de la Loi TMA, nous notons que son texte n'énonce aucune caractéristique de produit. De fait, il nous apparaît que la Loi TMA n'a pas pour but d'énoncer des prescriptions de ce type. Comme il est expliqué dans l'exposé des motifs concernant le projet de loi TMA, "[l]e nouveau sous-article 231A 1) de la Loi sur les marques permettra d'établir des règlements en vertu de la Loi sur les marques, pour réglementer l'effet de l'application de la [Loi TPP], et [du Règlement TPP] établi en vertu de cette loi, sur la Loi sur les marques et le Règlement sur les marques".[751]

7.2.4.3 Question de savoir si le respect des mesures TPP est obligatoire

7.2.4.3.1 Principaux arguments des parties

7.160. Les plaignants font valoir que les mesures TPP sont "obligatoire[s]" au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC. Selon le Honduras, cela s'applique à la fois aux "prescriptions relatives à la marque et [aux] prescriptions de format" des mesures TPP étant donné que celles-ci réglementent les caractéristiques des produits "d'une manière contraignante et obligatoire".[752] La République dominicaine[753] et l'Indonésie[754] se réfèrent toutes deux à l'interprétation du terme "obligatoire"[755], et l'Indonésie se réfère également à l'interprétation du mot "respect" donnée par l'Organe d'appel.[756] Tous les plaignants mentionnent les mécanismes d'application et les sanctions au titre des mesures TPP, en particulier le chapitre 3 de la Loi TPP, et la façon dont ces mécanismes et ces sanctions ont été pris en compte dans des différends antérieurs.[757] Cuba ajoute que l'article 18 1) de la Loi TPP[758] démontre que les mesures TPP sont obligatoires "d'après [leurs] propres termes".[759] De même, l'Indonésie[760] fait référence à la présentation simplifiée de la Loi TPP, qui dispose que "[l']emballage pour la vente au détail et l'apparence des produits du tabac doivent être conformes aux prescriptions de la … [L]oi [TPP]".[761] Elle fait aussi référence à l'emploi des verbes "must" (doit) et "must not" (ne doit pas) "tout au long" du Règlement TPP[762], tandis que le Honduras se réfère aux mêmes termes figurant tant dans la Loi TPP que dans le Règlement TPP[763], ainsi qu'à des différends antérieurs dans lesquels les verbes modaux employés dans la mesure contestée avaient servi à constater le caractère obligatoire de celle-ci.[764]

---

[751] Exposé des motifs concernant le projet de loi TMA (pièces AUS-5, JE-5), note concernant l'annexe 1, point 2, page 3.

[752] Honduras, première communication écrite, paragraphe 841. Voir aussi *ibid*., paragraphe 791 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 68).

[753] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 948.

[754] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 381.

[755] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 185 (définition du mot "obligatoire").

[756] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 381.

[757] Honduras, première communication écrite, paragraphe 791 (faisant référence aux mécanismes d'application et aux rapports du Groupe spécial *États-Unis – EPO*, paragraphes 7.157 à 159); première communication écrite, paragraphes 843 et 844 (indiquant les mécanismes d'application); première communication écrite, paragraphe 845 (faisant référence à la jurisprudence sur les mécanismes d'application); République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 948 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 72, et notant le caractère obligatoire et exécutoire assuré par des sanctions pénales par référence au rapport du Groupe spécial *CE – Sardines*, paragraphe 7.30); première communication écrite, paragraphe 949 (notant les infractions et les sanctions civiles en cas de non-conformité des produits du tabac ou de l'emballage pour la vente au détail, par référence au chapitre 3 de la Loi TPP et *ibid*., annexe I); Cuba, première communication écrite, paragraphe 396 et section II.B.4 (notant que le respect est "obligatoire" étant donné que le non–respect des mesures TPP peut faire l'objet de sanctions civiles et pénales); et Indonésie, première communication écrite, paragraphe 383 (faisant référence au chapitre 3 de la Loi TPP).

[758] L'article 18 1) de la Loi TPP dispose ce qui suit: "[l']emballage pour la vente au détail des produits du tabac doit être conforme aux prescriptions suivantes". Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 18 1).

[759] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 194.

[760] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 382.

[761] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), page 14.

[762] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 383.

[763] Honduras, première communication écrite, paragraphe 842.

[764] Honduras, première communication écrite, paragraphe 791 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.39); et première communication écrite, paragraphe 842 (faisant référence aux rapports du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.39; et *États-Unis – EPO*, paragraphes 7.157 à 159).

7.161. L'Australie admet que les "prescriptions matérielles" des mesures TPP sont des règlements techniques "entrant dans le champ d'application de l'Accord OTC" étant donné que le "respect de ces prescriptions est obligatoire".[765] Lorsqu'elle avance des arguments systémiques concernant les prescriptions relatives à la marque des mesures TPP, elle ne dit rien sur le point de savoir si elle considère que ces prescriptions sont obligatoires.

7.2.4.3.2 Analyse du Groupe spécial

7.162. Comme la République dominicaine[766] et l'Indonésie[767] le signalent, dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, l'Organe d'appel a défini comme suit les termes "mandatory" (obligatoire) et "compliance" (respect):

> Le substantif "compliance" (respect) est défini comme signifiant "[t]he action of complying"[768] (l'action de respecter). Le verbe "comply" (respecter) désigne un "[a]ct in accordance with or with a request, command, etc."[769] (agir conformément à, ou avec, une demande, un ordre, etc.). Le mot "mandatory" (obligatoire) signifie "obligatory in consequence of a command, compulsory"[770] (impératif par suite d'un ordre, coercitif), ou "being obligatory"[771] (étant impératif).

7.163. Comme il a été noté, "une détermination par un groupe spécial du point de savoir si une mesure particulière constitue un règlement technique doit se faire à la lumière des caractéristiques de la mesure en cause et des circonstances de l'affaire"[772], et "cette analyse devrait donner un poids particulier aux "aspect[s] intégr[aux] et essenti[els]" de la mesure".[773] Nous avons constaté que les aspects intégraux et essentiels de la Loi TPP et du Règlement TPP consistaient à réglementer l'emballage et l'apparence des produits du tabac en énonçant les caractéristiques des produits. Les "produits du tabac", tels que définis aux fins de la Loi TPP et du Règlement TPP, ne peuvent être commercialisés légalement en Australie que conformément aux prescriptions en matière d'apparence et d'emballage, y compris les prescriptions relatives à la marque, qui sont énoncées dans ces instruments. La présentation simplifiée de la Loi TPP est explicite: "[l']emballage pour la vente au détail et l'apparence des produits du tabac doivent être conformes aux prescriptions de la présente loi".[774] De plus, comme l'Indonésie le note[775], le "[b]ut" déclaré

---

[765] Australie, première communication écrite, paragraphe 507.
[766] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 948.
[767] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 381.
[768] (note de bas de page de l'original) *Shorter Oxford English Dictionary*, 6ème éd., A. Stevenson (éd.) (Oxford University Press, 2007), volume 1, page 472.
[769] (note de bas de page de l'original) *Shorter* Oxford *English Dictionary*, 6ème éd., A. Stevenson (éd.) (Oxford University Press, 2007), volume 1, page 473.
[770] (note de bas de page de l'original) *Shorter Oxford English Dictionary*, 6ème éd., A. Stevenson (éd.) (Oxford University Press, 2007), volume 1, page 1694.
[771] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 185 (note de bas de page omise). De même, le Groupe spécial dans le même différend a estimé ce qui suit:

> [L]es définitions du terme "mandatory" (obligatoire) données par les dictionnaires incluent "binding" (contraignant) ainsi que "obligatory, compulsory, not discretionary" (impératif, imposé, non discrétionnaire) ou "required by law or mandate; compulsory" (requis par la loi ou par mandat; imposé). Cela donne à penser que la notion d'"obligatoire" peut englober le caractère juridiquement contraignant et exécutoire de l'instrument et peut aussi se rapporter à son contenu, en prescrivant/imposant un certain comportement. Nous notons aussi que le Guide ISO/CEI 2 établit que l'expression "exigence obligatoire" (mandatory requirement en anglais) ne devrait être employée que lorsqu'il s'agit d'une "exigence rendue obligatoire par une loi ou un règlement".

Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.103 (notes de bas de page omises). Voir aussi le rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.453.
[772] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 188 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 64; et *CE – Sardines*, paragraphes 192 et 193).
[773] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.19 (citant le rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 72).
[774] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 12.
[775] Indonésie, réponse à la question n° 62 du Groupe spécial, paragraphe 63.

du Règlement TPP est d'"énoncer des prescriptions régissant l'emballage pour la vente au détail et l'apparence des produits du tabac pour la partie 2 du chapitre 2 de la Loi [TPP]".[776]

7.164. En conséquence, le libellé de la Loi TPP et du Règlement TPP est prescriptif en ce qui concerne les prescriptions en cause. Les prescriptions concernant les produits du tabac emploient des verbes comme "must" (doit/doivent)[777], "must not" (ne doit/doivent pas)[778] et le verbe "may" (peut/peuvent) à la forme négative[779], et le font de façon systématique, en ce qui concerne tous les aspects de l'apparence et de l'emballage des produits du tabac. Dans ce contexte, nous notons que le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)* a considéré que les termes de la mesure en cause, comme l'emploi du mot "shall" (est), pouvaient indiquer que le respect était obligatoire.[780]

7.165. En outre, plusieurs des dispositions de la Loi TPP et du Règlement TPP en question apparaissent sous des titres dans lesquels figure le terme "prescriptions"[781], soulignent le caractère universel de ces prescriptions ("Emballage pour la vente au détail de tous les produits du tabac"[782]), ou sont libellées comme des prohibitions catégoriques ("Prohibition visant …"[783], "Emballage pour la vente au détail ne devant pas …"[784], "L'emballage pour la vente au détail ne doit pas …"[785], "Aucune inscription"[786] et "Aucune marque"[787]). Les dispositions permissives, et moins nombreuses, de la Loi TPP et du Règlement TPP qui se rapportent aux caractéristiques d'un produit et emploient le verbe "may" (peut/peuvent) apparaissent dans un contexte restrictif ("ne peut/peuvent … que"[788] ou "ne peuvent apparaître qu'une fois sur pas plus de deux …"[789]), ou en tant qu'exceptions limitées, précisément circonscrites et souvent conditionnelles à des obligations, dans lesquelles sont employés les termes susmentionnés[790], ou en tant que dispositions non contraires aux limites des obligations susmentionnées.[791]

---

[776] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 1.1.4.

[777] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), articles 18.1 (texte introductif), 18.1 b), 18.2 (texte introductif), 18.2 a), 18.2 b) i), 18.2 b) ii), 18.2 c), 18.3 (texte introductif), 18.3, 18.3 a), 18.3 b), 18.3 c), 18.3 d), 19.2 a), 19.2 b) i), 19.2 b) ii), 21.1, 21.2 d), 21.2 e), 21.3 tableau, 21.4, 22.1, 22.2, 22.2 a) et 25 (titre); et Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règles 2.1.1 1) (texte introductif), 2.1.1 1) a), 2.1.1 2), 2.1.3 2), 2.1.4 1) a), 2.1.4 2), 2.1.5 (texte introductif), 2.1.5 a), 2.1.5 b), 2.2.1 1) à 2.2.1 4), 2.3.2 1), 2.3.2 2), 2.3.3 a), 2.3.3 b), 2.3.4 1) à 2.3.4 4), 2.3.5 1), 2.3.6 1) a) à 2.3.6 1) c), 2.3.6 2), 2.3.6 4), 2.3.7 2), 2.3.8 2), 2.3.8 3), 2.3.9 1) a), 2.3.9 1) b), 2.4.1, 2.4.2 2), 2.4.2 3) a) à 2.4.2 3) d), 2.4.3 1) b), 2.4.3 1) c), 2.4.3 2) a) à 2.4.3 2) c), 2.4.4 2) b), 2.4.4 2) e), 2.4.4 2) f), 2.5.2 2), 2.5.2 4), 2.5.2 5), 2.6.2 2), 2.6.3 2), 3.1.1 1), 3.1.2 2), 3.1.3, 3.2.1 5) et 3.2.1 6).

[778] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), articles 18.1 a), 21.2 a), 21.2 b), 23, 25 (titre) et 25; et Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règles 2.1.3 3), 2.1.6, 2.3.1 5), 2.3.5 2), 2.3.7 1), 2.3.9 1) c), 2.4.3 1) a), 2.4.4 2) a) à 2.4.4 2) c), 2.6.3 3), 3.1.2 3) et 3.2.1 7).

[779] Par exemple, l'article 18.3 b) de la Loi TPP dispose que, pour ce qui est de l'ouverture d'un paquet de cigarettes, "ni le couvercle, ni ses bords ne *peuvent être* arrondis, biseautés ou façonnés autrement, ni ornés d'une manière quelconque" (pas d'italique dans l'original). Voir aussi *ibid.*, articles 18.3 c), 20.1, 20.2, 22.2 b), 22.2 c), 24, 26.1 et 26.2.

[780] Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.453. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 194, note de bas de page 111; et les rapports du Groupe spécial *États-Unis – EPO*, paragraphe 7.160.

[781] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), chapitre 2 (titre, partie 2 titre, partie 2 section 1 titre et partie 2, section 2 titre), et articles 18.1 à 18.3, 21 (titre), 21.1 (titre), 21.2 (titre), 21.3 (tableau), 21.4 (titre), 22 (titre), 22.1, 22.2, 26 (titre) et 27A; et Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), partie 2 (titre) et règle 2.3.6 1) (texte introductif).

[782] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 18.1 (titre).

[783] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 20 (titre).

[784] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), articles 23 (titre) et 24 (titre).

[785] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 25 (titre).

[786] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 20.2 (titre).

[787] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 20.1 (titre).

[788] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 21.2 c); et Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 2.4.4 2) d).

[789] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 2.3.4 3) b) et règle 2.3.4 4) b). Voir aussi *ibid.*, règle 2.5.2 3).

[790] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 20.3; et Règlement TPP (pièces, AUS-3, JE-2), règles 2.3.1 1) à 2.3.1 4), 2.3.7 1), 2.3.8 1), 2.5.1, 2.5.2, 2.6.1, 2.6.2 1), 2.6.3 1), 3.1.2 1), 3.2.1 1) à 3.2.1 4) et 3.2.2.

[791] Voir, par exemple, la règle 2.1.2 du Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2) sur les "[c]aractéristiques physiques des cartouches de cigarettes" se rapportant aux articles 18 à 25 de la Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), en particulier les articles 18 2) et 19. Voir aussi la règle 2.1.3 1) du Règlement TPP sur les "[c]aractéristiques physiques du revêtement de l'emballage primaire des produits du tabac" se rapportant aux articles 18.3 d) et

7.166. Comme les plaignants le notent, la Loi TPP s'accompagne d'un mécanisme d'application complexe.[792] La présentation simplifiée de la Loi indique que des "[i]nfractions et des sanctions civiles sont applicables si la fourniture, l'achat ou la fabrication ou l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac, ou les produits eux-mêmes, ne sont pas conformes aux prescriptions".[793] Par conséquent, le chapitre 3 de la Loi TPP concerne les "[d]ispositions relatives aux infractions et aux sanctions civiles"[794], en particulier les "[d]ispositions générales relatives aux infractions et aux sanctions civiles en cas de non-conformité de l'emballage pour la vente au détail et des produits du tabac"[795] et les "[d]ispositions relatives aux infractions et aux sanctions civiles concernant les sociétés soumises à la Constitution".[796] Le chapitre 4 établit le "[p]ouvoir d'enquête sur les infractions à [la Loi TPP]".[797] Le chapitre 5, quant à lui, contient des dispositions destinées à "[a]ssurer le respect de [la Loi TPP]"[798], comme l'"[o]btention d'une ordonnance concernant l'application de sanctions civiles"[799], les "[p]rocédures civiles et procédures pénales"[800] et les "[c]onstats d'infraction".[801]

7.167. Le mécanisme d'application de la Loi TPP s'applique également dans le contexte du Règlement TPP. Comme l'indiquent les notes relatives à l'article 27 1) et 27A de la Loi TPP, les chapitres 3 et 5 s'appliquent en cas de non-respect d'une prescription concernant les produits du tabac, ce qui inclut "une prescription en relation avec l'emballage pour la vente au détail ou l'apparence des produits du tabac … figurant dans la partie 2 du chapitre 2 [de la Loi TPP ou] … énoncée par un règlement établi en vertu de la partie 2 du chapitre 2", à savoir le Règlement TPP.

7.168. Nous notons qu'il a été constaté que le fait que le respect d'une mesure pouvait être assuré au moyen de l'application de sanctions, en particulier les sanctions pénales, indiquait que ce respect était obligatoire[802], et que le fait que certaines mesures étaient "juridiquement exécutoires et contraignantes dans le cadre de la législation [d'un Membre] (promulguées par les pouvoirs publics et inclu[ant] des sanctions légales)" était "une composante importante du caractère "obligatoire" des mesures".[803]

7.169. Pour les raisons qui précèdent, nous constatons que la Loi TPP et le Règlement TPP sont "obligatoire[s]" au sens de la définition d'un règlement technique au titre de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC.

7.170. La Loi TMA ne fait pas mention d'un respect ou de l'exigence d'un respect. Nous notons également que, comme la Loi TMA n'énonce aucune caractéristique d'un produit, il n'y a pas, dans cet instrument, de caractéristique d'un produit prescrite "dont le respect [pourrait être] obligatoire" aux fins de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC. Toutefois, il s'agit d'une loi promulguée par l'Australie et d'une disposition qui sera appliquée en vertu d'un mandat gouvernemental.

7.2.4.4 Conclusion générale

7.171. Nous avons déterminé plus haut que la Loi TPP et le Règlement TPP remplissaient tous deux les trois critères des règlements techniques au sens de l'article 1.1 de l'Accord OTC, en ce sens qu'ils s'appliquent à un produit, ou groupe de produits, identifiable (le tabac); énoncent une

19 de la Loi TPP. Voir aussi la règle 2.1.4 1) b) du Règlement TPP se rapportant à la règle 2.1.4 1) a). Voir aussi la règle 2.3.2 3) du Règlement TPP se rapportant à la règle 2.3.2 1) et 2.3.2 2) du Règlement TPP.

[792] L'article 27A de la Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1) traite des "[e]ffets juridiques des articles 18 à 27" en indiquant ce qui suit: les "articles 18 à 27 n'ont pas d'autre effet juridique que d'énoncer des prescriptions et de permettre l'établissement d'un règlement énonçant des prescriptions, aux fins de la définition de la *prescription concernant les produits du tabac* figurant dans le sous-article 4 1)". (italique dans l'original)

[793] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 12.

[794] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), chapitre 3 (titre).

[795] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), chapitre 3, partie 2 (titre).

[796] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), chapitre 3, partie 3 (titre).

[797] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), chapitre 4, partie 2 (titre). Cela inclut une référence aux "[m]andats de perquisition" et au "[p]ouvoir d'exiger d'une personne qu'elle fournisse des renseignements, produise des documents ou réponde à des questions".

[798] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), chapitre 5 (titre).

[799] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), chapitre 5, partie 2, section 1 (titre).

[800] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), chapitre 5, partie 2, section 2 (titre).

[801] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), chapitre 5, partie 3 (titre).

[802] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 72. Voir aussi les rapports du Groupe spécial *États-Unis – EPO*, paragraphe 7.160.

[803] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.142.

ou plus d'une caractéristique de ces produits (y compris en ce qui concerne leur marquage, leur emballage ou leur étiquetage); et obligent à respecter ces caractéristiques.

7.172. À propos du troisième instrument juridique qui fait partie des mesures TPP, à savoir la Loi TMA, nous avons déterminé plus haut que, considérée isolément, celle-ci s'appliquait à un groupe de produits identifiable (le tabac). Nous avons également conclu qu'elle n'énonçait pas des caractéristiques pour les produits du tabac (y compris en ce qui concerne leur marquage, leur emballage ou leur étiquetage), dont le respect était obligatoire, et que par conséquent, considérée isolément, elle ne constituerait pas un règlement technique.

7.173. Nous rappelons toutefois que la définition d'un "règlement technique" figurant à l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC inclut les "dispositions administratives qui s'y appliquent":

> Document qui énonce les caractéristiques d'un produit ou les procédés et méthodes de production s'y rapportant, *y compris les dispositions administratives qui s'y appliquent*, dont le respect est obligatoire. (pas d'italique dans l'original)

7.174. Nous examinons donc si la Loi TMA constitue une "disposition[] administrative[] … appli[cable]" en relation avec la Loi TPP et le Règlement TPP, au sens de l'Annexe 1.1.

7.175. La clause en apposition "y compris les dispositions administratives qui s'y appliquent" a été interprétée comme signifiant ce qui suit:

> [L]orsqu'un document obligatoire énonçant les caractéristiques d'un produit ou les procédés et méthodes de production s'y rapportant contient également des "dispositions administratives" qui font référence à ces "caractéristiques d'un produit" ou "procédés et méthodes de production s'y rapportant", ces dispositions administratives doivent être considérées comme faisant partie intégrante du règlement technique et sont donc assujetties aux dispositions de fond de l'Accord OTC.[804]

7.176. Le point de savoir si une mesure constitue une "disposition[] administrative[] … appli[cable]" dépend du point de savoir s'il existe des "dispositions qui seront appliquées en vertu d'un mandat gouvernemental en ce qui concerne soit les caractéristiques d'un produit soit les procédés et méthodes de production s'y rapportant".[805] Une considération essentielle pour déterminer si la Loi TMA est une "disposition[] administrative[] … appli[cable]" dans l'affaire dont nous sommes saisis est donc de savoir si elle sera appliquée "en ce qui concerne soit les caractéristiques d'un produit soit les procédés et méthodes de production s'y rapportant".[806]

7.177. Comme il a été indiqué plus haut au paragraphe 7.127, la Loi TMA accorde au gouverneur général le pouvoir d'établir des règlements "en relation avec l'effet de l'application" de la Loi TPP et du Règlement TPP sur une disposition de la Loi TM ou d'un règlement établi en vertu de cette loi. La Loi TMA constitue donc un fondement juridique pour traiter certaines conséquences potentielles des prescriptions en matière de marquage, d'étiquetage et d'emballage contenues dans la Loi TPP et le Règlement TPP en ce qui concerne l'application de la législation sur les marques. Spécifiquement, elle crée le pouvoir d'établir des règlements qui limiteront l'effet des prescriptions de la Loi TPP et du Règlement TPP qui énoncent les caractéristiques d'un produit, dans la mesure où cet effet pourrait désavantager les personnes demandant l'enregistrement d'une marque et les titulaires enregistrés de marques.[807]

7.178. Le pouvoir d'établir des règlements qui est prévu par la Loi TMA "concerne … les caractéristiques d'un produit"[808], dans la mesure où ces règlements garantiraient que l'effet des prescriptions imposées par la Loi TPP et le Règlement TPP n'aille pas au-delà de ce qui était prévu par les rédacteurs de ces deux instruments. Sur cette base, dans la mesure où ses dispositions

[804] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.13.
[805] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.13.
[806] Nous considérons qu'il est clair que la Loi TMA, en tant que loi du Parlement australien, est "appliquée[] en vertu d'un mandat gouvernemental". Voir plus haut la section 2.1.1 et plus loin le paragraphe 7.177.
[807] Exposé des motifs concernant le projet de loi TMA (pièces AUS-5, JE-5), page 1.
[808] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.13.

concernent les aspects de la Loi TPP et du Règlement TPP se rapportant aux caractéristiques d'un produit qu'énoncent ces instruments, nous concluons que la Loi TMA est une "disposition[] administrative[] … appli[cable]" au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC.[809]

7.179. Dans l'ensemble, nous constatons donc que les mesures TPP (c'est-à-dire la Loi TPP, le Règlement TPP et la Loi TMA considérés conjointement) prescrivent un certain nombre de caractéristiques détaillées pour les produits du tabac (y compris en termes de prescriptions en matière de marquage, d'étiquetage et d'emballage) qui relèvent de la définition d'un "règlement technique" au titre de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC.

7.180. Nous notons l'observation suivante de l'Organe d'appel en ce qui concerne les mesures comprenant plusieurs instruments juridiques:

> [L]a question de savoir quelle est la meilleure façon de qualifier une mesure en cause qui comprend plusieurs éléments différents se pose dans de nombreux différends. … Un groupe spécial peut, dans certains cas, juger approprié de traiter collectivement plusieurs instruments juridiques nationaux comme une mesure unique afin de faciliter son analyse de cette mesure à la lumière des allégations formulées ou des moyens de défense invoqués. À l'inverse, il peut y avoir des cas où un groupe spécial peut choisir d'examiner des éléments différents énoncés dans un instrument juridique unique comme des "mesures" différentes, aux fins de son analyse.[810]

7.181. Comme nous l'avons déjà conclu, les "aspects intégr[aux] et essenti[els]"[811] de la Loi TPP et du Règlement TPP ont pour effet de garantir que les produits du tabac et leur emballage pour la vente au détail sont conformes aux prescriptions énoncées dans ces dispositions. Cette apparence est l'*effet* combiné de la Loi TPP et du Règlement TPP, par le biais des prescriptions obligatoires énoncées dans ces *deux* instruments.[812]

7.182. Pour ces raisons, nous considérons que les mesures TPP[813] constituent un règlement technique, énonçant des caractéristiques concernant l'apparence et l'emballage des produits du tabac (y compris des prescriptions concernant la façon dont les marques peuvent figurer sur les produits du tabac et leur emballage)[814] et rendant obligatoire le respect de ces caractéristiques.[815] Dans la mesure où elle est une "disposition[] administrative[] … appli[cable]" en ce qui concerne les prescriptions contenues dans la Loi TPP et le Règlement TPP, la Loi TMA fait "partie intégrante"[816] de ce règlement technique.

7.183. Ayant établi que les mesures TPP constituaient un règlement technique au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC, nous examinons à présent l'allégation selon laquelle ces mesures sont incompatibles avec l'article 2.2 de l'Accord OTC.

---

[809] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.13.

[810] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.20. (notes de bas de page omises)

[811] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.19.

[812] À titre d'exemple, nous rappelons que l'article 27 de la Loi TPP dispose que le règlement "pourra énoncer des prescriptions additionnelles en relation avec a) l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac; et b) l'apparence des produits du tabac", et que ces prescriptions sont ainsi énoncées dans le Règlement TPP. Nous rappelons également que les Notes relatives aux articles 27 1) et 27A de la Loi TPP indiquent que les chapitres 3 et 5 s'appliquent en cas de non-respect d'une prescription concernant les produits du tabac, ce qui inclut "une prescription en relation avec l'emballage pour la vente au détail ou l'apparence des produits du tabac … figurant dans la partie 2 du chapitre 2 [de la Loi TPP ou] … énoncée par un règlement établi en vertu de la partie 2 du chapitre 2", à savoir le Règlement TPP.

[813] Bien que la Loi TPP, le Règlement TPP et la Loi TMA, considérés conjointement, aient été identifiés tout au long des présents rapports comme étant "les mesures TPP", au pluriel, cet emploi n'est pas censé indiquer que le Groupe spécial estime que ces trois instruments juridiques constituent des mesures distinctes qui devraient être considérées séparément aux fins de son analyse des allégations qui lui ont été présentées.

[814] Voir plus haut le paragraphe 7.158.

[815] Voir plus haut le paragraphe 7.169.

[816] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.13.

7.2.5 Question de savoir si les mesures TPP sont "plus restricti[ves] pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime" au sens de l'article 2.2

7.184. Comme il est indiqué plus haut, une évaluation de la compatibilité d'un règlement technique au titre de l'article 2.2 suppose en premier lieu une "analyse relationnelle"[817] de trois facteurs:

i. le degré de contribution de la mesure à l'objectif légitime en cause;

ii. le caractère restrictif pour le commerce de la mesure; et

iii. la nature des risques en cause et la gravité des conséquences qui découleraient de la non-réalisation de l'(des) objectif(s) recherché(s) par le Membre au moyen de la mesure.

7.185. Ces facteurs éclaireront l'"analyse comparative" qui est, dans la plupart des cas[818], requise pour déterminer si la mesure contestée est *plus* restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire.[819]

7.186. Comme il a été indiqué précédemment, les plaignants font valoir que les mesures TPP sont restrictives pour le commerce et qu'elles le sont plus qu'il n'est nécessaire pour réaliser l'objectif légitime qu'elles recherchent, compte tenu des risques que la non-réalisation de cet objectif entraînerait. Ils examinent tous les éléments du critère susmentionné, y compris les trois facteurs identifiés ci-dessus comme faisant partie de l'"analyse relationnelle", et les mesures de rechange qui, à leur avis, sont raisonnablement disponibles pour l'Australie, apporteraient une contribution équivalente à son objectif et seraient moins restrictives pour le commerce que les mesures TPP.

7.187. L'Australie estime toutefois que les plaignants n'ont pas établi que les mesures étaient restrictives pour le commerce.[820] Elle fait également valoir que les mesures TPP ont été adoptées conformément aux Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC et étaient donc "conforme[s] aux normes internationales pertinentes" au sens de la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC.[821] En conséquence, elle allègue que, dans la mesure où la définition d'un "règlement technique" englobe aussi les mesures affectant l'usage d'une marque, les mesures TPP sont "présumé[es] – cette présomption étant réfutable –" ne pas créer un obstacle non nécessaire au commerce international au titre de la deuxième phrase de l'article 2.5 et que les plaignants n'ont pas réfuté cette présomption.[822] Il n'est pas contesté qu'il incombe à l'Australie, en tant que partie invoquant la deuxième phrase de l'article 2.5, de démontrer que ces conditions sont remplies.[823] Dans le cas où elle le démontrerait, la charge de réfuter la présomption selon

[817] Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 374 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II*, paragraphe 318).

[818] Nous notons à cet égard qu'il n'est "pas obligatoire, en ce qui concerne l'article 2.2 de l'Accord OTC, qu'un groupe spécial tire une conclusion préliminaire sur la "nécessité" sur la base des facteurs se rapportant au règlement technique lui-même avant d'entreprendre une comparaison avec des mesures de rechange proposées". Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.235. Voir aussi *ibid*., paragraphes 5.227 à 5.229. En ce qui concerne l'article XX du GATT de 1994, voir les rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.215, note de bas de page 1299.

[819] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 320. Voir aussi *ibid*., paragraphe 318.

[820] Australie, première communication écrite, paragraphe 583.

[821] Australie, première communication écrite, paragraphes 567 et 584.

[822] Australie, première communication écrite, paragraphes 519, 567, 568 et 584. Voir aussi Australie, réponse à la question n° 73 du Groupe spécial, paragraphe 200 (indiquant que "[l]es Directives de la FCTC visent tant les *éléments concernant la marque* de l'emballage neutre du tabac (comme l'utilisation de logos, de couleurs ou d'images de marque) que les *éléments physiques* de l'emballage neutre du tabac (comme la forme, la taille et les matériaux de l'emballage du tabac). La FCTC est donc une norme internationale pertinente, indépendamment du point de savoir si le Groupe spécial considère que les termes "règlement technique" incluent uniquement les prescriptions physiques de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac ou que ces termes incluent tant les prescriptions relatives à la marque que les prescriptions physiques." (note de bas de page omise) (pas d'italique dans l'original))

[823] Voir Honduras, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, page 27; deuxième communication écrite, paragraphe 852; République dominicaine, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphes 293 et 323; Cuba, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, page 16 (annexée à sa réponse

laquelle les mesures TPP "[ne] cré[ent] [pas] un obstacle non nécessaire au commerce international" passerait aux plaignants.[824]

7.188. L'Australie conclut que, du fait que les plaignants n'ont pas établi que les mesures étaient restrictives pour le commerce, le Groupe spécial n'est pas tenu de procéder à une quelconque autre analyse "relationnelle" au titre de l'article 2.2.[825] Elle affirme à titre subsidiaire, c'est-à-dire uniquement pour le cas où le Groupe spécial déterminerait que les plaignants ont établi *prima facie* que les mesures TPP étaient restrictives pour le commerce, que les plaignants n'ont pas établi qu'il y avait violation de l'article 2.2 par référence aux facteurs additionnels de l'"analyse relationnelle" décrits plus haut.[826] L'Australie considère en outre que les plaignants n'ont pas établi qu'elle aurait raisonnablement à sa disposition des mesures de rechange qui apporteraient une contribution équivalente à son objectif et seraient moins restrictives pour le commerce que les mesures TPP.[827]

7.189. Pour les raisons exposées plus haut[828], nous considérons que le fait que les mesures contestées puissent bénéficier de la présomption réfutable accordée dans le cadre de la deuxième phrase de l'article 2.5, comme l'invoque l'Australie, peut avoir des implications importantes sur la façon dont nous devons effectuer le reste de notre analyse au titre de l'article 2.2 dans les présentes procédures.

7.190. La présomption établie au titre de la deuxième phrase de l'article 2.5 ne s'applique que pour ce qui est des règlements techniques qui sont adoptés "en vue d'atteindre l'un des objectifs légitimes expressément mentionnés" à l'article 2.2. Un examen précoce de ce facteur nous permettra donc de déterminer si les mesures TPP relèvent des mesures auxquelles s'applique la présomption prévue dans la deuxième phrase de l'article 2.5. Comme il est indiqué plus haut, l'"objectif légitime" en cause est aussi l'un des aspects à examiner dans une évaluation du point de savoir si un règlement technique est "plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire" au sens de la deuxième phrase de l'article 2.2, indépendamment de l'applicabilité de la présomption réfutable incorporée dans la deuxième phrase de l'article 2.5.

7.191. À la lumière de ces éléments, nous jugeons approprié, dans les circonstances de l'espèce, de poursuivre notre analyse[829] par un examen de l'objectif des mesures TPP et de la question de

---

à la question n° 138 du Groupe spécial) (approuvant la réponse du Honduras à la question n° 66); Indonésie, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphe 85; deuxième communication écrite, paragraphe 220; et Australie, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphe 160.

[824] Nous notons à cet égard que, dans l'affaire *Russie – Porcins (UE)*, le Groupe spécial, faisant face à une situation analogue (à savoir l'évaluation successive de divers éléments avant de conclure si la mesure pouvait bénéficier de la présomption de compatibilité établie au titre de l'article 3:2 de l'Accord SPS), a réservé son examen *de la manière* d'évaluer le "caractère réfragable" pour un stade ultérieur de son analyse:

> Selon les termes de l'article 3:2, une constatation selon laquelle les mesures de la Russie sont "conformes aux" normes internationales pertinentes établirait une présomption de compatibilité de ces mesures avec les obligations pertinentes de la Russie au titre de l'Accord SPS et aurait donc une incidence sur la manière dont le présent Groupe spécial se prononcerait sur les autres allégations formulées dans le présent différend. Si nous devions constater qu'il y a "conformité à", car nous croyons comprendre que cette présomption est "réfragable", nous devrions encore songer à la manière d'évaluer si cette présomption a été réfutée ou non pour chacune des dispositions pertinentes.

Rapport du Groupe spécial *Russie – Porcins (UE)*, paragraphe 7.888. (note de bas de page omise)

[825] Australie, première communication écrite, paragraphe 585.

[826] Australie, première communication écrite, paragraphes 586 à 590.

[827] Australie, première communication écrite, paragraphes 21, 595 et 700 à 742.

[828] Voir plus haut le paragraphe 7.36.

[829] Nous considérons que cette approche générale est compatible avec la façon dont les parties ont énoncé leur interprétation de l'article 2.5. Voir, par exemple, Honduras, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, page 26; République dominicaine, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphes 288, 289 et 292; Cuba, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, page 216 (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial) (approuvant la réponse du Honduras à la question n° 66); Indonésie, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphe 73; Australie, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphe 156; et deuxième communication écrite, paragraphe 313. Sauf en ce qui concerne l'Indonésie (qui estime que nous devrions d'abord établir toutes nos déterminations au titre de la deuxième phrase de l'article 2.5 avant même de "commencer" l'évaluation au titre de l'article 2.2), nous ne considérons pas que les vues des parties sur cette question sont en contradiction avec l'approche que nous adoptons ici, à savoir: premièrement, examiner les éléments qui appartiennent *à la fois* à l'article 2.2 et à l'article 2.5 (la

savoir si cet objectif est "légitime" au sens de l'article 2.2. Si nous déterminons que les mesures TPP ont été élaborées, adoptées ou appliquées "en vue d'atteindre l'un des objectifs légitimes expressément mentionnés" à l'article 2.2[830], il nous faudra examiner en outre si, comme l'Australie le fait valoir, les autres conditions énoncées dans la deuxième phrase de l'article 2.5 sont remplies, de sorte que la présomption réfutable au titre de l'article 2.5 est applicable et, dans l'affirmative, ce que cela implique pour le reste de notre analyse des allégations qui nous sont présentées au titre de l'article 2.2.[831]

7.2.5.1 Question de savoir si les mesures TPP recherchent un "objectif légitime"

7.192. Pour rendre une décision concernant une allégation au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*, un groupe spécial doit d'abord évaluer ce qu'un Membre cherche à accomplir au moyen d'un règlement technique. Ensuite, l'analyse doit porter sur la question de savoir si un objectif particulier est légitime.[832] Cette analyse implique donc à la fois d'identifier l'objectif recherché par le Membre au moyen de la mesure et d'évaluer le caractère "légitime" de cet objectif, au sens de l'article 2.2.

7.193. En outre, comme il a été observé plus haut, l'identification de l'objectif des mesures TPP est également nécessaire, dans les circonstances de l'espèce, pour déterminer si ces mesures recherchent "l'un des objectifs légitimes *expressément* mentionnés au paragraphe 2" (pas d'italique dans l'original) au sens de la deuxième phrase de l'article 2.5, que l'Australie invoque.

7.194. Par conséquent, nous examinons tout d'abord quel est l'objectif des mesures TPP ou, comme l'Organe d'appel l'a exprimé, ce que l'Australie "cherche à accomplir" au moyen de ces mesures, avant d'examiner si cet objectif est "légitime" au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC et dans quelle mesure il relève des objectifs spécifiques énumérés dans la deuxième phrase de l'article 2.5.

7.2.5.1.1 Objectif des mesures TPP

7.195. Comme l'Organe d'appel l'a indiqué:

> [L]'approche appropriée qu'un groupe spécial doit suivre pour déterminer l'objectif qu'un Membre cherche à accomplir au moyen d'un règlement technique … exige une évaluation indépendante et objective, fondée sur un examen du texte de la mesure, de sa conception, de ses principes de base, de sa structure, de son historique législatif, ainsi que de son fonctionnement. Bien qu'il puisse prendre comme point de départ la qualification par le Membre défendeur de l'objectif poursuivi au moyen de la mesure, un groupe spécial n'est pas lié par cette qualification. Il en est particulièrement ainsi lorsque l'objectif d'une mesure est contesté parmi les parties et que des arguments contradictoires ont été avancés sur la base du texte de la mesure, de sa conception, de ses principes de base, de sa structure, de son historique législatif et des éléments de preuve relatifs à son fonctionnement.[833]

7.196. En abordant cette question, nous sommes conscients de la distinction importante qu'il faut faire, aux fins de l'article 2.2, entre l'identification de l'*objectif* recherché au moyen de la mesure,

---

question de savoir si les mesures constituent un "règlement technique" et l'identification de leurs "objectifs"); puis examiner, selon le cas, les éléments restants qui déterminent l'applicabilité de la présomption réfutable au titre de la deuxième phrase de l'article 2.5 (la question de savoir si les mesures sont "conforme[s] aux normes internationales pertinentes" et, si elles le sont, la question de savoir quelles sont les conséquences de la présomption accordée et comment elle peut être réfutée). Enfin, ayant examiné l'applicabilité de la présomption au titre de la deuxième phrase de l'article 2.5, nous reviendrions sur notre analyse au titre de l'article 2.2 pour la compléter à la lumière de nos déterminations antérieures en relation avec la deuxième phrase de l'article 2.5.

[830] L'autre élément de la première série de conditions énoncées dans la deuxième phrase de l'article 2.5 est que la mesure permettant l'application d'une présomption réfutable doit être un "règlement technique". Nous considérons que cet élément était présent lorsque nous avons constaté, plus haut au paragraphe 7.182, que les mesures TPP étaient un "règlement technique" aux fins de l'article 2.2.

[831] Voir aussi plus haut les paragraphes 7.36, 7.41, 7.187 et 7.189, et les notes de bas de page 823 et 828.

[832] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 314.

[833] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 395.

que nous cherchons maintenant à déterminer, et le *niveau* de réalisation de cet objectif visé par le Membre, que nous n'avons pas besoin d'établir dans l'abstrait à ce stade de notre analyse. Comme l'Organe d'appel l'a observé:

> Ni l'article 2.2 en particulier, ni l'*Accord OTC* en général, ne dispose que, dans son examen de l'objectif poursuivi, un groupe spécial doit déterminer ou identifier, dans l'abstrait, le niveau de réalisation de l'objectif souhaité ou visé par un Membre défendeur.[834]

7.197. De même, nous sommes conscients du fait que l'identification de l'objectif recherché par un règlement technique est également distincte de la question de savoir *comment*, ou par quels moyens, l'objectif doit être recherché. Cette distinction peut avoir une incidence sur des parties ultérieures de notre analyse, dans la mesure où il faudrait procéder à une comparaison entre le degré auquel l'objectif en cause est réalisé au moyen des mesures contestées et le degré auquel une contribution équivalente pourrait être apportée au moyen d'autres mesures moins restrictives pour le commerce réalisant le même objectif par des moyens différents.[835]

7.198. D'après ce que nous comprenons, l'identification de l'"objectif" recherché par une mesure vise à identifier le but fondamental de la mesure contestée. La liste spécifique des "objectifs légitimes" identifiés à l'article 2.2 indique que cette détermination concerne, par essence, l'identification de la préoccupation de politique générale fondamentale à laquelle le Membre cherche à répondre au moyen des mesures (et, ultérieurement, le point de savoir si cela est "légitime" au sens de l'article 2.2). La question de savoir *comment* la mesure spécifique contestée vise à répondre à la préoccupation en cause et la question du degré auquel elle contribue effectivement à la réalisation de son objectif sont des questions distinctes que nous examinerons, selon le cas, dans des parties ultérieures de notre analyse.

7.199. Gardant ces indications générales à l'esprit, nous exposons les principaux arguments des parties en ce qui concerne l'objectif des mesures TPP, avant de procéder à notre propre évaluation de cet objectif.

7.2.5.1.1.1 Principaux arguments de parties

7.200. Le Honduras décrit l'objectif recherché par l'Australie au moyen des mesures TPP comme étant d'"améliorer la santé publique en réduisant la prévalence du tabagisme".[836] Il considère que cette position est étayée par la Loi TPP elle-même et l'historique de son élaboration.[837] Il explique que l'*objectif* pertinent qui doit être identifié est l'objectif de politique générale du gouvernement, qui doit être distingué du *mécanisme* choisi par le gouvernement pour réaliser cet objectif, et qu'en l'espèce, l'*objectif de politique générale* de l'Australie *est de réduire la prévalence du tabagisme dans sa population*, ce qui ressort de l'article 3.1 de la Loi TPP et des éléments de preuve s'y rapportant.[838]

---

[834] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 390 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 316: "un Membre de l'OMC, en élaborant, adoptant et appliquant une mesure afin d'atteindre un objectif légitime, énonce implicitement ou explicitement le niveau auquel il cherche à atteindre cet objectif légitime particulier"). Voir aussi plus loin le paragraphe 7.231. Le passage cité contient la note de bas de page suivante: "Nous avons noté plus haut que le sixième considérant du préambule de l'*Accord OTC* disposait que rien ne saurait empêcher un Membre de prendre les mesures nécessaires pour atteindre un objectif légitime "aux niveaux qu'il considér[ait] appropriés". … Cela n'exige toutefois pas une évaluation séparée du niveau de réalisation *souhaité*." Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 390, note de bas de page 779. (italique dans l'original)

Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 390 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 316).

[835] Voir les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 387. Voir aussi les rapports du Groupe spécial *États-Unis – EPO (article 21:5 - Canada et Mexique)*, paragraphes 7.320 et 7.326.

[836] Honduras, première communication écrite, paragraphe 847.

[837] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 519.

[838] Honduras, première communication écrite, paragraphes 122 et 123.

7.201. La République dominicaine considère également que l'objectif explicite des mesures TPP, tel qu'il est déclaré dans la Loi TPP, est d'améliorer la santé publique en réduisant la prévalence du tabagisme.[839]

7.202. Cuba explique que le texte de la Loi TPP établit que son objectif est d'"améliorer la santé publique" au moyen d'une réduction de la prévalence du tabagisme résultant d'une diminution de l'initiation, d'une augmentation du sevrage et d'une diminution de la récidive. Elle considère que l'historique de l'élaboration de la mesure, tel qu'il ressort de l'exposé des motifs qui accompagnait le projet de loi TPP lors de sa première présentation, confirme cet objectif, étant donné qu'il explique que "le présent projet de loi a pour objet d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac des personnes et leur exposition à ces produits; et de donner effet à certaines des obligations de l'Australie dans le cadre de la FCTC de l'OMS". Ainsi, selon Cuba, l'objectif de la mesure concernant l'emballage neutre de l'Australie est de "protéger la santé des personnes au moyen de la réduction de la prévalence du tabagisme (c'est-à-dire d'une diminution de l'initiation, d'une augmentation du sevrage et d'une diminution de la récidive), ce qui, combiné à d'autres mesures, ramènera le taux national de tabagisme à 10% d'ici à 2018 et réduira de moitié le taux de tabagisme parmi les aborigènes et les habitants des îles du Détroit de Torres".[840]

7.203. L'Indonésie explique que le gouvernement de l'Australie a déclaré, au début de l'élaboration de sa proposition, que l'objectif général des mesures TPP était de contribuer à "ramener le taux de tabagisme {prévalence} dans la population australienne à 10% d'ici à 2018, et réduire de moitié le taux de tabagisme parmi les aborigènes et les habitants des îles du Détroit de Torres" et que "[p]ar conséquent, l'emballage neutre vis[ait] à protéger la santé en réduisant la prévalence du tabagisme".[841]

7.204. L'Australie explique que "les objectifs de [s]a mesure concernant l'emballage neutre du tabac sont énoncés à l'article 3 de la Loi TPP".[842] Elle explique que le sous-article 3 1) de la Loi TPP énonce les objets généraux de la Loi en matière de comportement tabagique, qui sont communs à toutes les stratégies globales de lutte antitabac et constituent les moyens d'améliorer globalement la santé publique: le fait de décourager les personnes de commencer à fumer, de les encourager à renoncer au tabac et de décourager la récidive réduira nécessairement l'exposition à la fumée, ce qui améliorera la santé publique en bénéficiant même aux non-fumeurs.[843]

7.205. L'Australie explique en outre que la législation et les règlements d'application, l'exposé des motifs, l'historique de l'élaboration de la mesure ainsi que sa conception, sa structure et son fonctionnement globaux, et ses objectifs – qui incluent le fait de donner effet aux obligations de l'Australie dans le cadre de la FCTC – indiquent tous clairement la façon dont la mesure est censée contribuer, dans le cadre de la stratégie globale des mesures de lutte antitabac de l'Australie, à la réalisation de l'objectif global de l'Australie qui est de protéger la santé des personnes.[844] Elle explique que le sous-article 3 1) de la Loi TPP énonce les "objectifs généraux" de cette loi, qui consistent à "améliorer la santé publique en décourageant les personnes de commencer à fumer, en les encourageant à renoncer au tabac, en décourageant la récidive et en réduisant l'exposition à la fumée", et sont communs à toutes les stratégies globales de lutte antitabac qui s'appliquent pour améliorer la santé publique en réduisant la prévalence du tabagisme ainsi que les maladies et la mortalité liées au tabac.[845] L'Australie explique en outre que l'application du sous-article 3 2) de la Loi TPP vise à contribuer à améliorer la santé publique au moyen de trois mécanismes spécifiques ou "objectifs spécifiques": réduire l'attrait des produits du tabac; accroître l'efficacité des mises en garde sanitaires; et diminuer l'aptitude de l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme et de la consommation de ces produits.[846]

[839] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 972.
[840] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 205.
[841] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 89.
[842] Australie, première communication écrite, paragraphe 135.
[843] Australie, première communication écrite, paragraphe 136.
[844] Australie, première communication écrite, paragraphe 141.
[845] Australie, première communication écrite, paragraphe 598.
[846] Australie, première communication écrite, paragraphe 599.

7.206. L'Australie considère que le fait de mettre l'accent exclusivement sur la "prévalence du tabagisme" pour formuler l'objectif de la mesure, comme le proposent les plaignants, aurait une incidence sur la façon dont le Groupe spécial évaluera le degré de contribution de la mesure:

> [L]es plaignants [demanderaient] en effet au Groupe spécial de ne pas tenir compte de l'enchaînement de causalité par lequel la mesure concernant l'emballage neutre du tabac contribuera en définitive à la réalisation de ses objectifs généraux consistant à améliorer la santé publique en décourageant les personnes de commencer à fumer, en les encourageant à renoncer au tabac, en décourageant la récidive et en réduisant l'exposition à la fumée. Les plaignants tentent ainsi de rompre artificiellement le lien de causalité entre les effets comportementaux de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac et leurs effets à long terme sur la prévalence du tabagisme.[847]

7.207. L'Australie décrit donc l'objectif des mesures TPP, "correctement défini", comme étant de "réduire les taux de tabagisme en Australie en réduisant l'attrait des produits du tabac, en accroissant l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et en diminuant l'aptitude des emballages à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme".[848]

7.208. Le Honduras considère que l'Australie tente de faire l'amalgame entre son objectif de politique générale et les mécanismes qu'elle a choisis pour réaliser cet objectif et que, contrairement à ce que laisse entendre l'Australie, les mécanismes contenus dans la Loi TPP ne sont pas eux-mêmes l'objectif de l'Australie; ils ne sont qu'un moyen de parvenir à une fin – la fin ou l'"objectif" étant la réduction de la prévalence du tabagisme.[849]

7.209. La République dominicaine observe également que l'Australie cherche à qualifier les trois mécanismes d'"objectifs spécifiques" constituant une fin en soi, et qu'"[i]l n'est pas surprenant qu'elle n'ait pas pu avancer un argument cohérent selon lequel ces mécanismes étaient à la fois un moyen de parvenir à une fin et une fin en soi".[850]

7.210. Cuba considère que la référence de l'Australie à la réduction du tabagisme comme étant l'"objectif général" à réaliser au moyen de ces trois "objectifs spécifiques" ou "mécanismes" est source de confusion.[851] Elle fait valoir que, en prenant pour référence le texte de la Loi TPP, l'historique de son élaboration ainsi que la structure et la conception de la mesure, il ne peut y avoir aucun doute que le but ou l'"objectif" de l'emballage neutre est d'améliorer la santé publique en modifiant le comportement tabagique et pas simplement de réduire l'attrait esthétique des produits du tabac ou de leur emballage.[852]

7.211. L'Indonésie met également le Groupe spécial en garde contre le fait de permettre à l'Australie de "modifier les règles" en employant une terminologie qui se rapporte aux "objectifs généraux" et aux "mesures spécifiques" énoncés dans les mesures TPP. Elle fait valoir que l'Australie cherche à "obtenir une chose et son contraire" en tentant de requalifier les "mécanismes spécifiques" d'"objectifs" en soi, ce qui est trompeur puisque les mécanismes spécifiques sont les "leviers" dont l'Australie espère qu'ils permettront de réduire la prévalence, alors que l'objectif du régime concernant l'emballage neutre de l'Australie est de réduire la prévalence.[853]

7.212. En outre, la République dominicaine formule des observations sur l'objectif déclaré de l'Australie de donner effet à certaines obligations en tant que partie à la FCTC. Elle estime que la FCTC n'oblige pas l'Australie à adopter l'emballage neutre et qu'un Membre de l'OMC ne peut pas invoquer, en tout état de cause, une obligation au titre d'un accord international distinct pour justifier l'imposition de restrictions qui seraient par ailleurs contraires au droit de l'OMC. Elle fait

[847] Australie, première communication écrite, paragraphe 602.
[848] Australie, première communication écrite, paragraphe 604. Voir aussi Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 210 et 535.
[849] Voir Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 523 et 524.
[850] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 280.
[851] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 207.
[852] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 213.
[853] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 166.

valoir que s'ils étaient en droit de le faire, les Membres pourraient conclure des accords en dehors de l'OMC comme moyen de se dérober à leurs obligations dans le cadre de l'OMC.[854]

7.2.5.1.1.2 Analyse du Groupe spécial

7.213. Dans les présentes procédures, il n'est pas contesté que l'objectif des mesures TPP se rapporte à la protection de la santé publique et plus spécifiquement à la protection de la santé publique en relation avec l'utilisation de produits du tabac en Australie.

7.214. Cependant, les parties énoncent quelque peu différemment l'objectif particulier recherché par l'Australie au moyen des mesures TPP. Comme il est indiqué plus haut, les plaignants définissent l'objectif recherché par l'Australie en se référant spécifiquement à l'amélioration de la santé publique "[par la] rédu[ction] [de] la prévalence du tabagisme". L'Australie considère que le fait de mettre l'accent exclusivement sur la prévalence du tabagisme reviendrait à "ne pas tenir compte de l'enchaînement de causalité par lequel les mesures contribueront à leur objectif". Comme il est indiqué plus haut, elle considère que l'objectif des mesures, correctement défini, est de "réduire les taux de tabagisme en Australie en réduisant l'attrait des produits du tabac, en accroissant l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et en diminuant l'aptitude des emballages à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme".[855] De l'avis des plaignants, ces trois aspects constituent des "mécanismes" dans le cadre de l'application des mesures, c'est-à-dire les moyens par lesquels les objectifs généraux identifiés dans la Loi TPP sont censés être réalisés, et ils ne peuvent pas être dûment qualifiés d'"objectifs" des mesures TPP au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC.

7.215. Compte tenu des descriptions divergentes que les parties donnent de l'objectif des mesures TPP, nous examinons ensuite plus en détail de quelle manière exactement il faudrait les qualifier. Ce faisant, nous devrions tenir compte de la façon dont l'Australie elle-même énonce l'objectif qu'elle recherche au moyen de ses mesures. Toutefois, comme il est noté plus haut, nous ne sommes pas liés par cette qualification. Pour procéder à une évaluation objective et indépendante de l'objectif qu'un Membre cherche à accomplir, nous devons prendre en compte tous les éléments de preuve qui nous sont présentés à cet égard, y compris "les textes des lois, l'historique de l'élaboration des lois et d'autres éléments de preuve concernant la structure et le fonctionnement" du règlement technique en cause.[856]

7.216. Nous examinons donc les éléments de preuve pertinents qui nous ont été présentés, y compris le texte des mesures, l'historique de leur élaboration et d'autres éléments de preuve concernant le fonctionnement des mesures TPP afin d'identifier leur objectif.

7.217. Le texte de la Loi TPP est le principal instrument juridique incorporant les prescriptions en matière d'emballage neutre des mesures TPP, et il définit l'objet de cette loi. Son sous-titre est le suivant: "Une Loi visant à décourager la consommation de produits du tabac, et des fins connexes".[857] L'article 3 définit les "Objets de la présente Loi" comme suit:

> 1) La présente loi a pour objet:
>
> a) d'améliorer la santé publique:
>
> i) en décourageant les personnes de commencer à fumer, ou de consommer des produits du tabac; et
>
> ii) en les encourageant à renoncer à fumer et à cesser de consommer des produits du tabac; et
>
> iii) en décourageant la récidive chez ceux qui ont renoncé à fumer, ou qui ont cessé de consommer des produits du tabac; et

[854] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 287.
[855] Australie, première communication écrite, paragraphe 604. Voir aussi Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 210 et 535.
[856] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 371.
[857] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), page de couverture.

iv) en réduisant l'exposition des personnes à la fumée émanant des produits du tabac; et

b) de donner effet à certaines obligations qui incombent à l'Australie en tant que partie à la Convention pour la lutte antitabac.[858]

7.218. Par conséquent, la Loi TPP, telle qu'elle est libellée, identifie deux "objets" principaux. Le premier, selon le sous-paragraphe a), est "d'améliorer la santé publique" au moyen de certaines actions énumérées aux sous-paragraphes i) à iv). Le second objet spécifique est identifié au sous-paragraphe b), à savoir "donner effet à certaines obligations qui incombent à l'Australie en tant que partie à la [FCTC]". Ces "objets" sont résumés comme suit dans la présentation simplifiée de la Loi figurant dans la Loi TPP elle-même:

> La présente loi réglemente l'emballage pour la vente au détail et l'apparence des produits du tabac afin:
>
> a) d'améliorer la santé publique; et
>
> b) de donner effet à certaines obligations énoncées dans la Convention pour la lutte antitabac.[859]

7.219. Nous examinons ces deux "objets" l'un après l'autre.

Amélioration de la santé publique

7.220. En ce qui concerne le premier "objet" identifié dans la Loi TPP, nous notons que l'article 3 1) a) fait référence au fait d'améliorer la santé publique en *décourageant* l'initiation au tabagisme, la consommation de produits du tabac ou la récidive en matière de tabagisme, en *encourageant* le sevrage et en *réduisant l'exposition* à la fumée. Comme le titre de la Loi lui-même le laisse entendre, cette formulation concerne "*[le fait de] décourag[er]* la consommation de produits du tabac" (pas d'italique dans l'original).

7.221. Selon l'exposé des motifs concernant le projet de loi TPP[860], "[l]a présente clause dispose que le présent projet de loi a pour objet d'améliorer la santé publique *en réduisant la consommation de produits du tabac des personnes et leur exposition à ces produits*"[861] (pas d'italique dans l'original). L'exposé des motifs décrit également le contexte plus général dans lequel la Loi TPP est adoptée:

> Le gouvernement australien met en œuvre une série globale de réformes *visant à réduire le tabagisme et ses effets nocifs*. Dans le cadre de ces réformes, le gouvernement s'est engagé à introduire une législation prescrivant l'emballage neutre des produits du tabac, pour éliminer l'une des dernières frontières de la publicité pour le tabac.[862]

7.222. Tout au long des présentes procédures, l'Australie a utilisé diverses formulations pour décrire l'objectif général des mesures TPP. Elle l'a décrit à la fois comme visant à "améliorer la santé publique en *décourageant* les personnes de commencer à fumer, en les *encourageant* à renoncer au tabac, en décourageant la récidive et en réduisant l'exposition à la fumée"[863] et comme visant à "*réduire les taux de tabagisme en Australie* …".[864] Ces deux formulations diffèrent, dans la mesure où la première met l'accent sur le fait d'encourager ou de décourager certains comportements spécifiques en ce qui concerne la consommation de produits du tabac, tandis que l'autre fait plus directement référence à la réduction du tabagisme et des taux de tabagisme.

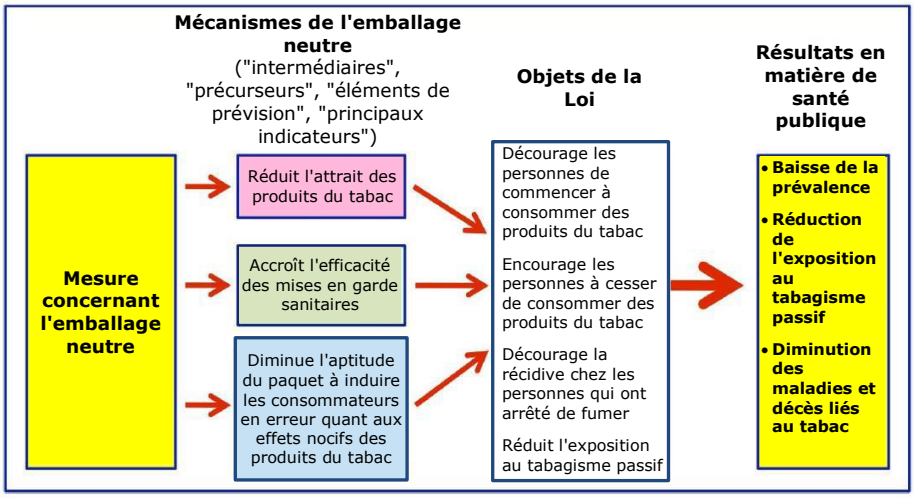
---

[858] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 3.
[859] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 12.
[860] Voir plus haut le paragraphe 2.13, et les notes de bas de page y relatives, pour une explication de la valeur juridique des exposés des motifs dans le cadre du droit national australien.
[861] Exposé des motifs concernant le projet de loi TPP (pièces AUS-2, JE-7), page 6.
[862] Exposé des motifs concernant le projet de loi TPP (pièces AUS-2, JE-7), page 1. (pas d'italique dans l'original)
[863] Australie, première communication écrite, paragraphe 602. (pas d'italique dans l'original)
[864] Australie, première communication écrite, paragraphe 604. (pas d'italique dans l'original)

L'Australie a également décrit son objectif, "correctement défini[]" aux fins de analyse au titre de l'article 2.2, en se référant au fait d'améliorer la santé publique en "réduisant les taux de tabagisme".

7.223. Le fonctionnement global des mesures est décrit comme suit par l'Australie:

Figure 11: Description du fonctionnement des mesures TPP par l'Australie



Source: Figure 9, Australie, première communication écrite, paragraphe 144.

7.224. Les plaignants décrivent l'objectif des mesures TPP comme étant d'améliorer la santé publique en "réduisant la *prévalence* du tabagisme" (pas d'italique dans l'original), cette dernière étant définie comme le nombre de fumeurs en pourcentage de la population totale.[865]

7.225. D'après ce que nous comprenons, l'objectif fondamental recherché par l'Australie au moyen des mesures TPP, tel qu'il ressort du texte de la Loi TPP et de son exposé des motifs, est d'améliorer la santé publique, en particulier en s'efforçant de "réduire le tabagisme" et de "réduire les taux de tabagisme".[866] La Loi TPP ne mentionne pas expressément la réduction du tabagisme ou des taux de tabagisme comme étant l'un de ses objets. Cependant, d'après l'exposé des motifs, il est clair que ces mesures sont un élément de ce que l'Australie décrit comme étant "une série globale de réformes *visant à réduire le tabagisme* et ses effets nocifs".[867] Comme cela est indiqué

[865] Voir Honduras, première communication écrite, paragraphe 351; République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 50, note de bas de page 7; Cuba, première communication écrite, paragraphe 86; et Indonésie, première communication écrite, paragraphe 6, note de bas de page 3.

[866] Exposé des motifs concernant le projet de loi TPP (pièces AUS-2, JE-7), page 1. Voir aussi la déclaration explicative concernant le Règlement TPPA (pièce JE-22), pages 11 à 15; et le document de consultation sur les produits du tabac autres que les cigarettes (pièce JE-11), pages 3 et 16.

[867] Exposé des motifs concernant le projet de loi TPP (pièces AUS-2, JE-7), page 1. En outre, l'exposé des motifs indique comme suit la "raison d'être de l'emballage neutre":

> Le présent projet de loi empêchera la publicité et la promotion du tabac sur les produits du tabac et sur leur emballage afin:
> - de réduire l'attractivité et l'attrait exercés par les produits du tabac sur les consommateurs, en particulier les jeunes;
> - de conférer plus de relief et d'efficacité aux mises en garde sanitaires prescrites;
> - de diminuer l'aptitude des produits du tabac et de leur emballage à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme; et
> - de contribuer aux efforts visant à réduire les taux de tabagisme en réalisant ces buts à long terme, dans le cadre d'une série globale de mesures de lutte antitabac.

Ibid. Voir aussi l'exposé des motifs concernant le projet de loi TMA (pièces AUS-5, JE-5), page 1, présentation; Australian Department of Health and Ageing, "Consultation Paper: Tobacco Plain Packaging Bill 2011 Exposure Draft", 7 April 2011, (document de consultation concernant l'avant-projet de loi TPP) (pièces AUS-120, JE-10), pages 1 et 2; Australian Department of Health and Ageing, "Consultation Paper: Tobacco Plain Packaging: Proposed Approach to Non-Cigarette Tobacco Products", 30 September 2011, (document de consultation sur les produits du tabac autres que les cigarettes) (pièce JE-11), pages 3, 13 et 14.

dans l'exposé des motifs, la Loi TPP vise à "améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac des personnes et leur exposition à ces produits".[868]

7.226. Nous pensons comme l'Australie qu'une qualification de l'objectif des mesures TPP reposant exclusivement sur la réduction de la *prévalence* du tabagisme*,* comme le proposent les plaignants, ne refléterait pas entièrement l'objectif qu'elle recherche au moyen de ces mesures, dans la mesure où cette qualification ne refléterait qu'une dimension de la réduction du tabagisme que l'Australie cherche à accomplir au moyen des mesures. Bien que les objets de la Loi TPP fassent référence au fait d'encourager les personnes à renoncer au tabac et de les décourager de commencer à fumer, qui peut être considéré comme se rapportant en particulier à la réduction de la prévalence du tabagisme, telle que définie plus haut, la Loi TPP vise également, selon ses propres termes, à décourager plus généralement les personnes "de consommer des produits du tabac" et à réduire "l'exposition à la fumée des produits du tabac". L'objectif des mesures TPP ne peut donc pas, selon nous, se limiter exclusivement à la réduction de la prévalence du tabagisme, c'est-à-dire une diminution de la proportion de la population qui fume. D'après ce que nous comprenons, l'objectif des mesures englobe plus largement l'intention de réduire la "consommation" de produits du tabac et l'exposition à ces produits.

7.227. Toutefois, nous ne considérons pas que l'objectif des mesures TPP, aux fins de notre analyse au titre de l'article 2.2, devrait être interprété comme englobant les aspects additionnels identifiés par l'Australie comme étant les "objectifs spécifiques" ou "mécanismes" au titre de la Loi TPP, à savoir "réduire l'attrait des produits du tabac, accroître l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et diminuer l'aptitude des emballages à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme". À notre avis, il est plus approprié de décrire ces "objectifs spécifiques" comme étant les moyens, ou "mécanismes", ainsi que l'Australie les décrits elle-même, par lesquels les mesures sont censées réaliser son objectif d'améliorer la santé publique. Nous souscrivons à l'avis exprimé par les plaignants, et certaines tierces parties, selon lequel les moyens ne devraient pas être confondus avec les fins dans ce contexte.[869]

7.228. Comme l'Australie elle-même l'explique, la Loi TPP et son exposé des motifs décrivent "*la façon dont la mesure est censée contribuer*, *dans le cadre de la stratégie globale des mesures de lutte antitabac de l'Australie*, à la réalisation de l'objectif global de l'Australie qui est de protéger la santé des personnes" (pas d'italique dans l'original). En particulier, l'article 3.2 de la Loi TPP introduit les trois "mécanismes" que l'Australie décrit comme étant des "objectifs spécifiques" de la manière suivante:

---

[868] Exposé des motifs concernant le projet de loi TPP (pièces AUS-2, JE-7), page 6. Voir aussi l'exposé des motifs concernant le projet de loi TMA (pièces AUS-5, JE-5), page 1, présentation; le document de consultation concernant l'avant-projet de loi TPP (pièces AUS-120, JE-10), pages 1 et 2; le document de consultation sur les produits du tabac autres que les cigarettes (pièce JE-11), pages 3 et 16; et la déclaration explicative concernant le Règlement TPPA (pièce JE-22), pages 11, 12, 14 et 15.

[869] Voir par exemple Union européenne, communication en tant que tierce partie, paragraphe 68:

> L'objectif légitime global et les buts subsidiaires ne devraient pas être confondus. Si l'"objectif" est formulé artificiellement pour inclure des questions qui ne sont pas légitimes en soi mais qui tirent uniquement leur légitimité de l'objectif global et du contexte, alors l'analyse devient circulaire et la mesure s'autojustifie. Il en est ainsi parce que, même dans l'hypothèse où il existerait une mesure de rechange qui de fait éliminerait, ou éliminerait presque, le tabagisme et apporterait donc une plus grande contribution à l'objectif de protéger de la santé publique mais ne ferait rien pour réduire l'attrait de l'emballage, d'un point de vue purement juridique, cette mesure ne pourrait pas constituer une mesure de rechange au titre de l'article 2.2, simplement parce qu'elle ne traiterait pas la question de l'attrait de l'emballage (abstraction faite de la question de savoir si elle serait ou non plus restrictive pour le commerce).

À cet égard, nous notons également l'observation suivante du Groupe spécial *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*:

> [L]'évaluation du degré de contribution serait embrouillée et perdrait presque toute son utilité si l'objectif poursuivi par la mesure EPO modifiée devait être assimilé à la façon dont celle-ci poursuit cet objectif. Un examen utile de la mesure contestée d'un Membre suppose un examen par rapport à des règles objectives, et non celles de la mesure contestée elle-même.

Rapports du Groupe spécial *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 7.326.

2) Le Parlement entend *contribuer à la réalisation des objets énoncés dans le sous-article 1) en* réglementant l'emballage pour la vente au détail et l'apparence des produits du tabac afin:

a) de réduire l'attrait des produits du tabac pour les consommateurs; et

b) d'accroître l'efficacité des mises en garde sanitaires sur l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac; et

c) de diminuer l'aptitude de l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme ou de la consommation des produits du tabac.[870]

7.229. Comme il est indiqué plus haut, à ce stade de notre analyse, nous cherchons à établir ce que l'Australie cherche à accomplir au moyen des mesures TPP ou, autrement dit, quelles sont les préoccupations de politique générale auxquelles elle cherche à répondre. De notre point de vue, cette question est distincte de la question de savoir *comment* les mesures spécifiques en cause sont censées réaliser cet objectif. Ce qui nous intéresse en l'espèce c'est l'identification du *but* fondamental des mesures, plutôt que les mécanismes de fonctionnement spécifiques par lesquels elles sont censées atteindre ce but.

7.230. Cette détermination n'implique pas que les mécanismes spécifiques par lesquels les mesures sont censées fonctionner ne seront pas pertinents pour notre analyse globale de la compatibilité des mesures avec l'article 2.2 de l'Accord OTC. Au contraire, ceux-ci pourraient constituer le fondement d'autres aspects de notre analyse, dans le cas où nous devrions d'abord déterminer que l'"objectif" des mesures est légitime. Ils pourraient devenir très pertinents, entre autres choses, pour notre analyse de la contribution des mesures à leurs objectifs. Cependant à ce stade de notre analyse, notre examen se concentre sur le but de politique générale que les mesures visent à satisfaire ou, comme l'Organe d'appel l'a exprimé, ce que l'Australie "cherche à accomplir" au moyen des mesures TPP.

7.231. Pour décrire l'objectif de l'Australie dans le cadre des mesures TPP, Cuba et l'Indonésie ont également fait référence aux "indicateurs de réalisation", établis conformément à l'Accord sur la santé nationale du COAG [Conseil des gouvernements australiens], pour ce qui était de "ramener les taux de tabagisme nationaux à 10% de la population d'ici à 2018 et [de] réduire de moitié le taux de tabagisme parmi les aborigènes et les habitants des îles du Détroit de Torres". Ces "indicateurs de réalisation" sont mentionnés dans l'exposé des motifs concernant le projet de loi TPP.[871] Ils constituent des cibles générales établies en relation avec la baisse des taux de tabagisme en Australie au moyen des mesures TPP et d'autres mesures de lutte antitabac.[872] Ces "indicateurs" identifient donc un certain *niveau* de réalisation ciblé de l'objectif. Or, comme il est indiqué plus haut, l'article 2.2 n'exige pas que nous déterminions ou identifions, dans l'abstrait, le *niveau* de réalisation de l'objectif souhaité ou visé par l'Australie.[873] Nous n'avons donc pas besoin d'examiner, en tant que telle, l'existence d'une cible ou d'un indicateur spécifique dans la réalisation de l'objectif, qui pourrait être visé par l'Australie en tant que composante de cet objectif lui-même.[874] En fait, comme il est indiqué plus haut[875], notre examen se concentre sur le but fondamental ou la raison d'être des mesures. Nous ne sommes donc pas convaincus qu'il soit nécessaire de qualifier l'objectif des mesures TPP, à ce stade de notre analyse, en faisant référence aux indicateurs de réalisation susmentionnés.

[870] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 3. (pas d'italique dans l'original)

[871] Exposé des motifs concernant le projet de loi TPP (pièces AUS-2, JE-7), page 1. Voir aussi le document de consultation concernant l'avant-projet de loi TPP (pièces AUS-120, JE-10), pages 1 et 3 à 5; et le document de consultation sur les produits autres que les cigarettes (pièce JE-11), pages 13 et 14.

[872] Voir, par exemple, le document de consultation concernant l'avant-projet de loi TPP (pièces AUS-120, JE-10), pages 1 et 3 à 5; et le document de consultation sur les produits autres que les cigarettes (pièce JE-11), pages 13 et 14 (mentionnant "l'introduction de l'emballage neutre pour les produits du tabac" parmi dix "réformes engagées … pour atteindre la cible fixée par le [Conseil des gouvernements australiens]").

[873] Voir plus haut le paragraphe 7.196.

[874] Voir plus haut les paragraphes 7.197. et 7.198.

[875] Voir plus haut le paragraphe 7.229.

7.232. Compte tenu de ce qui précède, nous considérons que l'objectif recherché par l'Australie au moyen des mesures TPP est d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits.

Donner effet à la Convention-cadre pour la lutte antitabac (FCTC)

7.233. La Loi TPP identifie, à l'article 3 1) b), un second "Objet", à savoir "donner effet à certaines obligations qui incombent à l'Australie en tant que partie à la Convention pour la lutte antitabac".

7.234. Comme il est indiqué plus haut, selon la définition donnée dans la Loi TPP, l'expression "Convention pour la lutte antitabac" s'entend de la FCTC.[876] En outre, l'exposé des motifs concernant le projet de loi TPP indique que l'"introduction de l'emballage neutre pour les produits du tabac est l'un des moyens par lesquels le gouvernement australien donnera effet aux obligations de l'Australie dans le cadre de la [FCTC]" et mentionne, dans ce contexte, les articles 5, 11 et 13 de la FCTC.[877] L'exposé des motifs concernant le projet de loi TPP ajoute que l'article 3 2) "n'est pas censé[] dresser une liste exhaustive des moyens par lesquels … l'Australie pourra s'acquitter de ses obligations dans le cadre de la FCTC de l'OMS".[878]

7.235. Comme il est exposé plus haut, l'Australie a décrit ses "objectifs légitimes", "correctement définis", aux fins de l'article 2.2 de l'Accord OTC comme étant de "réduire les taux de tabagisme en Australie en réduisant l'attrait des produits du tabac, en accroissant l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et en diminuant l'aptitude des emballages à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme".[879] Toutefois, lorsqu'elle décrit ses objectifs, l'Australie fait également référence à son intention de donner effet à la FCTC, comme le mentionne le sous-article 3 2) de la Loi TPP:

> La structure et l'application des sous-articles 3 1) et 3 2), appliqués conjointement, indiquent clairement que la Loi TPP spécifie un enchaînement de causalité par lequel les objectifs de l'Australie consistant à améliorer la santé publique et à donner effet à la FCTC pourront être réalisés. Cela signifie que la réalisation des objectifs spécifiques énoncés au sous-article 3 2) est un *moyen direct* par lequel est réalisé l'objectif d'améliorer la santé publique énoncé au sous-article 3 1) de la Loi TPP.[880]

7.236. En réponse à une question du Groupe spécial, l'Australie a précisé qu'elle considérait la mise en œuvre de ses obligations dans le cadre de la FCTC comme étant l'un de ses "objectifs" aux fins de l'article 2.2:

> L'emballage neutre du tabac est recommandé en tant que moyen par lequel les parties à la FCTC peuvent mettre en œuvre leurs obligations au titre des articles 11 et 13 de cette convention. L'Australie considère donc que l'introduction de l'emballage neutre du tabac donne effet à son "Obligation générale" de mettre en œuvre et d'actualiser des stratégies multisectorielles globales, au titre de l'article 5.1 de la FCTC, ainsi qu'à ses obligations spécifiques au titre des articles 11 et 13. À ce titre, donner effet à certaines obligations qui incombent à l'Australie en tant que partie à la FCTC est l'un des objectifs légitimes de la mesure aux fins de l'article 2.2 de l'Accord OTC.[881]

7.237. Le Honduras, la République dominicaine et Cuba font valoir que la mise en œuvre de la FCTC n'oblige pas l'Australie à adopter l'emballage neutre et qu'un Membre de l'OMC ne peut pas invoquer, en tout état de cause, une obligation au titre d'un accord international distinct pour justifier l'imposition de restrictions qui seraient par ailleurs contraires au droit de l'OMC.[882] Pour

[876] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 4 1). Voir aussi plus haut le paragraphe 2.16.
[877] Exposé des motifs concernant le projet de loi TPP (pièces AUS-2, JE-7), page 2.
[878] Exposé des motifs concernant le projet de loi TPP (pièces AUS-2, JE-7), page 7.
[879] Australie, première communication écrite, paragraphe 604.
[880] Australie, première communication écrite, paragraphe 600. (italique dans l'original; note de bas de page omise)
[881] Australie, réponse à la question n° 78 du Groupe spécial, paragraphe 220.
[882] Voir Honduras, première communication écrite, paragraphes 11, 121 et 138 à 140; deuxième communication écrite, paragraphe 465; République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 187, 422 et 423; deuxième communication écrite, paragraphes 286 à 288 et 962; Cuba, première communication écrite, paragraphes 289 à 291, 320, note de bas de page 406, et 406; réponse à la question

ces raisons, ils considèrent que la compatibilité des mesures TPP avec l'article 2.2 de l'Accord OTC doit uniquement être évaluée au regard de l'objectif déclaré, qui est de réduire le comportement tabagique[883], d'améliorer "la santé publique en réduisant la prévalence du tabagisme"[884] et de "réduire la prévalence du tabagisme".[885]

7.238. Nous ne pensons pas que l'Australie laisse entendre que son objectif consistant à "donner effet à certaines obligations", qui lui incombent dans le cadre de la FCTC, devrait être considéré, aux fins de la détermination de l'"objectif légitime" des mesures TPP au titre de l'article 2.2, abstraction faite et indépendamment de son objectif en ce qui concerne l'amélioration de la santé publique. En fait, nous estimons que l'intention de l'Australie de donner effet à certaines de ses obligations dans le cadre de la FCTC au moyen des mesures TPP, y compris la Loi TPP, est directement liée, et conforme, à son objectif d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits.

7.239. Comme l'Australie l'a indiqué, "[l]a justification de santé publique qui sous-tend la Loi TPP, ainsi que les moyens permettant de réaliser cet objectif, *est étayée par* l'exposé des motifs concernant la Loi TPP et *par les Directives de la FCTC*".[886] L'Australie explique en outre qu'"il n'est pas contesté que les mesures recommandées par la FCTC sont des mesures de *santé publique* "légitimes"".[887] Comme elle l'a indiqué par ailleurs:

> Le sous-article 3 1) b) de la Loi TPP dispose expressément que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac *améliorera la santé publique en* donnant effet à certaines obligations qui incombent à l'Australie dans le cadre de la FCTC. Comme il est présenté au paragraphe 140 de la première communication écrite de l'Australie, l'exposé des motifs concernant le projet de loi TPP fait explicitement référence aux Directives de la FCTC, qui recommandent que les parties envisagent d'adopter l'emballage neutre du tabac (pas d'italique dans l'original).[888]

7.240. L'objectif de la FCTC est énoncé comme suit à l'article 3:

> [P]rotéger les générations présentes et futures des *effets sanitaires*, sociaux, environnementaux et économiques dévastateurs *de la consommation de tabac et de l'exposition à la fumée du tabac* en offrant un cadre pour la mise en œuvre de mesures de lutte antitabac par les Parties aux niveaux national, régional et international, *en vue de réduire régulièrement et notablement la prévalence du tabagisme et l'exposition à la fumée du tabac.*[889] (pas d'italique dans l'original)

7.241. Nous notons que la FCTC reconnaît les principales préoccupations de santé publique soulevées par la consommation de tabac et l'exposition au tabac, et que son objectif exprès est de répondre aux "effets … dévastateurs de la consommation de tabac et de l'exposition à la fumée du tabac", y compris sur la santé.

---

n° 130 du Groupe spécial, page 17; Indonésie, première communication écrite, paragraphes 92 à 98; observations sur le rapport après mise en œuvre de l'Australie, paragraphes 12 et 13. Le Honduras fait également valoir que, même si la FCTC obligeait ses parties à mettre en œuvre l'emballage neutre, le présent Groupe spécial, en vertu de l'article 3:2 du Mémorandum d'accord, n'aurait pas pour mandat d'interpréter cette obligation découlant d'un traité extérieur à l'OMC. Honduras, première communication écrite, paragraphes 138 et 139. Voir aussi République dominicaine, première communication écrite, para 423; deuxième communication écrite, paragraphe 287; et Cuba, première communication écrite, paragraphes 290 et 292.

[883] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 288 et 962.

[884] Honduras, première communication écrite, paragraphe 140.

[885] Cuba, première communication écrite, paragraphe 320, note de bas de page 406 (indiquant que "l'autre objectif de donner effet à la FCTC ne peut pas être considéré comme un objectif à même de justifier séparément les mesures TPP si les mesures TPP ne réduisent pas la consommation de tabac"). Mais voir Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 203, 214 et 224.

[886] Australie, première communication écrite, paragraphe 601. (pas d'italique dans l'original; notes de bas de page omises)

[887] Australie, réponse à la question n° 78 du Groupe spécial, paragraphe 219. (pas d'italique dans l'original)

[888] Australie, réponse à la question n° 78 du Groupe spécial, paragraphe 217. (pas d'italique dans l'original)

[889] FCTC (pièces AUS-44, JE-19), article 3 (pas d'italique dans l'original). Voir aussi plus haut le paragraphe 2.100, et Australie, réponse à la question n° 78 du Groupe spécial, paragraphe 218.

7.242. Comme l'indique l'Australie[890] et comme il ressort de l'historique de leur élaboration[891], les mesures TPP visent plus spécifiquement à donner suite à certaines recommandations figurant dans les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC, invitant à "envisager d'adopter" l'emballage neutre du tabac comme l'un des moyens de mettre en œuvre les obligations énoncées aux articles 11 et 13 de la FCTC.[892]

7.243. Compte tenu de ces éléments, nous considérons que la référence qui est faite, dans la Loi TPP ainsi que dans son exposé des motifs et ses documents connexes, à l'intention de l'Australie de donner effet à certaines obligations dans le cadre de la FCTC en adoptant les mesures TPP étaye et *confirme* encore que l'objectif de ces mesures, aux fins de notre détermination au titre de l'article 2.2 (à savoir, identifier la préoccupation de politique générale fondamentale à laquelle répondent les mesures contestées) est d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits.[893]

7.244. Nous n'avons donc pas besoin d'examiner plus avant si la mise en œuvre de certaines obligations dans le cadre de la FCTC pourrait être considérée comme constituant un "objectif légitime" distinct *indépendamment* de l'objectif de santé publique de l'Australie décrit plus haut.[894]

7.2.5.1.2 Question de savoir si l'objectif rcherché par l'Australie au moyen des mesures TPP est un "objectif légitime" au sens de l'article 2.2

7.245. L'Organe d'appel a observé qu'un "objectif légitime" désignait une "visée ou une cible qui [était] licite, justifiable ou juste".[895] Bien qu'il ne fournisse pas une liste exhaustive de ces objectifs, l'article 2.2 identifie expressément un certain nombre d'objectifs comme étant des "objectifs légitimes". Comme l'a noté l'Organe d'appel, une constatation selon laquelle l'objectif

---

[890] Voir, par exemple, Australie, première communication écrite, paragraphes 2, 4, 9 et 108. L'Australie établit un lien entre les "trois mécanismes" des mesures TPP et les "avantages probables de l'emballage neutre du tabac … identifiés dans les Directives de la [FCTC] ":

> Cela pourrait conférer plus de relief et d'efficacité aux mises en garde sanitaires et aux messages, en empêchant que la forme de conditionnement ne détourne l'attention des consommateurs et en faisant échec aux techniques de design employées par l'industrie du tabac pour tenter de faire croire que certains produits sont moins nocifs que d'autres.

Ibid., paragraphe 108 (citant en partie le paragraphe 46 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC).

[891] Voir, par exemple, l'exposé des motifs concernant le projet de loi TPP (pièces AUS-2, JE-7), pages 2, 3, 7 à 9, 11 et 14; le document de consultation concernant l'avant-projet de loi TPP (pièces AUS-120, JE-10), pages 6, 7, 11, 13 et 14; la déclaration explicative concernant le Règlement TPPA (pièce JE-22), page 14 de l'annexe B. Voir aussi Australie, première communication écrite, paragraphe 140.

[892] Les parties à la FCTC se sont engagées, dans le cadre de l'article 11 de la Convention, à appliquer des "mesures efficaces" en ce qui concerne l'utilisation de mises en garde sanitaires et d'autres messages appropriés sur le conditionnement et l'étiquetage des produits du tabac, et à faire en sorte que le conditionnement et l'étiquetage des produits du tabac "ne contribuent pas à la promotion" de ces produits par des moyens tendancieux ou trompeurs. FCTC (pièces AUS-44, JE-19), article 11.1 a) et 11.1 b). Dans le cadre de l'article 13 de la Convention, les parties à la FCTC se sont engagées à appliquer une "interdiction globale de la publicité, de la promotion et du parrainage" qui, "[c]omme mesure minimum" prévoira, entre autres, une interdiction de "toutes les formes de publicité en faveur du tabac … qui contribuent à promouvoir un produit du tabac par des moyens fallacieux, tendancieux ou trompeurs". *Ibid*., article 13.1, 13.2 et 13.4 a). La "publicité en faveur du tabac et [la] promotion du tabac" sont, quant à elles, définies par la Convention comme étant "toute forme de communication, recommandation ou action commerciale ayant pour but, effet ou effet vraisemblable de promouvoir directement ou indirectement un produit du tabac ou l'usage du tabac". *Ibid*., article 1 c). Nous notons également que la Loi TPP adopte expressément cette définition donnée par la FCTC. Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 4 1). Voir aussi plus haut les paragraphes 2.100 à 2.109.

[893] Nous notons à cet égard que la République dominicaine reconnaît que les Directives de la FCTC pourraient "au mieux … confirmer la légitimité de l'emballage neutre en tant que mesure dont l'*objectif* est de promouvoir la santé publique". République dominicaine, réponse à la question n° 130 du Groupe spécial, paragraphe 315. (italique dans l'original)

[894] Cette détermination, selon laquelle, aux fins de l'identification de l'"objectif" des mesures au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, il n'est pas nécessaire que la mise en œuvre de la FCTC soit considérée comme constituant un objectif *indépendant* et distinct de l'objectif de santé publique de l'Australie, n'implique en aucun cas que la FCTC et ses instruments connexes ne seront pas pertinents, ou qu'ils seront moins pertinents, pour le reste de notre évaluation au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC ou en ce qui concerne d'autres allégations qui nous ont été présentées.

[895] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 313; et *États-Unis – EPO*, paragraphe 370. (note de bas de page omise)

d'une mesure figure parmi ceux qui sont énumérés à l'article 2.2 mettra fin à l'examen de sa légitimité.[896]

7.246. Nous avons déterminé plus haut[897] que l'objectif recherché par l'Australie au moyen des mesures TPP était de protéger la santé des personnes, et plus précisément d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits.

7.247. La "protection de la santé ou de la sécurité des personnes" est l'un des "objectifs légitimes" explicitement identifiés à l'article 2.2.[898] Nous notons à cet égard que, dans le contexte de l'article XX b) du GATT de 1994, la protection de la vie et de la santé des personnes au moyen de la suppression ou de la réduction des risques pour la santé bien connus et extrêmement graves (liés aux fibres d'amiante dans cette affaire) était considérée comme une valeur "à la fois vitale et importante au plus haut point".[899]

7.248. Il n'est pas contesté, dans les présentes procédures, que la consommation du tabac et l'exposition à la fumée de tabac entraînent la mort et la maladie[900], et que la protection de la santé des personnes contre ces risques est donc un objectif de santé publique légitime au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC.

7.249. Nous notons également l'observation du Honduras selon laquelle il a lui-même mis en œuvre des mesures globales concernant la réglementation du tabac, et partage l'objectif de l'Australie de "réduire la prévalence du tabagisme et la consommation de tabac".[901] La République dominicaine considère qu'"améliorer la santé publique en réduisant la prévalence du tabagisme" est un objectif légitime au sens de l'article 2.2.[902] Cuba admet également que l'objectif de réduire la prévalence du tabagisme est un objectif tout à fait légitime et que la consommation de tabac et l'exposition à la fumée du tabac entraînent la mort et l'incapacité.[903] L'Indonésie ne conteste pas non plus que des mesures visant à réduire la prévalence du tabagisme protègent la santé publique, ni la légitimité de l'objectif recherché par les mesures TPP de l'Australie.[904]

7.250. Nous notons en outre qu'il a déjà été reconnu que "limiter ou empêcher le tabagisme chez les jeunes" constituait un "objectif de santé légitime" dans le contexte de l'Accord OTC[905] et que l'Organe d'appel, dans le contexte de l'application de cet accord, a également déjà reconnu "l'importance des efforts déployés par les membres de l'Organisation mondiale de la santé pour la lutte antitabac".[906] Comme il est indiqué plus haut, la "propagation de l'épidémie de tabagisme", en tant que "problème mondial aux conséquences sérieuses pour la santé publique", et "les conséquences … dévastatrices au plan mondial de la consommation de tabac et de l'exposition à la fumée du tabac"[907] ont été expressément reconnues par la FCTC. Comme il est également indiqué plus haut, l'objectif même de la FCTC, une convention internationale comptant 180 parties (dont une grande majorité sont aussi Membres de l'OMC)[908], est d'offrir "un cadre pour la mise en œuvre

[896] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 372.
[897] Voir plus haut le paragraphe 7.232.
[898] Les autres objectifs légitimes explicitement énumérés à l'article 2.2 sont: la "sécurité nationale"; "la prévention de pratiques de nature à induire en erreur"; "la protection … de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux"; et "la protection de l'environnement".
[899] Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 172.
[900] Voir plus loin la section 7.2.5.5 sur la nature des risques et la gravité des conséquences de la non-réalisation de l'objectif. Voir aussi FCTC (pièces AUS-44, JE-19), préambule, deuxième et troisième considérants et article 3; et OMS/FCTC, mémoire d'*amicus curiae* (pièce AUS-42 (révisée)), paragraphe 13. Voir aussi plus haut les paragraphes 7.240 et 7.241.
[901] Voir Honduras, première communication écrite, paragraphes 2 et 850.
[902] Voir République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 972.
[903] Voir Cuba, première communication écrite, paragraphes 3 et 406.
[904] Voir Indonésie, première communication écrite, paragraphe 389.
[905] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 236.
[906] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 235.
[907] FCTC (pièces AUS-44, JE-19), préambule, deuxième et troisième considérants et article 3; et OMS/FCTC, mémoire d'*amicus curiae* (pièce AUS-42 (révisée)), paragraphe 13. Voir aussi plus haut les paragraphes 7.240 et 7.241.
[908] Nous notons que la plupart des parties à la FCTC sont également Membres de l'OMC (149 sur 180, soit environ 83%). Voir Australie, réponse à la question n° 128 du Groupe spécial, paragraphes 188 et 189; première communication écrite, paragraphe 578; et deuxième communication écrite, paragraphe 336 (faisant néanmoins référence à 148 Membres de l'OMC, étant donné que ces communications ont été présentées avant que le Kazakhstan, également partie à la FCTC, devienne Membre de l'OMC en novembre 2015).

de mesures de lutte antitabac par les Parties aux niveaux national, régional et international, en vue de réduire régulièrement et notablement la prévalence du tabagisme et l'exposition à la fumée du tabac".[909]

7.251. Compte tenu de ce qui précède[910], il est clair qu'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits est un "objectif légitime" au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC.

7.252. Nous considérons que la référence faite dans la deuxième phrase de l'article 2.5 aux "objectifs *expressément* mentionnés [à l'article 2.2]" (pas d'italique dans l'original) concerne les objectifs qui sont énumérés à l'article 2.2 et identifiés plus haut au paragraphe 7.247, ce qui inclut "la protection de la santé … des personnes". Par conséquent, nous constatons également, et les parties ne contestent pas[911], que les mesures TPP sont "élaboré[es], adopté[es] ou appliqué[es] en vue d'atteindre l'un des objectifs légitimes expressément mentionnés au paragraphe 2", au sens de la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC.

7.253. En conséquence, nous examinons à présent si les mesures TPP sont, comme l'Australie le fait valoir, "conforme[s] aux normes internationales pertinentes".

7.2.5.2 Question de savoir si les mesures TPP sont "conforme[s] aux normes internationales pertinentes" au titre de l'article 2.5 (deuxième phrase)

7.2.5.2.1 Aperçu des arguments des parties

7.254. L'Australie fait valoir que les Directives de la FCTC pour l'application de l'article 11 de la FCTC et les Directives de la FCTC pour l'application de l'article 13 de la FCTC (les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC)[912] constituent une "norme internationale pertinente" pour l'emballage neutre du tabac et que les mesures TPP ont été élaborées, adoptées ou appliquées "conform[ément] [à]" ces directives.

7.255. En ce qui concerne le premier élément ("normes internationales pertinentes"), l'Australie soutient que les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC sont des "normes" au sens de l'Accord OTC car se sont des "documents" qui, par leur rédaction au "conditionnel" et non à l'"impératif", fournissent des "lignes directrices" pour des "usages communs et répétés" par les parties à la FCTC afin qu'elles "rempli[ssent] leurs obligations au titre des diverses dispositions de

---

De même, la grande majorité des Membres de l'OMC sont également parties à la FCTC (149 sur 160, soit environ 93%).

Deux des parties aux présentes procédures sont parties à la FCTC: l'Australie et le Honduras. Cuba a signé la FCTC en juin 2004 mais n'est jamais devenue partie à cette convention par voie de ratification, d'acceptation ou d'adhésion. La République dominicaine et l'Indonésie ne sont ni parties à la FCTC ni signataires de cette convention. OMS/FCTC, demande d'autorisation de communiquer des renseignements (pièce AUS-42, révisée), paragraphe 12; et OMS/FCTC, mémoire d'*amicus curiae* (pièce AUS-42 (révisée)), paragraphe 12 et note de bas de page 18. Voir aussi Honduras, première communication écrite, paragraphe 124; République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 178; Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 383; Indonésie, première communication écrite, paragraphe 93; et Australie, première communication écrite, paragraphe 103. De plus, "[t]outes les parties aux [présents différends] sont des États Membres de l'OMS". OMS/FCTC, demande d'autorisation de communiquer des renseignements (pièce AUS-42 (révisée)), paragraphe 12.

La plupart des tierces parties aux présentes procédures sont aussi parties à la FCTC. Les seules tierces parties aux présentes procédures qui ne sont pas parties à la FCTC sont les suivantes: l'Argentine, le Malawi et les États-Unis (même si tant l'Argentine que les États-Unis sont des États signataires de la FCTC, qui ont signé cette convention en 2003 et 2004, respectivement). Une liste de toutes les parties à la FCTC et de ses signataires figure dans la pièce IND-29 (indiquant 179 parties étant donné qu'elle a été présentée avant que le Zimbabwe devienne partie en mars 2015). Voir aussi plus haut le paragraphe 2.97.

[909] FCTC (pièces AUS-44, JE-10), article 3. Voir aussi Australie, réponse à la question n° 78 du Groupe spécial, paragraphe 218.

[910] Voir, par exemple, plus haut les paragraphes 7.232, 7.246 et 7.247.

[911] Voir, par exemple, République dominicaine, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphe 290; deuxième communication écrite, paragraphes 850 et 851; Australie, première communication écrite, paragraphe 269; et deuxième communication écrite, paragraphe 314.

[912] Par souci de simplicité et de commodité, lorsque nous désignerons les Directives de la FCTC pour l'application de l'article 11 de la FCTC et les Directives de la FCTC pour l'application de l'article 13 de la FCTC *individuellement*, nous les appellerons respectivement les "Directives concernant l'article 11 de la FCTC" et les "Directives concernant l'article 13 de la FCTC". Voir aussi plus haut les paragraphes 2.107 à 2.109.

la Convention" qui se rapportent à un "produit" (le tabac), y compris à son emballage, ainsi qu'à des "procédés et des méthodes de production connexes" (fabrication et vente de produits du tabac).[913] Par ailleurs, elle considère que les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC ont en outre un caractère "international" car elles ont été adoptées par un "organisme international à activité normative": la Conférence des Parties à la FCTC. Elle fait valoir que cette dernière est un "organisme international à activité normative" car il s'agit d'un organisme ayant des "activités reconnues dans le domaine de la normalisation", qui est ouvert aux organismes compétents d'au moins tous les Membres. Elle soutient également que les plaignants ne contestent pas que ces deux directives de la FCTC sont "pertinentes" pour les mesures TPP.

7.256. S'agissant du deuxième élément, l'Australie soutient que les mesures TPP ont été adoptées "conform[ément] aux" Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC car, comme les mesures l'indiquent elles-mêmes, elles ont été adoptées pour "donner effet" à "certaines obligations" incombant à l'Australie dans le cadre de la FCTC.[914] À cet égard, elle rappelle que les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC recommandent spécifiquement les mesures concernant l'emballage neutre du tabac en tant que moyen de mettre en œuvre les obligations énoncées aux articles 11 et 13 de la FCTC se rapportant à l'emballage et à l'étiquetage des produits du tabac ainsi qu'à la publicité en faveur du tabac et à la promotion et au parrainage du tabac, respectivement. L'Australie fait valoir que, lorsque le champ de ces recommandations concernant l'emballage neutre qui sont énoncées dans ces Directives de la FCTC est "correctement identifié", il est manifeste que les mesures TPP sont "conforme[s] [à]" ces recommandations, y compris dans la mesure où les mesures TPP "inclu[ent]: la réglementation de l'utilisation des noms de fabricant ou des noms de marques sur les cigarettes individuelles et d'autres produits du tabac comme les cigares; des restrictions sur les enveloppes à l'intérieur des paquets de tabac; des spécifications relatives à l'emplacement et à la position des renseignements pouvant apparaître sur l'emballage du tabac; et le nombre de fois où certains renseignements peuvent apparaître sur le paquet."[915]

7.257. Sur la base de ce qui précède, l'Australie demande au Groupe spécial de constater que les mesures TPP remplissent les conditions énoncées dans la deuxième phrase de l'article 2.5 et devraient donc être "présumé[es] – cette présomption étant réfutable – ne pas créer un obstacle non nécessaire au commerce international" au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC.[916] Elle fait valoir en outre que les plaignants "n'ont présenté aucun élément de preuve du type qui serait requis pour réfuter" cette présomption.[917] En conséquence, elle demande au Groupe spécial de "rejeter toutes les allégations des plaignants au titre de l'article 2.2 au motif que ceux-ci n'ont pas réfuté la présomption établie au titre de l'article 2.5".[918]

7.258. Les plaignants considèrent que l'Australie n'a pas démontré que les conditions énoncées dans la deuxième phrase de l'article 2.5 étaient remplies. Ils font valoir que les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC ne constituent pas une "norme internationale

[913] Voir aussi Australie, réponse à la question n° 73 du Groupe spécial, paragraphe 200 (indiquant que "[l]es Directives de la FCTC visent tant les *éléments concernant la marque* de l'emballage neutre du tabac (comme l'utilisation de logos, de couleurs ou d'images de marque) que les *éléments physiques* de l'emballage neutre du tabac (comme la forme, la taille et les matériaux de l'emballage du tabac). La FCTC est donc une norme internationale pertinente, indépendamment du point de savoir si le Groupe spécial considère que les termes "règlement technique" incluent uniquement les prescriptions physiques de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac ou que ces termes incluent tant les prescriptions relatives à la marque que les prescriptions physiques." (note de bas de page omise) (pas d'italique dans l'original)).

[914] Bien que la Loi TPP elle-même ne spécifie pas ce que l'expression "certaines obligations" employée dans la FCTC recouvre, l'Australie indique que l'exposé des motifs concernant le projet de loi TPP fait spécifiquement référence aux Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC (voir, par exemple, Australie, première communication écrite, paragraphe 140). Voir aussi plus haut les paragraphes 7.233 et 7.234.

[915] Voir, par exemple, Australie, première communication écrite, paragraphes 519 et 584; deuxième communication écrite, paragraphes 316, 318 et 321 à 345; déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 83; réponse à la question n° 135 du Groupe spécial, paragraphes 21 à 32; et réponse à la question n° 150 du Groupe spécial, paragraphes 35 et 36.

[916] Voir, par exemple, Australie, première communication écrite, paragraphes 519, 567 à 582 et 584; et deuxième communication écrite, paragraphe 345. L'Australie allègue également que les plaignants "n'ont présenté aucun élément de preuve du type qui serait requis pour réfuter" cette présomption au titre de la deuxième phrase de l'article 2.5. Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 347 à 353.

[917] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 308 et 347 à 355.

[918] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 356.

pertinente" pour l'emballage neutre du tabac, premièrement, parce qu'elles ne répondent pas à la définition d'une "norme" au titre de l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC. Deuxièmement, les plaignants font valoir que, même si elles pouvaient répondre à cette définition, ces deux directives de la FCTC ne pourraient pas être considérées comme une norme "internationale" parce qu'elles n'ont pas été adoptées par un "organisme international à activité normative".[919] Ils soutiennent en outre que, même à supposer que les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC soient des "normes internationales pertinentes", les mesures TPP ne pourraient pas être considérées comme étant "conforme[s] [à]" cette norme internationale, compte tenu du degré de correspondance insuffisant entre elles et les Directives de la FCTC. Les plaignants affirment, à cet égard, que les mesures TPP mettent en œuvre l'"emballage neutre" en réglementant certaines caractéristiques des produits du tabac ou de l'emballage qui ne figurent même pas dans les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC (et qui vont donc "au-delà" de ces instruments)[920] et qu'elles réglementent certaines autres caractéristiques de l'"emballage neutre" d'une manière qui diffère de la façon dont ces caractéristiques sont traitées dans les directives en question.[921]

7.259. Les plaignants demandent donc au Groupe spécial de constater que les conditions énoncées dans la deuxième phrase de l'article 2.5 n'ont pas été remplies et que, par conséquent, les mesures TPP ne peuvent pas être présumées – cette présomption étant réfutable – ne pas créer un obstacle non nécessaire au commerce international.[922]

7.2.5.2.2 Approche du Groupe spécial

7.260. Comme il est indiqué plus haut[923], la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC dispose qu'un règlement technique "sera présumé – cette présomption étant réfutable – ne pas créer un obstacle non nécessaire au commerce international" lorsqu'il remplit les deux ensembles de conditions cumulatives suivants:

[919] La République dominicaine fait également remarquer que, même à supposer que l'OMS ou la Conférence des Parties à la FCTC aient des activités de normalisation reconnues dans certains domaines spécifiques, ces activités n'incluent pas celles qui sont "pertinentes" pour le règlement technique en cause dans les présentes procédures. En conséquence, elle indique que les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC ne peuvent pas être considérées comme des normes internationales "pertinentes". Voir, par exemple, République dominicaine, déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 28 et note de bas de page 37; et observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 147 du Groupe spécial, paragraphes 9, 11 et 24.

[920] Voir, par exemple, Indonésie, réponse à la question n° 136 du Groupe spécial, paragraphe 6 (alléguant que, "[en] réglementant toutes les caractéristiques imaginables des produits du tabac et de leur emballage, bien au-delà de tout ce qui était suggéré dans les Directives de la FCTC, l'Australie a renoncé à toute présomption selon laquelle ses mesures sont "conforme[s] aux" Directives de la FCTC").

[921] Voir, par exemple, Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 7, 462 et 476 à 517 (y compris ses arguments présentés pour les besoins du débat aux paragraphes 507, 508 et 515); réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, pages 26 et 34; réponse à la question n° 129 du Groupe spécial, pages 41 et 42; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 22; République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 842 à 911 (y compris son argument présenté pour les besoins du débat au paragraphe 908); réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphes 283 et 294; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 28; Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 165 à 188; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 43; Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphes 220 à 253 et 254 à 258; et réponse à la question n° 150 du Groupe spécial, paragraphe 13. Voir aussi les réponses respectives des parties à la question n° 150 du Groupe spécial, ainsi que les observations de l'Australie et des plaignants sur les réponses des autres parties à cette question.

[922] Voir, par exemple, Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 462. En outre, supposant pour les besoins de l'argumentation que les mesures TPP sont présumées – cette présomption étant réfutable – ne pas créer un obstacle non nécessaire au commerce international, les plaignants considèrent qu'ils ont réfuté cette présomption. Voir, par exemple, République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 912 (indiquant que, du fait que la "force" de la présomption au titre de la deuxième phrase de l'article 2.5 "doit être calibrée suivant le niveau de spécificité de la norme internationale", "il ne pourrait pas y avoir de présomption créée par les Directives de la FCTC, ou tout au plus une présomption très faible, compte tenu de la formulation imprécise de ces directives", et faisant valoir ensuite que "les éléments de preuve et les arguments à l'appui de ses éléments *prima facie* au titre de l'article 2.2 sont suffisants pour renverser toute présomption de ce type").

[923] Voir plus haut les paragraphes 7.37 et 7.38.

a. le "règlement technique"[924] est élaboré, adopté ou appliqué "en vue d'atteindre l'un des objectifs légitimes expressément mentionnés" à l'article 2.2; et

b. il est "conforme aux normes internationales pertinentes".

7.261. Ayant déterminé plus haut que les mesures TPP constituent un règlement technique[925] élaboré en vue d'atteindre un objectif légitime expressément mentionné à l'article 2.2[926] et remplissent donc la première de ces conditions, nous examinons à présent si ces mesures sont "conforme[s] aux normes internationales pertinentes", comme le fait valoir l'Australie.[927]

7.262. À première vue, un règlement technique est "conforme aux normes internationales pertinentes" si deux éléments cumulatifs sont réunis: premièrement, des "normes internationales pertinentes" existent et deuxièmement, la ou les mesures en cause sont "conforme[s] [à]" ces normes internationales.

7.263. Nous devons donc d'abord examiner si les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC ou des éléments de ces directives, tels qu'ils sont identifiés par l'Australie, constituent une "norme internationale pertinente" pour l'emballage neutre du tabac. Si nous constatons que tel est le cas, nous procéderons à l'évaluation de la question de savoir si les mesures TPP sont "conforme[s] [à]" ces directives. Cependant, si nous constatons qu'il en est autrement, nous n'aurons pas besoin d'aller plus loin.[928]

7.2.5.2.3 Question de savoir si les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC constituent des "normes internationales pertinentes"

7.264. Il s'agit des premières procédures de groupe spécial dans lesquelles une partie invoque l'existence de "normes internationales pertinentes" au sens de la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC.[929] Par conséquent, nous déterminerons d'abord quels éléments doivent être présents pour qu'une "norme internationale pertinente" existe au sens de cette disposition. Nous examinerons ensuite, à la lumière de ces déterminations, si les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC ou des éléments pertinents de ces directives, tels qu'ils sont identifiés par l'Australie, constituent une "norme internationale pertinente" pour l'emballage neutre du tabac aux fins de cette disposition.

---

[924] Nous notons que, en tant que partie de 1 des 12 paragraphes de l'article 2 de l'Accord OTC, la deuxième phrase de l'article 2.5, telle qu'elle est libellée, ne concerne que les règlements techniques qui, comme les mesures TPP en cause en l'espèce, ont été élaborés, adoptés ou appliqués par des *institutions des gouvernements centraux*. Les règlements techniques des institutions publiques *locales* ou des organismes *non gouvernementaux* (qui sont définis dans les Annexes 1.7 et 1.8 de l'Accord OTC, respectivement) sont traités dans une disposition séparée de l'Accord: l'article 3. Nous notons que le présent différend ne concerne pas ce type de mesures.

[925] Voir plus haut le paragraphe 7.182 dans lequel nous concluons que les mesures TPP constituent un règlement technique, énonçant des caractéristiques concernant l'apparence et l'emballage des produits du tabac (y compris des prescriptions concernant la façon dont les marques peuvent figurer sur les produits du tabac et leur emballage) et rendant obligatoire le respect de ces caractéristiques.

[926] Voir plus haut le paragraphe 7.252. Voir aussi plus haut le paragraphe 7.246, où nous rappelons la conclusion que nous avons formulée au paragraphe 7.232 selon laquelle l'objectif recherché par l'Australie au moyen des mesures TPP est de protéger la santé des personnes, et plus précisément d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits.

[927] Voir, par exemple, Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 477; et Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 314 (indiquant que "le seul point de désaccord entre les parties concerne la deuxième prescription de l'article 2.5, c'est-à-dire la question de savoir si les [mesures TPP sont] "conforme[s] aux normes internationales pertinentes"").

[928] Comme nous l'avons indiqué plus haut au paragraphe 7.187, il n'est pas contesté, dans les présentes procédures, que la charge de démontrer que toutes les conditions énoncées dans la deuxième phrase de l'article 2.5 sont remplies incombe à l'Australie, en tant que partie invoquant cette disposition.

[929] Dans l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, notant que les parties étaient d'accord pour dire qu'il n'existait pas de "norme internationale pertinente" au sens de la deuxième phrase de l'article 2.5, le Groupe spécial a observé que, pour entreprendre l'évaluation de l'allégation au titre de l'article 2.2, il ne partirait donc pas "de la présomption réfragable que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle n'[était] pas un obstacle non nécessaire au commerce." Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.331 (également cité dans Honduras, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 147 du Groupe spécial, paragraphe 40; et dans Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 179, 180 et 188).

7.2.5.2.3.1 La notion de "normes internationales pertinentes" dans l'article 2.5 (deuxième phrase)

Principaux arguments des parties

7.265. Le Honduras considère qu'"un instrument constitue une norme internationale pertinente s'il satisfait aux prescriptions présentées"[930] comme suit: i) "[l]'instrument est une "norme" selon la définition établie à l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC"[931]; ii) "[l]a norme doit être "internationale""[932]; et iii) "[l]a norme doit être "pertinente"".[933]

7.266. La République dominicaine est d'avis que l'évaluation de la question de savoir si un document est une "norme internationale pertinente" exige d'aborder les "étapes successives" et "cumulatives" suivantes: i) la question de savoir si "le document a été élaboré par un "organisme international à activité normative""; ii) celle de savoir si "le document constitue une "norme internationale""; et iii) celle de savoir si "le document est "pertinent" pour la mesure en cause".[934] Elle considère que l'Australie "ne conteste pas" que cette évaluation se compose de ces "étapes successives".[935]

7.267. Cuba a initialement souscrit au point de vue du Honduras selon lequel les deux questions à évaluer étaient les suivantes: i) la question de savoir si l'organisme qui avait adopté le "document" était un "organisme international à activité normative"; et ii) celle de savoir si le "document" en cause énonçait une "norme internationale".[936] Par la suite, elle a exprimé la deuxième question comme étant celle de savoir si le "document" était une "norme" telle que définie à l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC.[937] Spécifiquement, elle a fait valoir que les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC n'étaient pas des normes internationales pertinentes, "premièrement", parce qu'elles ne répondaient pas à la définition d'une "norme", et "deuxièmement", parce que la Conférence des Parties à la FCTC "n'[était] pas un organisme international de normalisation reconnu".[938]

7.268. L'Indonésie considère que la première question à laquelle il faut répondre s'agissant des "normes internationales pertinentes" est celle de savoir si "une "norme internationale" existe".[939] Elle fait valoir que pour répondre à cette question il faut, premièrement, évaluer si une "norme" existe au sens de la définition donnée à l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC[940], et deuxièmement, dans l'affirmative, évaluer si cette "norme" est plus précisément une "norme internationale". L'Indonésie allègue que la question de savoir si une "norme internationale" existe dépend donc de la présence de trois éléments: "i) une norme; ii) adoptée par une organisation internationale à activité normative/de normalisation; et iii) mise à la disposition du public".[941]

7.269. L'Australie a initialement considéré que, pour montrer qu'une "norme internationale pertinente" existait au titre de la deuxième phrase de l'article 2.5, "une partie [devait] démontrer qu'il y [avait]: i) une "norme"; ii) adoptée par un organisme ou une organisation international(e) à

---

[930] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 478. Le Honduras a considéré que ces trois éléments constituaient le "critère juridique" pour cette évaluation particulière. *Ibid*., paragraphe 492.
[931] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 479 à 485 (en particulier, le titre de la sous-section VI.B.2 a) de cette communication).
[932] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 486 à 489 (en particulier, le titre de la sous-section VI.B.2 b) de cette communication).
[933] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 490 à 492 (en particulier, le titre de la sous-section VI.B.2 c) de cette communication).
[934] République dominicaine, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphe 291 (non souligné dans l'original). Voir aussi République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 851.
[935] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 852.
[936] Cuba, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, pages 15 et 16 (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial).
[937] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 168 à 181 et 182 à 188.
[938] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 47.
[939] Indonésie, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphe 74. Voir aussi Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 222.
[940] Indonésie, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphe 74.
[941] Indonésie, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphe 75 (note de bas de page omise) (faisant référence au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.663).

activité normative/de normalisation; et iii) "mise à la disposition du public"".[942] Cette partie devrait en outre démontrer que la norme internationale est iv) "pertinente".[943] À un stade ultérieur des présentes procédures, l'Australie a exprimé l'élément iii) différemment, en le décrivant comme étant la question de savoir si l'organisme ou l'organisation à activité normative était "ouvert aux organismes compétents d'au moins tous les Membres".[944] Par la suite, elle a indiqué que "les parties [étaient] pour l'essentiel d'accord sur le fait que" la démonstration de l'existence de "normes internationales pertinentes" dépendait de trois "conditions cumulatives", à savoir: "i) que le document réponde à la définition d'une "norme"; ii) qu'il ait un caractère "international", c'est-à-dire qu'il ait été approuvé par un "organisme international à activité normative"; et iii) que la norme internationale soit "pertinente" pour le règlement technique en cause".[945]

Analyse du Groupe spécial

7.270. L'expression "normes internationales pertinentes" est commune à l'article 2.4 et à l'article 2.5 de l'Accord OTC. Le sens de cette expression, telle qu'employée à l'article 2.4, a été examiné dans des décisions antérieures. Toutes les parties aux présentes procédures s'appuient sur les interprétations développées dans ce contexte pour éclairer leur interprétation du sens de l'expression "normes internationales pertinentes" dans le cadre de la deuxième phrase de l'article 2.5.[946] Nous convenons que l'emploi de la même expression dans des paragraphes consécutifs du même article de l'Accord OTC laisse entendre qu'elle est censée avoir le même sens dans les deux paragraphes. Néanmoins, en examinant cette expression, telle qu'employée à l'article 2.4, en tant que contexte pour interpréter la même expression figurant dans la deuxième phrase de l'article 2.5, nous devrions aussi être guidés d'une manière plus générale par les similitudes et les différences entre ces dispositions.[947]

---

[942] Australie, première communication écrite, paragraphe 570 (y compris la note de bas de page 750, omise, faisant référence au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.664).

[943] Australie, première communication écrite, paragraphe 581.

[944] Australie, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphe 157 (rappelant, dans la note de bas de page 179, omise, que dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, l'Organe d'appel s'est abstenu de traiter la question de savoir si cet examen devrait nécessairement inclure aussi la démonstration que la norme internationale était "fondée sur un consensus" et "mise à la disposition du public"). Voir aussi Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 315.

[945] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 315 (note de bas de page omise). Nous notons que l'Australie et les plaignants incluent toujours (à juste titre, selon nous), dans leurs listes d'éléments concernant le deuxième ensemble de conditions énoncées dans la deuxième phrase de l'article 2.5, une "condition cumulative" finale, à savoir: que le règlement technique soit "conforme [à]" la norme internationale pertinente. Cette condition est toutefois une condition distincte à laquelle, comme il est expliqué plus en détail plus loin, un groupe spécial n'accède que s'il conclut que le "document" en cause est une "norme internationale pertinente". Les références des parties à cette condition finale ont été omises dans notre résumé des arguments en l'espèce afin de faciliter l'évaluation séparée de l'élément "norme internationale pertinente" et de l'élément "pertinent".

[946] Voir, par exemple, Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 476 à 490 (voir en particulier *ibid.,* paragraphe 477); réponse à la question n° 70 du Groupe spécial, pages 32 et 33; République dominicaine, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphes 291 à 308; deuxième communication écrite, paragraphes 851 à 901; Cuba, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, page 16 (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial) (approuvant la réponse du Honduras à cette question); deuxième communication écrite, paragraphes 168 à 170; Indonésie, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphes 74 à 76; deuxième communication écrite, paragraphes 222 à 224; Australie, première communication écrite, paragraphes 567 à 581; réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphe 157 (premier tiret); et deuxième communication écrite, paragraphes 315 à 341. Voir, toutefois, Honduras, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, page 27 (indiquant qu'il "ne voit pas d'interaction entre [l'article 2.4 et l'article 2.5, deuxième phrase] aux fins du présent différend").

[947] Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique)*, paragraphe 7.347 (indiquant que, "tant que *les similitudes et les différences* entre l'article 2.1 de l'Accord OTC et l'article XX du GATT de 1994 sont prises en compte, il peut être admissible de s'appuyer sur le raisonnement développé dans le contexte d'un accord aux fins d'effectuer une analyse au titre de l'autre accord" (pas d'italique dans l'original)). Voir *ibid.,* paragraphes 7.89, 7.90 et 7.345. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone (Inde)*, paragraphe 4.423 (identifiant plusieurs "similitudes et différences textuelles" entre l'article 12.7 de l'Accord SMC et l'article 6.8 de l'Accord antidumping, ainsi que l'Annexe II y relative, pour conclure que ces derniers constituent un "contexte additionnel pour l'interprétation d[u]" premier). Mais voir le rapport de l'Organe d'appel *Japon – DRAM (Corée)*, paragraphe 272 (indiquant que "[m]ême si les articles 6.3 et 15.5 [de l'Accord SMC] font tous deux référence aux effets des subventions, ces mots doivent être interprétés à la lumière des obligations de fond dans le contexte desquelles ils sont placés.

7.271. À cet égard, nous notons que tant l'article 2.4 que la deuxième phrase de l'article 2.5, conjointement à d'autres dispositions de l'Accord OTC, ont pour but d'"harmoniser le plus largement possible les règlements techniques".[948] Il s'agit d'un but essentiel de l'Accord OTC.[949] Comme l'Organe d'appel l'a observé:

> Dans plusieurs de ses dispositions, l'*Accord OTC* reconnaît le rôle important que jouent les normes internationales en matière de promotion de l'harmonisation et de facilitation des échanges. Par exemple, l'article 2.5 de l'*Accord OTC* établit une présomption réfragable selon laquelle les règlements techniques qui sont conformes aux normes internationales pertinentes ne créent pas d'obstacles non nécessaires au commerce. L'article 2.6, pour sa part, encourage les Membres à participer aux organismes internationaux à activité normative en vue d'harmoniser le plus largement possible les règlements techniques.
>
> Le rôle important des normes internationales est également souligné dans le préambule de l'*Accord OTC*. Le troisième considérant du préambule reconnaît l'importance de la contribution que les normes internationales peuvent apporter en renforçant l'efficacité de la production et en facilitant la conduite du commerce international. Le huitième considérant reconnaît le rôle que la normalisation internationale peut avoir dans le transfert de technologie vers les pays en développement. À notre avis, le fait d'exclure les règlements techniques existants des obligations énoncées à l'article 2.4 affaiblirait le rôle important des normes internationales dans la poursuite de ces objectifs de l'Accord OTC. De fait, cela irait précisément dans la direction opposée.[950]

7.272. L'article 2.4 et la deuxième phrase de l'article 2.5 visent à promouvoir l'harmonisation de façons distinctes mais complémentaires: dans le premier cas, en créant une "obligation" et dans le deuxième, en conférant un "privilège" selon les termes de l'Organe d'appel.[951] À cet égard, nous notons que l'article 2.4 comprend une *obligation*[952] qui est applicable à *tous* les règlements techniques, quel que soit l'objectif légitime spécifique qu'ils recherchent. Cette obligation est déclenchée lorsqu'un Membre décide d'adopter un règlement technique pour réaliser un objectif légitime et dans les cas où des "normes internationales pertinentes" "existent" déjà, ou, si elles n'existent pas encore, "sont sur le point d'être mises en forme finale". Dans une telle situation, le Membre en question "utiliser[a] ces normes internationales" (ou leurs "éléments pertinents")

Les articles 6.3 et 15.5 concernent des questions différentes et il n'est donc pas correct de donner le *même sens* au *libellé commun* à ces articles" (pas d'italique dans l'original)).

[948] Article 2.6 de l'Accord OTC. Voir aussi Japon, communication en tant que tierce partie, paragraphe 66; et Uruguay, communication en tant que tierce partie, paragraphe 72. L'Accord OTC énonce également ce but d'"harmonisation" pour ce qui est des "procédures d'évaluation de la conformité" et des "normes" nationales (voir l'article 5.5 et l'Annexe 3.G, respectivement). Nous notons également que, dans l'affaire *CE – Sardines,* l'Organe d'appel a approuvé l'utilisation par le Groupe spécial de l'article 2.5 (y compris sa deuxième phrase) et de l'article 2.6, qui constituaient un contexte utile pour l'interprétation selon laquelle l'article 2.4 s'"appliqu[ait]" aux mesures adoptées avant l'entrée en vigueur de l'Accord OTC, le 1er janvier 1995, mais qui n'avaient pas cessé d'exister. Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphes 210 à 216.

[949] La pertinence de l'"harmonisation" apparaît également dans d'autres accords visés, en particulier l'Accord SPS (voir, par exemple, le préambule (sixième considérant), l'article 3:1 et l'article 3:2). L'harmonisation, en tant que moteur du développement économique, est aussi reconnue à l'article XXXVIII:2 e) du GATT de 1994 (le GATT étant un accord visant des "objectifs" dont l'Accord OTC doit "favoriser la réalisation", comme l'indique le deuxième considérant du préambule de l'Accord OTC). Voir aussi le document de travail de l'OMC sur les normes internationales et l'Accord OTC (pièce AUS-530), paragraphe 2.1, page 3 (indiquant que "[d]ans l'Accord OTC, les normes internationales sont utilisées comme un moyen de promouvoir l'harmonisation internationale des règlements techniques, des procédures d'évaluation de la conformité et des normes nationales; en d'autres termes, les normes internationales peuvent contribuer à promouvoir un plus grand rapprochement des réglementations à l'échelle mondiale").

[950] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphes 214 et 215.

[951] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 379 et 390. Nous notons toutefois que la *première* phrase de l'article 2.5, qui n'est pas en cause dans les présents différends, prévoit bien une *obligation*: l'obligation pour un Membre, lorsque cela lui est demandé, de "justifier[]" son règlement technique. Voir à cet égard le rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 277; et le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 7.447 et 7.448.

[952] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 275. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 379 et 390.

"comme base de" son règlement technique.[953] La deuxième phrase de l'article 2.5, pour sa part, prévoit une "présomption réfutable" de conformité avec une obligation particulière (à savoir, celle qui est énoncée à l'article 2.2), ou un "privilège" en la matière. Cela veut dire que les règlements techniques qui sont "conforme[s] aux" normes internationales pertinentes seront "présumé[s] – cette présomption étant réfutable" ne pas créer un obstacle non nécessaire au commerce international au sens de l'article 2.2. Cependant, à la différence de l'article 2.4, ce privilège n'est disponible qu'en ce qui concerne un sous-ensemble de règlements techniques: ceux qui recherchent l'un des objectifs légitimes "expressément mentionnés" à l'article 2.2.[954] Une détermination établissant que des "normes internationales pertinentes" existent, au titre de l'une ou l'autre de ces dispositions, a donc des conséquences importantes pour tous les Membres de l'OMC: "les obligations et les privilèges associés à des normes internationales conformément à l'*Accord OTC* s'appliquent en ce qui concerne *tous* les Membres de l'OMC, et non simplement ceux qui ont participé à l'élaboration de la norme en question".[955]

7.273. Nous notons en outre que l'article 2.4 couvre non seulement les "normes internationales pertinentes" qui "existent" déjà mais aussi celles qui sont "sur le point" d'être mises en forme finale. Par contre, la deuxième phrase de l'article 2.5 fait uniquement référence à des "normes internationales pertinentes". Cette différence donne à penser que le champ d'application de la deuxième phrase de l'article 2.5 est plus étroit, en ce sens qu'il couvre uniquement un sous-ensemble de "normes internationales pertinentes" que l'article 2.4 peut couvrir, c'est-à-dire uniquement celles qui "existent" déjà.[956] En outre, la deuxième phrase de l'article 2.5 exige qu'un règlement technique soit "conforme [à]" la "norme internationale pertinente" sans permettre aussi, comme dans le cas de l'article 2.4, que la mesure repose simplement, à titre subsidiaire, sur "les éléments pertinents" de ces normes internationales.[957]

7.274. Enfin, nous notons que l'article 2.4 et la deuxième phrase de l'article 2.5 établissent des critères distincts pour ce qui est du degré de correspondance requis entre la norme internationale pertinente et le règlement technique en cause, comme en témoignent les expressions "use … as a basis for" (utiliseront … comme base de), dans le premier cas, et "in accordance with" (conforme aux), dans le deuxième. Les parties ont examiné en détail la mesure dans laquelle le sens de l'expression "in accordance with" (conforme aux) figurant dans la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC, considérée au regard de l'expression "as a basis for" (comme base de) figurant à l'article 2.4 du même accord, devrait être éclairé par la relation entre l'expression "conform to" (conformes aux) figurant à l'article 3:2 de l'Accord SPS et l'expression "based on" (sur la base de/fondés sur) figurant à l'article 3:1 et 3:3 du même accord, comme l'Organe d'appel l'a précisé dans l'affaire *CE – Hormones*.[958] Nous notons à cet égard les similitudes conceptuelles entre ces

[953] Cependant, cette obligation n'est pas absolue: un Membre n'est pas tenu d'utiliser des normes internationales pertinentes "comme base de" son règlement technique lorsque ces normes (ou leurs "éléments pertinents") seraient "inefficaces" ou "inapproprié[es]" pour réaliser les objectifs légitimes recherchés. Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 274 (comparant les prescriptions de l'article 3:1 de l'Accord SPS avec celles de l'article 2.4 de l'Accord OTC pour ce qui est des "normes internationales pertinentes", et indiquant qu'"[a]ucune de ces prescriptions figurant dans ces deux accords n'est *absolue*" (pas d'italique dans l'original)).

[954] Il s'agit des objectifs suivants: la "sécurité nationale"; la "prévention de pratiques de nature à induire en erreur"; la "protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement". Voir aussi plus haut le paragraphe 7.252.

[955] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 390. (italique dans l'original)

[956] Le contexte fourni par d'autres dispositions de l'Accord OTC étaye cette interprétation. Si les rédacteurs de l'Accord avaient voulu que la deuxième phrase de l'article 2.5 inclue non seulement les normes internationales déjà adoptées, mais aussi celles qui ne le sont pas encore mais qui sont sur le point de l'être, ils auraient pu employer des termes tels que ceux utilisés à l'article 2.4, à savoir le membre de phrase "existent ou sont sur le point d'être mises en forme finale". En fait, lorsque les rédacteurs de l'Accord OTC entendent qu'une obligation donnée couvre les normes internationales déjà *adoptées*, soit ils utilisent le terme "existent" (voir, par exemple, les articles 2.9, 5.6 et 12.4), soit ils font référence, comme dans la deuxième phrase de l'article 2.5, aux "normes internationales", sans réserve (voir, par exemple, l'article 6.1.1, l'Annexe 3.J (deuxième paragraphe), l'article 5.4 et l'Annexe 3.F).

[957] Voir aussi, dans le même esprit, Indonésie, réponse à la question n° 150 du Groupe spécial, paragraphe 11; et observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 150 du Groupe spécial, paragraphe 22.

[958] Les plaignants considèrent que l'expression "in accordance with" (conforme aux) exige un degré élevé de correspondance entre la mesure et la norme internationale. Pour expliquer la base de cette interprétation, ils notent d'abord que l'article 2.4 de l'Accord OTC et la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC emploient des expressions différentes – "as a basis for" (comme base de) et "in accordance with"

dispositions OTC et les dispositions correspondantes de l'Accord SPS.[959] Les libellés différents que l'on trouve à l'article 2.4 et à l'article 2.5 de l'Accord OTC donnent à penser que, comme dans le

(conforme aux) respectivement – pour faire référence aux normes internationales, et qu'il faudrait donner un sens à cette différence. Ils notent également qu'il se produit une situation semblable dans le cadre de l'Accord SPS, dans lequel l'article 3:1, qui est le pendant dans l'Accord SPS de l'article 2.4 de l'Accord OTC, emploie l'expression "base … on" (sur la base de), tandis que l'article 3:2, qui est le pendant dans l'Accord SPS de la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC, emploie l'expression "conform to" (conformes aux). Les plaignants font ensuite valoir que l'interprétation de l'expression "in accordance with" (conforme aux) figurant dans la deuxième phrase de l'article 2.5 doit s'appuyer sur le sens ordinaire de ces termes, considérés à la lumière de l'objet et du but de l'Accord OTC, ainsi que dans le cadre de leur contexte approprié, qui inclut en particulier l'expression "conform to" (conformes aux) figurant à l'article 3:2 de l'Accord SPS, comme l'Organe d'appel l'a précisé dans l'affaire *CE – Hormones.* Sur la base de ces considérations, ils font valoir que, pour qu'un règlement technique soit "conforme" à une norme internationale aux fins de la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC, il devrait y avoir un "degré suffisant de correspondance" entre cette mesure et cette norme internationale, de façon à ce que, comme dans le cas de l'article 3:2 de l'Accord SPS, la mesure "incorpore" "complètement" la norme. Cela signifie, poursuivent-ils, que la mesure, comme dans le cas de l'article 3:2 de l'Accord SPS, en gros, "transform[erait]" "en pratique" la norme internationale "en une norme nationale". En outre, les plaignants considèrent que cette interprétation indique également que le niveau de spécificité d'une norme internationale constitue un élément pour évaluer l'expression "conforme aux". Selon eux, cela signifie que, pour évaluer le degré requis de correspondance entre le règlement technique et la norme internationale, un groupe spécial doit examiner si cette norme "est suffisamment précise" pour pouvoir être "transform[ée] en une norme nationale". Enfin, les plaignants considèrent également que l'interprétation ci-dessus signifie qu'une mesure qui a intégralement incorporé les éléments d'une norme internationale, mais qui va aussi *au-delà* de cette norme, ne peut pas être considérée comme étant "conforme" à cette norme. L'Australie considère que l'analogie faite par les plaignants entre l'article 3:1 de l'Accord SPS et la jurisprudence correspondante concernant le sens de ces expressions "est dénuée de pertinence" pour l'interprétation de l'expression "in accordance with" (conforme aux) figurant dans la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC. Tout en reconnaissant que l'un des sens ordinaires du terme "accordance" (conforme) est "conformity" (conformité), l'Australie fait valoir qu'un groupe spécial devrait plutôt être guidé par les autres sens ordinaires pertinents pour le terme "accordance" (conforme), à savoir: "agreement" (accord), "harmony" (harmonie). Selon l'Australie, ces sens de l'expression "in accordance with" (conforme aux), telle qu'employée dans la deuxième phrase de l'article 2.5, n'indiquent pas un degré de correspondance "élevé" mais plutôt un "degré de correspondance moins élevé entre le règlement technique et la norme internationale". Enfin, l'Australie considère que la question de savoir si une mesure est "conforme à" une norme internationale pertinente devrait être subordonnée à une "évaluation objective des faits", conformément à l'article 11 du Mémorandum d'accord. Voir, par exemple, les réponses respectives des parties à la question n° 150 du Groupe spécial, ainsi que les observations de l'Australie et des plaignants sur les réponses des autres parties à cette question. Voir aussi Honduras, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, page 27; République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 903 à 907; Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 255; et Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 342 et 343. À propos des similitudes entre la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC et l'article 3:2 de l'Accord SPS, voir plus loin la note de bas de page 960.

[959] Dans l'affaire *CE – Sardines*, l'Organe d'appel a observé qu'il existait de "fortes similitudes conceptuelles" entre, d'une part, l'article 2.4 de l'Accord OTC et, d'autre part, l'article 3:1 et 3:3 de l'Accord SPS. Il a expliqué que ces "fortes similitudes conceptuelles" découlaient du fait que "ce qui [était] au cœur" de l'article 3:1 de l'Accord SPS c'était une prescription voulant que les Membres *établissent* leurs mesures SPS *sur la base de* normes, directives ou recommandations internationales, de la même façon que "ce qui [était] au cœur" de l'article 2.4 de l'Accord OTC c'était une prescription voulant que les Membres utilisent des normes internationales *comme base de* leurs règlements techniques. L'Organe d'appel a donc conclu que son raisonnement antérieur dans l'affaire *CE – Hormones* concernant le sens de l'article 3:1 et 3:3 de l'Accord SPS était "tout aussi applicable" à ses travaux dans l'affaire *CE – Sardines* pour préciser le sens de l'article 2.4 de l'Accord OTC. Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphes 274 et 275. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *Inde – Produits agricoles*, paragraphe 5.77. De même, nous notons les similitudes conceptuelles entre la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC et l'article 3:2 de l'Accord SPS, ainsi que le parallélisme conceptuel des relations entre l'article 3:2 et l'article 3:3 de l'Accord SPS et l'article 2.4 et l'article 2.5 de l'Accord OTC, respectivement. Voir aussi plus loin la note de bas de page 960.

Il nous apparaît que, en effet, l'article 3:2 de l'Accord SPS en général et l'expression "conformes aux" en particulier peuvent constituer un contexte utile pour interpréter le sens de l'expression "conforme aux" figurant dans la deuxième phrase de l'article 2.5, qui est le pendant de cette disposition SPS dans l'Accord OTC. Cela est d'autant plus vrai que, comme les parties en conviennent, le terme "conformity" (conformité) est l'un (même s'il n'est pas le seul, comme le note l'Australie) des sens ordinaires de l'expression "in accordance with" (conforme à). Nous notons à cet égard que, dans l'affaire *CE – Hormones*, l'Organe d'appel, après avoir considéré que l'expression "sur la base de" figurant à l'article 3:1 de l'Accord SPS évoquait un sens différent et moins strict que l'expression "conformes aux" figurant à l'article 3:2 du même accord, a conclu ce qui suit:

> Conformément au paragraphe 2 de l'article 3 de l'*Accord SPS*, un Membre peut décider de promulguer une mesure SPS qui est en conformité avec une norme internationale. Cette mesure incorporerait complètement la norme internationale et la transformerait en pratique en une

cas des dispositions SPS comparables, la deuxième phrase de l'article 2.5 peut exiger une correspondance plus étroite ou un degré de correspondance plus élevé entre la mesure en cause et la norme internationale pertinente que ce qui est exigé au titre de l'article 2.4. Comme il est dit plus haut[960], nous examinerons cet aspect plus avant si nous constatons d'abord que les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC sont des "normes internationales pertinentes".

7.275. Considérées conjointement, ces différences nous donnent à penser que le champ d'application plus limité et le degré de correspondance plus élevé requis au titre de la deuxième phrase de l'article 2.5 entre un règlement technique adopté par un Membre et la norme internationale pertinente reflètent le fait que, en vertu de cette disposition, les Membres confèrent le "privilège" d'une présomption réfutable de conformité avec une obligation essentielle au titre de l'Accord OTC, ce qui est inhabituel dans les accords visés.[961] Nous tenons dûment compte de ce contexte général en examinant la façon dont l'existence de "normes internationales pertinentes" au sens de la deuxième phrase de l'article 2.5 peut être établie.

7.276. La composante essentielle des "normes internationales pertinentes" est l'existence de "normes internationales".[962] Les parties ont identifié les éléments qu'il faut, selon elles, prendre en compte pour évaluer si des "normes internationales" existent aux fins de la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC.

7.277. Le Honduras considère qu'établir l'existence de "normes internationales" exige de démontrer deux choses: que le document constitue une "norme", conformément à la définition établie à l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC[963], et que cette norme a en outre un caractère "international".[964] La République dominicaine comprend la notion de "norme internationale" telle qu'elle figure dans les deux premières des "quatre étapes successives et cumulatives" qui, selon elle, "doivent être établies" pour montrer qu'un règlement technique est "conforme aux normes

---

norme nationale. Pareille mesure bénéficie d'une présomption (quoique réfragable) de compatibilité avec les dispositions pertinentes de l'*Accord SPS* et du GATT de 1994.

Rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 170 (non souligné dans l'original). Voir plus généralement *ibid.*, paragraphes 160 à 172. Voir aussi plus récemment le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Animaux*, paragraphes 7.218 à 7.220.

[960] Voir plus haut les paragraphes 7.44 et 7.263.

[961] Le seul autre accord visé conférant une présomption semblable de conformité avec des obligations conventionnelles est l'Accord SPS (aux articles 2:4 et 3:2). Nous notons en particulier que, au titre de l'article 3:2 de l'Accord SPS, les mesures "qui sont conformes aux normes, directives ou recommandations internationales seront réputées être nécessaires à la protection de la vie et de la santé des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, et présumées être compatibles avec les dispositions pertinentes du présent accord et du GATT de 1994". Bien que cela ne soit pas dit expressément dans cette dernière disposition SPS, l'Organe d'appel a précisé que cette présomption n'était pas absolue, mais qu'elle était en fait "réfragable". Rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 170. L'article 3:2 de l'Accord SPS est, en ce sens, semblable à la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC. Cependant, ces dispositions sont seulement *semblables*, pas identiques, car la présomption réfutable de compatibilité conférée par l'article 3:2 qui en résulte concerne les "dispositions pertinentes" non seulement de l'Accord SPS, mais également du GATT de 1994, tandis que l'article 2.5 de l'Accord OTC prévoit une présomption uniquement pour ce qui est de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Nous notons en outre que les accords visés peuvent aussi occasionnellement conférer d'autres types de présomptions que celles qui prennent la forme de présomptions de *compatibilité* avec une obligation. Cependant, même ces types sont inhabituels. Par exemple, récemment, dans l'affaire *Inde – Produits agricoles*, l'Organe d'appel a précisé qu'une constatation de violation de l'article 5:1 et 5:2 de l'Accord SPS "[pouvait] donner lieu" à une présomption réfragable d'*in*compatibilité avec l'article 2:2 de cet accord. Rapport de l'Organe d'appel *Inde – Produits agricoles*, paragraphes 5.24 et 5.29. Un autre exemple est l'article 3:8 du Mémorandum d'accord, qui dispose que, lorsqu'il y a infraction à une obligation au titre d'un accord de l'OMC, la mesure en cause est présumée, cette présomption étant réfutable, avoir annulé ou compromis des avantages résultant de cet accord.

[962] S'agissant du terme "pertinent", nous notons que, dans l'affaire *CE – Sardines*, l'Organe d'appel a souscrit à l'interprétation donnée par le Groupe spécial du sens ordinaire de ce terme comme étant "relatif ou … se rapport[ant] à la question examinée; adapté". Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphes 229 et 230. Par conséquent, pour être "pertinente", une norme internationale doit "être relative, se rapporter ou être adaptée au" règlement technique analysé.

[963] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 479 à 485 (indiquant entre autres choses que cela exige, en particulier, d'évaluer la question de savoir si le "document" en cause est approprié pour des "usages communs et répétés", c'est-à-dire que "les spécifications du produit doivent être indiquées avec suffisamment de précision et de détails pour permettre une adoption uniforme dans différentes juridictions").

[964] Honduras, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, pages 25 et 26; et deuxième communication écrite, paragraphes 478 à 489.

internationales pertinentes" aux fins de la deuxième phrase de l'article 2.5, à savoir: "1. que le document a été élaboré par un "organisme international à activité normative"; 2. qu'il constitue une "norme internationale" …".[965] La République dominicaine indique en outre que la question de savoir si des "normes internationales" existent suppose d'évaluer la conformité avec la définition d'une "norme" figurant à l'Annexe 1.2.[966] Cuba considère que l'évaluation d'une "norme internationale" exige de démontrer que la "mesure" doit être adoptée par un "organisme international à activité normative".[967] L'Indonésie considère qu'une "norme internationale" existe "dans les cas où il y a: i) une norme; ii) adoptée par une organisation internationale à activité normative/de normalisation; et iii) mise à la disposition du public."[968] L'Australie, comme l'Indonésie, considère que cette évaluation implique de "démontr[er] qu'il y a: i) une "norme"; ii) adoptée par un organisme ou une organisation international(e) à activité normative/de normalisation; et iii) "mise à la disposition" du public".[969]

7.278. Le Groupe spécial note que, bien que l'expression composite "normes internationales" ne soit pas définie dans l'Accord OTC[970], l'Annexe 1 de l'Accord contient des définitions de termes connexes pertinents, y compris une définition du terme "norme" (Annexe 1.2)[971] et de l'expression "organisme ou système international" (Annexe 1.4). Pour interpréter l'expression "normes internationales", telle qu'employée à l'article 2.4 de l'Accord OTC, l'Organe d'appel s'est appuyé sur ces deux définitions, concluant que l'Accord "établi[ssait] … les caractéristiques d'une *norme* et d'*un organisme international*".[972]

[965] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 850 et 851 (souligné dans l'original). Voir aussi République dominicaine, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphe 291.

[966] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 894. Voir aussi République dominicaine, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphe 305.

[967] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 168.

[968] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 222; et réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphe 75 (s'appuyant sur le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.663).

[969] Australie, première communication écrite, paragraphe 570 (s'appuyant sur le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.664). L'Australie semble toutefois présenter les éléments concernant les "normes internationales" quelque peu différemment lorsqu'elle les énumère dans le cadre de l'expression plus large "normes internationales pertinentes". Elle considère qu'établir la preuve que les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC sont des "normes internationales pertinentes" exige de démontrer qu'elles constituent: "i) une "norme"; ii) adoptée par un organisme ou une organisation international(e) à activité normative/de normalisation; iii) qui est ouvert(e) aux organismes compétents d'au moins tous les Membres; et que cette norme est iv) "pertinente". Australie, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphe 157. (note de bas de page omise)

[970] Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 350. Nous observons toutefois que l'Accord relatif aux obstacles techniques au commerce issu du Tokyo Round de 1979 (le Code de la normalisation issu du Tokyo Round), qui a précédé l'Accord OTC de l'OMC, contenait une définition d'une "norme internationale" dans son Annexe 1.10 ("[n]orme adoptée par organisme international à activité normative"). Les dispositions du Code de la normalisation issu du Tokyo Round n'ont toutefois "jamais … fait l'objet de la moindre décision d'un groupe spécial". Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 81. Cet accord plurilatéral dans le cadre du GATT a pris fin avec l'entrée en vigueur de l'OMC. Rapport du Groupe spécial *CE – Sardines*, paragraphe 7.86, note de bas de page 85. Nous notons également que la note de bas de page 2 relative à l'article 2:4 de l'Accord sur l'inspection avant expédition (sur l'application de normes internationales en ce qui concerne les inspections de la quantité et de la qualité) définit une "norme internationale" comme étant "une norme adoptée par organisme gouvernemental ou non gouvernemental ouvert à tous les Membres, dont l'une des activités reconnues se situe dans le domaine de la normalisation". Il apparaît que cette définition n'est pas en contradiction avec le sens de cette expression aux fins de l'Accord OTC, comme l'a estimé l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique).* Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 359. Voir aussi, dans le même esprit, les réponses respectives des parties à la question n° 131 du Groupe spécial.

[971] Dans d'autres contextes de l'Accord OTC, cette définition est pertinente pour les cas dans lesquels le terme "norme" apparaît comme un terme autonome et non comme une partie de l'expression composite "normes internationales". Par exemple, dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, la question liminaire portée devant le Groupe spécial et l'Organe d'appel était la question de savoir si la mesure en cause était un "règlement technique" ou une "norme", laquelle dépendait à son tour de la question de savoir si la mesure relevait des définitions de ces termes figurant à l'Annexe 1.1 et à l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC, respectivement. Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 7.48 et 7.49; et le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 171 et 178.

[972] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 350 à 352. (italique dans l'original)

7.279. Ainsi, une "norme" est définie comme suit à l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC[973]:

> Document approuvé par un organisme reconnu, qui fournit, pour des usages communs et répétés, des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques pour des produits ou des procédés et des méthodes de production connexes, dont le respect n'est pas obligatoire. Il peut aussi traiter en partie ou en totalité de terminologie, de symboles, de prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage, pour un produit, un procédé ou une méthode de production donnés.

7.280. Cette définition est accompagnée de la *note explicative* suivante:

> Les termes définis dans le Guide ISO/CEI 2 visent les produits, procédés et services. Le présent accord traite seulement des règlements techniques, normes et procédures d'évaluation de la conformité se rapportant à des produits ou à des procédés et à des méthodes de production. D'après la définition donnée dans le Guide ISO/CEI 2, les normes sont des documents dont le respect est obligatoire ou volontaire. Aux fins du présent accord, on entend par normes les documents dont le respect est volontaire et par règlements techniques les documents dont le respect est obligatoire. Les normes élaborées par la communauté internationale à activité normative sont fondées sur un consensus. Le présent accord vise également des documents qui ne sont pas fondés sur un consensus.

7.281. Globalement, cette définition donne à penser qu'une "norme" existe aux fins de l'Accord OTC[974], y compris la deuxième phrase de l'article 2.5, dans les cas où un instrument donné:

- est un "document"[975] …;
- … "approuvé par un organisme reconnu"[976] …;
- … qui fournit des "règles", des "lignes directrices" ou des "caractéristiques"[977] …;
- … "pour des produits" ou des "procédés et des méthodes de production connexes"[978] …;
- … "pour des usages communs et répétés"[979]; *et* où

---

[973] Les trois Annexes de l'Accord OTC, y compris l'Annexe 1, "font [toute] partie intégrante" de l'Accord. Article 15.5 de l'Accord OTC. Aux fins de l'Accord, les termes définis à l'Annexe 1 auront le sens qui leur est donné dans cette annexe (article 1.2 et clause introductive de l'Annexe 1), y compris en ce qui concerne tout terme employé dans les deux autres annexes. Voir, par exemple, l'Annexe 3.A de l'Accord OTC.

[974] Voir Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 479; République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 894; Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 182; Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphes 222 et 223; et Australie, première communication écrite, paragraphes 571 et 572.

[975] Cet élément s'applique également à "[la] terminologie, [aux] symboles … [et aux] prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage", comme il est indiqué dans la deuxième phrase de la définition. Voir plus loin la note de bas de page 978.

[976] Cet élément s'applique également à "[la] terminologie, [aux] symboles, [aux] prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage", comme il est indiqué dans la deuxième phrase de la définition. Voir plus loin la note de bas de page 978.

[977] En outre, il "peut aussi traiter en partie ou en totalité de terminologie, de symboles, de prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage".

[978] Lorsque le "document" traite en partie ou en totalité de terminologie, de symboles, de prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage, la définition fait référence à ces prescriptions "pour un produit, un procédé ou une méthode de production donnés". Voir aussi plus loin la note de bas de page 978.

[979] L'expression composite "pour des usages communs et répétés" apparaît seulement dans la première phrase de la définition d'une "norme" figurant à l'Annexe 1.2, mais pas dans la deuxième, qui concerne un "document" traitant en partie ou en totalité de "terminologie, de symboles, de prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage". Nous considérons que, lorsque l'ensemble du texte de cette définition est considéré dans le contexte du texte des autres définitions données à l'Annexe 1, et à la lumière de l'objet et du but de l'Accord OTC, il devient manifeste que, pour être une "norme", le ou les instruments traitant, en totalité ou non, de terminologie, de symboles, de prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage doivent également être conformes à certains éléments essentiels qui sont expressément mentionnés dans la première phrase de cette définition, mais qui ne sont pas répétés dans la

- le "respect" de ces règles, de ces lignes directrices ou de ces caractéristiques "n'est pas obligatoire".[980]

7.282. Chacun de ces éléments décrit un aspect spécifique des conditions qui, considérées conjointement, permettraient qu'un instrument soit défini comme une "norme" au titre de l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC. Un "document" constituera donc une "norme" lorsque tous ces éléments seront réunis de façon cumulative.[981] Nous notons que cette interprétation est compatible avec la manière dont les parties ont présenté leurs arguments dans les présentes procédures.[982]

7.283. L'Organe d'appel a également examiné certaines définitions figurant dans le Guide ISO/CEI 2: 1991[983], selon qu'elles étaient applicables et pertinentes[984], dans la mesure où les définitions données à l'Annexe 1 ne s'en écartaient pas.[985] Il a noté, en particulier, que le Guide ISO/CEI 2: 1991 définissait l'expression "norme internationale" comme s'entendant d'une "norme

deuxième. Ces éléments sont les suivants: ces prescriptions devraient figurer dans un "document" "approuvé par un organisme reconnu"; elles sont fournies pour "des usages communs et répétés"; et il s'agit de prescriptions "dont le respect n'est pas obligatoire". Selon nous, une interprétation différente ferait qu'il serait irréalisable d'appliquer véritablement la définition d'une "norme" donnée à l'Annexe 1.2 dans certaines situations, y compris les situations où il est également nécessaire de tenir compte de la définition d'un "règlement technique". Par exemple, du fait qu'aucune de ces deux définitions données à l'Annexe 1.1 et à l'Annexe 1.2 ne fait expressément référence au caractère "obligatoire/non obligatoire" du "document" dans leurs deuxièmes phrases respectives (libellées de façon identique), il serait impossible d'utiliser ces éléments pour évaluer si un "document" qui "traite[] … en totalité" "de prescriptions en matière d'emballage" pour un produit est un "règlement technique" ou une "norme" (nationale). En tout état de cause, aucune partie ni tierce partie aux présentes procédures n'a, implicitement ou explicitement, exprimé l'avis selon lequel l'un quelconque de ces éléments essentiels tirés de la première phrase de la définition donnée à l'Annexe 1.2 (en particulier l'élément "pour des usages communs et répétés") ne devrait pas être également appliqué aux instruments prévoyant les "prescriptions" décrites dans la deuxième phrase de cette définition.

[980] Cet élément s'applique aussi à "[la] terminologie, [aux] symboles, [aux] prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage", comme il est indiqué dans la deuxième phrase de la définition. Voir plus haut la note de bas de page 978. La note explicative relative à l'Annexe 1.2, intégralement citée plus haut au paragraphe 7.280, faisant référence au caractère obligatoire des règlements techniques, précise en outre que, aux fins de l'Accord OTC, "on entend par normes les documents dont le respect est volontaire".

[981] Cette interprétation est compatible avec des interprétations antérieures et avec l'application des définitions figurant à l'Annexe 1.1 ("règlement technique") et à l'Annexe 1.2 ("norme") de l'Accord OTC, qui sont rédigées de manière semblable. Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphes 66 à 75 (évaluant, de façon séquentielle et cumulative, la mesure en cause au regard des éléments composant la définition d'un "règlement technique" figurant à l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC); le rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 176 (rappelant son rapport antérieur dans l'affaire *CE – Amiante* et décomposant le texte de l'Annexe 1.1 en "trois critères" auxquels un document "doit satisfaire" pour répondre à la définition d'un "règlement technique"); le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 183 à 189 (également en ce qui concerne les éléments de la définition d'un "règlement technique" figurant à l'Annexe 1.1); et le rapport du Groupe spécial *CE – Sardines*, paragraphes 7.63 à 7.65 (en ce qui concerne les éléments individuels de la définition d'une "norme" figurant à l'Annexe 1.2).

[982] Voir, en particulier, Indonésie, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphe 74. Voir aussi Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 493 à 507; réponse à la question n° 129 du Groupe spécial, pages 41 et 42; République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 894; réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphe 305; Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 182; et Australie, première communication écrite, paragraphes 571 à 574. Voir aussi, par exemple, Canada, réponse en tant que tierce partie à la question n° 1 du Groupe spécial (décomposant la définition d'un "règlement technique" figurant à l'Annexe 1.1 en "trois critères cumulatifs" auxquels une mesure doit satisfaire).

[983] *Organisation internationale de normalisation (ISO)/Commission électrotechnique internationale (CEI), Guide 2, Termes généraux et leurs définitions concernant la normalisation et les activités connexes, sixième édition (1991)* (Guide ISO/CEI 2:1991). Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 353, note de bas de page 702.

[984] La clause introductive de l'Annexe 1 de l'Accord OTC dispose que "[l]orsqu'ils sont utilisés dans le présent accord, les termes indiqués dans [le Guide ISO/CEI 2:1991] auront le même sens que celui qui leur est donné dans les définitions dudit guide … Les définitions suivantes s'appliquent toutefois aux fins du présent accord: …".

[985] L'Organe d'appel a donc prévenu que les groupes spéciaux devaient "examiner soigneusement" la mesure de cet écart. Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 354 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphes 224 et 225). Voir la clause introductive de l'Annexe 1 de l'Accord OTC. Voir aussi l'article 1.2 de l'Accord OTC.

qui est adoptée par une organisation internationale à activités normatives/de normalisation et mise à la disposition du public".[986]

7.284. L'Organe d'appel a en outre constaté que cette définition donnait à penser que "[c'était] principalement les caractéristiques de l'entité approuvant une norme qui conf[éraient] à la norme son caractère "international"". Par contre, il a ajouté que "l'objet" d'une norme n'apparaissait pas comme "important" s'agissant de déterminer si la norme était "internationale".[987] Il a conclu ce qui suit: "pour constituer une "norme internationale" une norme doit être adoptée par un "*organisme* international à activité normative" aux fins de l'*Accord OTC*".[988]

7.285. La question de savoir si un "organisme international à activité normative" existe exige, quant à elle, d'évaluer si cet organisme a des *activités reconnues* dans le domaine de la normalisation et s'il est ouvert aux organismes compétents d'au moins tous les Membres.[989]

7.286. Globalement, ce qui précède donne à penser que, pour être considéré comme une "norme internationale" au titre de la deuxième phrase de l'article 2.5, un instrument doit:

a. constituer une "norme" au titre de l'Annexe 1.2; et

b. être également "international", une condition reposant principalement[990] sur la question de savoir s'il a été adopté par un "organisme international à activité normative".[991]

7.287. Prenant en compte le contexte plus large décrit plus haut, y compris le rôle complémentaire de l'article 2.4 et de l'article 2.5 en matière de promotion de l'harmonisation au moyen de l'utilisation de normes internationales pertinentes[992], nous ne voyons rien qui permette de supposer que les indications données ci-dessus, en ce qui concerne l'expression "normes

---

[986] Guide ISO/CEI 2:1991, clause 3.2.1 (citée dans le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)* paragraphe 353).

[987] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 353.

[988] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 356 (italique dans l'original). L'Organe d'appel a également expliqué ce qui suit:

> L'Annexe 1.2 de l'Accord OTC fait référence à un "organisme", et non à une "organisation", et l'Annexe 1.4 définit un "organisme ou système international", mais pas une "organisation internationale". Cela donne à penser qu'aux fins de l'Accord OTC les normes "internationales" sont adoptées par des "organismes", qui peuvent, mais ne doivent pas nécessairement, être des "organisations".

Ibid., paragraphe 356.

[989] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 359.

[990] Comme il est indiqué plus haut au paragraphe 7.284, "ce sont *principalement* les caractéristiques de l'entité approuvant une norme qui confèrent à la norme son caractère "international"". Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 353 (pas d'italique dans l'original). Cependant, comme l'Organe d'appel l'a observé, tant le texte de la définition d'une "norme internationale" figurant dans le Guide ISO/CEI 2: 1991 que la "*Note explicative*" relative à la définition d'une "norme" figurant à l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC donnent à penser que, outre l'adoption par un "organisme international à activité normative", il peut y avoir d'"autres conditions de procédure" qui doivent être remplies pour qu'une norme soit considérée comme "internationale" aux fins de l'Accord, c'est-à-dire la question de savoir si, de plus, la norme était "fondée sur un consensus" et "mise à la disposition du public". Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 353. Dans ce différend, toutefois, la question portée devant l'Organe d'appel se limitait aux *caractéristiques de l'entité* approuvant la norme "internationale". L'Organe d'appel a donc jugé qu'il n'était pas nécessaire, dans cette affaire, d'examiner plus avant si le document en cause remplissait ces deux "autres conditions de procédure". Dans les présentes procédures, comme il est indiqué plus haut aux paragraphes 7.268, 7.269 et 7.277, certaines parties ont, par exemple, identifié la démonstration que le document était "mis à la disposition du public" comme étant un élément composant l'évaluation des "normes internationales" au titre de la deuxième phrase de l'article 2.5. Cet élément, conjointement à d'"autres conditions de procédure", appartient toutefois au deuxième volet ("internationale") et non au premier ("norme") de l'évaluation de la question de savoir si un document est une "norme internationale". Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 353 et 359, note de bas de page 709.

[991] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 353 et 356. Voir aussi plus haut les paragraphes 7.284 et 7.285.

[992] Voir plus haut le paragraphe 7.271.

internationales" figurant à l'article 2.4, ne seraient pas également pertinentes pour la détermination du sens de la même expression figurant dans la deuxième phrase de l'article 2.5.[993]

7.288. Il n'est pas contesté qu'il incombe à l'Australie, en tant que partie invoquant la présomption au titre de l'article 2.5, de démontrer que toutes les conditions énoncées dans cette disposition sont remplies.[994]

7.289. Par conséquent, nous examinons d'abord si les instruments identifiés par l'Australie comme constituant une "norme internationale pertinente" pour l'emballage neutre du tabac constituent une "norme" pour l'emballage neutre du tabac. Si nous constatons que tel est le cas, nous procéderions ensuite à l'examen de la question de savoir si cette norme a également un caractère "international". Toutefois, si nous devions ne pas constater que les instruments identifiés par l'Australie constituent une telle "norme", nous n'aurions pas besoin d'aller plus loin.[995]

7.2.5.2.3.2 Question de savoir si les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC constituent une "norme" pour l'emballage neutre du tabac au sens de l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC

7.290. Comme il est indiqué plus haut[996], le premier élément d'une "norme" est qu'il s'agit d'un "document". Par conséquent, nous examinons d'abord l'identification par l'Australie de certains instruments de la FCTC comme étant le "document" dont elle fait valoir qu'il constitue une norme pour ce qui est de l'emballage neutre du tabac.

---

[993] En outre, comme nous l'avons indiqué plus haut au paragraphe 7.270, l'emploi de la même expression dans des paragraphes consécutifs du même article de l'Accord OTC donne à penser qu'elle est censée avoir le même sens dans les deux paragraphes. Néanmoins, en examinant cette expression, telle qu'employée à l'article 2.4, en tant que contexte pour interpréter la même expression figurant dans la deuxième phrase de l'article 2.5, nous devrions aussi être guidés d'une manière plus générale par les similitudes et les différences entre ces dispositions. Nous avons examiné ces similitudes et ces différences plus haut aux paragraphes 7.271 à 7.275.

[994] Voir plus haut le paragraphe 7.187. Considérant si les indications susmentionnées de l'Organe d'appel pour l'"évaluation comparative" au titre de l'article 3 de l'Accord SPS peuvent être utiles pour les dispositions équivalentes de l'Accord OTC, nous notons également qu'une différence importante entre ces deux accords tient à ce que, contrairement à l'Accord OTC, l'Accord SPS mentionne (voir, par exemple, l'Annexe A 3)) les trois organismes qui adoptent des normes internationales aux fins de son but. Cette différence peut, à son tour, avoir une incidence sur la charge de la preuve incombant à la partie qui invoque la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC (ainsi que sur le rôle du Groupe spécial qui examine cette disposition), pour ce qui est d'identifier et de discerner le sens de l'instrument qui, selon les allégations, constitue une "norme internationale". En vertu de la deuxième phrase de l'article 2.5, il incombe à la partie qui invoque cette disposition d'identifier dûment la teneur et la portée du ou des instruments qui, d'après ses allégations, sont une norme internationale pertinente, en partant de la nécessité d'identifier clairement tous les éléments ou composants pertinents dudit ou desdits instruments qui, conjointement, forment, selon les allégations, un "document" au sens de la définition d'une "norme" figurant à l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC.

[995] De plus, pour la même raison, nous n'aurions pas besoin d'évaluer si ces instruments sont "pertinents" ni si les mesures sont "conforme[s] [à]" ces instruments. Voir plus haut le paragraphe 7.263. Voir aussi, dans le même esprit, Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 507. Nous notons que l'Organe d'appel a précisé que l'interprétation de l'expression "organisme international à activité normative", aux fins de l'évaluation du caractère "international" d'une norme au titre de l'article 2.4, était un "exercice global dans le cadre duquel les éléments de la définition [devaient] être examinés conjointement". Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 359. Nous notons en outre que, dans ce différend, l'Organe d'appel n'a fondé sa décision selon laquelle l'AIDCP n'était pas un "organisme international à activité normative" que sur un des éléments de cette définition (et non sur ses divers éléments "examinés conjointement"), à savoir que l'AIDCP n'était "pas ouvert aux organismes compétents d'au moins tous les Membres". En conséquence, l'Organe d'appel a jugé qu'il n'était pas nécessaire d'examiner les autres "éléments" de cette évaluation, c'est-à-dire la question de savoir si l'AIDCP était un "organisme et s'il [avait] des "activités reconnues dans le domaine de la normalisation"". Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 399 et note de bas de page 763. Nous considérons toutefois que la référence de l'Organe d'appel à un "exercice global" concerne le caractère cumulatif des divers "éléments" permettant d'évaluer le caractère "international" du "document" en question. L'Organe d'appel n'a pas laissé entendre que cette approche était requise dans tous les cas, ni que les trois éléments pertinents des "normes internationales pertinentes" (à savoir les éléments "norme", "internationale" et "pertinente") devraient tous, individuellement et cumulativement (ou "globalement"), être examinés lorsque cela n'était pas nécessaire pour la détermination, compte tenu des circonstances.

[996] Voir le paragraphe 7.281.

Identification du "document" pertinent

La notion de "document" dans l'Annexe 1.2

7.291. Le terme "document" est employé à la fois dans la définition d'un "règlement technique" et dans la définition d'une "norme" qui figurent à l'Annexe 1.1 et à l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC, respectivement. Comme l'Organe d'appel l'a observé, ce terme, tel qu'employé à l'Annexe 1.1:

> est défini de manière très large comme signifiant "something written, inscribed, etc., which furnishes evidence or information upon any subject" (quelque chose d'écrit, d'inscrit, etc., qui donne des éléments de preuve ou renseignements concernant toute question). L'emploi du terme "document" pourrait donc englober un large éventail d'instruments ou s'appliquer à diverses mesures. L'Annexe 1.1 de l'*Accord OTC* restreint cependant le champ des mesures qui peuvent être qualifiées de "règlement technique" en faisant référence à un document qui "énonce les caractéristiques d'un produit ou les procédés et méthodes de production s'y rapportant, y compris les dispositions administratives qui s'y appliquent".[997]

7.292. De même, les termes voisins figurant à l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC "restrei[gnent] le champ" des mesures qui peuvent être qualifiées de "norme"[998] au titre de cette définition. Par exemple, cette dernière ne définit comme norme que les "documents" qui fournissent "des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques" pour des produits ou des procédés et des méthodes de production connexes, (y compris ceux qui "traite[nt] en partie ou en totalité de terminologie, de symboles, de prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage").[999] En outre, comme il est indiqué plus loin, le champ du terme "document" dans cette définition est encore restreint par le fait que ce terme ne concerne que les documents qui "fourni[ssent]" des caractéristiques pour un produit (ou traitent en totalité ou en partie de prescriptions en matière d'emballage ou d'autres prescriptions)[1000] avec un but spécifique, c'est-à-dire "pour des usages communs et répétés".[1001] L'Organe d'appel a également précisé que le terme "documents", tel qu'employé dans cette "*Note explicative*", "[devait] désigner les normes *en général*, et non pas seulement celles qui [avaient] été adoptées par des entités *autres que* des organismes internationaux".[1002]

7.293. Nous considérons également que l'observation de l'Organe d'appel selon laquelle, en vertu de l'Annexe 1.1, "un "document" peut comprendre de multiples instruments juridiques dans une circonstance donnée" est également pertinente dans le contexte de l'Annexe 1.2.[1003] En fonction des circonstances, le "document" qui constitue une norme peut prendre diverses formes. Il pourrait donc figurer dans un instrument qui traite simultanément d'autres questions et un instrument qui, conjointement à divers autres, fait partie d'un contexte ou d'un cadre plus large. Ces situations, en elles-mêmes, ne constitueraient pas un obstacle à la démonstration de

---

[997] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 185 (note de bas de page omise). Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphes 5.9 et 5.10.

[998] Nous notons également, comme l'Organe d'appel l'a fait dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, que le Guide ISO/CEI 2: 1991 établit en des termes généraux que l'"[o]n considère comme "document" tout support d'information avec l'information qu'il porte". Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 185, note de bas de page 391. Cependant, comme nous l'avons expliqué plus haut au paragraphe 7.283 et dans les notes de bas de page 984 et 985, l'applicabilité et la pertinence de toute définition figurant dans le Guide ISO/CEI, le cas échéant, font l'objet des réserves énoncées dans la clause introductive de l'Annexe 1 de l'Accord OTC.

[999] Nous examinons de façon approfondie le sens de ces termes plus loin, aux paragraphes 7.335 à 7.340.

[1000] Voir plus loin le paragraphe 7.337 et la note de bas de page 1084.

[1001] Nous examinons de façon approfondie le sens du membre de phrase "usages communs et répétés" ultérieurement dans les présentes constatations, en particulier aux paragraphes 7.361 à 7.370. Nous notons également que, bien que le texte de la définition d'une "norme" figurant à l'Annexe 1.2 fasse référence à un "*document*", le texte de sa "*Note explicative*" fait référence à des "*documents*". Néanmoins, comme l'Organe d'appel l'a précisé, ces deux termes "doi[vent] être interprété[s] comme ayant le même sens" aux fins de cette disposition. Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 222.

[1002] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 222 (italique dans l'original). Voir aussi Union européenne, communication en tant que tierce partie, paragraphe 45 et note de bas de page 44 (faisant également référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*).

[1003] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, note de bas de page 708. Voir aussi plus loin la note de bas de page 1006.

l'existence d'un "document" qui peut être qualifié de "norme", ou de "norme internationale pertinente" au sens de l'article 2.5.

7.294. Nous considérons que, correctement interprété dans le contexte susmentionné, le terme "document" indique qu'une évaluation de la question de savoir si une "norme" existe au titre de l'Annexe 1.2 exige, comme première étape, une identification suffisamment claire et nette des composants ou éléments de l'instrument ou des instruments qui, selon les allégations d'une partie, constituent cette "norme". Cela est particulièrement important dans les cas où le "document" dont on fait valoir qu'il est une "norme internationale pertinente" est contenu dans de "multiples instruments juridiques", chacun traitant un éventail de questions, y compris certaines questions distinctes de la question spécifique en cause dans le règlement technique contesté, quoique liées à celle-ci.[1004]

7.295. Nous notons que cette tâche initiale consistant à identifier précisément les composants de l'instrument ou des instruments en cause qui forment le "document" est une première étape nécessaire tant en ce qui concerne la deuxième phrase de l'article 2.5 que l'article 2.4. En vertu de ces deux dispositions, cette identification est nécessaire pour l'"évaluation comparative" ultérieure qu'il faut effectuer pour évaluer le degré de correspondance entre la norme internationale et le règlement technique, comme il est spécifié dans chaque disposition.[1005] Dans le contexte de l'article 2.4 de l'Accord OTC, l'examen de la question de savoir si une norme internationale pertinente a été "utilis[ée] … comme base" d'un règlement technique "doit être limité aux éléments des normes internationales pertinentes qui se rapportent à l'objet des prescriptions ou conditions contestées" et cet examen "doit être de portée assez large pour traiter de *tous* [l]es éléments pertinents [de la norme internationale]".[1006] De même, au titre de la deuxième phrase de

[1004] Voir aussi plus loin la note de bas de page 1006.

[1005] C'est-à-dire: "conforme aux", dans la deuxième phrase de l'article 2.5, ou "utiliseront … comme base de", dans l'article 2.4. Nous notons également qu'au titre des dispositions de l'Accord SPS qui sont équivalentes à ces deux dispositions de l'Accord OTC (celles de l'article 3 de l'Accord SPS, par exemple), il est aussi nécessaire, en premier lieu, d'identifier dûment les composants de l'instrument qui, selon les allégations, contient la norme SPS afin de procéder ensuite à une "évaluation comparative" du degré de correspondance entre la mesure et la norme internationale, comme il est spécifié dans chaque disposition SPS (à savoir, "établiront … sur la base de", "conformes aux", ou "entraînent un niveau de protection ... plus élevé que", conformément à l'article 3:1, à l'article 3:2 et à l'article 3:3 de l'Accord SPS, respectivement). Voir aussi plus haut le paragraphe 7.274 et la note de bas de page 960, où nous examinons également ces expressions des Accords OTC et SPS.

[1006] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 250 (italique dans l'original). L'Organe d'appel a fondé cette interprétation sur l'expression composite "ou leurs éléments pertinents" employée à l'article 2.4. Comme nous l'avons noté plus haut au paragraphe 7.273 et à la note de bas de page 955, la deuxième phrase de l'article 2.5 ne contient toutefois pas cette expression composite. Il apparaît que cela indique, à son tour, qu'aux termes de la deuxième phrase de l'article 2.5, il se peut qu'il ne soit pas possible de dire que des règlements techniques sont "conforme[s] [à]" des normes internationales en évaluant ces mesures uniquement au regard des "éléments pertinents", et non au regard de l'ensemble, de ces normes. Nous notons également les observations suivantes de l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Sardines* lors de l'application de cette interprétation aux faits de la cause:

> Le présent différend concerne la compatibilité avec les règles de l'OMC de la prescription énoncée à l'article 2 du Règlement CE selon laquelle seuls les produits préparés exclusivement à partir de l'espèce *Sardina pilchardus* peuvent être commercialisés dans les Communautés européennes en tant que conserves de sardines. En conséquence, les "éléments pertinents" de Codex Stan 94 sont les éléments de Codex Stan 94 qui sont relatifs ou qui se rapportent à la commercialisation de conserves de produits à base de poissons sous le nom de "sardines". L'expression "leurs éléments pertinents", telle qu'elle est employée à l'article 2.4, implique deux choses pour l'affaire dont nous sommes saisis. Premièrement, la détermination sur le point de savoir si Codex Stan 94 a été utilisée "comme base du" Règlement CE doit résulter d'une analyse qui est limitée aux "éléments" de Codex Stan 94 se rapportant à l'emploi du terme "sardines" pour la désignation et la commercialisation de conserves de produits à base de poissons. Ces éléments comprennent non seulement la section 6.1.1 i) et 6.1.1 ii), mais aussi la section 2.1.1 de Codex Stan 94, qui énumère les différentes espèces auxquelles peuvent être donnés les noms envisagés dans la section 6.1.1 i) et 6.1.1 ii). Deuxièmement, cette analyse doit traiter de *toutes* ces dispositions pertinentes de Codex Stan 94, et ne doit en ignorer aucune.

Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 251. (italique dans l'original)

Dans ce différend, l'Organe d'appel a également rejeté l'argument du défendeur selon lequel l'article 2.4 exigeait de comparer l'ensemble de la norme et l'ensemble du Règlement CE". Il a dit que cette évaluation comparative globale n'était pas possible parce "qu'il y [avait] plusieurs éléments de Codex Stan 94 qui

l'article 2.5, il est nécessaire de procéder à une identification claire et nette de tous les composants de l'instrument qui forment le "document" en cause pour permettre une évaluation de la question de savoir si une "norme" existe, de même que pour permettre ultérieurement (si la norme est également "internationale" et "pertinente") une évaluation de la question de savoir si le règlement technique contesté est "conforme [à]" cette norme.[1007]

7.296. Nous notons que l'Organe d'appel a donné des indications semblables, dans le contexte de l'article 3 de l'Accord SPS, sur la façon dont un groupe spécial devrait procéder à une "évaluation comparative" entre une mesure SPS et la norme internationale pertinente, afin de déterminer si cette mesure était "établi[e] … sur la base de" cette norme internationale, si elle était "conforme[] [à]" cette norme, ou si elle "entraîn[ait] un niveau de protection … plus élevé que" cette norme. L'article 3:1, l'article 3:2 et l'article 3:3 de l'Accord SPS, respectivement, ont, comme il est observé plus haut[1008], une structure et une fonction comparables à celles de l'article 2.4 et 2.5 de l'Accord OTC:

> [U]n groupe spécial doit effectuer une évaluation comparative de la mesure contestée et de la norme internationale. À cet égard, du fait que la norme internationale sert de point de repère pour l'évaluation de la conformité d'un Membre avec l'article 3, il appartient au groupe spécial de discerner le sens de cette norme. Pour effectuer cette évaluation, les groupes spéciaux disposent de divers moyens. Un groupe spécial peut être guidé par des principes d'interprétation pertinents, y compris les règles coutumières pertinentes d'interprétation du droit international public. En outre, il peut trouver utile de recourir à des sources additionnelles pour discerner le sens de la norme internationale. Par exemple, les groupes spéciaux souhaiteront peut être se référer à l'avis de l'organisme de normalisation compétent, comme il est indiqué au paragraphe 3 de l'Annexe A de l'Accord SPS, par le biais d'éléments de preuve versés à son dossier ou par consultation directe de cet organisme, ou d'autres experts dans

---

[n'étaient] pas pertinents s'agissant de l'emploi du terme "sardines" pour l'identification et la commercialisation de conserves de produits à base de poissons" et qu'en conséquence, "[i]l n'y [avait] simplement rien à gagner à examiner d'autres dispositions du Règlement CE qui [étaient] dénuées de pertinence pour [c]e … différend." *Ibid*., paragraphe 252.

[1007] Nous notons, à cet égard, la détermination de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.239 et note de bas de page 708, soulignant également la nécessité d'identifier précisément le "document" qui constitue un règlement technique au titre de l'Annexe 1.1 (même lorsqu'il "peut comprendre de multiples instruments juridiques") comme étant une prescription essentielle pour une évaluation correcte de la compatibilité de la mesure avec l'obligation énoncée à l'article 2.2 et, en particulier, pour une analyse de la "contribution" des règlements techniques contestés dans le cadre de l'analyse relationnelle:

> Selon nous, il faudrait, en principe, examiner un règlement technique dans son intégralité afin d'évaluer son degré de contribution à son objectif. Nous notons que la partie pertinente du paragraphe 1 de l'Annexe 1 de l'Accord OTC définit un "règlement technique" comme étant un "*[d]ocument* qui énonce les caractéristiques d'un produit ou les procédés et méthodes de production s'y rapportant". C'est donc le "document" constituant le règlement technique qui devrait être évalué au titre de l'article 2.2, et non des parties isolées ou indépendantes de ce document. … Pour évaluer le document pertinent qui constitue le règlement technique en cause au titre de l'article 2.2, il faudrait d'abord identifier les éléments contenus dans ce document qui contribuent à la réalisation de l'objectif du règlement technique, ainsi que tous les éléments qui sont ensuite pris en compte au moment d'évaluer le degré de contribution du règlement technique à son objectif. Sinon, exclure certains éléments de cette évaluation pourrait aboutir à une constatation erronée quant au degré de contribution du règlement technique à son objectif, et pourrait entraîner un déséquilibre ou une asymétrie dans une comparaison avec des solutions de rechange proposées.

Ibid. (italique dans l'original; notes de bas de page omises). Voir aussi République dominicaine, réponse à la question n° 150 du Groupe spécial, paragraphe 21; observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 147 du Groupe spécial, paragraphe 49, note de bas de page 74 (indiquant également, outre le passage susmentionné du rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique)*, paragraphe 7.15); Indonésie, réponse à la question n° 150 du Groupe spécial, paragraphe 11; et observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 140 du Groupe spécial, paragraphes 21 à 23.

[1008] Voir plus haut la note de bas de page 1004. Voir aussi plus haut le paragraphe 7.274 et la note de bas de page 960.

> les domaines pertinents, conformément à l'article 11:2 de l'Accord SPS et à l'article 13 du Mémorandum d'accord.[1009]

7.297. Les déclarations ci-dessus donnent, *mutatis mutandis*, des indications pertinentes pour identifier dûment le document identifié par l'Australie comme des "normes internationales pertinentes" en relation avec l'emballage neutre du tabac. Une fois que les instruments pertinents seront identifiés, leur sens devra également être discerné et interprété.[1010]

7.298. Gardant à l'esprit ce qui vient d'être dit, nous examinons maintenant les instruments identifiés par l'Australie comme formant le "document" qui, au sens de la définition d'une "norme" donnée à l'Annexe 1.2, constitue une "norme internationale pertinente" pour l'emballage neutre du tabac aux fins de la deuxième phrase de l'article 2.5.

Principaux arguments des parties

7.299. L'Australie estime que les Directives de la FCTC, "dans leur ensemble", pourraient être considérées comme des "normes internationales pertinentes" aux fins de la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC.[1011]

7.300. L'Australie explique en outre que, afin de déterminer si des "normes internationales pertinentes" existent pour l'emballage neutre du tabac, le ou les "document"(s) qu'il faut évaluer sont, plus spécifiquement, les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC.[1012] Elle

---

[1009] Rapport de l'Organe d'appel *Inde – Produits agricoles*, paragraphe 5.79. Appliquant l'interprétation ci-dessus aux "circonstances de ce différend", l'Organe d'appel a ensuite indiqué ce qui suit:

> [L]e paragraphe 3 b) de l'Annexe A [de l'Accord SPS] dispose que les normes internationales pertinentes … sont celles qui sont énoncées dans le Code de l'[Organisation mondiale de la santé animale (OIE)], en particulier, le chapitre 10.4. Le chapitre 10.4 du Code de l'OIE sert donc de point de repère au regard duquel il faut comparer les mesures de l'Inde concernant l'IA pour déterminer si elles sont "établies sur la base" de cette norme ou y [sont] "conforme[s]". En conséquence, conformément aux indications exposées plus haut, il appartenait au Groupe spécial dans le présent différend de discerner le sens des parties pertinentes du Code de l'OIE afin de déterminer si les mesures de l'Inde concernant l'IA satisfaisaient aux éléments de l'article 3:1 et 3:2 de l'Accord SPS.

Ibid., paragraphe 5.80 (notes de bas de page omises). Cette approche a été appliquée par le Groupe spécial *Russie – Porcins (UE)*, qui a considéré que la tâche qui lui incombait d'évaluer si la mesure contestée était conforme à l'article 3 de l'Accord SPS consistait à: i) identifier les normes internationales pertinentes; ii) discerner le sens de ces normes internationales; et iii) évaluer les mesures en cause à la lumière de ces normes internationales afin de déterminer si ces mesures étaient "établies sur la base de" ces normes. Rapport du Groupe spécial *Russie – Porcins (UE)*, paragraphes 7.262 et 7.274. Voir aussi *ibid.*, paragraphes 7.263 à 7.272 (sur le critère juridique permettant d'"identifier"), et 7.273 à 7.283 (sur le critère juridique permettant de "discerner le sens").

[1010] Nous notons à cet égard les observations suivantes du Groupe spécial *Russie – Porcins (UE)*, faisant référence aux déterminations de l'Organe d'appel dans l'affaire *Inde – Restrictions quantitatives*:

> En substance, dans le cadre de sa propre évaluation du sens du Code terrestre, le présent Groupe spécial est resté vigilant quant à la manière dont il a traité les réponses reçues de l'OIE et à la façon dont il a entrepris son évaluation du sens du Code. À cet égard, le Groupe spécial a gardé à l'esprit le raisonnement de l'Organe d'appel dans l'affaire *Inde – Restrictions quantitatives* selon lequel un groupe spécial ne peut pas déléguer sa fonction judiciaire à une organisation internationale qu'il consulte, mais doit au lieu de cela faire une analyse critique des vues de cette organisation internationale. Les constatations de l'Organe d'appel dans l'affaire *Inde – Produits agricoles* confirment que le Groupe spécial doit faire sa propre évaluation du sens du Code terrestre et non simplement s'appuyer sur les vues de l'OIE s'agissant du sens de ce Code. Un groupe spécial peut, en ce qui concerne chacune des questions d'interprétation qu'il examine, se référer et accorder de l'importance aux réponses de l'OIE à ses questions; toutefois, il doit indiquer, dans chaque cas, que ses conclusions sont aussi fondées sur son propre examen du libellé ou du texte des recommandations pertinentes du Code terrestre.

Rapport du Groupe spécial *Russie – Porcins (UE)*, paragraphe 7.282 (notes de bas de page omises). Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *Inde – Produits agricoles*, paragraphes 5.93 et 5.94.

[1011] Australie, réponse à la question n° 129 du Groupe spécial, paragraphe 201.

[1012] Australie, première communication écrite, paragraphe 567.

précise en outre qu'elle formule cette assertion "[en] invoqu[ant] principalement" les paragraphes suivants de ces deux directives de la FCTC:

a. le paragraphe 46 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC; et

b. les paragraphes 16 et 17 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC.[1013]

7.301. De même, l'Australie note que, outre ces trois paragraphes spécifiques, les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC contiennent également d'"autres éléments" qui "ne mentionnent pas spécifiquement l'"emballage neutre"" mais qui sont néanmoins "pertinents" pour qualifier ces instruments de la FCTC de norme internationale pour l'emballage neutre du tabac. Elle considère que les paragraphes suivants des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC sont des "exemples" de ces "autres éléments", en particulier du fait qu'ils "énoncent" des prescriptions qui sont "incorporées" dans les mesures TPP[1014]:

a. les paragraphes 10 et 54 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC (traitant, respectivement, des "encarts et surcharges" et des "étiquettes adhésives"); et

b. le paragraphe 15 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC (traitant du "[c]onditionnement et [des] caractéristiques des produits").

7.302. L'Australie affirme également que les "autres aspects" "pertinents" des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC incluent ceux qui traitent des "emballages et étiquetages trompeurs ou de nature à induire en erreur" et de la "publicité et [de la] promotion trompeuses ou de nature à induire en erreur".[1015]

7.303. Les plaignants ne contestent pas l'identification par l'Australie du paragraphe 46 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC et des paragraphes 16 et 17 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC comme étant les parties de ces instruments qui traitent expressément du "conditionnement neutre".[1016] Le Honduras met toutefois en cause l'allégation générale de l'Australie selon laquelle toutes les Directives de la FCTC actuellement adoptées, "dans leur ensemble", peuvent être considérées comme une norme internationale aux fins des présentes procédures. Il rappelle que la Convention des Parties à la FCTC a adopté des directives pour l'application d'autres dispositions de cette convention, comme celles qui concernent les articles 8, 9, 10 et 14. Il considère que, "en l'absence d'autres précisions données par l'Australie, [ces] assertions générales sont insuffisantes pour [lui] permettre de s'acquitter de la charge qui lui incombe au titre de [la deuxième phrase de] l'article 2.5 de l'Accord OTC".[1017]

Analyse du Groupe spécial

7.304. Comme il est indiqué plus haut, l'Australie identifie des paragraphes spécifiques de deux directives adoptées par la Convention des Parties à la FCTC (les Directives concernant l'article 11 de la FCTC et les Directives concernant l'article 13 de la FCTC) comme constituant une "norme" (internationale) pertinente en ce qui concerne l'emballage neutre du tabac.

7.305. Nous notons d'abord que plusieurs directives adoptées à ce jour par la Convention des Parties à la FCTC contiennent un texte détaillé, concernant un large éventail d'aspects réglementaires des divers types de mesures de lutte antitabac qui sont traités dans les dispositions

[1013] Australie, réponse à la question n° 129 du Groupe spécial, paragraphe 202. Voir aussi, par exemple, Australie, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 83. Nous supposons que la référence de l'Australie au "paragraphe 17" des Directives concernant l'article 13 de la FCTC est censée désigner la "*Recommandation*" qui suit le paragraphe 17, étant donné que le paragraphe 17 lui-même ne concerne pas le "conditionnement neutre" en soi. Voir aussi plus loin le paragraphe 7.311 et la note de bas de page 1030.

[1014] Australie, réponse à la question n° 129 du Groupe spécial, paragraphe 202.

[1015] Australie, réponse à la question n° 129 du Groupe spécial, paragraphe 203.

[1016] Voir, par exemple, Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 495; et Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphes 183 et 186.

[1017] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 504.

spécifiques de la FCTC auxquelles ces directives se rapportent.[1018] Comme d'autres directives de la FCTC, les Directives concernant l'article 11 et les Directives concernant l'article 13 sont des instruments non contraignants qui "visent à aider les Parties à s'acquitter de leurs obligations et à accroître l'efficacité des mesures adoptées".[1019] Les deux ensembles de directives contiennent un texte détaillé traitant de diverses mesures réglementaires concernant l'emballage, l'étiquetage ou la commercialisation des produits du tabac, qui visent à aider les Parties à la FCTC à s'acquitter de leurs obligations et à accroître l'efficacité des mesures adoptées conformément aux articles 11 et 13 de la Convention respectivement.[1020] Il convient de noter à cet égard que, comme les plaignants l'indiquent, l'"emballage neutre" n'est pas, en tant que tel, un type spécifique de mesures de lutte antitabac expressément identifié dans l'article 11 ni l'article 13 de la FCTC eux-mêmes (ni dans aucune autre disposition de la Convention).[1021]

7.306. Compte tenu de cela et des observations que nous avons formulées plus haut sur l'importance d'une identification précise du "document" en cause pour le reste de notre analyse[1022], nous convenons avec le Honduras que, comme première étape de notre évaluation, "il est nécessaire d'identifier *quelles parties* des Directives de la FCTC ont été invoquées par l'Australie comme étant les normes internationales pertinentes alléguées".[1023]

7.307. Comme il est mentionné plus haut, l'Australie indique que les Directives de la FCTC, "dans leur ensemble", pourraient être considérées comme des "normes internationales pertinentes" aux fins de la deuxième phrase de l'article 2.5. Néanmoins, elle identifie également les instruments pertinents en ce qui concerne l'emballage neutre du tabac comme étant, plus spécifiquement, les Directives concernant l'article 11 de la FCTC et les Directives concernant l'article 13 de la FCTC. De même, elle identifie ensuite trois paragraphes spécifiques de ces deux directives, qu'elle "invoque principalement" afin de déterminer l'existence d'une "norme internationale pertinente" en ce qui

[1018] Voir les Directives pour l'application de la FCTC (édition 2013) (pièces AUS-109, DOM-44), contenant une compilation de toutes les directives adoptées, à l'exception des Directives concernant l'article 6 de la FCTC (pièce AUS-111), qui ont été adoptées en 2014.

[1019] OMS/FCTC, mémoire d'*amicus curiae* (pièce AUS-42 (révisée)), paragraphes 20 à 22 (faisant référence aux textes des paragraphes liminaires respectifs de ces deux directives de la FCTC). Nous examinerons de façon approfondie le caractère non contraignant de ces directives de la FCTC lorsque nous analyserons cet élément de la définition du terme "norme" figurant à l'Annexe 1.2, plus loin aux paragraphes 7.390 à 7.394.

[1020] Par exemple, les Directives concernant l'article 11 de la FCTC contiennent diverses recommandations sur le développement et l'utilisation de mises en garde sanitaires, y compris pour ce qui est de leur "rotation" (paragraphes 19 à 22) et de leur "contenu" (paragraphes 23 à 27), et les Directives concernant l'article 13 de la FCTC contiennent des recommandations sur divers éléments de l'interdiction globale de la publicité en faveur du tabac et de la promotion et du parrainage du tabac, y compris en ce qui concerne: la "vente au détail et [la] présentation" des produits du tabac (paragraphes 12 à 14, recommandant leur interdiction); les "ventes sur Internet" (paragraphes 18 à 21, recommandant leur interdiction); l'"extension et [l']échange de marques", à savoir l'utilisation de marques de tabac sur les produits ne concernant pas le tabac (paragraphes 22 et 23, recommandant leur interdiction); la "représentation du tabac dans des médias du divertissement" (paragraphe 31, recommandant entre autres choses d'"interdi[re] l'utilisation de marques de tabac ou d'illustrations reconnaissables" dans des produits des médias du divertissement); et l'"application au plan interne de lois sur la publicité en faveur du tabac, la promotion et le parrainage" (paragraphes 60 à 68, recommandant entre autres choses d'"introduire et [d']appliquer des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives"). Par ailleurs, en ce qui concerne un autre point des paragraphes 22 à 24, les Directives concernant l'article 13 de la FCTC, qui définissent et recommandent l'interdiction de l'"extension de marques" et de l'"échange de marques", indiquent que ces types de marques "devraient aussi être considérés comme une publicité et une promotion du tabac". Voir aussi Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphe 41 et notes de bas de page 20 et 21 (faisant référence à cette recommandation et informant que "bon nombre de Membres de l'OMC", y compris l'Ukraine et l'Indonésie", ont mis en œuvre des mesures réglementant l'"extension de marques").

[1021] Voir, par exemple, Honduras, première communication écrite, paragraphes 125 à 127; deuxième communication écrite, paragraphe 468; République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 183 et 194; Cuba, première communication écrite, paragraphes 291 à 294; et Indonésie, première communication écrite, paragraphe 94. Nous notons toutefois que certains autres types spécifiques de mesures de lutte antitabac sont expressément traités tant dans la FCTC elle-même que dans ses directives correspondantes. Par exemple, les réglementations concernant l'utilisation/le design/la taille/la rotation des mises en garde sanitaires ou des mises en garde sanitaires explicites sur l'emballage du tabac sont des mesures qui sont expressément traitées tant dans l'article 11 de la FCTC que dans plusieurs parties des Directives concernant l'article 11 de la FCTC. Voir FCTC (pièces AUS-44, JE-19), article 11; et Directives concernant l'article 11 de la FCTC, FCTC/COP/3(10) (pièce JE-20), annexe, paragraphes 12 à 22.

[1022] Voir plus haut les paragraphes 7.291 à 7.297.

[1023] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 495. (pas d'italique dans l'original)

concerne l'emballage neutre du tabac: le paragraphe 46 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC et les paragraphes 16 et 17 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC (en fait, le texte de la "*recommandation*" qui suit le paragraphe 17).[1024] Il s'agit des textes spécifiques, figurant dans ces deux ensembles de directives, dans lesquels le "conditionnement neutre" du tabac est expressément mentionné et décrit.

7.308. Le paragraphe 46 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC (intitulé "*Conditionnement et étiquetage des produits du tabac*"), seule disposition figurant sous le titre "Conditionnement neutre", indique ce qui suit:

> Les Parties devraient envisager d'adopter des mesures visant à limiter ou interdire l'utilisation de logos, de couleurs, d'images de marque ou de textes promotionnels sur les conditionnements hormis le nom de la marque et celui du nom du produit imprimés avec des caractères normaux et dans une couleur standardisée (conditionnement neutre). Cela pourrait conférer plus de relief et d'efficacité aux mises en garde sanitaires et aux messages, en empêchant que la forme de conditionnement ne détourne l'attention des consommateurs et en faisant échec aux techniques de design employées par l'industrie du tabac pour tenter de faire croire que certains produits sont moins nocifs que d'autres.[1025]

7.309. Le paragraphe 16 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC (intitulé "*Publicité en faveur du tabac, promotion et parrainage*") indique ce qui suit:

> L'effet de la publicité ou de la promotion sur le conditionnement peut être éliminé en exigeant un conditionnement neutre: noir et blanc ou deux autres couleurs contrastées selon les prescriptions des autorités nationales; rien d'autre qu'un nom de marque, un nom de produit et/ou de fabricant, une adresse et la quantité de produit dans le conditionnement, sans logo ni caractéristique en dehors des mises en garde sanitaires, des vignettes fiscales et d'autres informations ou marques requises par les autorités; l'utilisation de caractères de type et de dimension prescrits; et une forme, une taille et des matériels types. Il ne doit pas y avoir de publicité ou de promotion à l'intérieur du conditionnement ou liée au conditionnement ni sur des cigarettes individuelles ou d'autres produits du tabac.[1026]

7.310. Le paragraphe 16 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC figure (avec les paragraphes 15 et 17, tous deux cités plus loin) sous le titre "Conditionnement et caractéristiques des produits". Ce titre contient la note de bas de page suivante:

> Voir aussi les directives pour l'application de l'article 11 qui concernent le conditionnement neutre, les mises en garde sanitaires et les informations trompeuses.[1027]

7.311. Le paragraphe 17 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC, qui mentionne le "conditionnement neutre" mais ne le prescrit pas en soi, indique ce qui suit:

> Si un conditionnement neutre n'est pas encore exigé, la restriction devrait couvrir le plus grand nombre possible de caractéristiques de conception qui rendent les produits du tabac plus attrayants pour le consommateur, par exemple des figures animales ou

[1024] Nous supposons que la référence de l'Australie au "paragraphe 17" des Directives concernant l'article 13 de la FCTC est censée désigner la recommandation qui suit le paragraphe 17, étant donné que le paragraphe 17 lui-même ne concerne pas le "conditionnement neutre" en soi.

[1025] Directives concernant l'article 11 de la FCTC, FCTC/COP/3(10) (pièce JE-20), annexe, paragraphe 46.

[1026] Directives concernant l'article 13 de la FCTC, FCTC/COP/3(12) (pièce JE-21), annexe, paragraphe 16.

[1027] Directives concernant l'article 13 de la FCTC, FCTC/COP/3(12) (pièce JE-21), annexe, note de bas de page 2 accompagnant le titre "*Conditionnement et caractéristiques des produits*" qui précède le paragraphe 15; et Directives de la FCTC pour son application (édition 2013) (pièces AUS-109, DOM-44), article 13, note de bas de page 4. Par souci de simplicité, nous appellerons désormais cette note comme la note de bas de page 4 relative aux Directives concernant l'article 13 de la FCTC.

> autres, des expressions humoristiques, des papiers de cigarette de couleur, des odeurs agréables, des paquets nouveaux ou saisonniers.[1028]

7.312. Le paragraphe 17 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC est immédiatement suivi de la recommandation suivante:

> Le conditionnement et la conception du produit sont d'importants éléments de la publicité et de la promotion. Les Parties devraient envisager d'adopter des exigences concernant un conditionnement neutre pour éliminer l'effet de la publicité ou de la promotion sur le conditionnement. Le conditionnement, les cigarettes individuelles ou les autres produits du tabac ne doivent comporter aucune publicité ou promotion ni caractéristique de conception rendant les produits attrayants.[1029]

7.313. Nous observons qu'il semble ne pas y avoir de désaccord entre les parties sur l'identification de ces trois paragraphes des Directives comme étant relatifs à l'emballage neutre des produits du tabac.[1030] L'OMS et le Secrétariat de la FCTC identifient de même ces trois dispositions des Directives de la FCTC comme traitant spécifiquement de l'"emballage neutre".[1031]

7.314. L'OMS et le Secrétariat de la FCTC identifient en outre le paragraphe 15 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC comme traitant de l'"emballage neutre". L'Australie fait plutôt valoir que le paragraphe 15 est l'un des "autres éléments" figurant dans ces directives qui "ne mentionnent pas spécifiquement l'"emballage neutre"" mais qui sont néanmoins "pertinents" pour qualifier ces instruments de la FCTC de norme internationale pour l'emballage neutre du tabac. Le paragraphe 15 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC, comme les paragraphes 16 et 17, figure sous le titre "Conditionnement et caractéristiques des produits". Il indique ce qui suit:

> Le conditionnement est un élément important de la publicité et de la promotion. Les caractéristiques des paquets et des produits contenant du tabac sont utilisées de différentes manières pour attirer les consommateurs, promouvoir les produits et cultiver et promouvoir l'identité de marque, par exemple par l'utilisation de logos, de couleurs, de caractères, d'images, de formes et de matériels sur ou dans les paquets ou sur des cigarettes individuelles ou d'autres produits du tabac.[1032]

7.315. L'Australie considère également que d'"autres aspects" des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC sont "pertinents" pour l'emballage neutre, citant à titre d'"exemples" certaines dispositions spécifiques de ces instruments. Spécifiquement, elle identifie comme étant "pertinents" les paragraphes 10[1033] et 54[1034] des Directives concernant l'article 11 de

---

[1028] Directives concernant l'article 13 de la FCTC, FCTC/COP/3(12) (pièce JE-21), annexe, paragraphe 17.

[1029] Directives concernant l'article 13 de la FCTC, FCTC/COP/3(12) (pièce JE-21), annexe, "*Recommandation*" qui suit le paragraphe 17.

[1030] Comme nous l'observons plus loin au paragraphe 7.315, à la différence de l'Australie, l'OMS et le Secrétariat de la FCTC identifient également le paragraphe 15 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC comme traitant spécifiquement de l'"emballage neutre".

[1031] Voir OMS/FCTC, renseignements additionnels fournis au Groupe spécial, paragraphes 60, 62 et 63, plus haut à la note de bas de page 63. Voir aussi OMS/FCTC, mémoire d'*amici curiae* (pièce AUS-42 (révisée)), paragraphes 59 à 71. Nous notons que l'OMS et le Secrétariat de la FCTC, comme l'Australie, font référence au texte de la "*Recommandation*" sur l'emballage neutre des Directives concernant l'article 13 de la FCTC comme étant le texte figurant au "paragraphe 17" de ces directives. Les éléments de preuve qui nous ont été présentés donnent toutefois à penser que le paragraphe 17 contient un autre texte. En fait, selon nous, le texte de cette "*Recommandation*", non numérotée, suit le paragraphe 17 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC plutôt qu'il ne figure dans ce paragraphe. Il en va différemment de la façon dont le "conditionnement neutre" est traité dans les Directives concernant l'article 11 de la FCTC. Dans ces dernières, le "conditionnement neutre" est expressément traité dans un paragraphe unique, le seul figurant sous le titre "Conditionnement neutre", et nulle part ailleurs dans les Directives concernant l'article 11 de la FCTC le "conditionnement neutre" n'est aussi présenté en tant que "*Recommandation*", comme dans les Directives concernant l'article 13 de la FCTC.

[1032] Directives concernant l'article 13 de la FCTC, FCTC/COP/3(12) (pièce JE-21), annexe, paragraphe 15.

[1033] Le paragraphe 10 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC, figurant sous le titre "Éléments graphiques et de présentation", est ainsi libellé:

> Les Parties devraient veiller à ce que les mises en garde sanitaires et les messages ne soient pas masqués par d'autres marques obligatoires apposées sur les emballages et étiquettes ou par des

la FCTC et, comme nous l'avons déjà noté plus haut, le paragraphe 15 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC. Elle affirme également que les "autres aspects" "pertinents" des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC incluent ceux qui traitent des "emballages et étiquetages trompeurs ou de nature à induire en erreur" et de la "publicité et [de la] promotion trompeuses ou de nature à induire en erreur".[1035] L'OMS et le Secrétariat de la FCTC, mais pas l'Australie, mentionnent également le paragraphe 43 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC comme faisant partie du "contexte plus large" pour l'emballage neutre, lequel est expressément traité dans le paragraphe 46 de ces mêmes directives. Ils expliquent que le paragraphe 43 est pertinent parce qu'il "souligne[] que les termes inclus dans l'article 11.1 a) [de la FCTC] sont indicatifs des termes tendancieux, mais que la liste n'est pas exhaustive".[1036] De même, l'OMS et le Secrétariat de la FCTC, mais pas l'Australie, mentionnent comme contexte le paragraphe 3 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC, dont la partie pertinente indique que "[d]es mises en garde sanitaires et des messages efficaces ainsi que d'autres mesures concernant le conditionnement et l'étiquetage des produits du tabac sont des éléments clés d'une approche globale et intégrée de la lutte antitabac".[1037]

7.316. Enfin, l'Australie ainsi que l'OMS et le Secrétariat de la FCTC conviennent qu'à la fois la FCTC elle-même et ses directives contiennent "un certain nombre de dispositions pertinentes pour l'emballage neutre"[1038] et que, par conséquent, les parties des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC traitant expressément de l'emballage neutre "doivent être lues à la lumière" du contexte fourni par ces dispositions.[1039]

7.317. Ayant identifié les parties des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC sur lesquelles l'Australie "s'appuie principalement … en tant que normes internationales pour les mesures TPP"[1040], ainsi que les "autres éléments" ou "aspects" (tout au moins ceux qu'elle énumère expressément)[1041] qu'elle identifie comme étant "pertinents" dans ce contexte, il est nécessaire que nous examinions si, considérées conjointement, ces parties de ces instruments constituent un "document" qui pourrait être considéré comme contenant une "norme" pour l'emballage neutre du tabac, au sens de l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC.

> encarts et surcharges commerciaux. Les Parties devraient aussi veiller, lorsqu'elles définissent la taille et l'emplacement d'autres marques, telles que les timbres fiscaux et les marques requises en vertu de l'article 15 de la Convention, à ce que ces autres marques ne masquent aucune partie des mises en garde sanitaires et des messages.

Directives concernant l'article 11 de la FCTC, FCTC/COP/3(10) (pièce JE-20), annexe, paragraphe 10.

[1034] Le paragraphe 54 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC, seule disposition figurant sous le titre "Étiquettes adhésives et couvertures", est ainsi libellé:

> Les Parties devraient veiller à ce que les étiquettes adhésives, autocollants, étuis, couvertures, manchons, emballages et encarts et surcharges promotionnels des fabricants ne masquent ni n'oblitèrent ou n'altèrent les mises en garde sanitaires et les messages. Ainsi, par exemple, l'utilisation d'étiquettes adhésives ne pourrait être autorisée que si elles sont inamovibles et réservées aux conditionnements en métal ou en bois contenant autre chose que des cigarettes.

Directives concernant l'article 11 de la FCTC, FCTC/COP/3(10) (pièce JE-20), annexe, paragraphe 54.

[1035] Voir plus haut les paragraphes 7.299 à 7.302.

[1036] OMS/FCTC, mémoire d'*amici curiae* (pièce AUS-42 (révisée)), paragraphe 62. L'OMS et le Secrétariat de la FCTC mentionnent également, comme contexte pour la recommandation sur l'emballage neutre formulée au paragraphe 46 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC, le paragraphe 12 de ces mêmes directives qui "donne des indications spécifiques en ce qui concerne la taille des mises en garde sanitaires", reconnaissant que "l'efficacité des mises en garde sanitaires augmente avec leur taille" (*ibid.,* paragraphe 64). Ils signalent également que le paragraphe 60 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC (qui recommande que les mises en garde sanitaires soient examinées et actualisées périodiquement), plus largement, "laisse[] entendre [que] l'efficacité des mesures concernant l'emballage et l'étiquetage est plus grande lorsque celles-ci sont actualisées périodiquement …". (*Ibid*., paragraphe 65)

[1037] Directives concernant l'article 11 de la FCTC, FCTC/COP/3(10) (pièce JE-20), annexe, paragraphe 3, cité dans OMS/FCTC, mémoire d'*amici curiae* (pièce AUS-42 (révisée)), paragraphe 63.

[1038] OMS/FCTC, mémoire d'*amici curiae* (pièce AUS-42 (révisée)), paragraphe 59.

[1039] OMS/FCTC, renseignements additionnels fournis au Groupe spécial, paragraphes 61 et 64, plus haut à la note de bas de page 63.

[1040] Australie, réponse à la question n° 129 du Groupe spécial, paragraphe 202.

[1041] À savoir: les paragraphes 10 et 54 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC et le paragraphe 15 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC, exposés plus haut, respectivement, dans les notes de bas de page 1032 et 1033, et au paragraphe 7.314. Voir aussi plus haut les paragraphes 7.301 et 7.307.

7.318. Nous rappelons tout d'abord que les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC susmentionnées, adoptées par la Convention des Parties à la FCTC, visent, comme il est indiqué dans leurs paragraphes liminaires respectifs "à aider les Parties à s'acquitter de leurs obligations et à accroître l'efficacité des mesures adoptées".[1042] L'OMS et le Secrétariat de la FCTC expliquent en outre que "le statut de chaque ensemble de directives est régi par son propre libellé".[1043]

7.319. Des dispositions spécifiques de la FCTC peuvent donc être complétées, et la plupart le sont, par certains instruments visant à favoriser leur développement et leur application, dont les plus importants sont les protocoles et les directives.[1044] Dans son article 7, la FCTC prévoit donc que la Conférence des Parties à la FCTC devra proposer des directives pour l'application des dispositions de ses articles 8 à 13.[1045] À cette fin, la Convention des Parties à la FCTC a adopté en novembre 2008, par consensus[1046], deux directives distinctes: l'une pour l'application de l'article 11 et l'autre pour l'application de l'article 13, à savoir les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC en cause dans les présentes procédures.[1047]

7.320. L'OMS et le Secrétariat de la FCTC notent également que l'"obligation globale de mettre en œuvre des mesures efficaces" est reflétée non seulement à l'article 7 de la FCTC, mais aussi et c'est important, dans le libellé des articles 11 et 13 de la FCTC.[1048] L'OMS et le Secrétariat de la FCTC expliquent donc que:

> L'article 11 oblige les parties à mettre en œuvre des *mesures efficaces* pour faire en sorte que l'emballage et l'étiquetage du tabac ne contribuent pas à la promotion des produits du tabac par des moyens fallacieux, tendancieux ou trompeurs (article 11.1 a)) et pour faire en sorte que l'emballage du tabac porte des mises en garde sanitaires décrivant les effets nocifs de la consommation de tabac (article 11.1 b)). De même, l'article 13 oblige les parties à instaurer une interdiction

[1042] OMS/FCTC, mémoire d'*amici curiae* (pièce AUS-42 (révisée)), paragraphes 20 à 22 (faisant référence aux textes des paragraphes liminaires respectifs de ces deux directives).

[1043] OMS/FCTC, mémoire d'*amici curiae* (pièce AUS-42 (révisée)), paragraphes 20 à 22 (faisant référence aux textes des paragraphes liminaires respectifs de ces deux directives).

[1044] Voir plus haut la section 2.4, en particulier le paragraphe 2.99.

[1045] OMS/FCTC, renseignements additionnels fournis au Groupe spécial, paragraphe 50, plus haut à la note de bas de page 63.

[1046] À propos de l'adoption par consensus des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC, voir OMS/FCTC, mémoire d'*amici curiae* (pièce AUS-42 (révisée)), paragraphe 19; et OMS/FCTC, renseignements additionnels fournis au Groupe spécial, paragraphe 19, plus haut à la note de bas de page 63 (incluant "timetable 2" et "timetable 3", plus spécifiquement le septième point de la page 7 et le septième point de la page 8). Voir aussi *ibid.*, paragraphe 46. Voir aussi Australie, première communication écrite, paragraphe 106 et note de bas de page 166; et UICC et CCA, mémoire d'*amici curiae* (pièce AUS-38), paragraphe 7.2. L'Indonésie, mais pas les autres plaignants, fait valoir qu'un "consensus" dans les Directives au sujet de l'emballage neutre du tabac équivaut seulement à un consensus sur les recommandations faites aux parties à la FCTC d'"envisager d'adopter" l'emballage neutre du tabac, et pas sur des recommandations d'"adopter" l'emballage neutre. Selon elle, cela signifie que les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC, en fait, n'ont pas été "adoptées par consensus" et, pour cette raison, ne peuvent pas être des "normes internationales" au titre de l'article 2.5 de l'Accord OTC. Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 225. Nous ne sommes pas de cet avis. Nous considérons que la façon particulière dont les textes finals de ces directives, tels que libellés ont été rédigés est sans importance pour affirmer que ces instruments n'ont pas été adoptés par consensus; et aucun autre élément de preuve démontrant le contraire ne nous a été présenté.

[1047] OMS/FCTC, mémoire d'*amici curiae* (pièce AUS-42 (révisée)), paragraphe 19; et OMS/FCTC, renseignements additionnels fournis au Groupe spécial, pages 7 et 8 et annexes 6 et 9, plus haut à la note de bas de page 63. Voir aussi plus haut la section 2.4.4. Le Honduras était l'une des parties à la FCTC qui participait au groupe de travail intersessionnel établi pour développer les Directives concernant l'article 11 de la FCTC, qui était "principalement chargé du développement des mises en garde sanitaires et des messages." Honduras, première communication écrite, paragraphe 130. Voir aussi Honduras, réponse à la question n° 164 du Groupe spécial, pages 18 à 20; et Australie, observations sur la réponse du Honduras à la question n° 164 du Groupe spécial, paragraphes 121 à 124. Voir par exemple OMS/FCTC, renseignements additionnels fournis au Groupe spécial, paragraphe 19 (premier point sous l'intitulé "timetable 2", page 6) et annexe 3, page 33, plus haut à la note de bas de page 63.

[1048] OMS/FCTC, renseignements additionnels fournis au Groupe spécial, paragraphes 50 et 51, plus haut à la note de bas de page 63.

> *globale* de la publicité en faveur du tabac et de la promotion et du parrainage du tabac.[1049]

7.321. L'OMS et le Secrétariat de la FCTC notent que l'"obligation globale de mettre en œuvre des mesures efficaces" est en outre énoncée dans les paragraphes liminaires des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC[1050], qui présentent l'"objectif" de chaque ensemble de directives. Ces paragraphes sont respectivement libellés comme suit:

> [Directives concernant l'article 11 de la FCTC]:
>
> Conformément aux autres dispositions de la [FCTC] et aux intentions de la Conférence des Parties à la Convention, les présentes directives ont pour but d'aider les Parties à satisfaire à leurs obligations au titre de l'article 11 de la Convention-cadre de l'OMS, et à leur proposer les mesures qu'elles peuvent appliquer pour accroître l'efficacité de leurs mesures en matière de conditionnement et d'étiquetage. L'article 11 dispose que chaque Partie doit adopter et appliquer des mesures efficaces en matière de conditionnement et d'étiquetage des produits du tabac dans les trois ans suivant l'entrée en vigueur de la Convention en ce qui la concerne.[1051]
>
> [Directives concernant l'article 13 de la FCTC]:
>
> Ces directives ont pour but d'aider les Parties à donner suite à leurs obligations en vertu de l'article 13 de la [FCTC]. Elles se fondent sur les meilleures données disponibles et sur l'expérience des Parties qui ont appliqué avec succès des mesures effectives contre la publicité en faveur du tabac, la promotion et le parrainage. Elles donnent aux Parties des orientations pour l'introduction et l'application d'une interdiction globale de la publicité en faveur du tabac, de la promotion et du parrainage ou, dans le cas des Parties qui sont dans l'incapacité d'instaurer une interdiction globale du fait de leur Constitution ou de leurs principes constitutionnels, pour l'imposition de restrictions aussi complètes que possible à la publicité en faveur du tabac, à la promotion et au parrainage.[1052]

[1049] OMS/FCTC, renseignements additionnels fournis au Groupe spécial, paragraphes 51 et 54, plus haut à la note de bas de page 63 (italique dans l'original). Voir OMS/FCTC, mémoire d'*amici curiae* (pièce AUS-42 (révisée)), paragraphes 60, 67 et 68. Nous notons ici qu'à propos de certains termes utilisés à l'article 11 1), *caput*, et à l'article 11 1) b) de la FCTC, respectivement, l'Indonésie observe que la Convention "ne définit pas ou n'explique pas davantage en quoi consistent des "mesures efficaces" ou des moyens de promotion qui sont "fallacieux, tendancieux ou trompeurs" ou "susceptibles de donner une impression erronée"". Indonésie, première communication écrite, paragraphe 95. Nous notons que l'Indonésie cite également un article juridique dans lequel l'auteur fait valoir que, comme ces expressions et d'autres figurant à l'article 11 ne sont pas définies, les parties à la FCTC "ont un large pouvoir discrétionnaire pour [les] interpréter". D. Layton and J. Lowe, "The Framework Convention on Tobacco Control and the World Trade Organization: A Conflict Analysis under International Law", Global Trade and Customs Journal, Vol. 9, Issue 6 (2014), (Layton et Lowe, La FCTC et l'OMC) (pièce IDN-30), page 248) (cité dans Indonésie, première communication écrite, paragraphe 95, note de bas de page 119).

[1050] OMS/FCTC, renseignements additionnels fournis au Groupe spécial, paragraphes 52 et 53, plus haut à la note de bas de page 63. Voir aussi OMS/FCTC, mémoire d'*amici curiae* (pièce AUS-42 (révisée)), paragraphe 61.

[1051] Directives concernant l'article 11 de la FCTC, FCTC/COP/3(10) (pièce JE-20), annexe, paragraphe 1.

[1052] Directives concernant l'article 13 de la FCTC, FCTC/COP/3(12) (pièce JE-21), annexe, paragraphe 1. Voir aussi *ibid.*, paragraphe 2 (indiquant que ces directives "fournissent des orientations sur les meilleurs moyens de mettre en œuvre l'article 13 de la Convention afin d'éliminer la publicité en faveur du tabac, la promotion et le parrainage de manière efficace aussi bien sur le plan intérieur qu'au niveau international"). Nous notons cependant que, à la différence de l'article 11, l'article 13 ne fait pas expressément référence aux mesures relatives au "conditionnement" ou à l'"étiquetage". Nous notons par ailleurs que l'expression "publicité en faveur du tabac et promotion [et parrainage] du tabac" est définie de façon large à l'article 1 c) de la FCTC comme incluant "*toute forme* de communication … commerciale" et que l'article 13 lui-même, dans son paragraphe 4) a), inclut une obligation "minimum" selon laquelle chaque partie à la FCTC devra "interdi[re] *toutes les formes* de publicité en faveur du tabac, de promotion et de parrainage qui contribuent à promouvoir un produit du tabac par *des moyens* fallacieux, tendancieux ou trompeurs". FCTC (pièces AUS-44, JE-19), articles 1er et 13 (pas d'italique dans l'original). Enfin, le paragraphe 15 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC, exposé plus haut au paragraphe 7.314, indique que le "[c]onditionnement est un élément important de la publicité et de la promotion". Directives concernant l'article 13 de la FCTC, FCTC/COP/3(12) (pièce JE-21), annexe, paragraphe 15.

7.322. Selon nous, les descriptions ci-dessus du contexte dans lequel les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC ont été adoptées indiquent clairement que les prescriptions pertinentes en matière d'emballage neutre du tabac de ces directives doivent être interprétées et mises en œuvre dans le cadre du "contexte plus large de la lutte antitabac"[1053] établi par la FCTC, ainsi qu'à la lumière du contexte immédiat fourni par certaines autres dispositions spécifiques des Directives de la FCTC et les dispositions de la FCTC elle-même, et conjointement à elles.[1054]

7.323. Ainsi, comme l'expliquent l'OMS et le Secrétariat de la FCTC, le paragraphe 46 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC doit être "lu à la lumière" des obligations énoncées à l'article 11 de la FCTC lui-même et d'"autres dispositions" de cette convention qui sont "aussi pertinentes pour la mise en œuvre de l'emballage neutre".[1055] Ils expliquent que l'emballage neutre, tel qu'il est traité au paragraphe 46, "est présenté dans le contexte plus large d'autres mesures concernant l'emballage et l'étiquetage", y compris celles qui se rapportent à la taille des mises en garde sanitaires, qui font aussi l'objet d'"indications spécifiques" dans ces mêmes directives.[1056] Ce "contexte plus large", expliquent-ils, signifie que les Directives concernant l'article 11 de la FCTC:

> recommandent l'adoption de l'emballage neutre *en plus* d'un certain nombre d'autres mesures concernant l'emballage et l'étiquetage, y compris des mises en garde sanitaires occupant la plus grande partie possible de ces faces principales et d'autres mesures interdisant un emballage trompeur.[1057]

7.324. En ce qui concerne les trois paragraphes des Directives concernant l'article 13 de la FCTC qu'ils décrivent comme traitant spécifiquement de l'emballage neutre du tabac (les paragraphes 15, 16 et 17), l'OMS et le Secrétariat de la FCTC expliquent de même qu'"il est nécessaire de lire ces paragraphes dans leur contexte". Ils estiment que ce contexte inclut d'"autres passages" des Directives concernant l'article 13 de la FCTC; le texte de l'article 13 de la FCTC elle-même, et d'"autres obligations énoncées dans la Convention".[1058]

7.325. Nous notons, à cet égard, que par "lutte antitabac" la FCTC entend "toute une série de stratégies de réduction de l'offre, de la demande et des effets nocifs visant à améliorer la santé d'une population en éliminant ou en réduisant sa consommation de produits du tabac et l'exposition de celle-ci à la fumée du tabac".[1059] L'article 11 de la FCTC (intitulé "Conditionnement et étiquetage des produits du tabac") et l'article 13 (intitulé "Publicité en faveur du tabac, promotion et parrainage") font partie d'une vaste famille de mesures couvertes par la Convention, qui visent le "côté de la demande" des produits du tabac.[1060]

[1053] OMS/FCTC, mémoire d'*amici curiae* (pièce AUS-42 (révisée)), paragraphe 73.

[1054] Voir, par exemple, plus haut le paragraphe 7.315.

[1055] OMS/FCTC, renseignements additionnels fournis au Groupe spécial, paragraphe 61, plus haut à la note de bas de page 63.

[1056] OMS/FCTC, mémoire d'*amici curiae* (pièce AUS-42 (révisée)), paragraphes 62 à 65.

[1057] OMS/FCTC, mémoire d'*amici curiae* (pièce AUS-42 (révisée)), paragraphe 66 (pas d'italique dans l'original). Voir aussi *ibid.*, paragraphes 72 et 73 (premièrement, expliquant que selon l'"approche exposée dans la [FCTC]", "la lutte antitabac repose sur la mise en œuvre de mesures multisectorielles globales qui fonctionnent conjointement comme des interventions cumulatives dans un système réglementaire complémentaire"; puis, en corollaire de cette affirmation, indiquant que l'"emballage neutre devrait être considéré dans ce contexte plus large de la lutte antitabac", en particulier étant donné qu'il a pour effet de "renforc[er] [les] mesures concernant l'emballage et l'étiquetage et les mesures interdisant la promotion du tabac et la publicité en faveur du tabac").

[1058] OMS/FCTC, renseignements additionnels fournis au Groupe spécial, paragraphe 64, plus haut à la note de bas de page 63.

[1059] FCTC (pièces AUS-44, JE-19), article 1 d). Voir aussi plus haut le paragraphe 2.102, et plus largement, les paragraphes 7.233 à 7.244.

[1060] Ces mesures sont traitées dans la partie III de la Convention, intitulée "Mesures relatives à la réduction de la demande de tabac". Par rapport à la partie IV de la FCTC (qui ne couvre que trois mesures visant le "côté de l'offre"), la partie III de la Convention couvre diverses (9) mesures de lutte antitabac visant le côté de la *demande*. Il s'agit: des mesures "*financières et fiscales*" (article 6); des mesures "*autres que financières*" (article 7); des mesures pour la "*protection contre l'exposition à la fumée du tabac*" (article 8); de la réglementation de la "*composition des produits du tabac*" (article 9); de la réglementation des "*informations sur les produits du tabac à communiquer*" (article 10); des mesures en matière de "*conditionnement et étiquetage des produits du tabac*" (article 11); des mesures concernant "*l'éducation, [la] communication, [la] formation et [la] sensibilisation du public*" (article 12); des mesures visant la "*publicité en faveur du tabac, [la] promotion et [le] parrainage*" (article 13); et des "*mesures visant à réduire la demande en rapport avec la*

7.326. Globalement, nous considérons que les éléments susmentionnés, pris conjointement, y compris le texte de la FCTC et de ses directives ainsi que les renseignements pertinents fournis par l'OMS et le Secrétariat de la FCTC, donnent à penser que, bien que certains paragraphes et textes spécifiques des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC mentionnent, ou concernent, expressément l'emballage neutre du tabac et invitent les parties à la FCTC à "envisager d'adopter" de telles mesures, ces recommandations ne peuvent être pleinement comprises que comme faisant partie d'un ensemble plus large de mesures et de politiques de lutte antitabac interdépendantes. À notre avis, cela inclut non seulement les mesures et politiques recommandées dans le cadre des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC et d'autres directives (dont le "conditionnement neutre" fait partie), mais aussi celles qui sont prescrites par la FCTC elle-même. D'après les textes de la FCTC et de ses directives, et conformément à la nature juridique de la FCTC en tant que "convention-cadre"[1061], il est clair que les parties à la FCTC adoptent des directives dans le but *spécifique* que celles-ci les aident à s'acquitter de leurs *obligations* au titre de certaines dispositions de cette convention.[1062] Comme l'explique l'Australie:

> [L]es directives sont destinées à aider les parties à remplir leurs obligations au titre des diverses dispositions de la Convention auxquelles elles se rapportent, et "visent … à mettre en lumière et à promouvoir les pratiques et les modèles optimaux dont les gouvernements pourraient tirer avantage dans le processus de mise en œuvre de la Convention".[1063]

7.327. Sur la base de tous les éléments de preuve et renseignements qui nous ont été fournis dans les présentes procédures, il nous apparaît donc que, dans le cadre du système juridique établi par la FCTC, les parties s'engagent à mettre en œuvre diverses mesures de lutte antitabac visant le côté de l'offre et le côté de la demande, d'une manière globale et multisectorielle.[1064] D'après leurs propres termes, lorsque les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC proposent certaines mesures ou autrement adressent certaines recommandations de politique générale aux parties à la FCTC, elles le font dans leur contexte particulier de partie d'un

---

dépendance à l'égard du tabac et le sevrage tabagique" (article 14). FCTC (pièces AUS-44, JE-19). Voir aussi plus haut les paragraphes 2.102 à 2.105, ainsi que les paragraphes 7.233 à 7.244.

[1061] Voir, par exemple, Framework Convention/Protocol Approach, FCTC Paper 1 (pièces HND-141, IDN-31); et Vadi 2012 (pièce IDN-32), pages 100 à 104. Cependant, nous ne considérons pas que, simplement parce qu'un instrument prend la forme d'une "convention-cadre" ou a été adopté dans le contexte de ce type de convention, cela, en lui-même et à lui seul, le rend *ipso facto* impropre à constituer une "norme" au titre de l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC, ou plus largement, une "norme internationale pertinente" au titre de la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord.

[1062] Comme l'explique M. H. Nikogosian, ancien chef du Secrétariat de la FCTC, dans l'avant-propos de l'édition 2013 de la publication officielle rassemblant toutes les Directives de la FCTC adoptées jusqu'à cette date:

> Les directives sont *destinées* à aider les Parties à *remplir leurs obligations* au titre des diverses dispositions de la Convention. Elles font la synthèse des points de vue exprimés par les Parties sur différents aspects de la *mise en œuvre*, de leur expérience et de leurs réalisations ainsi que des difficultés rencontrées. Elles visent par ailleurs à mettre en lumière et à promouvoir les pratiques et les modèles optimaux dont les gouvernements pourraient tirer avantage *dans le processus de mise en œuvre de la Convention*. Les directives sont le fruit du travail accompli par les représentants des Parties au sein des groupes de travail intergouvernementaux constitués par la Conférence des Parties, par les organisations intergouvernementales et non gouvernementales accréditées en qualité d'observateurs à la Conférence des Parties et par des experts invités, que sont venues compléter les contributions des Parties au stade de la formulation d'observations et lors des débats aux différentes sessions de la Conférence des Parties. Issues de ce vaste processus de consultation et du consensus auquel les Parties sont parvenues, les directives sont communément reconnues comme un instrument précieux pour la *mise en œuvre de la Convention*.

Directives de la FCTC pour son application (édition 2013) (pièces AUS-109, DOM-44). (pas d'italique et non souligné dans l'original)

[1063] Australie, première communication écrite, paragraphe 573 (note de bas de page omise) (reprenant une partie de la déclaration de M. H. Nikogosian, citée en intégralité plus haut dans la note de bas de page 1061).

[1064] Voir FCTC (pièces AUS-44, JE-10), article 5.1, exposé plus haut au paragraphe 2.101. Voir aussi plus haut le paragraphe 7.236 et la note de bas de page 1056. Voir aussi, par exemple, OMS/FCTC, mémoire d'*amici curiae* (pièce AUS-42 (révisée)), paragraphes 66, 72 et 73; et Australie, première communication écrite, paragraphes 38 et 46 à 50.

instrument international global conférant certains droits et certaines obligations en vue d'atteindre les objectifs qui, d'un commun accord entre les parties, devraient être recherchés par cet instrument.[1065] Autrement dit, les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC, comme toutes les autres directives de la FCTC[1066], ont été rédigées dans le seul but d'aider les parties à la FCTC à s'acquitter de certaines obligations spécifiques prévues par la Convention, qui consistent à adopter un type particulier de mesure de lutte antitabac, et participent et sont étroitement liées à la mise en œuvre d'une constellation d'autres mesures de lutte antitabac au titre des obligations énoncées dans la Convention.[1067]

7.328. Le caractère interdépendant des obligations pertinentes au titre de la FCTC et des directives correspondantes fait qu'il est difficile d'isoler les éléments spécifiques des directives dont l'Australie fait valoir qu'ils forment un "document" au titre de l'Annexe 1.2, du contexte plus large dans lequel ces instruments ont été adoptés, qui éclaire leur but spécifique, à savoir, aider les parties à mettre en œuvre le large éventail d'obligations conventionnelles (FCTC) contractées par les parties à la FCTC en relation avec la lutte antitabac.[1068] À cet égard, nous notons l'existence de certaines différences dans la façon dont l'Australie ainsi que l'OMS et le Secrétariat de la FCTC identifient les éléments "essentiels" de l'emballage neutre dans les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC.[1069] Il apparaît également que l'Australie ainsi que l'OMS et le Secrétariat de la FCTC identifient d'une façon différente les autres parties de ces deux directives de la FCTC dans lesquelles l'"emballage neutre" n'est pas mentionné ou décrit expressément, qu'il faut considérer comme étant "pertinentes", ainsi que leurs conséquences sur le champ du "document" qui, selon les allégations, constitue la "norme internationale pertinente" et son contenu. Par exemple, alors que l'Australie considère que les paragraphes 10 et 54 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC sont d'"autres dispositions" qui sont "pertinentes" pour l'emballage neutre, l'OMS et le Secrétariat de la FCTC n'identifient pas expressément ces paragraphes lorsqu'ils décrivent le contexte fourni par d'autres dispositions de ces directives.[1070] Inversement, aucun des paragraphes figurant dans les Directives concernant l'article 11 de la FCTC identifiés par l'OMS et le Secrétariat de la FCTC comme faisant partie du "contexte plus large" pour l'emballage neutre, traité au paragraphe 46 de ces directives[1071], n'a été, du moins

[1065] L'article 3 de la FCTC dispose ce qui suit:

> L'objectif de la Convention et de ses protocoles est de protéger les générations présentes et futures des effets sanitaires, sociaux, environnementaux et économiques dévastateurs de la consommation de tabac et de l'exposition à la fumée du tabac en offrant un cadre pour la mise en œuvre de mesures de lutte antitabac par les Parties aux niveaux national, régional et international, en vue de réduire régulièrement et notablement la prévalence du tabagisme et l'exposition à la fumée du tabac.

FCTC (pièces AUS-44, JE-10), article 3. Voir aussi plus haut le paragraphe 2.100.

[1066] Voir le ou les paragraphes correspondants des Directives concernant les articles 5.3, 8, 9, 10, 12 et 14 de la FCTC, dans lesquels le même objectif est énoncé sous l'intitulé "But", quoique parfois d'une façon quelque peu différente. Directives de la FCTC pour son application (édition 2013) (pièces AUS-109, DOM-44), pages 4, 19, 33, 73 et 117, respectivement. Pour les Directives concernant l'article 6 de la FCTC, voir la pièce AUS-111, page 1.

[1067] Voir aussi, par exemple, Australie, déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 8 (indiquant que, "[p]our lutter contre l'épidémie mondiale de tabagisme, la [FCTC] recommande que les parties adoptent des stratégies globales de lutte antitabac qui optimisent les synergies entre une combinaison de politiques"); et réponse à la question n° 158 du Groupe spécial, paragraphe 74, note de bas de page 101.

[1068] À cet égard, nous jugeons révélateur le fait que, comme nous l'avons noté plus haut, l'Australie elle-même a affirmé que les Directives de la FCTC, "dans leur ensemble", pourraient être considérées comme des "normes internationales pertinentes" aux fins de la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC. Australie, réponse à la question n° 129 du Groupe spécial, paragraphe 201. Voir aussi plus haut les paragraphes 7.299, 7.303 et 7.307.

[1069] Voir plus haut les paragraphes 7.307 et 7.315. En particulier, l'OMS et le Secrétariat de la FCTC identifient le paragraphe 15 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC parmi les prescriptions en matière d'"emballage neutre", alors que l'Australie ne le fait pas.

[1070] Voir, par exemple, plus haut les paragraphes 7.301, 7.307 et 7.314 à 7.316. Voir aussi plus loin la note de bas de page 1182.

[1071] À savoir, les Directives concernant l'article 11 de la FCTC, FCTC/COP/3(10) (pièce JE-20), annexe, paragraphes 3, 12, 43 et 60. Voir aussi plus haut le paragraphe 7.315 (dans lequel, entre autres choses, le paragraphe 3 est en partie cité) et la note de bas de page 1035. Voir aussi plus haut le paragraphe 7.323.

expressément, identifié par l'Australie parmi les exemples d'"autres éléments" qu'elle considérait comme "également pertinents".[1072]

7.329. Nous notons également que certaines des références faites par l'Australie ainsi que par l'OMS et le Secrétariat de la FCTC à des dispositions connexes, ou pertinentes, des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC, ou plus généralement à certaines obligations énoncées dans la FCTC elle-même, sont présentées d'une manière non exhaustive et/ou générique. Par exemple, l'OMS et le Secrétariat de la FCTC se réfèrent d'une manière générique aux paragraphes des Directives concernant l'article 11 de la FCTC "traitant des techniques de design employées par l'industrie pour tenter de faire croire que certains produits sont moins nocifs que d'autres, ainsi qu'aux paragraphes traitant de la taille des mises en garde sanitaires".[1073] Ils indiquent également que le paragraphe 46 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC "est présenté dans le contexte plus large d'autres mesures concernant l'emballage et l'étiquetage", y compris celles qui se rapportent à la taille des mises en garde sanitaires, qui font aussi l'objet d'"indications spécifiques" dans ces mêmes Directives concernant l'article 11 de la FCTC. L'OMS et le Secrétariat de la FCTC se réfèrent aussi, plus spécifiquement cette fois, à un certain nombre de paragraphes des Directives concernant l'article 11 de la FCTC en tant que parties du "contexte plus large" de la recommandation concernant l'emballage neutre du paragraphe 46, à savoir: les paragraphes 3, 12, 43 et 60.[1074] Enfin, ils indiquent que les articles 11 et 13 de la FCTC elle-même, conjointement à d'"autres dispositions" de la Convention, constituent également un contexte important pour la mise en œuvre de l'emballage neutre du tabac, qui est traité dans chaque ensemble de directives.[1075] Le fait que ces éléments de la FCTC ont été mentionnés d'une manière non exhaustive, ou générique, confirme encore que les trois paragraphes (ou quatre, dans la description de l'OMS et du Secrétariat de la FCTC) des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC se rapportant spécifiquement à l'emballage neutre sont destinés à être lus comme faisant partie intégrante d'un ensemble complet de directives appuyant la mise en œuvre d'un large éventail de mesures de lutte antitabac efficaces.

7.330. Globalement, donc, nous ne voyons pas clairement quels éléments ou composants, dans le cadre des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC, formeraient un "document" englobant la totalité "des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques" qu'un Membre de l'OMC serait tenu de suivre s'il décidait d'adopter une mesure prévoyant un emballage neutre du tabac "conforme [à]" une norme internationale. Il s'ensuit que nous ne sommes pas convaincus que les éléments de ces deux directives de la FCTC, identifiés par l'Australie, puissent être lus indépendamment, ou séparément, de leur contexte plus large en tant que partie de la FCTC, en vue d'établir l'existence d'une "norme internationale pertinente" concernant l'emballage neutre du tabac, au sens de la deuxième phrase de l'article 2.5. Comme nous l'avons observé plus haut, l'Organe d'appel, examinant une situation comparable au titre de l'article 2.4 de l'Accord OTC, a déterminé que "cette analyse [devait] traiter de *toutes* [l]es dispositions pertinentes d[u] [document], et ne [devait] en ignorer aucune".[1076] De même, ici, il faut que nous soyons en mesure de déterminer quelles parties des instruments pertinents en cause (les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC) constituent le "document" en cause. Faute de clarté à cet égard, nous ne serons pas en mesure d'évaluer dûment la teneur du "document" pertinent par rapport aux autres éléments de la définition d'une "norme" figurant à l'Annexe 1.2 ou, d'une manière plus générale, l'existence d'une "norme internationale pertinente", et si, aux fins de la deuxième phrase de l'article 2.5, les mesures TPP sont "conforme[s] [à]" cette norme.

7.331. En établissant cette détermination, décrite plus haut, nous ne suggérons pas qu'un "document", pour répondre à la définition d'une "norme" donnée à l'Annexe 1.2 (et, spécifiquement, pour constituer une "norme internationale pertinente" au titre de la deuxième phrase de l'article 2.5), ne pourrait pas figurer dans un instrument qui traite simultanément d'autres questions ou qui, conjointement à divers autres instruments, fait partie d'un contexte ou

[1072] Voir plus haut les paragraphes 7.301, 7.302 et 7.307.

[1073] OMS/FCTC, renseignements additionnels fournis au Groupe spécial, paragraphe 61, plus haut à la note de bas de page 63. À cet égard, ils ont aussi inclus les Directives concernant l'article 13 de la FCTC.

[1074] Voir plus haut, entre autres choses, la note de bas de page 1070.

[1075] OMS/FCTC, renseignements additionnels fournis au Groupe spécial, paragraphe 61, plus haut à la note de bas de page 63. Voir aussi *ibid*., paragraphe 64 (faisant spécifiquement référence au texte de l'article 13 de la FCTC puis, de manière générique, aux "autres obligations énoncées dans la Convention"). Voir aussi plus haut les paragraphes 7.314 à 7.316.

[1076] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 251 (italique dans l'original). Voir aussi plus haut la note de bas de page 1005.

d'un cadre plus large.[1077] En fait, ce qui est pertinent c'est que toutes les prescriptions relatives au produit pertinentes, ou les autres spécifications liées à l'objet spécifique qui, selon les allégations, est visé par la "norme internationale pertinente" (en l'espèce, l'"emballage neutre du tabac") soient identifiables avec suffisamment de clarté pour permettre de procéder dûment à une "évaluation comparative", en vue de déterminer si la mesure contestée est "conforme [à]" cette norme internationale.[1078]

7.332. L'élément suivant de la définition d'une "norme" au titre de l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC, tel qu'indiqué plus haut[1079], est la question de savoir si le "document" en cause a été "approuvé par un organisme reconnu". Comme il est indiqué plus haut[1080], pour ce qui concerne une "norme *internationale*" au titre de la deuxième phrase de l'article 2.5, cette prescription est éclairée par la définition d'un "organisme à activités normatives" figurant dans le Guide ISO/CEI 2:1991[1081], "[s]'agissant des autres caractéristiques nécessaires d'un organisme qui peut approuver une norme "internationale"".[1082]

7.333. Le caractère "international" d'une norme repose donc principalement sur la question de savoir si l'instrument a été adopté par un "organisme international à activité normative". La question de savoir si un "organisme international à activité normative" existe exige, quant à elle, d'évaluer, entre autres choses, si cet organisme a des *activités reconnues* dans le domaine de la normalisation. Un examen des caractéristiques de l'organisme qui a adopté le document en cause peut donc être considéré dans le contexte de la détermination de la question de savoir si la norme alléguée a un caractère "international". À ce stade de notre analyse, nous mettons principalement l'accent sur la nature et la teneur du "document" qui, d'après les allégations, est une norme internationale.

7.334. Par conséquent, nous examinons ensuite, en suivant l'ordre des éléments de la définition donnée à l'Annexe 1.2[1083], la question de savoir si le "document" qui, d'après les allégations, constitue une "norme" fournit des "règles", des "lignes directrices" ou des "caractéristiques" pour des produits (ou leurs procédés et méthodes de production connexes). Spécifiquement, nous examinons si les aspects des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC, dont

---

[1077] Voir, par exemple, le paragraphe 7.293 et la note de bas de page 1060.

[1078] L'identification des parties de l'instrument qui, selon les allégations, est une "norme (internationale)" contenant toutes les prescriptions "pertinentes" pour un objet donné est également importante car, sans elle, une "évaluation de la conformité" avec ces prescriptions ne peut pas être dûment effectuée. Nous notons, à cet égard, que les "procédures d'évaluation de la conformité", qui sont également couvertes par l'Accord OTC, sont définies à l'Annexe 1.3 de l'Accord comme étant "[t]oute procédure utilisée, directement ou indirectement, pour déterminer que les *prescriptions pertinentes* des règlements techniques ou des *normes* sont respectées". (pas d'italique dans l'original)

[1079] Voir plus haut le paragraphe 7.281.

[1080] Voir plus haut le paragraphe 7.278.

[1081] Selon le Guide ISO/CEI 2:1991, 4.3, un "organisme à activités normatives" est défini comme un "organisme qui a des activités reconnues dans le domaine de la normalisation". Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 357.

[1082] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 357. L'Organe d'appel a en particulier constaté ce qui suit:

> L'Annexe 1.2 de l'*Accord OTC* dispose qu'une "norme" doit être approuvée par un "organisme reconnu". Selon nous, la définition d'un "organisme à activités normatives" figurant dans le Guide ISO/CEI 2:1991 n'est pas en contradiction avec la définition donnée dans l'*Accord OTC*. En fait, la définition du Guide ISO/CEI 2:1991 étoffe et complète la définition de l'*Accord OTC* en précisant qu'un organisme doit être "reconnu" en ce qui concerne ses "activités dans le domaine de la normalisation".

Ibid. L'Organe d'appel, en particulier sur la base du texte des deux dernières phrases de la *Note explicative* relative à cette annexe, a également précisé que "la définition d'une "norme … n'exige[ait] pas qu'il y ait eu approbation par consensus s'agissant de normes adoptées par un "organisme reconnu" de la communauté internationale à activité normative." Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 227. Voir aussi le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Animaux,* note de bas de page 679 relative au paragraphe 7.224 (indiquant que, de l'avis de ce Groupe spécial, ce que l'Organe d'appel avait conclu dans l'affaire *CE – Sardines* lorsqu'il avait interprété l'expression "approuvé par un organisme reconnu" figurant à l'Annexe 1.2, était que "la question pertinente [concernant cette expression] était de savoir si le document était *approuvé* par l'organisme reconnu et non comment cette approbation était obtenue (c'est-à-dire par consensus, mise aux voix, etc.)" (italique dans l'original)).

[1083] Voir plus haut le paragraphe 7.281.

l'Australie fait valoir qu'ils constituent une norme en ce qui concerne l'emballage neutre du tabac, fournissent des "règles", des "lignes directrices" ou des "caractéristiques" (y compris s'agissant de la terminologie, des symboles, des prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage, pour des produits ou leurs procédés ou méthodes de production connexes) et si, en outre, ils sont destinés à "des usages communs et répétés". Enfin, nous examinons si le respect de ces prescriptions "n'est pas obligatoire".

Question de savoir si les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC fournissent "*des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques pour des produits*"

La notion de "règles, de[] lignes directrices ou de[] caractéristiques pour des produits" dans l'Annexe 1.2

7.335. La définition d'une "norme" donnée à l'Annexe 1.2 fait référence à un document "qui fournit des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques pour des produits ou des procédés et des méthodes de production connexes". En outre, la deuxième phrase de l'Annexe 1.2 indique qu'il peut aussi traiter en partie ou en totalité de terminologie, de symboles, de "prescriptions" en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage.

7.336. L'Australie allègue que les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC remplissent ces conditions parce qu'elles constituent un document sous forme de "lignes directrices" qui prévoient les "caractéristiques" d'un "produit" (le tabac) et ses "procédés et … méthodes de production connexes", à savoir la fabrication et la vente des produits du tabac.[1084]

7.337. Comme l'indique l'emploi de la particule disjonctive "ou" dans le membre de phrase "des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques", un document peut être conforme à ce composant de la définition d'une "norme" s'il "fournit"[1085] l'un ou l'autre de ces trois éléments. Les définitions que les dictionnaires donnent du nom "rule" (règle; réglementation) donnent à penser que, lorsqu'il est employé en relation avec des "regulations or principles" (réglementations ou principes), il peut être défini comme étant "[a] principle, regulation, or maxim governing individual conduct"[1086] (un principe, une réglementation ou une maxime régissant la conduite individuelle), tandis que le terme "guidelines" (lignes directrices; directives; principes directeurs) peut s'entendre de "a directing or standardizing principle laid down as a guide to procedure, policy, etc." (principe énonçant une orientation ou une norme et visant à aider à l'élaboration de procédures ou de politiques, etc.).[1087] On trouve ces deux termes, ou des variantes, dans d'autres

[1084] Australie, première communication écrite, paragraphe 573; et deuxième communication écrite, paragraphe 316.

[1085] Le verbe "provide" (fournir; prévoir) peut s'entendre de "to *lay down* as a provision or arrangement" (*énoncer* en tant que disposition ou arrangement). Oxford English Dictionary en ligne, définition de "provide, *v.*", <http://www.oed.com/view/Entry/153448?rskey=1jZVfC&result=2&isAdvanced=false#eid>, consultée le 2 mai 2017 (pas d'italique dans l'original). La définition d'un "règlement technique" figurant à l'Annexe 1.1 fait de même référence à un document "which *lays down*" (qui *énonce)* les caractéristiques d'un produit (pas d'italique dans l'original). Comme l'Organe d'appel l'a noté, le verbe "lay down" (énoncer) est défini comme signifiant "establish, formulate definitely (a principle, a rule); prescribe (a course of action, limits, etc.)" (établir, formuler catégoriquement (un principe, une règle); prescrire (une ligne d'action, des limites, etc.)". Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 185; et *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.10 (faisant tous deux référence au *Shorter Oxford English Dictionary*, 6ème édition, A. Stevenson (éd.) (Oxford University Press, 2007), volume 1, page 1562). Dans le Merriam-Webster, le verbe transitif "provide" (fournir; prévoir) est défini comme signifiant "to have as a condition: stipulate <the contract *provides* that certain deadlines will be met>" (avoir comme condition: stipuler <le contrat *prévoit* que certains délais devront être respectés>) Merriam-Webster Dictionary en ligne, définition de "provide", <https://www.merriam-webster.com/dictionary/provide>, consultée le 2 mai 2017. (pas d'italique dans l'original)

[1086] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "rule", <http://www.oed.com/view/Entry/168717?rskey=0cxA2d&result=1#eid>, consultée le 2 mai 2017.

[1087] *Shorter Oxford English Dictionary*, 6ème édition, A. Stevenson (éd.) (Oxford University Press, 2007), volume 1, pages 15, 16, 488, 719 et 1174, (Shorter Oxford English Dictionary, volume 1, extraits AUS, partie 2) (pièce AUS-539), page 1174. Voir aussi Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 232 (faisant valoir qu'"[i]l découle du sens ordinaire de l'expression "ligne directrice" (un "principe énonçant une norme") l'idée selon laquelle une norme peut permettre un certain degré de flexibilité en ce qui concerne la caractéristique pertinente d'un produit ou les procédés et méthodes de production connexes." (note de bas de page omise)). Voir aussi Australie, observations sur les réponses des plaignants aux questions n° 150, paragraphe 32, et n° 163, paragraphe 119, du Groupe spécial.

dispositions de l'Accord OTC[1088] ainsi que dans d'autres accords visés[1089], y compris l'Accord SPS[1090], le GATT de 1994[1091], l'Accord SMC[1092], l'AGCS[1093] et l'Accord sur l'évaluation en douane.[1094] Nous notons que le terme "*rules*" (règles; réglementation) a aussi été examiné dans le contexte de l'application de l'Accord antidumping (mais pas, en soi, comme un terme de cet accord). Dans ce contexte, l'Organe d'appel a considéré que la question de savoir si une prescription donnée était ou non contraignante était dénuée de pertinence pour déterminer l'existence d'une "règle ou norme". Selon ses conclusions, la question était plutôt de savoir s'il s'agissait d'un "acte[] établissant des *règles* ou des normes censées être appliquées de manière générale et prospective".[1095] Il a été constaté que l'expression "principes directeurs", telle qu'utilisée à l'article 14 de l'Accord SMC, désignait un "cadre" ou des "paramètres" pour le calcul de l'"avantage" plutôt qu'une "méthode de calcul … exposée dans le détail", de sorte que les paragraphes a) à d) de cette disposition ne devraient pas être interprétés comme des "règles rigides qui [étaient] censées prévoir chaque circonstance factuelle concevable".[1096] En fait,

[1088] Dans l'Accord OTC, on ne trouve l'expression "lignes directrices" que dans la définition d'une "norme" figurant à l'Annexe 1.2, tandis que l'on peut trouver le terme "règles" dans d'autres dispositions de l'Accord (par exemple aux articles 1.6 et 5.1.1). Toutefois, l'Accord OTC fait également référence aux "guides", comme dans le membre de phrase "*guides* ou recommandations pertinents émanant d'organismes internationaux à activité normative", surtout dans le contexte de ses disciplines concernant les procédures d'évaluation de la conformité. Voir, par exemple, l'article 5.4, 5.5 et 5.6. Voir aussi l'article 12.4.

[1089] On trouve également ces termes dans l'AMP, un accord plurilatéral de l'OMC dans lequel figure une définition d'une "norme" presque identique à celle qui est donnée à l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC. Tant l'AMP (dans la note de bas de page 4 relative à l'article VI:2 b)) que l'AMP amendé (à l'article I s)) contiennent des définitions d'une "norme" qui, à l'exception des références additionnelles à un ou des "service(s)", sont pratiquement identiques à celle qui est donnée à l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC. Cependant, à ce jour, ces définitions n'ont été examinées dans aucun différend relevant soit de l'AMP, soit de l'AMP amendé. S'agissant de la relation entre l'Accord OTC et l'AMP, voir l'article 1.4 de l'Accord OTC (indiquant que, bien que "[l]es spécifications en matière d'achat qui sont élaborées par des organismes gouvernementaux pour les besoins de la production ou de la consommation d'organismes gouvernementaux" ne soient pas soumises aux dispositions de l'Accord OTC, elles sont par contre "couvertes par l'Accord sur les marchés publics conformément à son champ d'application").

[1090] L'Accord SPS contient plusieurs références à des "normes, *directives* et recommandations internationales" (pas d'italique dans l'original). Cette expression composite est définie à l'Annexe A 3) de l'Accord SPS, mais uniquement par référence expresse aux types de risques SPS visés par ces documents et aux organismes internationaux spécifiques qui les "établissent", les "élaborent" ou les "promulguent". Toutefois, comme le Groupe spécial *Russie – Porcins (UE)* l'a noté récemment, pris individuellement, aucun de ces trois termes, y compris le terme "directives", n'a été interprété et, en tout état de cause, l'Accord SPS "n'exige pas que soit établie une distinction subtile entre [eux] pour sa bonne application". Voir le rapport du Groupe spécial *Russie – Porcins (UE)*, paragraphe 7.274, note de bas de page 413.

[1091] Voir, par exemple, la référence au terme "réglementation" à l'article I:1 du GATT de 1994 (tel qu'employé dans le membre de phrase "l'ensemble de la *réglementation* et des formalités afférentes aux importations ou aux exportations"). (pas d'italique dans l'original)

[1092] Voir, par exemple, la référence aux "principes directeurs" dans le texte introductif de l'article 14 de l'Accord SMC, prescrivant que "toute méthode" utilisée pour calculer le montant d'une subvention en termes d'avantage conféré au bénéficiaire sera, entre autres choses, "compatible avec les *principes directeurs* suivants: …". (pas d'italique dans l'original)

[1093] Voir, par exemple, la référence au terme "directives" figurant à l'article III:3 de l'AGCS (tel qu'il est utilisé dans le membre de phrase "toutes les nouvelles lois, réglementations ou *directives administratives*, ou de toutes les modifications des lois, réglementations ou directives administratives existantes, qui affectent notablement le commerce des services visés par les engagements spécifiques". (pas d'italique dans l'original)

[1094] Voir, par exemple, la référence aux "lignes directrices" figurant dans l'Accord sur l'évaluation en douane, dans le cadre de l'Annexe I (*Notes interprétatives*, *Note générale*, *Application de principes de comptabilité généralement admis*), qui définit ce que veut dire l'expression "principes de comptabilité généralement admis", ajoutant que "[c]es normes peuvent consister en *grandes lignes directrices d'application générale* aussi bien qu'en pratiques et procédures détaillées". (pas d'italique dans l'original)

[1095] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères*, paragraphe 187 (pas d'italique dans l'original). Dans cette affaire, l'Organe d'appel a répondu à cette question par l'affirmative au motif que la mesure en cause avait une "valeur normative" car elle fournissait des orientations administratives et créait des attentes parmi le grand public et les acteurs privés. *Ibid.* Selon l'Organe d'appel, une mesure sera examinée "en tant que telle" lorsqu'elle peut être considérée comme une "*règle* ou norme appliquée de manière générale et prospective", par opposition à "telle qu'appliquée", auquel cas elle sera considérée comme "un cas particulier d'application d'une *règle* ou norme". Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro*, paragraphe 179. (pas d'italique dans l'original)

[1096] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 92. (notes de bas de page omises)

l'expression "principes directeurs" a été interprétée comme traduisant un "certain degré de flexibilité" dans l'analyse au titre de l'article 14 d).[1097]

7.338. À notre avis, ce qui vient d'être dit donne à penser qu'il est nécessaire que le document en cause ait un certain degré de teneur normative. Cela donne également à penser que, en ce qui concerne le degré requis de teneur normative, une distinction peut être établie entre des "lignes directrices" – qui établiraient des cadres ou paramètres larges pour l'adoption d'une mesure donnée avec une certaine flexibilité – et des "règles" – qui définiraient plus clairement une norme ou une mesure à suivre. L'inclusion des deux termes dans la définition d'une "norme" figurant à l'Annexe 1.2 indique que l'un ou l'autre type de prescription peut servir de base à une "norme" au sens de l'Accord OTC. Le fait que les Directives de la FCTC, ou leurs parties pertinentes, constituent des "lignes directrices", plutôt que des "règles" strictes, et impliquent de ce fait un certain degré de flexibilité ne serait donc pas en soi un obstacle pour considérer qu'elles entrent dans le champ de cette définition, du moins en ce qui concerne cet élément particulier de la définition donnée à l'Annexe 1.2. Le fait que l'instrument en cause satisfait à cet élément de la définition n'est toutefois pas déterminant car il ne suffit pas que le "document" soit simplement un document qui fournit des "lignes directrices". Comme nous le verrons plus loin, il doit également fournir des lignes directrices dans un certain but, à savoir "pour des usages communs et répétés". Quel que soit le degré de flexibilité que puisse impliquer le sens de l'expression "lignes directrices" prise isolément, il est nuancé lorsqu'il est considéré dans le contexte des autres termes de la définition donnée à l'Annexe 1.2, en particulier le membre de phrase "pour des usages communs et répétés".

7.339. Comme il est indiqué plus haut, la définition donnée à l'Annexe 1.2 identifie également le type d'objet qui doit être visé pour qu'un document constitue une "norme".[1098] La définition englobe donc les documents qui fournissent des "caractéristiques pour des produits ou des procédés et des méthodes de production connexes". Cette partie de la définition est presque[1099] identique aux aspects pertinents de la définition d'un "règlement technique" figurant à l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC.[1100] Dans le contexte de l'Annexe 1.1, les "caractéristiques" d'un produit ont été interprétées comme incluant les ""particularités", "qualités", "attributs", ou autre "marque distinctive" objectivement définissables d'un produit"[1101], y compris par exemple la "composition, la dimension, la forme, la couleur, la texture, la dureté, la ténacité, l'inflammabilité, la conductivité, la densité ou la viscosité d'un produit".[1102] Comme nous l'avons déjà indiqué, les "caractéristiques d'un produit" peuvent "être prescrites ou imposées, en ce qui concerne les produits, sous une forme soit positive, soit négative".[1103] Nous ne voyons aucune raison de ne pas interpréter les termes "caractéristiques pour des produits [ou des procédés et des méthodes de production connexes]" comme ayant le même sens que dans la définition d'une "norme" figurant à l'Annexe 1.2.

7.340. La deuxième phrase de la définition figurant à l'Annexe 1.2 précise en outre qu'une norme "peut aussi traiter en partie ou en totalité de terminologie, de symboles, de prescriptions en

[1097] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone (Inde)*, paragraphe 4.332. Cette interprétation a été rappelée dans le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures compensatoires et mesures antidumping (Chine)*, paragraphe 483.

[1098] Comme nous l'avons dit plus haut au paragraphe 7.337, il apparaît que la particule disjonctive "ou" figurant dans la première phrase de l'Annexe 1.2 indique qu'un document contenant l'un quelconque de ces quatre éléments ("règles", "lignes directrices", "caractéristiques" ou "procédés et des méthodes de production" connexes) peut être une "norme", à condition qu'il satisfasse aussi aux autres éléments distincts de cette définition ("pour des usages communs et répétés"; "pas obligatoire", etc.). Cela signifie qu'un document qui "fournit des lignes directrices" mais qui, par exemple, ne le fait pas "pour des usages communs et répétés" ne peut pas être une norme.

[1099] Elle est presque identique car, si la définition donnée à l'Annexe 1.1 mentionne les "caractéristiques d'un produit ou les procédés et méthodes de production s'y rapportant", celle qui est donnée à l'Annexe 1.2 mentionne les "caractéristiques pour des produits ou des procédés et des méthodes de production connexes".

[1100] L'Annexe 1.1 de l'Accord OTC définit comme suit un "règlement technique": "[d]ocument qui énonce les caractéristiques d'un produit ou les procédés et méthodes de production s'y rapportant, y compris les dispositions administratives qui s'y appliquent, dont le respect est obligatoire. Il peut aussi traiter en partie ou en totalité de terminologie, de symboles, de prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage, pour un produit, un procédé ou une méthode de production donnés."

[1101] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 67.

[1102] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 67.

[1103] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 69. Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.11.

matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage, pour un produit, un procédé ou une méthode de production donnés". Cette partie de la définition est identique à la deuxième phrase de la définition d'un "règlement technique" figurant à l'Annexe 1.1.[1104] Dans ce contexte, comme nous l'avons déjà indiqué, ces termes ont été interprétés par référence au terme "caractéristique", tel qu'employé dans la première phrase de la définition.[1105] Comme il a été dit plus haut s'agissant du terme "caractéristiques", nous ne voyons aucune raison de ne pas appliquer la même interprétation en ce qui concerne ces termes, tels qu'employés dans la définition d'une "norme" figurant à l'Annexe 1.2.[1106] Comme dans le cas de l'Annexe 1.1, l'emploi des mots "aussi traiter en partie" et "traiter … en totalité de" au début de cette phrase indique en outre que cette dernière inclut des éléments qui s'ajoutent à ceux qui sont visés par la première phrase et peuvent être distincts de ceux-ci.[1107]

Question de savoir si les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC contiennent "des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques" pour des produits

7.341. Comme nous l'avons déterminé plus haut en relation avec les mesures TPP, nous considérons que les prescriptions relatives à l'emballage et à l'étiquetage du tabac se rapportent aux caractéristiques d'un produit au sens de l'Annexe 1.1 et peuvent également constituer des prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage. Par conséquent, dans la mesure où les aspects pertinents des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC imposeraient des prescriptions en relation avec l'emballage et l'étiquetage du tabac, ils pourraient être considérés comme prescrivant de même des "caractéristiques pour des produits" au sens de la première phrase de la définition figurant à l'Annexe 1.2 et comme se rapportant à "de [la] terminologie, … des prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage" pour ces produits, au sens de la deuxième phrase de la définition figurant à l'Annexe 1.2.

7.342. Toutefois, nous notons également que des parties différentes des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC, identifiées par l'Australie comme contenant la "norme internationale pertinente" pour l'emballage neutre du tabac, décrivent d'une manière quelque peu différente les caractéristiques d'un produit pertinentes ou les prescriptions en matière de marquage, d'emballage ou d'étiquetage qui sont "recommandées" dans chaque ensemble de directives.

7.343. Nous notons premièrement que le champ d'application des mesures concernant l'"emballage neutre du tabac", tel que décrit au paragraphe 46 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC, semble plus étroit par rapport à celui qui est décrit dans les Directives concernant l'article 13 de la FCTC: le paragraphe 46 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC ne traite que des éléments qui permettent de réglementer le "conditionnement" du tabac, sans qu'il soit expressément indiqué s'il couvre également les caractéristiques concernant l'étiquetage ou l'apparence des produits du tabac individuels, comme les cigarettes ou les cigares[1108], alors que les Directives concernant l'article 13 de la FCTC contiennent bien de telles références.[1109]

[1104] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 187.

[1105] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante,* paragraphe 67 ("Dans la définition d'un "règlement technique" figurant à l'Annexe 1.1, l'*Accord OTC* lui-même donne certains exemples de "caractéristiques d'un produit" – "terminologie, … symboles, … prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage". Ces exemples indiquent que les "caractéristiques d'un produit" incluent non seulement les particularités et qualités intrinsèques du produit lui-même, mais aussi des caractéristiques connexes, telles que les moyens d'identification, la présentation et l'apparence d'un produit".).

[1106] Nous rappelons également les observations que nous avons formulées plus haut aux paragraphes 7.136 à 7.159 en ce qui concerne le sens de cette expression composite lorsque nous avons évalué si les mesures TPP étaient des règlements techniques au titre de la définition figurant à l'Annexe 1.1.

[1107] Voir les rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.14, au sujet de la même phrase figurant à l'Annexe 1.1.

[1108] Directives concernant l'article 11 de la FCTC, FCTC/COP/3(10) (pièce JE-20), annexe, paragraphe 46, présenté plus haut au paragraphe 7.308. Nous rappelons que les Directives concernant l'article 11 de la FCTC visent à aider les parties à la FCTC à appliquer l'article 11 de la Convention, qui concerne les renseignements propres à induire en erreur sur l'emballage et l'étiquetage du tabac et inclut également certaines prescriptions pour l'utilisation de mises en garde sanitaires sur ces produits. Voir aussi la note de bas de page 4 relative aux Directives concernant l'article 13 de la FCTC, présentée plus haut au paragraphe 7.310,

7.344. Deuxièmement, les éléments prohibitifs relatifs au "conditionnement neutre" figurant au paragraphe 46 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC semblent permettre un certain degré de flexibilité: d'après cette partie des Directives, les parties à la FCTC peuvent mettre en œuvre des prescriptions en matière de "conditionnement neutre" qui soit "interdi[sent]" l'utilisation de "logos", de "couleurs", d'"images de marque" ou d'"[autres] textes promotionnels" sur l'emballage, soit, au lieu de cela, mettent en œuvre des prescriptions en matière d'emballage neutre qui ne font que "limiter" ces éléments. En outre, il semble que les éléments permissifs relatifs au conditionnement neutre, traités au paragraphe 46 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC, ne couvrent que deux caractéristiques: le "nom de la marque" et le "nom du produit" (ces deux éléments étant autorisés lorsqu'ils sont "imprimés avec des caractères normaux et dans une couleur standardisée"). Il n'est pas fait référence à d'autres caractéristiques, telles que, par exemple, les informations requises par les autorités (comme les mises en garde sanitaires, les vignettes fiscales), les noms de variantes, le design de l'emballage ou les matériaux d'emballage. Comme les plaignants l'ont observé, aucune autre indication n'est donnée, par exemple, sur le choix des couleurs, de la taille des caractères ou du type de police qu'il faudrait utiliser, ni sur des aspects tels que le nombre de fois, et l'emplacement, où le "nom de la marque" et le "nom du produit" peuvent figurer sur l'emballage.[1110]

7.345. Les Directives concernant l'article 13 de la FCTC traitent du "conditionnement neutre" du tabac de façon plus détaillée que le paragraphe 46 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC. Les mesures concernant l'emballage neutre du tabac sont expressément traitées et décrites dans deux parties des Directives concernant l'article 13 de la FCTC: le paragraphe 16 et le texte de la "Recommandation" qui suit le paragraphe 17.[1111] Lorsqu'ils sont lus conjointement, et à la lumière des renseignements qui nous ont été présentés, y compris ceux qui émanent de l'OMS et du Secrétariat de la FCTC, ces textes semblent indiquer que le "conditionnement neutre" adopté aux fins de l'application de l'article 13 de la FCTC couvre à la fois le "conditionnement" du tabac et l'apparence des "produits" du tabac eux-mêmes.[1112] Cela tranche avec le champ du paragraphe 46 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC, qui, comme nous l'avons noté plus haut, ne semble traiter que des prescriptions en matière de "conditionnement". Nous notons toutefois que, même en l'espèce, les prescriptions en matière d'emballage neutre relativement plus détaillées des Directives concernant l'article 13 de la FCTC ont principalement trait au "conditionnement" du tabac, tandis qu'il y a relativement moins d'indications spécifiques données en ce qui concerne les "caractéristiques" se rapportant à l'apparence (ou à l'étiquetage) des "produits" du tabac eux-mêmes.[1113] Les prescriptions en matière d'emballage neutre du tabac, telles qu'elles sont

qui désigne les Directives concernant l'article 11 de la FCTC comme étant celles "qui concernent le conditionnement neutre, les mises en garde sanitaires et les informations trompeuses".

[1109] Voir, par exemple, les Directives concernant l'article 13 de la FCTC, FCTC/COP/3(12) (pièce JE-21), annexe, paragraphe 16 ("Il ne doit pas y avoir de publicité ou de promotion … sur des cigarettes individuelles ou d'autres produits du tabac").

[1110] Directives concernant l'article 11 de la FCTC, FCTC/COP/3(10) (pièce JE-20), annexe, paragraphe 46. Présenté plus haut au paragraphe 7.308.

[1111] Présentés plus haut aux paragraphes 7.309 et 7.312, respectivement. Comme nous l'avons indiqué plus haut à la note de bas de page 1030, le texte de la "*Recommandation*" suit le texte du paragraphe 17 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC plutôt qu'il ne figure dans ce paragraphe. Nous avons également noté que, bien que le texte du paragraphe 17 (présenté plus haut au paragraphe 7.311) mentionne le "conditionnement neutre", il n'a pas trait en soi aux mesures concernant l'emballage neutre. Le "conditionnement neutre" est également mentionné dans la note de bas de page 4 relative aux Directives concernant l'article 13 de la FCTC, présentée plus haut au paragraphe 7.310, mais seulement pour renvoyer aux Directives concernant l'article 11 de la FCTC, "qui concernent le conditionnement neutre, les mises en garde sanitaires et les informations trompeuses".

[1112] Comme il est indiqué plus haut au paragraphe 7.310, les textes essentiels relatifs au "conditionnement neutre" des Directives concernant l'article 13 de la FCTC figurent sous le titre "*Conditionnement et caractéristiques des produits*".

[1113] Ainsi qu'il est indiqué plus haut au paragraphe 7.309, le texte du paragraphe 16 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC commence par le membre de phrase "[l]'effet de la publicité ou de la promotion sur le *conditionnement* peut être éliminé en exigeant un conditionnement neutre" (pas d'italique dans l'original). Il est ensuite suivi d'une description de certaines prescriptions en matière d'emballage (par exemple, imposant le "noir et blanc ou deux autres couleurs contrastées selon les prescriptions des autorités nationales", "une forme, une taille et des matériels types", etc.). Cela tranche avec la façon dont les prescriptions concernant les "caractéristiques des produits" sont traitées dans la dernière phrase du paragraphe 16, dont la partie pertinente dit simplement qu'"[i]l ne doit pas y avoir de publicité ou de promotion … sur des cigarettes individuelles ou d'autres produits du tabac." Le texte de la "*Recommandation*" qui suit le paragraphe 17 donne des indications semblables selon lesquelles les produits du tabac "ne doivent comporter aucune publicité ou promotion", bien qu'il explique en outre que ces aspects prohibés "[incluent] les

traitées et recommandées dans les Directives concernant l'article 13 de la FCTC, semblent également couvrir les mesures prévoyant certains éléments prohibitifs qui, comparés à ceux qui sont indiqués au paragraphe 46 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC, apparaissent comme étant plus stricts en ce sens qu'ils permettent un degré moins élevé de flexibilité s'agissant de leur mise en œuvre. Par exemple, d'après les dispositions des Directives concernant l'article 13 de la FCTC traitant expressément du conditionnement neutre, l'utilisation de "logos" doit être interdite ("… sans logo …"). Cela laisse entendre que les "logos" ne peuvent pas simplement être "limités", comme cela semble possible dans le cadre du paragraphe 46 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC.[1114]

7.346. Il apparaît également que les Directives concernant l'article 13 de la FCTC incluent et décrivent diverses autres caractéristiques en plus, et parfois différemment, de celles qui sont indiquées dans le cadre des Directives concernant l'article 11 de la FCTC. Par exemple, d'après les Directives concernant l'article 13 de la FCTC*,* les mesures concernant l'emballage neutre devraient interdire[1115] la "publicité et la promotion" figurant soit "à l'intérieur [du conditionnement du tabac] ou liée" au conditionnement du tabac, soit "sur" des cigarettes individuelles ou d'autres produits du tabac. Par contre, les Directives concernant l'article 11 de la FCTC se réfèrent, d'une manière plus générique, à l'interdiction ou à la limitation de l'"utilisation de … textes promotionnels sur les conditionnements".[1116] D'après les Directives concernant l'article 13 de la FCTC, il est expressément permis que les mesures concernant l'emballage neutre autorisent, outre le "nom de marque [et le] nom de produit", que certains autres renseignements figurent sur l'emballage, comme le "nom du fabricant", une "adresse" et la "quantité de produit". De même, ces directives permettent expressément d'inclure des "informations ou marques requises par les autorités", comme les "mises en garde sanitaires" et les "vignettes fiscales". Par contre, le paragraphe 46 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC mentionne uniquement le "nom de la marque et [le] … nom du produit" comme étant des caractéristiques expressément autorisées sur l'emballage.[1117] En outre, les Directives concernant l'article 13 de la FCTC donnent certaines indications spécifiques sur la façon dont l'apparence de l'emballage devrait être normalisée. Par exemple, comme il est décrit dans ces directives, il faudrait exiger que l'emballage du tabac soit "noir et blanc ou [de] deux autres couleurs contrastées selon les prescriptions des autorités nationales" et qu'il ait également "une forme, une taille et des matériels types". Dans le cadre du paragraphe 46 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC, par contre, aucune indication n'est donnée sur l'apparence des emballages eux-mêmes, par exemple s'agissant de leur taille, de leur forme ou des matériaux utilisés; au lieu de cela, les Directives concernant l'article 11 de la FCTC donnent des indications générales sur la présence du "nom de la marque" et du "nom du produit", tels qu'ils figurent sur l'emballage, selon lesquelles ils devraient uniquement être "imprimés avec des caractères normaux et dans une couleur standardisée".[1118]

---

caractéristiques de conception qui rendent les produits attrayants". Nous notons que les paragraphes 15 et 17 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC, présentés plus haut aux paragraphes 7.314 et 7.311 respectivement, contiennent bien des références relativement plus détaillées aux limitations des caractéristiques des produits du tabac aux fins de la réglementation de la publicité en faveur du tabac et de la promotion du tabac. Toutefois, comme nous l'avons observé plus haut, ces paragraphes, bien que liés, n'imposent pas de prescriptions en matière d'emballage neutre en soi.

[1114] Comparer les Directives concernant l'article 11 de la FCTC, FCTC/COP/3(10) (pièce JE-20), annexe, paragraphe 46 avec les Directives concernant l'article 13 de la FCTC, FCTC/COP/3(12) (pièce JE-21), annexe, paragraphe 16 et la "*Recommandation*" qui suit le paragraphe 17. Le paragraphe 46 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC fait également référence à la limitation ou à l'interdiction de l'utilisation, entre autres choses, d'"images de marque" sur l'emballage, une expression qui n'est pas employée dans les parties des Directives concernant l'article 13 de la FCTC traitant expressément du conditionnement neutre (même si au paragraphe 31 et dans le texte de la "*Recommandation*" suivant ce paragraphe, qui traitent de la "représentation du tabac dans des médias du divertissement", il est recommandé aux parties à la FCTC, entre autres choses, d'"interdi[re] l'utilisation de marques de tabac ou d'*illustrations* reconnaissables"). (pas d'italique dans l'original)

[1115] Directives concernant l'article 13 de la FCTC, FCTC/COP/3(12) (pièce JE-21), annexe, paragraphe 16, dernière phrase ("… [i]l ne doit pas y avoir …").

[1116] Directives concernant l'article 11 de la FCTC, FCTC/COP/3(10) (pièce JE-20), annexe, paragraphe 46.

[1117] Nous notons toutefois que la deuxième phrase du paragraphe 46 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC explique que la réglementation de l'utilisation de logos, de couleurs, d'images de marque ou de textes promotionnels sur l'emballage du tabac "pourrait", entre autres choses, "conférer plus de relief et d'efficacité aux mises en garde sanitaires et aux messages".

[1118] Comparer les Directives concernant l'article 11 de la FCTC, FCTC/COP/3(10) (pièce JE-20), annexe, paragraphe 46 avec les Directives concernant l'article 13 de la FCTC, FCTC/COP/3(12) (pièce JE-21), annexe,

7.347. Globalement, donc, les parties spécifiques des Directives concernant l'article 11 de la FCTC et des Directives concernant l'article 13 de la FCTC décrivent les unes et les autres certaines caractéristiques du "conditionnement neutre" recommandées pour les produits du tabac, mais elles le font en des termes différents et à des niveaux de détail différents.

Question de savoir si les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC fournissent des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques "pour des usages communs et répétés"

7.348. Nous examinons à présent, sur la base de la séquence des éléments de la définition d'une "norme" au titre de l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC exposée plus haut[1119], si les "règles, … lignes directrices ou … caractéristiques" pertinentes qui prévoient l'emballage neutre des produits du tabac dans le cadre des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC sont prévues "pour des usages communs et répétés" au sens de l'Annexe 1.2.

La notion d'"usages communs et répétés" dans l'Annexe 1.2

7.349. Les parties sont en désaccord sur le sens du membre de phrase "pour des usages communs et répétés" qui figure dans la définition d'une "norme" donnée à l'Annexe 1.2 et aux fins de l'application de la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC.

7.350. Les plaignants font valoir qu'un "document" serait adapté "pour des usages communs et répétés" uniquement lorsque les prescriptions relatives au produit qu'il prévoit "sont *suffisamment précises* pour parvenir à une harmonisation en permettant aux différents pays de les mettre en œuvre de manière uniforme".[1120] Si les "documents" ne devaient pas contenir ce "degré de précision suffisant", alors "chaque Membre [pourrait] adopter des règlements techniques très différents"[1121], ce qui ferait de ces documents des documents peu adaptés pour remplir les fonctions de toutes les normes – des normes internationales en particulier, à savoir promouvoir l'harmonisation, renforcer l'efficacité, créer des conditions de prévisibilité et faciliter les échanges.[1122] Selon les plaignants, ces fonctions sont, entre autres, reflétées dans les troisième, quatrième et huitième considérants du préambule de l'Accord OTC[1123], ainsi que dans certains instruments du Comité OTC[1124], certaines déclarations faites par les Membres devant ce comité[1125]

---

paragraphe 16. Les deux ensembles de directives semblent légèrement différer à cet égard: le paragraphe 46 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC fait référence au nom de la marque et au nom du produit imprimés avec "des caractères normaux et dans une *couleur* standardisée", tandis que le paragraphe 16 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC fait référence à la normalisation de ces éléments (conjointement à d'autres, comme les informations requises par les autorités) en ce qui concerne l'"utilisation de caractères de type et de *dimension* prescrits". *Ibid.* (pas d'italique dans l'original).

[1119] Voir plus haut le paragraphe 7.281.

[1120] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 480 et 481. (pas d'italique dans l'original)

[1121] République dominicaine, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphe 306. Voir aussi, par exemple, Indonésie, réponse à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphe 21.

[1122] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 480 et 481; réponse à la question n° 129, page 42, et à la question n° 163, pages 16 et 18, du Groupe spécial; République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 896; réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphe 306; deuxième communication écrite, paragraphe 868; réponse à la question n° 150 du Groupe spécial, paragraphe 150; observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphe 34; Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 182; réponse à la question n° 163 du Groupe spécial, page 9; Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphes 227 et 228; réponse à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphes 18 à 20; et observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphes 37 et 38.

[1123] Honduras, réponse à la question n° 70 du Groupe spécial, page 33, note de bas de page 145 (faisant aussi référence à la déclaration de l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Sardines*, paragraphe 214, selon laquelle "l'Accord OTC reconnaît le rôle important que jouent les normes internationales en matière de promotion de l'harmonisation et de facilitation des échanges"); Honduras, réponse à la question n° 163 du Groupe spécial, page 18, note de bas de page 97; République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 895, note de bas de page 912; réponse à la question n° 66, paragraphes 297 et 305, et n° 163, paragraphe 149, du Groupe spécial; Cuba, réponse à la question n° 70, page 16 (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial) (souscrivant à la réponse du Honduras à cette question), et n° 163, page 9, note de bas de page 34, du Groupe spécial; et Indonésie, réponse à la question n° 150 du Groupe spécial, paragraphe 10 (citant les textes des troisième et quatrième considérants du préambule de l'Accord OTC).

[1124] Plus spécifiquement, la déclaration figurant au principe 4 ("Efficacité et pertinence") de la "Décision du Comité sur les principes devant régir l'élaboration de normes, guides et recommandations internationaux en

et "certains organismes internationaux de normalisation reconnus dans le cadre de l'Accord sur l'OMC [qui] mentionnent expressément la facilitation des échanges dans leur mandat".[1126]

7.351. Les plaignants considèrent également qu'il est important d'exiger des normes qu'elles soient "précises" pour l'évaluation du point de savoir si un document est une norme *internationale* au titre de la deuxième phrase de l'article 2.5, de façon à éviter d'accorder une présomption réfutable de compatibilité avec l'article 2.2 à des règlements techniques qui incorporent dans l'ordre interne des "documents" pouvant être mis en œuvre de différentes manières, dont certaines pourraient constituer un obstacle non nécessaire au commerce.[1127]

---

rapport avec les articles 2 et 5 et l'annexe 3 de l'Accord OTC", G/TBT/9, 13 novembre 2000, paragraphe 20 et annexe 4, (la Décision du Comité OTC énonçant six principes), annexe 4, paragraphe 10, selon laquelle "[p]our servir les intérêts des Membres de l'OMC *facilitant les échanges internationaux et en évitant les obstacles non nécessaires au commerce*, les normes internationales doivent être pertinentes et doivent répondre efficacement aux besoins de la réglementation et du marché, en tenant compte des progrès scientifiques et technologiques réalisés dans différents pays. Elles *ne devraient pas fausser le marché mondial, ni avoir un effet préjudiciable sur la concurrence loyale* ou entraver l'innovation et le progrès technologique". République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 858 (italique ajouté par la République dominicaine). Il a aussi été fait référence à une déclaration que le Comité a faite, au paragraphe 20 du document susmentionné, lorsqu'il a adopté la Décision selon laquelle "pour que les normes internationales *contribuent le plus possible à la réalisation des objectifs* de l'Accord [OTC], *en matière de facilitation des échanges*, il était important que tous les Membres aient la possibilité de participer à l'élaboration et à l'adoption des normes internationales". République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 857. (italique ajouté par la République dominicaine)

[1125] Le Honduras se réfère à la déclaration de l'Australie selon laquelle "[i]l est important que le Comité OTC et les organismes internationaux de normalisation coopèrent autant que possible pour faire en sorte que les normes internationales contribuent à *renforcer l'efficacité de la production et à faciliter la conduite du commerce international*". Honduras, réponse à la question n° 70 du Groupe spécial, page 33 (italique ajouté par le Honduras) (citant la communication présentée par l'Australie au Comité des obstacles techniques au commerce, G/TBT/W/139, 28 juillet 2000, paragraphe 8). Le Honduras déclare en outre que "cette position [de l'Australie] était également soutenue par d'autres Membres de l'OMC, comme les États-Unis, et reflète la communauté de vues des Membres de l'OMC selon laquelle les normes internationales devraient viser à faciliter les échanges". Honduras, réponse à la question n° 70 du Groupe spécial, page 33 (faisant référence à la communication présentée par les États-Unis au Comité des obstacles techniques au commerce, G/TBT/W/305, 12 mars 2009). Voir aussi République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 859; et réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphe 297.

[1126] Honduras, réponse à la question n° 70 du Groupe spécial, page 33, note de bas de page 142 (faisant référence à World Organization for Animal Health, "Procedures Used by the OIE to Set Standards and Recommendations for International Trade, with a Focus on the *Terrestrial* and *Aquatic Animal Health Codes*" (pièce HND-161), Introduction). Voir aussi République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 874, note de bas de page 885 (observant que le *Code terrestre de l'OIE* vise à permettre que les "*échanges commerciaux* d'animaux et de produits d'origine animale *envisagés* [aient] un niveau optimum de sécurité sanitaire *tout en évitant des restrictions injustifiées* au commerce", et faisant référence à OIE, How to Use the Terrestrial Code to Set health Measures for Trade in Terrestrial Animals and Products (pièce DOM-339) (italique dans l'original)). La République dominicaine note, plus généralement, que l'ISO, le Codex, l'OIE et la Commission de la Convention internationale pour la protection des végétaux (CIPV) ont tous "pour mandat exprès d'élaborer des normes internationales, dans [] le but de promouvoir les échanges internationaux grâce à l'harmonisation". République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 871 (italique dans l'original). La République dominicaine présente les passages des statuts et d'autres documents semblables de ces organismes dans lesquels ce but ou d'autres buts connexes sont, selon elle, expressément indiqués. Voir République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 872 (indiquant que le mandat de l'ISO inclut la "promot[ion] du développement de la *normalisation …* dans le monde … en vue de *faciliter les échanges internationaux de biens et de services*" (italique dans l'original)), paragraphe 873 (notant que le Codex a pour mandat d'élaborer "un recueil de normes alimentaires adoptées à l'échelle internationale et présentées sous une *forme uniforme*", dont le but est de "promouvoir la normalisation des denrées alimentaires dans les différentes parties du monde, de *faciliter l'harmonisation* des normes et, ce faisant, de *renforcer le développement du commerce international des produits alimentaires*" (italique dans l'original)), paragraphe 874 (notant que l'OIE est tenue d'élaborer des normes "pour *faciliter des échanges commerciaux internationaux sûrs* d'animaux vivants et de produits issus de ces derniers" (italique dans l'original)), et paragraphe 875 (notant que les objectifs déclarés de la Convention internationale pour la protection des végétaux incluent la "fourni[ture] d'un cadre pour le développement et l'application de *mesures phytosanitaires harmonisées et l'élaboration de normes internationales à cet effet*", tout en cherchant à "*minimiser les interférences avec le commerce international*" (italique dans l'original)).

[1127] Honduras, réponse à la question n° 163 du Groupe spécial, page 18 (faisant valoir que "[si] sa teneur n'était pas détaillée et spécifique, la norme alléguée ne serait pas faite pour des usages "communs et répétés" et pourrait en fait être mise en œuvre d'une façon qui constituerait quand même un obstacle non nécessaire au commerce. La présomption établie par l'article 2.5 exige donc une norme qui soit suffisamment

7.352. Le Honduras et Cuba font valoir que les normes doivent aussi être *prescriptives*.[1128] De l'avis du Honduras, cela signifie que les normes doivent aussi être des documents dont il sera "exig[é]", et non pas "propos[é]", que les Membres incluent les spécifications de produits dans leurs mesures.[1129] Il indique qu'il y a d'"importantes raisons systémiques" pour lesquelles les "normes internationales pertinentes", en particulier, doivent être prescriptives. Par exemple, selon lui, une "constatation d'un groupe spécial de l'OMC selon laquelle un instrument incitatif constitue une norme internationale pertinente au titre de l'article 2.5 aurait pour effet d'imposer l'obligation, dans le cadre de l'OMC, de mettre en œuvre cet instrument, même si les pays l'ont approuvé sur la base de l'interprétation selon laquelle il ne créait pas d'obligations juridiques."[1130] Le Honduras ajoute que cela serait le "résultat conjugué" de la constatation selon laquelle un instrument est une norme internationale pertinente au titre de la deuxième phrase de l'article 2.5, d'une part, et de l'obligation existante que les Membres ont par ailleurs, au titre de l'article 2.4 de l'Accord OTC, d'utiliser cet instrument comme base de leurs règlements techniques, d'autre part.[1131]

7.353. La République dominicaine ajoute que le membre de phrase "pour des usages communs et répétés" découle de la définition du terme "normalisation", qui est lui-même défini dans le Guide ISO/CEI 2:1991 comme étant l'"[a]ctivité propre à établir, face à des problèmes réels ou potentiels, des dispositions *destinées à un usage commun et répété, visant à l'obtention du degré optimal d'ordre dans un contexte donné*."[1132] Selon elle, cela signifie qu'une norme doit énoncer des "conditions normalisées pour le commerce international" capables d'assurer "le degré optimal d'ordre" grâce à l'harmonisation.[1133] En conséquence, elle conclut que, pour qu'il puisse servir "pour des usages communs et répétés", un instrument doit respecter un seuil minimal de précision concernant les conditions normalisées pour la réglementation nationale. Des lignes directrices définies de façon vague ou des déclarations de politique générale permettant une variation considérable de la teneur des mesures d'application nationales ne satisfont pas à cette prescription.[1134]

---

détaillée"). Voir aussi République dominicaine, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphes 316 à 318; et Indonésie, réponse à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphe 20.

[1128] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 482 à 485 et 493. Voir aussi Cuba, déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 49.

[1129] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 482.

[1130] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 483.

[1131] Le Honduras explique en outre les conséquences de ce "résultat conjugué" comme suit:

> Les pays qui ont participé à l'élaboration d'un instrument énonçant des prescriptions relatives au produit, quel qu'il soit, ont peut-être exprimé leur approbation précisément en raison de l'emploi de termes incitatifs qui, selon eux, signifiaient qu'aucune obligation juridique n'était créée en ce qui concerne l'adoption de ces prescriptions relatives au produit dans leur législation nationale. Cependant, si un groupe spécial de l'OMC constatait par la suite que cet instrument incitatif constitue effectivement une "norme internationale pertinente" au titre de l'article 2.5, les pays qui ont approuvé cette norme auraient alors l'obligation, dans le cadre de l'OMC, de fonder leur législation nationale sur cet instrument international incitatif. Cela tient à ce que l'article 2.4 de l'Accord OTC exige que les Membres de l'OMC fondent leurs règlements techniques sur des normes internationales chaque fois qu'elles existent. Même si, à l'origine, ces pays ont pu interpréter les termes incitatifs comme signifiant qu'aucune obligation n'était créée, le fait que le groupe spécial considère cet instrument comme une "norme internationale pertinente" aurait pour effet de créer une obligation dans le cadre de l'OMC pour les pays ayant adopté ces directives internationales.

Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 484. (note de bas de page omise)

[1132] République dominicaine, réponse à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphe 148 (renvoyant à son tour à la référence faite par l'Australie à cette définition dans sa réponse à la question n° 128 du Groupe spécial, paragraphe 183) (italique ajouté par la République dominicaine).

[1133] République dominicaine, réponse à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphe 149. Voir aussi République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 894 et 895.

[1134] République dominicaine, réponse à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphe 151 (note de bas de page omise). Voir aussi République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 897 (ajoutant que cela signifie qu'"en établissant une norme, un organisme international de normalisation doit donc spécifier les *principales caractéristiques* de la réglementation appropriée pour faire que la norme soit adaptée à "des usages communs et répétés", comme un modèle que les pays adopteront sur une base harmonisée" (italique dans l'original)).

7.354. L'Australie considère que, correctement interprété, le membre de phrase "pour des usages communs et répétés" "n'énonce aucun seuil minimal de spécificité ou de caractère prescriptif"[1135] et que l'interprétation des plaignants n'a aucun fondement dans le texte de l'Annexe 1.2 ou de la deuxième phrase de l'article 2.5.[1136]

7.355. En ce qui concerne la *spécificité*, l'Australie fait valoir que, bien que la définition d'une "norme" donnée à l'Annexe 1.2 exige que le "document" fournisse des prescriptions pour "des usages communs et répétés", elle établit également que ce "document" peut être un document "qui fournit de simples "lignes directrices" pour des produits et des procédés et des méthodes de production connexes".[1137] Selon elle, dans le sens ordinaire de l'expression "lignes directrices", telle qu'employée dans cette définition, il y a l'idée inhérente qu'une norme peut permettre un "certain degré de flexibilité" pour ce qui est de la façon dont une caractéristique d'un produit pertinente ou des procédés et des méthodes de production connexes sont prescrits.[1138] Pour elle, le fait que les "détails précis d'une norme peuvent être prescrits par des États souverains ne signifie pas que les lignes directrices sont de quelque façon que ce soit peu adaptées pour "des usages communs et répétés"".[1139]

7.356. L'Australie rejette également l'avis selon lequel, pour être adaptée pour "des usages communs et répétés", une norme doit aussi être *prescriptive*. Selon elle, cet avis est "directement contredit" par un autre élément essentiel figurant dans la définition d'une "norme", à savoir: que celle-ci devrait être un document prévoyant des prescriptions dont le respect "n'est pas obligatoire". Par conséquent, et conformément au caractère non obligatoire des normes, l'Australie considère que l'existence de "variations dans la façon dont les normes sont mises en œuvre par les États" est chose "courante" et qu'en fait, les normes internationales "permettent d'ordinaire" qu'il y ait de telles différences dans la mise en œuvre au niveau national.[1140]

7.357. L'Australie ne convient pas non plus que la définition d'une "norme" donnée à l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC contient une prescription voulant qu'un "document" *facilite le commerce* au lieu de *le restreindre*.[1141] Elle explique que les normes internationales au titre de l'article 2.5 peuvent rechercher des objectifs légitimes spécifiés à l'article 2.2 et que rien dans cet article ne donne à penser que ces objectifs peuvent uniquement être recherchés d'une manière qui facilite le commerce. Au contraire, l'Organe d'appel a reconnu expressément, sur la base des cinquième et sixième considérants de l'Accord OTC, que les disciplines qui y étaient prévues n'empêchaient pas un Membre de l'OMC de poursuivre des objectifs légitimes d'une manière qui restreignait le commerce.[1142]

7.358. L'Australie conclut que, globalement, le texte de la définition donnée à l'Annexe 1.2 indique que c'est seulement lorsqu'elles sont flexibles, et non strictes ou prescriptives, que les normes

[1135] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 323; et réponse à la question n° 67 du Groupe spécial, paragraphe 165.
[1136] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 322 et 323; et réponse à la question n° 67 du Groupe spécial, paragraphe 165.
[1137] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 323.
[1138] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 323 (faisant référence à la définition de "guideline" (ligne directrice; directive; principe directeur) comme "a standardizing principle" (un principe énonçant une norme), tirée du Shorter Oxford English Dictionary, volume 1, extraits AUS, partie 2 (pièce AUS-539), page 1174. Voir aussi Australie, réponse à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphe 101; et observations sur les réponses des plaignants à la question n° 150, paragraphe 32, et à la question n° 163, paragraphe 119, du Groupe spécial.
[1139] Australie, réponse à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphe 101. Voir aussi Australie, observations sur les réponses des plaignants à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphe 119.
[1140] Australie, réponse à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphe 103 (énumérant certaines normes ISO à titre d'exemple).
[1141] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 328.
[1142] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 329 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 95) (italique dans l'original; note de bas de page omise). Voir aussi Australie, déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 142 (convenant que les normes internationales "remplissent une fonction d'harmonisation importante", tout en rejetant également l'assertion de la République dominicaine selon laquelle les "normes internationales qui protègent la santé des personnes sont "antithétiques" aux objectifs de l'Accord OTC") (note de bas de page omise). Voir en outre Australie, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 97; réponse à la question n° 128 du Groupe spécial, paragraphes 192 à 194; et observations sur les réponses des plaignants à la question n° 150 du Groupe spécial, paragraphe 35.

peuvent garantir que les mesures qui les utilisent sont efficaces et, en fin de compte, aptes à atteindre les objectifs inscrits dans l'article 2.2 de l'Accord OTC.[1143]

7.359. À l'appui de leurs avis respectifs, et en réponse à une question du Groupe spécial, les parties se réfèrent également à certaines "normes internationales" adoptées par certains organismes internationaux, principalement l'Organisation internationale de normalisation (ISO).[1144]

7.360. Le Groupe spécial observe que le membre de phrase "pour des usages communs et répétés" figurant à l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC n'a jamais été interprété par l'Organe d'appel. Nous commençons donc par discerner le sens de cette expression composite par référence aux définitions de ses termes clés.[1145]

7.361. Nous notons tout d'abord que les adjectifs "communs" et "répétés", considérés conjointement ("communs *et* répétés"), qualifient le nom "usages". L'adjectif "common" (commun) peut être défini, entre autres, comme signifiant "[b]elonging equally to more than one" (qui appartient également à plusieurs); "possessed or shared alike by both or all (the persons or things in question)" (possédé ou partagé de la même façon par deux (personnes ou choses en question) ou par l'ensemble (de ces personnes ou choses en question)); "of general application, general"

[1143] L'Australie laisse entendre que le fait que les normes ménagent une flexibilité n'est pas surprenant et que cela est en réalité souhaitable si l'on veut qu'elles soient efficaces. Par exemple, des cultures différentes peuvent réagir différemment à des combinaisons de couleurs particulières sur l'emballage, de même qu'elles peuvent réagir différemment à des mises en garde sanitaires explicites particulières. Ainsi, prescrire l'apparence de l'un ou l'autre de ces éléments pourrait en fait réduire leur efficacité au lieu de la renforcer. Australie, observations sur les réponses des plaignants à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphe 120.

[1144] La République dominicaine considère en outre qu'un "niveau semblable de précision est manifeste dans les normes émanant de la [Commission du Codex Alimentarius]". République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 896 (faisant référence à la Liste des normes du Codex (pièce DOM-345)).

Le Honduras se réfère à la norme internationale ISO 3394, "Packaging – Complete, Filled Transport Packages and Unit Loads – Dimensions of Rigid Rectangular Packages", ISO 3394:2012(E), (ISO 3394) (pièce HND-121). Honduras, réponse à la question n° 129 du Groupe spécial, pages 43 et 44 (notant que, comme l'indiquent la reproduction de l'illustration et le tableau de dimensions qu'elle contient, cette norme "donne des dimensions précises pour les emballages d'expédition rectangulaires rigides"; et concluant ensuite que cette norme ISO est donc une norme qui est "adaptée à des usages communs et répétés compte tenu du niveau de précision des prescriptions qui y sont énoncées"). Voir aussi Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 503; réponse à la question n° 163 du Groupe spécial, page 17; République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 896; réponse à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphe 151, note de bas de page 96; et Cuba, déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 48.

L'Australie allègue que cette norme ISO n'étaye pas l'interprétation des plaignants. Elle fait valoir que la norme ISO 3394 est en réalité un exemple de norme qui permet une flexibilité dans sa mise en œuvre étant donné qu'elle "permet de choisir entre les différentes tailles d'emballage à adopter et ne spécifie pas toutes les variables possibles auxquelles on pourrait penser en ce qui concerne l'emballage". Australie, observations sur les réponses des plaignants à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphe 119. L'Australie mentionne également quelques autres normes ISO qui confirment le point de vue opposé selon lequel la définition donnée dans l'Accord OTC, globalement, et le membre de phrase "pour des usages communs et répétés", en particulier, n'exigent pas que les documents soient précis et prescriptifs. Elle mentionne à cet égard les trois normes suivantes adoptées par l'ISO: 1) ISO 6385 (pièce AUS-596); 2) ISO 26000 (pièce AUS-597); et 3) ISO 14001 (pièce AUS-598). Voir Australie, réponse à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphe 103. Selon elle, ces normes ISO et d'autres confirment que, conformément à leur caractère non obligatoire, les normes internationales "permettent d'ordinaire qu'il y ait des différences lorsqu'elles sont mises en œuvre au niveau national". Australie, réponse à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphe 103; et observations sur les réponses des plaignants à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphe 119.

[1145] Nous observons que, parmi les Accords commerciaux multilatéraux de l'OMC, seul l'Accord OTC utilise cette expression composite. Il n'y a pas de terme(s) équivalent(s) dans l'Accord SPS, en particulier, qui soient susceptible(s) de nous donner des indications contextuelles utiles en matière d'interprétation. Voir à cet égard le rapport du Groupe spécial *Russie – Porcins (UE)*, paragraphe 7.274, note de bas de page 413; et le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Animaux*, paragraphe 7.231 (observant l'un et l'autre que l'Annexe A de l'Accord SPS "ne donne [pas] de définition spécifique pour … [le] terme[] "normes" … [et] [qu'][a]ucun groupe spécial n'a encore dû déterminer le sens de ce[] terme[] dans le contexte de l'Accord SPS"). Nous notons par ailleurs que l'expression composite "pour des usages communs et répétés" est présente dans l'un des Accords commerciaux *plurilatéraux* de l'OMC: à la fois l'AMP (article VI:2 b), note de bas de page 4) et l'AMP révisé (article I s)) contiennent des définitions d'une "norme" qui, à l'exception des références additionnelles à un ou des "service(s)", sont pratiquement identiques à celle qui est donnée à l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC. Cependant, à ce jour, ces définitions n'ont pas encore été examinées dans un différend relevant de l'AMP.

(d'application générale, général).[1146] L'adjectif "repeated" (répété) peut s'entendre, entre autres, de "[d]one again or many times; renewed; frequent" (effectué de nouveau ou à plusieurs reprises; réitéré; fréquent).[1147]

7.362. Bien que séparément les sens des mots "for" (pour) et "use" (usages)[1148] soient pertinents, nous considérons que le sens le plus pertinent pour interpréter ces termes dans le membre de phrase "for common and repeated use" (pour des usages communs et répétés) est celui de l'expression composite "for … use" (pour des usages), employée avec un "qualificatif". En ce sens, l'expression "for … use" (pour des usages) s'entend de quelque chose qui est "[i]ntended or designed for a specific purpose" (prévu ou conçu pour un but spécifique). Parmi les exemples contenant l'expression "for … use" (pour des usages) employée avec un "qualificatif" (indiqué en italique), on trouve: "for *winter* use" (pour un usage *hivernal*); "for *needful* use" (pour un usage *nécessaire*); et "for *recreational* use" (pour un usage *récréatif*).[1149] Dans le membre de phrase "for common and repeated use", les mots "common and repeated" sont les "qualificatifs" qui précèdent le terme "use" et suivent le terme "for" (dans la version française, les qualificatifs "communs et répétés" suivent les termes "pour des usages"), ce qui dénote le fait que quelque chose (dans le contexte de l'article 2.5, un document et la teneur de ce document) est prévu ou conçu "pour" un but spécifique, à savoir "des usages communs et répétés".

7.363. Prises conjointement, ces définitions indiquent donc que l'on peut considérer qu'une chose est fournie "pour des usages communs et répétés" lorsqu'elle est prévue ou conçue dans le but spécifique d'être fréquemment partagée de la même façon par toutes les personnes ou choses en question. Cela nous fournit un "point de départ utile"[1150] pour discerner le sens de l'expression "pour des usages communs et répétés" telle qu'employée à l'Annexe 1.2 et à la lumière d'un autre contexte pertinent.[1151]

7.364. Telles qu'utilisées dans la définition d'une "norme" figurant à l'Annexe 1.2, ce sont les "règles, … lignes directrices ou … caractéristiques" ou les prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage contenues dans le "document" en cause qui doivent être prévues ou conçues pour "des usages communs et répétés".

7.365. L'expression "pour des usages communs et répétés" est compatible avec la dimension normative qui découle des termes "règles, … lignes directrices ou … caractéristiques" examinés dans la section précédente.[1152] Elle donne à penser que la teneur du document en cause doit être exprimée de manière à fournir des "règles" ou des "lignes directrices" ou des "caractéristiques" – y compris des "prescriptions" en matière d'étiquetage ou d'emballage – qui soient prévues ou conçues dans le but spécifique d'être fréquemment partagées de la même façon par toutes les personnes ou choses en question, c'est-à-dire "pour des usages communs et répétés". En même temps, le fait que le respect ne doit *pas* être obligatoire indique clairement que la condition selon

[1146] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "common, *adj.*", <http://www.oed.com/view/Entry/37216?rskey=Us5wII&result=3&isAdvanced=false#eid>, consultée le 2 mai 2017. En outre, la République dominicaine cite en partie des définitions à l'appui du point de vue selon lequel le mot "communs" donne à penser "qu'une norme doit être capable de garantir que les mesures nationales de mise en œuvre ont les mêmes caractéristiques ou des caractéristiques partagées, c'est-à-dire que par leur "uniformité", les normes doivent être capables de faciliter des conditions communes pour le commerce". République dominicaine, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 147 du Groupe spécial, paragraphe 34 et note de bas de page 54. (note de bas de page omise)

[1147] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "repeated", <http://www.oed.com/view/Entry/162715?redirectedFrom=repeated#eid>, consultée le 2 mai 2017.

[1148] Voir Oxford English Dictionary en ligne, définition de "for, *prep.* and *conj.*" <http://www.oed.com/view/Entry/72761?rskey=Jj0ehq&result=2&isAdvanced=false#eid>, définition de "use, *n.*", <http://www.oed.com/view/Entry/220635?rskey=AX59R2&result=1&isAdvanced=false#eid>, consultées toutes les deux le 2 mai 2017.

[1149] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "use, *n.*", "P11. *for use*", <http://www.oed.com/view/Entry/220635?redirectedFrom=for+use#eid129699296>, consultée le 2 mai 2017. (pas d'italique dans l'original)

[1150] Comme l'Organe d'appel l'a expliqué, même si "les définitions du dictionnaire sont un point de départ utile pour discerner le sens ordinaire d'un terme d'un traité, [elles] ne sont pas déterminantes", car un "terme d'un traité ne peut pas être interprété sans tenir compte du contexte dans lequel il apparaît et de l'objet et du but du traité". Rapport de l'Organe d'appel *Inde – Droits d'importation additionnels*, paragraphe 167, note de bas de page 324 (faisant aussi référence aux rapports de l'Organe d'appel *CE – Morceaux de poulet*, paragraphe 175; et *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 59).

[1151] Article 3:2 du Mémorandum d'accord.

[1152] Voir plus haut le paragraphe 7.338.

laquelle les règles, les lignes directrices ou les caractéristiques doivent être fournies "pour des usages communs et répétés" n'a pas de rapport avec leur statut juridiquement contraignant. En fait, cet élément de la définition concerne, selon nous, la façon dont ces règles, ces lignes directrices ou ces caractéristiques (y compris les prescriptions en matière d'étiquetage ou d'emballage) sont formulées et le but qu'elles visent.[1153]

7.366. À cet égard, nous partageons l'avis des plaignants selon lequel on peut s'attendre à un degré de précision et de "caractère prescriptif", pour que le document soit considéré comme étant fourni pour "des usages communs et répétés". Cette interprétation est également compatible avec l'objet et le but de l'Accord OTC pour ce qui est de promouvoir l'harmonisation des règlements techniques, comme il est indiqué plus haut[1154], ce qui suppose l'intention de suivre certaines normes ou pratiques communément admises. Nous considérons toutefois qu'aux fins de l'application de cet élément de la définition au titre de l'Annexe 1.2, le degré de spécificité *précis* de ces prescriptions est une question qui doit être évaluée au cas par cas, en fonction du contexte particulier et de la nature de la question examinée.

7.367. Nous notons à cet égard que le paragraphe "I" de l'Annexe 3 de l'Accord OTC (qui contient le "Code de pratique pour l'élaboration, l'adoption et l'application des normes") indique que "*[d]ans tous les cas où cela sera approprié*, l'organisme à activité normative définira les normes basées sur les prescriptions relatives au produit en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives".[1155] Cela donne à penser que le niveau de spécificité des prescriptions dans les normes et la façon dont les prescriptions pertinentes sont définies peuvent varier en fonction des circonstances.[1156]

7.368. Nous observons également que la *Note explicative* de l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC fait référence aux "normes élaborées par la communauté internationale à activité normative". Le terme "standardization" (normalisation; à activité normative; normative(s)) est présent dans plusieurs dispositions de l'Accord OTC, mais n'est pas défini dans l'Accord.[1157] La référence à l'expression "à activité normative" dans cette *Note explicative* indique que le sens de cette

[1153] À cet égard, nous notons que, selon l'Organe d'appel, le terme "document" et les membres de phrase "énonce les caractéristiques d'un produit" et "dont le respect est obligatoire" (utilisés uniquement pour un "règlement technique"), pris conjointement, signifient qu'"il apparaît que le champ de [la définition d'un règlement technique figurant à] l'Annexe 1.1 est limité aux documents qui établissent ou prescrivent quelque chose et donc ont une *certaine teneur normative*". Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.10 (pas d'italique dans l'original). Toutefois, nous ne croyons pas que cette déclaration contredise l'interprétation que nous avons formulée plus haut au paragraphe 7.338 concernant la teneur normative en tant que partie de la définition d'une norme. À cet égard, nous notons une fois encore ici que les textes des deuxièmes phrases des définitions d'un "règlement technique" et d'une "norme" figurant à l'Annexe 1.1 et à l'Annexe 1.2, respectivement, sont identiques. Selon l'Organe d'appel, cela signifie, entre autres, que "[c]ertains éléments distinctifs présentés par une mesure peuvent être communs à la fois aux règlements techniques … et … aux normes", y compris, par exemple, qu'ils pourraient dans les deux cas "comporter des conditions qui doivent être remplies pour l'utilisation d'un label"; dans les deux cas, ces conditions "pourraient être "obligatoires" ou "contraignantes" et "exécutoires"". Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 188. Nous notons également à cet égard que la clause 3.1 du Guide ISO/CEI 2:1991 définit un "document normatif" comme un "[d]ocument … qui fournit … des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques, pour des activités ou leurs résultats". La note 1 relative à cette définition indique que l'expression "document normatif" "est un terme générique qui recouvre les documents tels que *les normes, les spécifications techniques, les codes de bonne pratique* et *les règlements*". (italique dans l'original)

[1154] Voir, par exemple, plus haut le paragraphe 7.271.

[1155] Pas d'italique dans l'original. Voir aussi, pour les règlements techniques, l'article 2.8 de l'Accord OTC.

[1156] En outre, nous notons à cet égard les constatations du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* en ce qui concerne le niveau de "spécificité" des règlements techniques qui est requis aux fins de l'application de l'article 2.8. Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 7.468 à 7.497. Voir en particulier les paragraphes 7.473 à 7.484.

[1157] Le terme "standardization" (normalisation; activité normative) seul n'apparaît qu'une fois dans l'Accord (à l'article 1.1); autrement, il figure dans les expressions composites suivantes: "international standardization" (normalisation internationale); "international standardization activity" (activité normative internationale); et "standardization activities" (activités normatives; activités de normalisation). Voir, par exemple, le huitième considérant du préambule; la "*Note explicative*" de l'Annexe 1.2; et les Annexes 3.C, 3.G et 3.J. Ces termes apparaissent également dans d'autres Accords de l'OMC, par exemple, dans l'Accord sur l'inspection avant expédition, note de bas de page 2 relative à l'article 2:4, dans le cadre de la définition d'une "norme internationale" citée plus haut à la note de bas de page 969, et dans l'Accord sur l'agriculture, Annexe 2.2 e), où il est fait référence à des "raisons de … normalisation".

expression peut fournir un contexte additionnel utile pour l'interprétation de l'expression "pour des usages communs et répétés". Le terme "normalisation" est défini dans le Guide ISO/CEI 2:1991. Conformément à l'article 1.2 de l'Accord et au paragraphe introductif de l'Annexe 1, les termes présentés dans le Guide ISO/CEI 2:1991, lorsqu'ils sont employés dans l'Accord OTC, ont le même sens que celui qui est donné dans ce guide.[1158] Le terme "normalisation" est défini dans le Guide ISO/CEI comme étant:

> l'"[a]ctivité propre à établir, face à des problèmes réels ou potentiels, des dispositions destinées à un usage commun et répété, *visant à l'obtention du degré optimal d'ordre dans un contexte donné*".[1159]

7.369. La définition d'une "norme" donnée à l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC, lue conjointement avec la définition ci-dessous de la "normalisation" figurant dans le Guide ISO/CEI 2:1991, donne donc à penser que la normalisation est l'activité qui conduit à l'"établi[ssement] … [de] dispositions destinées à un usage commun et répété", comme il est mentionné à l'Annexe 1.2. Les "dispositions" pertinentes, dans ce contexte, devraient être interprétées comme étant celles qui concernent, par exemple, les caractéristiques d'un produit ou les prescriptions en matière d'emballage. Nous notons, à cet égard, que l'Organe d'appel a relié le terme "dispositions", tel qu'employé dans cette définition du Guide ISO/CEI, à des éléments de la définition d'une "norme" donnée à l'Annexe 1.2.[1160] La définition du terme "normalisation" donne donc à penser que les documents qui constituent des normes au titre de l'Annexe 1.2 sont ceux qui fournissent ces caractéristiques de produits (ou d'autres éléments pertinents) "pour des usages communs et répétés" dans un but particulier, à savoir "l'obtention du degré optimal d'ordre dans un contexte donné".[1161] Cette définition éclaire la définition d'une "norme" en laissant entendre que l'objectif de la "normalisation", et donc des "dispositions destinées à un usage commun et répété" contenues dans une "norme", est "l'obtention du degré optimal d'ordre dans un contexte donné".

7.370. Sur la base de ce qui précède, nous concluons que, aux fins de la définition d'une "norme" donnée à l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC, un document fournit des caractéristiques d'un produit (ou d'autres éléments pertinents, comme des prescriptions en matière d'emballage) "pour des usages communs et répétés" lorsque ces caractéristiques sont conçues dans le but spécifique d'être fréquemment partagées de la même manière par toutes les personnes ou choses en question, en vue d'obtenir le degré optimal d'ordre dans un contexte donné. La nécessité que les caractéristiques en cause soient faites "pour des usages communs et répétés" donne en outre à penser qu'elles doivent avoir un degré de clarté et de précision suffisant pour pouvoir être mises en œuvre d'une manière constante et prévisible car il est peu probable que des documents privés de ces attributs obtiennent le degré optimal d'ordre requis pour traiter le "problème réel ou potentiel" qui les a motivés. En même temps, comme il est précisé plus haut[1162], le degré de spécificité exact qui est nécessaire pour que ces prescriptions soient fournies "pour des usages communs et répétés" ne peut être évalué qu'au cas par cas, en fonction du type de "problème"

[1158] Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 66; et *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 184.

[1159] Voir Guide ISO/CEI 2:1991, clause 1.1 (pas d'italique dans l'original). Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 360; Australie, réponse à la question n° 128 du Groupe spécial, paragraphe 183; et République dominicaine, réponse à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphe 148. Cette définition du terme "normalisation" a été laissée inchangée dans les versions ultérieures de ce guide. Voir, par exemple, le Guide ISO/CEI 2: 2004 (8ème édition), clause 1.1.

[1160] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 360 ("S'agissant des "dispositions" qui sont établies dans le cadre de la normalisation, nous rappelons que la définition d'une norme figurant dans l'*Accord OTC* mentionne un "document … qui fournit … des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques pour des produits ou des procédés et des méthodes de production connexes" et "peut aussi traiter en partie ou en totalité de terminologie, de symboles, de prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage, pour un produit, un procédé ou une méthode de production donnés".").

[1161] L'Australie observe à cet égard que le membre de phrase "dispositions destinées à un usage commun et répété", aussi utilisé dans la définition du terme "normalisation" figurant dans la clause 1.1 du Guide ISO/CEI 2:1991, "se retrouve dans l'Accord OTC, dans le membre de phrase "document … qui fournit … des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques pour des produits ou des procédés et des méthodes de production connexes"". Australie, réponse à la question n° 128 du Groupe spécial, paragraphe 184. S'appuyant sur les éléments de la définition d'une "norme" figurant dans la clause 3.2 du Guide ISO/CEI 2:1991, l'Australie allègue ensuite que les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC "sont prévues pour des usages communs et répétés par les parties à la FCTC, de façon à pouvoir obtenir un degré optimal d'ordre dans la mise en œuvre de la FCTC par toutes les parties". *Ibid.*, paragraphe 185.

[1162] Voir plus haut le paragraphe 7.366.

traité par le document qui, selon les allégations, est une norme, et du "contexte" dans le cadre duquel ce problème survient.

7.371. Gardant ces précisions à l'esprit, nous examinons à présent si, comme l'allègue l'Australie, toutes les caractéristiques d'un produit ou les prescriptions en matière d'étiquetage, de marquage et d'emballage fournies par les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC en ce qui concerne l'emballage neutre du tabac le sont "pour des usages communs et répétés" au sens de la définition donnée à l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC.

Question de savoir si les caractéristiques d'un produit fournies dans les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC en ce qui concerne l'emballage neutre du tabac le sont "pour des usages communs et répétés"

Principaux arguments des parties

7.372. Les plaignants font valoir que les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC ne sont pas adaptées "pour des usages communs et répétés" car, en tant que simples déclarations de politique générale incitatives[1163], dont l'objet est de donner des indications sur la mise en œuvre d'un traité (la FCTC)[1164], elles ne prévoient pas de prescriptions en matière d'emballage neutre du tabac qui soient suffisamment *spécifiques* et *prescriptives,* comme l'exige l'Accord OTC[1165], et ne peuvent pas être transposées uniformément par les Membres dans leurs règlements techniques concernant les produits du tabac et leur emballage.[1166] Les plaignants considèrent que les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC peuvent conduire à ce que les pays mettent en œuvre les spécifications concernant l'emballage neutre de différentes manières[1167], de

[1163] Voir, par exemple, Honduras, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, page 29 (indiquant que ces instruments ne sont pas "suffisamment prescriptifs" puisqu'ils "incorpore[nt] des directives non contraignantes qui ne contiennent que des références incitatives à l'emballage neutre"). Voir aussi Indonésie, réponse à la question n° 67 du Groupe spécial, paragraphe 92 (affirmant qu'il n'y a dans ces deux directives de la FCTC que de "vagues références à une approche réglementaire générale"). Ils signalent en particulier que ce caractère incitatif découle des termes mêmes des Directives, étant donné que, dans les deux textes, l'emballage neutre du tabac est simplement décrit comme une mesure que les parties à la FCTC "devraient envisager d'adopter". Voir, par exemple, Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 22 et 499; Cuba, déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 49; et Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 226.

[1164] Voir, par exemple, République dominicaine, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphe 43 (faisant valoir que les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC étaient "conçues comme une recommandation de politique générale pour la mise en œuvre d'une obligation particulière au titre de la FCTC" et n'étaient donc pas "censées donner des indications spécifiques, pour des usages communs et répétés par les législateurs, sur *la façon* de normaliser les éléments des produits du tabac, après le retrait des caractéristiques de conception"; et concluant ensuite que, bien que la flexibilité conférée par ces instruments à chaque partie à la FCTC pour mettre en œuvre l'emballage neutre d'une manière différente "soit en accord avec la raison d'être des indications concernant la mise en œuvre d'un traité, elle n'est pas en accord avec la raison d'être d'une *norme internationale* en matière de promotion de l'harmonisation et de facilitation de conditions communes pour le commerce." (italique dans l'original)). Voir aussi République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 901 et 902.

[1165] Voir, par exemple, Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 498 (admettant que ces directives "fournissent certains paramètres généraux" pour l'emballage neutre du tabac, mais faisant néanmoins valoir qu'"elles n'atteignent pas le niveau de précision nécessaire pour que les parties puissent les mettre en œuvre d'une façon uniforme"); et République dominicaine, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphe 319 (indiquant que, bien que ces directives suggèrent que les pays "utilisent deux couleurs contrastées sur l'emballage", "prescrivent la taille des caractères et le style du nom de la marque" et "normalisent la forme, la taille et les matériaux", les "choix détaillés relatifs à la teneur des mesures concernant l'emballage neutre ne sont pas spécifiés" puisqu'ils sont laissés aux "autorités nationales", ce qui signifie donc que ces instruments "n'ont pas la précision nécessaire pour créer la présomption prévue à l'article 2.5").

[1166] Voir, par exemple, Honduras, réponse à la question n° 70 du Groupe spécial, page 33 (affirmant que ces instruments de la FCTC n'ont pas la "teneur technique" nécessaire). Voir aussi République dominicaine, réponse à la question n° 150 du Groupe spécial, note de bas de page 44 (considérant que l'article 2.9 de l'Accord OTC confirme l'avis selon lequel "une mesure qui n'a aucune "teneur technique" – comme la recommandation d'envisager le "conditionnement neutre" qui est formulée en termes généraux dans les Directives – ne peut pas être une "norme internationale"").

[1167] Voir, par exemple, République dominicaine, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphe 308 (faisant valoir que le fait que les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC sont seulement des déclarations de politique générale, et non des normes, "est corroboré par le fait que 100 Membres pourraient suivre les déclarations de politique générale en adoptant 100 prescriptions relatives à

sorte qu'elles ne peuvent pas remplir les fonctions essentielles des normes, à savoir[1168] promouvoir l'harmonisation, renforcer l'efficacité de la production et faciliter le commerce international.[1169]

7.373. Les plaignants identifient certains éléments, dans les textes des Directives concernant l'article 11 de la FCTC et des Directives concernant l'article 13 de la FCTC, illustrant un manque de précision qui fait qu'ils ne sont pas adaptés "pour des usages communs et répétés".[1170] Ils signalent également que nulle part dans les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC il n'est recommandé que les mesures concernant l'emballage neutre interdisent totalement l'affichage de noms de marques ou de noms de variantes sur les produits du tabac eux-mêmes, y compris les cigarettes individuelles ou les cigares.[1171]

7.374. Les plaignants considèrent également que les autres dispositions identifiées comme pertinentes par l'Australie, qui traitent des "encarts et surcharges", des "étiquettes adhésives" et de l'"importance de l'emballage" sont "encore moins détaillées" que les dispositions des Directives

---

l'emballage *très différentes*, ce qui ne renforcerait pas l'efficacité ni ne faciliterait le commerce") (italique dans l'original). Voir aussi, par exemple, République dominicaine, réponse à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphe 154; Honduras, réponse à la question n° 129 du Groupe spécial, page 42; Cuba, réponse à la question n° 163 du Groupe spécial, page 9; Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphes 227 et 228 (faisant référence à Nicaragua, communication en tant que tierce partie); Indonésie, réponse à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphe 21; et observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphe 39.

[1168] Voir, par exemple, Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 493 à 507; réponse à la question n° 70 du Groupe spécial, page 33; République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 894 à 902; réponse à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphe 154; Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 182 à 188; réponse à la question n° 70 du Groupe spécial, page 33 (souscrivant à la réponse du Honduras à la même question); Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphes 226 à 228; et réponse à la question n° 136 du Groupe spécial, paragraphe 10.

[1169] Les plaignants observent, en particulier, que le but final des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC est d'éliminer le commerce du tabac. Ils allèguent que cela confirme aussi que ces instruments ne visent pas à faciliter le commerce international, comme des documents "pour des usages communs et répétés" devraient le faire, mais plutôt à le restreindre. Voir, par exemple, Honduras, réponse à la question n° 70 du Groupe spécial, page 33; République dominicaine, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphe 307; et Cuba, réponse à la question n° 70 du Groupe spécial, page 33 (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial) (souscrivant à la réponse du Honduras à la même question).

[1170] À propos des éléments de l'emballage neutre figurant au paragraphe 46 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC, les plaignants allèguent que les Directives ne donnent "aucun détail sur la manière dont les parties devraient mettre en œuvre l'emballage neutre": les organismes de réglementation devraient-ils "limiter" l'utilisation de logos, de couleurs, d'images de marque ou de textes promotionnels ou "interdire" leur utilisation? Les organismes de réglementation devraient-ils limiter ou interdire l'utilisation de logos, de couleurs, d'images de marque ou de textes promotionnels, ou seulement l'une des quatre catégories d'éléments permettant d'identifier la marque? Les organismes de réglementation devraient-ils réellement "limiter ou interdire" l'utilisation de ces logos, couleurs, images de marque ou textes promotionnels, ou seulement "envisager" de le faire? Voir Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 498. Voir aussi, par exemple, Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 183 à 185; et Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 258. Les plaignants considèrent que les éléments de l'emballage neutre du tabac figurant dans le texte du paragraphe 16 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC "n'ont pas [non plus] le niveau de précision nécessaire pour que les parties puissent en faire un usage commun et répété". Ils font valoir qu'il en est ainsi parce que les pays qui souhaitent les incorporer dans leur ordre interne doivent d'abord décider de détails comme: i) les couleurs à adopter; ii) la police et la taille des caractères à prescrire; et iii) la forme, la taille et les matériaux prescrits pour la fabrication des paquets. Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 500 et 501 (faisant également valoir que c'était d'après sa "propre interprétation" du sens de l'expression "conditionnement neutre" que l'Australie "[avait] "décidé d'imposer que les paquets aient un fond brun foncé terne (couleur Pantone 448C), que le nom de la marque apparaisse en police Lucida Sans d'une taille maximale de 14 points et que les paquets soient faits uniquement en carton"). Voir aussi, par exemple, Honduras, réponse à la question n° 129 du Groupe spécial, pages 42 à 44; et Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 182 à 186.

[1171] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 910; réponse à la question n° 136 du Groupe spécial, paragraphes 39 à 43; Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphes 257 et 258; et réponse à la question n° 136 du Groupe spécial, paragraphe 4 (notant que, bien que le paragraphe 16 et la "*Recommandation*" qui suit le paragraphe 17 indiquent qu'il ne devrait pas y avoir de publicité ni de promotion sur les *cigarettes individuelles ou d'autres produits du tabac (y compris les cigares)*, ils ne recommandent pas d'interdire toute inscription, comme le nom de la marque, sur les bâtonnets de cigarettes individuelles). Voir aussi Indonésie, réponse à la question n° 136 du Groupe spécial, paragraphe 4 (notant que les mesures TPP, quoiqu'"autoris[ant] l'apparition du nom de la marque, du nom de la société ou de la raison sociale et du nom de variante sur un cigare, … ne permettent pas que des inscriptions, autres qu'un code alphanumérique, figurent sur les bâtonnets des cigarettes individuelles").

traitant expressément du "conditionnement neutre". Tout en reconnaissant que les textes de ces autres paragraphes des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC fournissent des "suggestions générales utiles", les plaignants les décrivent comme étant simplement des "recommandations générales sur la façon d'améliorer la visibilité des mises en garde sanitaires". Par conséquent, comme ces paragraphes "n'indiquent pas de caractéristiques d'un produit précises qui puissent être mises en œuvre de façon commune et répétée par les autorités de différents pays", ils ne peuvent pas être considérés comme des "normes" aux fins de l'Accord OTC.[1172]

7.375. Les plaignants font en outre valoir que, même considérés conjointement, les éléments de l'emballage neutre contenus dans les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC manquent quand même de précision. À cet égard, la République dominicaine fait valoir que, pour ce qui est des prescriptions en matière d'emballage, les Directives ne spécifient pas de conditions normalisées en ce qui concerne le type, la couleur et la taille des caractères pour le nom de la marque et le nom de variante; la couleur de fond de l'emballage; l'emplacement du nom de la marque et du nom de variante sur l'emballage; la taille ou la forme de l'emballage; le type de mécanisme d'ouverture; et les matériaux à utiliser (par exemple, paquet rigide ou souple). Pour les cigares individuels, les Directives ne sont pas suffisamment spécifiques concernant le type, la couleur et la taille des caractères pour le nom de la marque, le nom de variante et le nom de pays; et la couleur de fond de la bague du cigare. Les organismes de réglementation nationaux ont donc le pouvoir discrétionnaire considérable de choisir ces éléments essentiels d'une mesure concernant l'emballage neutre.[1173]

7.376. Enfin, les plaignants comparent les "termes généraux" des textes des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC, identifiés par l'Australie comme traitant du "conditionnement neutre", par rapport aux termes "détaillés" de deux normes qu'ils considèrent comme des "documents" contenant des prescriptions relatives au produit "pour des usages communs et répétés"[1174]: une norme ISO, qui donne des dimensions précises pour les emballages d'expédition rectangulaires rigides[1175] et une norme de la Commission du Codex Alimentarius (Codex) sur la description de sardines et produits du type sardines.[1176]

7.377. L'Australie fait valoir que les prescriptions en matière d'emballage neutre du tabac des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC sont fournies "pour des usages

[1172] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 502 (trouvant également des éléments étayant ce point de vue dans le texte du paragraphe 15 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC, où il est dit que le "[c]onditionnement est un élément important de la publicité et de la promotion" et que "[l]es caractéristiques des paquets et des produits contenant du tabac sont utilisées de différentes manières pour attirer les consommateurs …", et indiquant ensuite qu'"[i]l est difficile de voir comment ce type de déclaration de politique générale peut être considéré comme une "norme" aux fins de l'Accord OTC"). Voir aussi Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 186 et 187.

[1173] République dominicaine, réponse à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphe 153 (notant, dans la note de bas de page 97, à propos de la "couleur de fond de l'emballage", que les Directives concernant l'article 13 de la FCTC évoquent le "noir et blanc ou deux autres couleurs contrastées selon les prescriptions des autorités nationales"). Voir aussi République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 899.

[1174] Voir, par exemple, Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 503; réponse à la question n° 70 du Groupe spécial, page 33; réponse à la question n° 129 du Groupe spécial, page 42; République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 896; et Cuba, déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 48 et 49.

[1175] ISO 3394 (pièce HND-121), mentionnée plus haut à la note de bas de page 1143. Le Honduras se réfère également aux trois autres normes ISO que l'Australie a présentées en tant qu'éléments de preuve indiquant qu'il n'était pas nécessaire que les normes soient spécifiques. Il note que chacun de ces documents couvre "entre 20 et plus de 100 pages" et allègue ensuite que cela tranche "net[tement] avec l'unique paragraphe dissimulé dans les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC qui mentionne le "conditionnement neutre" d'une manière générale, sans donner d'autres indications ou définitions pour déterminer les paramètres de ce document non normatif ne permettant pas des usages "communs" et répétés". Honduras, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphe 51. Voir aussi *ibid*., paragraphes 48 à 50.

[1176] Codex Stan 94, mentionnée plus haut à la note de bas de page 1005. Voir Honduras, réponse à la question n° 70 du Groupe spécial, page 33 (rappelant que dans l'affaire *CE – Sardines,* l'Organe d'appel et le Groupe spécial ont dit que Codex Stan 94 constituait une "norme internationale pertinente" aux fins de l'article 2.4 de l'Accord OTC; et notant également que cette norme Codex "compt[ait] six pages [et] conten[ait], entre autres choses, une description détaillée du produit auquel elle s'appliqu[ait], y compris des facteurs essentiels de composition et de qualité, les additifs alimentaires autorisés et des spécifications concrètes pour l'étiquetage").

communs et répétés". Même à supposer que des seuils minimaux de spécificité ou de caractère prescriptif[1177] soient pertinents pour cette définition, elle considère que les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC sont, en tout état de cause, "suffisamment précises" et, par conséquent, adaptées "pour des usages communs et répétés". Selon elle, cela est attesté par le fait que ces directives sont déjà utilisées telles quelles par d'autres Membres, comme base pour leurs propres mesures concernant l'emballage neutre du tabac.[1178] À cet égard, l'Australie soutient que, "conformément aux objectifs consistant à renforcer l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et à supprimer les effets de la publicité et de la promotion sur l'emballage", les paragraphes clés des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC donnent "explicitement", "clairement" et "sans équivoque" des instructions sur les prescriptions permissives et prohibitives essentielles en matière d'emballage du tabac et de produits du tabac que toute mesure concernant l'emballage neutre devrait contenir, y compris pour ce qui est de la limitation ou de l'interdiction de l'utilisation de logos, de couleurs, d'images de marque ou de textes promotionnels sur l'emballage ou sur des produits individuels du tabac, et de l'autorisation, entre autres choses, de l'utilisation du nom de la marque, du nom de produit et/ou de fabricant et de certaines informations requises par les autorités. L'Australie note également, à cet égard, que ces dispositions clés des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC "précisent de façon détaillée", entre autres choses, les éléments suivants: i) les *couleurs* ("noir et blanc ou deux autres couleurs contrastées"[1179]); ii) le *contenu d'un paquet* ("rien d'autre qu'un nom de marque, un nom de produit et/ou de fabricant, une adresse et la quantité de produit dans le conditionnement, sans logo ni caractéristique en dehors des mises en garde sanitaires, des vignettes fiscales et d'autres informations ou marques requises par les autorités"[1180]); iii) la *police de caractères* (l'"utilisation de caractères de type et de dimension prescrits"[1181]); et iv) le *format* ("une forme, une taille et des matériels types"[1182]).[1183]

7.378. L'Australie rejette également l'argument selon lequel les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC n'incluent pas de prescriptions interdisant l'affichage de noms de marques sur les cigarettes individuelles ou les cigares. Elle note d'abord que les Directives concernant l'article 13 de la FCTC reconnaissent que "[l]es effets promotionnels, directs et indirects, peuvent être produits par l'utilisation de mots, de motifs, d'images, de sons et de couleurs, y compris de noms de marques, de marques de fabrique, de logos, de noms de fabricants ou d'importateurs de produits du tabac et de couleurs ou d'assemblages de couleurs associés à des produits, des

[1177] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 323. Voir aussi Australie, réponse à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphe 102.

[1178] Australie, réponse à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphes 101 à 104. Voir aussi, par exemple, Australie, première communication écrite, paragraphe 573; et deuxième communication écrite, paragraphe 324.

[1179] Paragraphe 16 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC.

[1180] Paragraphe 16 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC. L'Australie mentionne également le paragraphe 46 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC. Australie, réponse à la question n° 135 du Groupe spécial, paragraphe 26.

[1181] Paragraphe 16 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC.

[1182] Paragraphe 16 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC. L'Australie note que les paragraphes 15 et 16 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC mentionnent spécifiquement les "matériels sur ou dans les paquets" et la "publicité ou … promotion à l'intérieur du conditionnement ou liée au conditionnement", et incluent dans leur champ les "conditionnements promotionnels et caractéristiques de conception des produits". Australie, réponse à la question n° 135 du Groupe spécial, paragraphe 29.

[1183] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 324 et 325; réponse à la question n° 135 du Groupe spécial, paragraphes 21 à 32; réponse à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphe 102; et observations sur les réponses des plaignants à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphes 114 à 116. L'Australie mentionne également les éléments de l'emballage neutre parallèles qui figurent au paragraphe 46 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC, "… mesures visant à limiter ou interdire l'utilisation de logos, de couleurs, d'images de marque ou de textes promotionnels sur les conditionnements *hormis le nom de la marque et celui du nom du produit imprimés avec des caractères normaux et dans une couleur standardisée (conditionnement neutre)* …". Australie, réponse à la question n° 135 du Groupe spécial, paragraphe 26 (italique dans l'original). Faisant référence au texte du paragraphe 10 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC, l'Australie note également que ces directives "exigent spécifiquement que les parties [à la FCTC] veille[nt] à ce que les mises en garde sanitaires et les messages ne soient pas masqués par d'autres marques obligatoires apposées sur les emballages et étiquettes ou par des encarts et surcharges commerciaux". Elle rappelle également que le paragraphe 46 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC recommande aux parties à la FCTC d'"envisager d'adopter" l'emballage neutre parce qu'il s'agit d'une mesure qui "pourrait conférer plus de relief et d'efficacité aux mises en garde sanitaires et aux messages, en empêchant que la forme de conditionnement ne détourne l'attention des consommateurs et en faisant échec aux techniques de design employées par l'industrie du tabac pour tenter de faire croire que certains produits sont moins nocifs que d'autres". Australie, réponse à la question n° 135 du Groupe spécial, paragraphe 29.

fabricants ou des importateurs de tabac, ou par l'utilisation d'une ou de plusieurs parties de mots, de motifs, d'images et de couleurs."[1184] Elle allègue également que, contrairement à ce qu'affirment les plaignants, les Directives concernant l'article 13 de la FCTC "mentionnent spécifiquement des caractéristiques de l'emballage et du produit, y compris pour les cigarettes individuelles et d'autres produits du tabac ".[1185]

7.379. L'Australie ne partage pas l'avis selon lequel les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC ne peuvent pas être considérées comme étant prévues "pour des usages communs et répétés" parce qu'elles sont conçues pour limiter le commerce international plutôt que pour le faciliter. Elle fait valoir qu'"il n'y a pas de contradiction entre les objectifs de libéralisation des échanges des Accords de l'OMC et les objectifs de santé publique de la [FCTC]. Le commerce et la santé publique peuvent et devraient se renforcer mutuellement."[1186]

7.380. Dans ce contexte, les parties mentionnent également certaines similitudes ou différences dans la façon dont les prescriptions en matière d'emballage neutre du tabac ont été mises en œuvre dans les mesures TPP et dans la législation antitabac adoptée ou projetée par d'autres Membres.[1187] Les parties ont présenté et examinent des éléments de preuve concernant les mesures adoptées ou projetées par l'Irlande[1188], le Royaume-Uni[1189], la France[1190], la Hongrie[1191], la Nouvelle-Zélande[1192] et la Norvège.[1193]

[1184] Australie, réponse à la question n° 135 du Groupe spécial, paragraphe 23 (citant une partie du texte du paragraphe 9 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC).

[1185] Australie, réponse à la question n° 135 du Groupe spécial, paragraphe 24 (citant, en particulier, certaines parties du paragraphe 15, et la "*Recommandation*" qui suit le paragraphe 17, des Directives concernant l'article 13 de la FCTC, où il est fait référence aux produits du tabac, y compris les "cigarettes individuelles"). L'Australie dit que, par conséquent, cela signifie aussi que les règlements respectifs des mesures TPP concernant l'utilisation et la présence des noms de marques sur les cigarettes individuelles (interdites) et sur les cigares (limitées) sont "conforme[s]" aux parties pertinentes des Directives concernant l'article 13 de la FCTC traitant des mesures concernant l'emballage neutre pour ce qui est de l'apparence des produits du tabac. Australie, réponse à la question n° 135 du Groupe spécial, paragraphes 27 et 28 (citant la "*Recommandation*" qui suit le paragraphe 17 ainsi que le paragraphe 15 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC, où il est fait référence aux produits du tabac, y compris les "cigarettes individuelles").

[1186] Australie, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 97. Voir aussi Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 328 et 329 (faisant valoir que la définition d'une "norme" donnée à l'Annexe 1.2 ne contient aucune référence à ces attributs); déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 142; réponse à la question n° 128 du Groupe spécial, paragraphes 192 à 194; et observations sur les réponses des plaignants à la question n° 150 du Groupe spécial, paragraphe 35.

[1187] Bien que l'Australie ait également mentionné, dans un autre contexte des présentes procédures, une information de presse de 2015 signalant que le Sénat du Chili avait approuvé un projet de loi introduisant l'emballage neutre du tabac et que ce projet de loi était "en instance devant la chambre basse". Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 245 note de bas de page 256 (faisant référence à Examen commercial sur l'emballage, le Chili propose un emballage neutre pour les cigarettes (pièce AUS-554)).

[1188] Ireland, Public Health (Standardized Packaging of Tobacco) Act 2015 (pièces AUS-612, CUB-94). Voir aussi les éléments de preuve suivants concernant l'historique de l'élaboration de la Loi de 2015: Ireland, *Public Health (Standardized Packaging of Tobacco) Bill 2014* (pièce HND-167); Ireland, House of the Oireachtas, Report (pièce AUS-550); et D. Hammond, "Standardized Packaging of Tobacco Products: Evidence Review, Prepared on Behalf of the Irish Department of Health", March 2014, (examen Hammond) (pièce AUS-555). Le *projet de loi sur la santé publique de 2014 (Emballage normalisé du tabac)* de l'Irlande a été notifié au Comité OTC en juin 2014 dans le document G/TBT/N/IRL/1. Voir, par exemple, Honduras, observations sur la réponse de l'Australie aux questions du Groupe spécial, Introduction, paragraphe 17, note de bas de page 1.

[1189] United Kingdom, The Standardised Packaging of Tobacco Products Regulations 2015 (pièce AUS-613). Le texte de cette mesure est également mentionné par la République dominicaine. République dominicaine, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 147 du Groupe spécial, paragraphe 42, note de bas de page 63. Voir aussi les éléments de preuve suivants concernant l'historique de l'élaboration de cette mesure: "Standardised Packaging of Tobacco: Report of the Independent Review Undertaken by Sir Cyril Chantler", April 2014, (rapport Chantler) (pièces AUS-81, CUB-61); et Déclaration de J. Ellison, Sous-Secrétaire d'État à la santé publique du Royaume-Uni au sujet de la publication du rapport Chantler (pièce AUS-551). Le projet de "Règlement sur l'emballage normalisé des produits du tabac" du Royaume-Uni a été notifié au Comité OTC en septembre 2014 dans le document G/TBT/N/GBR/24. Voir, par exemple, Honduras, observations sur la réponse de l'Australie aux questions du Groupe spécial, Introduction, paragraphe 17, note de bas de page 1.

[1190] Voir France, LOI n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé – Article 27 (pièce AUS-614); et le projet de décret, Neutralité et normalisation pour l'emballage de cigarettes et de tabac à rouler (pièce AUS-615).

7.381. Les plaignants font valoir que les différentes façons dont les mesures TPP et les mesures d'autres Membres ont mis en œuvre les prescriptions en matière d'emballage neutre du tabac au niveau national sont des éléments de preuve que les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC ne sont pas faites "pour des usages communs et répétés".[1194]

7.382. L'Australie soutient qu'il existe des similitudes importantes entre les prescriptions en matière d'emballage neutre des mesures TPP et celles des mesures d'autres Membres[1195], et que ces exemples démontrent que les "éléments permissifs et prohibitifs des Directives de la FCTC sont exprimés suffisamment clairement pour que les pays puissent en faire des usages communs et répétés en concevant leurs propres mesures concernant l'emballage neutre du tabac".[1196]

7.383. Les parties examinent également la pertinence du fait que l'Australie et d'autres Membres ont notifié leurs mesures TPP au Comité OTC pour la qualification des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC en tant que "norme". Les plaignants indiquent que ces notifications ont été faites au titre de l'article 2.9.2 de l'Accord OTC, qui exige la présentation de notifications uniquement lorsqu'il "n'existera pas" de norme internationale pertinente.[1197]

Ce projet de décret a été notifié au Comité OTC en juin 2015 dans le document G/TBT/N/FRA/163, présenté par l'Australie en tant que pièce AUS-552. Voir aussi Honduras, observations sur la réponse de l'Australie aux questions du Groupe spécial, Introduction, paragraphe 17, note de bas de page 1; et République dominicaine, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 147 du Groupe spécial, paragraphe 42, note de bas de page 63.

[1191] Hongrie, projet de modification du décret gouvernemental n° 39/2013 (pièce AUS-616).

Ce projet de modification a été notifié au Comité OTC en décembre 2015 dans le document G/TBT/N/HUN/31. Voir, par exemple, Honduras, observations sur la réponse de l'Australie aux questions du Groupe spécial, Introduction, paragraphe 17, note de bas de page 1; et République dominicaine, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 147 du Groupe spécial, paragraphe 42, note de bas de page 63.

[1192] New Zealand, Smoke-free Environments (Tobacco Plain Packaging) Amendment Bill (2014) (pièce AUS-617). Voir aussi document pour la consultation, Ministère de la santé de la Nouvelle-Zélande) (pièce AUS-549).

Ce projet de loi a été notifié au Comité OTC en février 2014 dans le document G/TBT/N/NZL/62/Add.1. Voir, par exemple, Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 226, note de bas de page 338. Le document pour la consultation qui a précédé l'introduction de ce projet de loi a été notifié au Comité OTC en juillet 2012 dans le document G/TBT/N/NZL/62. Voir, par exemple, Honduras, observations sur la réponse de l'Australie aux questions du Groupe spécial, Introduction, paragraphe 17, note de bas de page 1.

[1193] Norvège, projets de modifications (pièce AUS-618). Voir aussi le document pour la consultation de la Norvège sur l'emballage normalisé du tabac (pièce AUS-553). Les projets de modifications ont été notifiés au Comité OTC en mai 2015 dans le document G/TBT/N/NOR/23. Voir, par exemple, Honduras, observations sur la réponse de l'Australie aux questions du Groupe spécial, Introduction, paragraphe 17, note de bas de page 1; et République dominicaine, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 147 du Groupe spécial, paragraphe 42, note de bas de page 63.

[1194] Voir, par exemple, Honduras, réponse à la question n° 163 du Groupe spécial, pages 17 et 18; République dominicaine, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphes 41 à 43 et note de bas de page 63; Cuba, réponse à la question n° 163 du Groupe spécial, page 9; et Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphes 226 et 227 et note de bas de page 338.

[1195] Australie, observations sur les réponses des plaignants à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphe 118 et notes de bas de page 208 à 212 (décrivant en détail les dispositions spécifiques de ces autres mesures concernant l'emballage neutre du tabac lorsqu'elles contiennent des prescriptions équivalentes de ce type). S'agissant en particulier de la législation irlandaise sur l'emballage neutre, l'Australie indique que les prescriptions additionnelles suivantes sont semblables à celles des mesures TPP: i) interdiction d'utiliser sur l'emballage des inscriptions ou marques autres que le nom de la marque ou le nom de la société, et un nom de variante; ii) couleur et forme prescrites pour les emballages des cigarettes; iii) mises en garde sanitaires et autres informations requises par les autorités autorisées sous une forme normalisée; et iv) apparence normalisée des cigarettes. Australie, observations sur les réponses des plaignants à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphe 117. Voir aussi Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 245; et réponse à la question n° 164 du Groupe spécial, paragraphe 104.

[1196] Australie, observations sur les réponses des plaignants à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphes 113 et 116. Voir aussi Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 327 (faisant valoir que le nombre d'autres Membres envisageant des mesures concernant l'emballage neutre du tabac qui "s'inscrivent dans le cadre des paramètres spécifiés dans les Directives de la FCTC" constitue un élément de preuve démontrant que le simple fait que ces instruments laissent "aux autorités nationales le soin de prescrire des détails comme la couleur et la taille exactes" n'en fait pas des instruments peu adaptés "pour des usages communs et répétés").

[1197] Voir, par exemple, Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 516 et 517; République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 845 et notes de bas de page 859 et 860; Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 160 et 167; et Indonésie, réponse à la question n° 70 du Groupe spécial, paragraphes 98 et 99.

L'Australie estime que le Groupe spécial "ne devrait pas accorder de valeur probante" à sa notification des mesures TPP au Comité OTC car elle a présenté cette notification conformément à sa pratique consistant à "maintenir un niveau élevé de transparence en s'acquittant des obligations énoncées dans l'Accord OTC".[1198]

Analyse du Groupe spécial

7.384. Comme nous l'avons conclu plus haut[1199], un document peut être considéré comme fournissant des caractéristiques d'un produit et d'autres prescriptions pertinentes "pour des usages communs et répétés", aux fins de la définition d'une "norme" donnée à l'Annexe 1.2, si ces caractéristiques ou ces prescriptions ont été conçues et prévues dans le but spécifique d'être fréquemment partagées de la même manière par toutes les personnes ou choses en question, en vue d'obtenir le degré optimal d'ordre dans un contexte donné. Nous constatons en outre que, pour remplir cette fonction, il faut un degré de clarté et de spécificité suffisant pour permettre une mise en œuvre constante et prévisible.[1200] Cela est particulièrement important dans les cas où c'est l'existence d'une "norme internationale" qui est évaluée[1201] car il est peu probable que des "documents" qui n'ont pas une spécificité et une clarté suffisantes obtiennent le "degré d'ordre optimal" visé prévu, qui est nécessaire pour traiter le "problème réel ou potentiel" qui a motivé ces documents, et contribuent de fait à l'objectif d'harmonisation sur la base de ces normes internationales.

7.385. En l'espèce, comme nous l'avons indiqué plus haut, les aspects des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC qui visent directement l'emballage neutre du tabac ne le font pas à un seul endroit ou d'une manière uniforme; en fait, le "conditionnement neutre" du tabac est traité et décrit au paragraphe 46 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC, d'une part, ainsi qu'au paragraphe 16 et dans la "Recommandation" qui suit le paragraphe 17 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC, d'autre part. Ces directives formulent toutes la recommandation concernant l'emballage neutre pertinente en des termes qui se rapportent aux termes de l'obligation conventionnelle spécifique qu'elles sont censées faire appliquer par les parties à la FCTC.

7.386. Nous avons indiqué plus haut[1202] les différentes façons dont les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC traitaient l'emballage neutre des produits du tabac et formulaient des recommandations à cet égard. Dans ce contexte, nous avons observé que les parties pertinentes des Directives concernant l'article 11 de la FCTC et des Directives concernant l'article 13 de la FCTC décrivaient toutes certaines caractéristiques recommandées du "conditionnement neutre", ou plus généralement de l'emballage du tabac, mais qu'elles le faisaient en des termes différents et à des niveaux de détail différents.[1203] Ces différences (y compris du point de vue du champ, de la rigueur des prescriptions, etc.) donnent à penser que les parties à la FCTC qui cherchent à concevoir des mesures concernant le "conditionnement neutre" "conform[ément] [à]" l'un ou l'autre de ces ensembles de directives disposeraient d'un éventail d'options, en particulier pour réglementer, sur l'emballage et/ou les produits eux-mêmes, le "nom de marque", l'"image de marque", les "logos", etc. Par exemple, deux Membres peuvent mettre en œuvre des mesures concernant l'emballage neutre qui à la fois diffèrent notablement du point de vue de leurs spécifications concernant l'emballage et peuvent néanmoins être également compatibles avec les indications données au paragraphe 46 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC. Une partie pourrait décider de seulement "limiter" l'utilisation des "logos" et des

[1198] Australie, réponse à la question n° 127 du Groupe spécial, paragraphes 178 à 180 (indiquant également que si le Groupe spécial "attribu[ait] une valeur déterminante" à cette notification pour la question de savoir si une norme internationale existe, cela "affaiblirait sérieusement les obligations fondamentales de l'Accord OTC en matière de transparence, qui sont … des obligations d'autodéclaration").

[1199] Voir plus haut le paragraphe 7.370.

[1200] Toutefois, nous avons également dit que le degré de spécificité *précis* que devraient avoir ces prescriptions ne pouvait être évalué qu'au cas par cas, en fonction du type de "problème" traité par le document qui, selon les allégations, est une norme, et du "contexte" dans le cadre duquel ce problème survient. Voir plus haut le paragraphe 7.370.

[1201] Et cela l'est encore plus lorsque l'examen de l'existence d'une "norme internationale" est effectué aux fins de la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC, qui confère un "*privilège*" sous la forme d'une présomption réfutable de conformité avec une obligation conventionnelle (article 2.2). Voir plus haut les paragraphes 7.272 et 7.275.

[1202] Voir les paragraphes 7.335 à 7.347.

[1203] Voir plus haut le paragraphe 7.347.

"images de marque" sur tous les emballages du tabac en établissant qu'ils n'apparaîtront que dans une taille spécifique et sur une face spécifique de l'emballage (le "nom de la marque" et le "nom du produit" seraient cependant totalement autorisés sur les paquets, à condition d'être imprimés "avec des caractères normaux et dans une couleur standardisée"), ou elle pourrait en fait aller plus loin et "interdire" l'utilisation de tout "logo" et toute "image de marque" sur l'ensemble des emballages du tabac (en autorisant uniquement l'utilisation du "nom de la marque" et du "nom du produit", à condition qu'ils soient imprimés "avec des caractères normaux et dans une couleur standardisée").[1204]

7.387. Nous rappelons notre observation antérieure selon laquelle les éléments spécifiques des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC, que l'Australie a identifiés comme constituant une norme internationale pour l'emballage neutre du tabac, font partie du cadre juridique établi au titre de la FCTC, dans le cadre duquel les parties à la FCTC s'engagent à mettre en œuvre un large éventail de mesures de lutte antitabac efficaces et interdépendantes. Au regard de ce contexte, les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC, d'après leurs propres termes, peuvent être interprétées comme recommandant le "conditionnement neutre" d'une façon différente[1205] car elles ne conçoivent cette mesure que comme un moyen d'aider les parties à la FCTC à mettre en œuvre des obligations qui, bien que connexes, concernent aspects ou angles différents des politiques visant à réduire la demande[1206] de tabac: l'article 11 (en réglementant l'étiquetage et l'emballage du tabac s'agissant de l'obligation d'éviter que les consommateurs soient induits en erreur et également de renforcer l'efficacité des mises en garde sanitaires) et l'article 13 (en réglementant le "conditionnement et [les] caractéristiques des produits" dans le cadre d'une interdiction globale de la "publicité en faveur du tabac, [de la] promotion et [du] parrainage").[1207]

7.388. Selon nous, ces considérations indiquent également que les éléments spécifiques des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC visant l'emballage neutre, que l'Australie a identifiés comme constituant une norme internationale pour l'emballage neutre du tabac, n'étaient pas censés fournir un document unifié "pour des usages communs et répétés" en ce qui concerne l'emballage neutre du tabac, au sens de l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC (et, par conséquent, aux fins de la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord), indépendamment du contexte plus large de la mise en œuvre d'un éventail global de mesures de lutte antitabac dans le cadre de la FCTC. En fait, nous considérons que les différentes façons dont le "conditionnement neutre" est recommandé dans le cadre des deux directives reflètent la flexibilité ménagée aux parties à la FCTC dans la détermination de la manière la plus appropriée de traiter l'emballage, y compris par l'adoption de l'emballage neutre en tant que composante des mesures de lutte antitabac efficaces dans le cadre de la FCTC. Nous jugeons cette approche compatible avec la logique de la FCTC, en tant que convention-cadre internationale établissant différentes obligations d'adopter un éventail de mesures de lutte antitabac efficaces et énonçant, au moyen des Directives de la FCTC, diverses modalités par lesquelles les parties à la Convention peuvent mettre en œuvre ces obligations compte tenu de leur situation particulière.

7.389. Les parties ont également examiné la mesure dans laquelle les différences ou les similitudes entre les mesures TPP et certaines mesures concernant l'emballage neutre du tabac adoptées ou projetées par d'autres Membres confirmaient leurs avis respectifs sur le point de savoir si les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC étaient des "documents" contenant une spécification d'un produit "pour des usages communs et répétés". À cet égard, elles ont examiné des mesures concernant l'emballage neutre du tabac adoptées ou projetées par

[1204] Les plaignants ont fait allusion à cette possibilité. Voir, par exemple, Honduras, réponse à la question n° 163 du Groupe spécial, page 17.

[1205] Voir plus haut les paragraphes 7.335 à 7.347 et 7.385.

[1206] Comme il est indiqué plus haut au paragraphe 7.325 et à la note de bas de page 1059, les articles 11 et 13 figurent tous deux dans la partie III de la FCTC, intitulée "Mesures relatives à la réduction de la demande de tabac". L'article 7 de la FCTC répertorie les articles 11 et 13 parmi les dispositions de la partie III de la Convention qui traitent plus spécifiquement des "Mesures autres que financières visant à réduire la demande de tabac".

[1207] À cet égard, nous notons une fois encore que la note de bas de page 4 relative aux Directives concernant l'article 13 de la FCTC, énoncée plus haut au paragraphe 7.310, mentionne les Directives concernant l'article 11 de la FCTC comme étant celles "qui concernent le conditionnement neutre, les mises en garde sanitaires et les informations trompeuses". Voir les Directives concernant l'article 13 de la FCTC, FCTC/COP/3(12) (pièce JE-21), annexe, note de bas de page 4 (apparaissant de façon erronée en tant que note de bas de page 2).

l'Irlande, le Royaume-Uni, la France, la Hongrie, la Nouvelle-Zélande et la Norvège. Nous ne jugeons pas qu'un examen de ces pratiques nationales soit nécessaire pour notre évaluation. Nous ne sommes pas convaincus, en particulier, que des éléments de preuve se rapportant aux pratiques nationales puissent directement éclairer le point de savoir si ces directives, en tant que telles, constituent une norme. En particulier, dans la mesure où une telle évaluation impliquerait que nous évaluions ou que nous supposions dans quelle mesure ces pratiques nationales reflètent les prescriptions de la norme en cause et y sont, ou non, conformes, nous n'estimons pas être en mesure de formuler de telles suppositions.[1208]

Question de savoir si le respect des caractéristiques d'un produit et des prescriptions en matière d'emballage qui sont fournies dans les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC en ce qui concerne l'emballage neutre du tabac "n'est pas obligatoire"

7.390. Nous passons à présent à la question de savoir si le respect des caractéristiques d'un produit et des prescriptions en matière d'emballage qui sont fournies par les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC, telles que définies plus haut, "n'est pas obligatoire", qui est l'élément final de la définition d'une "norme" donnée à l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC se rapportant à la teneur de la norme alléguée, comme il est indiqué plus haut.[1209]

7.391. L'Australie allègue que cette condition a aussi été remplie car les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC "sont rédigées au conditionnel et non à l'impératif."[1210] L'Indonésie et Cuba ne sont pas de cet avis. L'Indonésie fait valoir que les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC sont en fait "obligatoires" et ne sont donc pas conformes à cette définition. Elle fait valoir que, bien qu'elles "soient prétendument des recommandations non contraignantes", ces directives sont en fin de compte censées être des "recommandations sur la manière dont les parties devraient mettre en œuvre les dispositions "obligatoires" des articles 11 et 13 [de la FCTC elle-même]"[1211] concernant l'emballage du tabac et la publicité en faveur du tabac. Pour l'Indonésie, le fait qu'aucune société de l'industrie du tabac n'a jamais "adopté volontairement" les prescriptions en matière d'emballage neutre, telles que décrites dans les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC, confirme encore leur caractère non volontaire.[1212] Cuba interprète la référence aux documents non contraignants qui fournissent des caractéristiques d'un produit pour des usages communs et répétés, qui figure dans la définition d'une "norme" donnée dans l'Accord OTC, comme concernant les conditions à l'égard des "producteurs" de ces produits, et non des autorités du gouvernement.[1213] Sur la base de cette interprétation, et après une comparaison de la façon dont les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC traitent l'emballage neutre du tabac avec la façon dont une norme ISO[1214] traite les dimensions des emballages d'expédition rectangulaires rigides, Cuba fait valoir ce qui suit:

[1208] Nous jugeons, pour des raisons analogues, qu'il n'est pas nécessaire d'évaluer si le fait que l'Australie ou d'autres Membres ont notifié leurs mesures respectives concernant l'emballage neutre du tabac au titre de l'article 2.9.2 de l'Accord OTC peut éclairer la question de savoir si les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC constituent une norme. Nous notons à cet égard l'observation de l'Australie selon laquelle si le Groupe spécial "attribu[ait] une valeur probante" à ces notifications pour la question de savoir si une norme internationale existe, cela "affaiblirait sérieusement les obligations fondamentales de l'Accord OTC en matière de transparence, qui sont … des obligations d'autodéclaration". Australie, réponse à la question n° 127 du Groupe spécial, paragraphe 180.

[1209] Voir plus haut le paragraphe 7.281.

[1210] Australie, première communication écrite, paragraphe 573. Voir aussi Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 330.

[1211] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 229.

[1212] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 229 (comparant également les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC avec le "dispositif d'étiquetage *Dolphin Safe*" des États-Unis, en cause dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, et indiquant que, à la différence du premier cas, le second représentait "ce qui caractér[isait] une véritable "norme "volontaire"" parce que ce dispositif n'exigeait pas que les importateurs des produits du thon se conforment à ce label comme condition pour accéder au marché des États-Unis).

[1213] Cuba, déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 48.

[1214] Norme ISO 3394:2012(E), intitulée "*Packaging - Complete, filled transport packages and unit loads - Dimensions of rigid rectangular packages*" (pièce HND-121) (déjà mentionnée plus haut dans les notes de bas de page 1143 et 1174).

> Par rapport aux normes [ISO], les [*Directives de la FCTC*] sont tout à fait différentes et visent à encourager les autorités à imposer des règlements techniques contraignants aux producteurs. Les [*Directives de la FCTC*] ne sont pas, et n'ont jamais été censées être, des normes techniques contraignantes qui doivent être observées directement par les producteurs. C'est la raison pour laquelle elles ne sont ni précises ni prescriptives: ce sont des recommandations de politique générale destinées aux organismes de réglementation et aux législateurs, pas des instructions techniques détaillées destinées aux producteurs. Le paragraphe 46 des Directives concernant l'article 11 s'adresse même explicitement aux parties à la FCTC: "*Les Parties devraient envisager d'adopter des mesures visant à limiter ou interdire l'utilisation de logos, de couleurs, d'images de marque ou de textes promotionnels*". Comment pourrait-on attendre d'un producteur qu'il applique et utilise ces directives de la même manière qu'il peut appliquer et utiliser une norme ISO? Par contre, les sociétés qui cherchent à produire et à utiliser des emballages d'expédition rectangulaires rigides sauront exactement quoi faire lorsqu'elles utilisent la norme ISO 3394.[1215]

7.392. La définition d'une "norme" donnée à l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC est pertinente à la fois pour la qualification juridique d'une mesure au titre de l'Accord comme étant une norme *nationale* (interne) (par opposition à un règlement technique)[1216] et pour diverses disciplines OTC applicables aux normes *internationales*, y compris l'article 2.4 et 2.5. Comme il peut être inféré de la façon dont elles sont visées par les disciplines énoncées dans l'Accord OTC, les normes internationales peuvent servir, entre autres choses, de références pour l'élaboration et l'adoption par les pouvoirs publics soit de règlements *nationaux* soit de normes *nationales*.[1217] De ce point de vue, en raison de ce "double" but, nous ne voyons aucun élément à l'appui des arguments de l'Indonésie et de Cuba selon lesquels le caractère volontaire d'une "norme", telle que définie à l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC, devrait uniquement être évalué au regard de la façon dont le document est destiné aux "producteurs" des produits concernés et non aux pouvoirs publics et, par conséquent, nous rejetons ces arguments.

7.393. En ce qui concerne plus spécifiquement le caractère "[non] obligatoire" des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC, nous notons que deux des parties pertinentes de ces instruments traitent expressément du "conditionnement neutre" (le paragraphe 46 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC et le texte qui suit le paragraphe 17 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC), ces deux textes indiquant que les parties à la FCTC "*devraient envisager d'adopter*" des "mesures" ou des "prescriptions" en matière d'emballage neutre.[1218]

7.394. En outre, l'emballage neutre est traité au paragraphe 46 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC sous la forme d'une "recommandation". Ce libellé contraste, par exemple, avec celui qui est employé aux articles 11 et 13 de la FCTC.[1219] Nous notons également qu'il contraste aussi avec la façon dont certaines autres mesures sont traitées dans ces directives elles-mêmes. Par exemple, le paragraphe 44 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC indique que "[l]es Parties *devraient interdire* l'affichage de chiffres concernant les émissions, par exemple le taux de goudrons, de nicotine et de monoxyde de carbone, sur les différentes formes de conditionnement et d'étiquetage, notamment lorsque ces taux sont intégrés au nom de la

---

[1215] Cuba, déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 49. (italique dans l'original)

[1216] Une question liminaire qui était en cause, par exemple, dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*. Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 178, 187 et 188.

[1217] Voir, par exemple, l'article 2.4 et l'Annexe 3.F de l'Accord OTC, respectivement.

[1218] Le paragraphe 1 des [*Directives concernant l'article 11*] de la FCTC précise aussi que le but de cet instrument est, entre autres, de "*proposer* les mesures qu'elles *peuvent* appliquer pour accroître l'efficacité de leurs mesures en matière de conditionnement et d'étiquetage". (pas italique dans l'original)

[1219] Voir, par exemple, les articles 11.1 b) et 13.4 de la FCTC. Ces dispositions de la FCTC semblent toutefois souvent décrire ces engagements avec des réserves. Par exemple, le texte intégral de l'article 11.1 b) de la FCTC est ainsi libellé: "Article 11 … 1. Chaque Partie … adopte et applique conformément à sa législation nationale des mesures efficaces pour faire en sorte que: … b) chaque paquet ou cartouche de produits du tabac … porte[] également des mises en garde sanitaires … et peu[t] inclure d'autres messages appropriés. Ces mises en garde et messages: i) sont approuvés par l'autorité nationale compétente; ii) sont utilisés tour à tour; … iv) devraient couvrir 50% … mais pas moins de 30% …; v) peuvent se présenter sous la forme de dessins ou de pictogrammes." Les textes de ces deux dispositions de la FCTC sont intégralement présentés plus haut aux paragraphes 2.104 et 2.105.

marque ou à la marque commerciale."[1220] De même, les Directives concernant l'article 13 de la FCTC contiennent une "recommandation" selon laquelle les "Parties *devraient interdire* l'"extension de marque" et l'"échange de marques" qui constituent des moyens de publicité et de promotion du tabac."[1221]

7.395. Pour les raisons exposées plus haut, nous constatons que le respect des caractéristiques d'un produit et des prescriptions en matière d'emballage qui sont fournies par les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC, telles que définies plus haut, "n'est pas obligatoire" au sens de la définition d'une "norme" donnée à l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC.[1222]

Conclusion relative aux Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC en tant que "norme"

7.396. Nous avons examiné les instruments dont l'Australie allègue qu'ils constituent une "norme" pour l'emballage neutre du tabac: les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC. Nous avons constaté que les parties pertinentes de ces instruments, y compris celles qui traitent explicitement de l'emballage neutre, considérées indépendamment de leur contexte en tant que partie de la FCTC, ne constituaient pas un "document" contenant une "norme" au sens de la définition d'une "norme" donnée à l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC. De plus, nous avons conclu que, bien que les parties des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC traitant explicitement de l'emballage neutre puissent être considérées comme des "lignes directrices" prévoyant des "caractéristiques d'un produit" (y compris s'agissant de prescriptions en matière d'emballage), elles le font de différentes façons, reflétant la flexibilité ménagée aux parties à la FCTC dans la détermination de la manière dont elles mettront en œuvre leurs diverses obligations au titre de la FCTC, y compris, selon qu'il sera approprié, l'emballage neutre des produits du tabac. Cela est globalement compatible avec le fait que les Directives de la FCTC, d'après leurs propres termes, ont pour but "assist Parties in meeting their obligations" (d'aider les Parties à s'acquitter de leurs obligations) au titre, respectivement, de l'article 11 et de l'article 13 de la FCTC. Ces directives, et les obligations auxquelles elles se rapportent, doivent être lues "à la lumière" des obligations pertinentes énoncées dans la FCTC elle-même et des "autres dispositions" de cette convention qui sont "également pertinentes pour la mise en œuvre de l'emballage neutre".[1223]

7.397. Globalement, nous constatons donc que, bien que les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC fournissent des indications importantes aux parties à la FCTC pour l'emballage et, selon qu'il sera pertinent, la mise en œuvre de l'emballage neutre en tant qu'élément d'un système global de politiques de lutte antitabac efficaces, l'Australie n'a pas démontré qu'elles constituaient une "norme" au titre de l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC en ce qui concerne l'emballage neutre du tabac.

7.2.5.2.4 Conclusion générale relative à la question de savoir si les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC sont des "normes internationales pertinentes" et si les mesures TPP sont "conforme[s] [à]" ces directives au titre de l'article 2.5 (deuxième phrase)

7.398. Nous rappelons la déclaration que nous avons faite plus haut[1224] selon laquelle si nous devions conclure que les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC répondent à la définition d'une "norme" donnée dans l'Accord OTC, nous procéderions ensuite à l'examen de la

[1220] Directives concernant l'article 11 de la FCTC, FCTC/COP/3(10) (pièce JE-20), annexe, paragraphe 44. (pas d'italique dans l'original)

[1221] Directives concernant l'article 13 de la FCTC, FCTC/COP/3(12) (pièce JE-21), annexe, "*Recommandation*" qui suit les paragraphes 22 à 24.

[1222] En l'espèce, nous n'avons toutefois pas besoin de donner un avis, du point de vue du droit ou des faits, sur la question de savoir si des instruments internationaux contraignants, d'une manière générale, et toute obligation établie au titre de la FCTC (y compris celles qui sont énoncées aux articles 11 et 13), en particulier, pourraient également être considérés comme n'étant "pas obligatoire[s]" aux fins de la définition d'une "norme" donnée à l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC. En l'espèce, l'Australie allègue seulement que les instruments qui constituent une "norme internationale pertinente" au titre de la deuxième phrase de l'article 2.5 sont des aspects spécifiques des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC, pas la Convention elle-même.

[1223] OMS/FCTC, renseignements additionnels fournis au Groupe spécial, paragraphes 61 et 64, plus haut à la note de bas de page 63.

[1224] Voir plus haut le paragraphe 7.289.

question de savoir si elles ont également un caractère "international", y compris du point de vue de la "reconnaissance" de l'organisme qui les a adoptées.[1225]

7.399. Dans les présentes procédures, les parties sont en désaccord sur le point de savoir si l'organisme qui a adopté les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC, à savoir la Conférence des Parties à la FCTC[1226], est un "organisme international à activité normative" aux fins de l'évaluation du caractère "international" de ces instruments[1227], et s'il a des "activités reconnues dans le domaine de la normalisation" de sorte qu'il devrait être considéré comme un "organisme international à activité normative" aux fins de l'article 2.5 de l'Accord OTC.

7.400. Ayant déterminé que l'Australie n'avait pas établi que les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC constituaient une "norme" pour l'emballage neutre du tabac au sens de l'Annexe 1.2, nous n'avons pas besoin d'évaluer plus avant si elles ont un caractère "international".[1228] Nous n'établissons donc pas de détermination en ce qui concerne la question de savoir si la Conférence des Parties à la FCTC est un organisme international de normalisation ou si elle a des activités reconnues dans le domaine de la normalisation au sens de la définition pertinente d'une "norme internationale", aux fins de l'Accord OTC.

7.401. De même, il découle de ces conclusions que nous n'avons pas besoin d'examiner plus avant si les mesures TPP sont "conforme[s] aux" parties pertinentes des Directives concernant l'article 11 de la FCTC ou des Directives concernant l'article 13 de la FCTC.[1229]

7.402. Compte tenu de ce qui précède, nous constatons que l'Australie n'a pas démontré que les mesures TPP étaient "conforme[s] aux normes internationales pertinentes" aux fins de la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC. Par conséquent, nous constatons également que les mesures TPP ne peuvent pas être "présumé[es] – cette présomption étant réfutable – ne pas créer un obstacle non nécessaire au commerce international".

7.403. Nonobstant cette conclusion, nous souhaitons indiquer clairement que les déterminations que nous avons établies plus haut, au titre de la deuxième phrase de l'article 2.5, n'impliquent aucune détermination en ce qui concerne la pertinence de la FCTC, ou de l'un quelconque de ses instruments (y compris les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC) pour d'autres aspects de notre analyse des allégations qui nous ont été présentées dans les présentes procédures.

7.404. Le fait qu'un défendeur ne réussisse pas à invoquer avec succès la présomption réfutable au titre de la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC n'a, selon nous, aucune implication défavorable pour d'autres aspects de ses moyens de défense concernant une allégation au titre de l'article 2.2 du même accord. Dans les présentes procédures, les déterminations que nous avons établies plus haut en relation avec la question de savoir si les parties pertinentes de Directives de la FCTC spécifiques constituaient, aux fins de la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC, une "norme" au sens de l'Annexe 1.2, n'impliquent aucune détermination concernant la pertinence potentielle de la FCTC et de ses instruments connexes, y compris les parties pertinentes des Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC, pour le reste de notre analyse au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Les plaignants continuent d'assumer la charge d'établir *prima facie* que les mesures TPP sont incompatibles avec cette disposition.[1230]

[1225] Voir plus haut le paragraphe 7.333.

[1226] Voir plus haut les paragraphes 2.98 et 2.99.

[1227] Voir, par exemple, Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 508 à 515; République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 854 à 893; Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 167 à 181; Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphes 222 à 225 et 230 à 253; et Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 331 à 341.

[1228] Ou si elles sont "pertinentes". Voir aussi, dans le même esprit, Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 507. Voir aussi plus haut les paragraphes 7.398 et 7.289 et en particulier la note de bas de page 995.

[1229] Voir plus haut les paragraphes 7.263 et 7.289. Certaines parties ont également suggéré que nous suivions cette approche. Voir, par exemple, Honduras, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, page 26; et République dominicaine, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphe 292.

[1230] Notre clarification est étayée par certaines déclarations de l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Hormones*. Dans ce différend, il a été constaté que la mesure en cause ne bénéficiait pas de la présomption de compatibilité avec l'Accord SPS (et le GATT de 1994) parce qu'elle n'était pas "conforme aux normes

7.405. Plus généralement, le fait qu'un instrument donné n'est pas pertinent ou convaincant à certaines fins dans le cadre d'une allégation donnée, selon nous, ne le rend pas *ipso facto* dénué de pertinence à d'autres fins, y compris dans le contexte d'autres aspects de la même allégation. En fait, sa pertinence, le cas échéant, doit être évaluée dans le contexte de chaque allégation spécifique et des fins auxquelles celle-ci a été formulée dans ce contexte. Nous notons à cet égard que toutes les parties aux présentes procédures ont examiné et/ou invoqué la FCTC et certains de ses instruments (y compris, en particulier, les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC)[1231], non seulement dans le cas de l'invocation de la deuxième phrase de l'article 2.5 par l'Australie, mais aussi s'agissant d'autres aspects des allégations des plaignants au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC et de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC. Les parties ont toutefois exprimé des vues différentes sur la pertinence de ces instruments pour l'analyse des allégations qui nous ont été présentées, s'ils ne constituaient pas une "norme internationale" au titre de l'article 2.5 de l'Accord OTC.

7.406. Le Honduras considère que "la seule possibilité envisagée dans l'Accord OTC qui permettrait qu'une norme internationale tempère [l']obligation [au titre de l'article 2.2] est l'article 2.5. Il n'y a pas de disposition OTC qui indique que, même si un instrument particulier ne peut pas être considéré comme une norme internationale pertinente, les groupes spéciaux doivent néanmoins prendre en considération cet instrument dans leur examen au titre de l'article 2.2."[1232] Il estime également que, bien que la FCTC et ses Directives confirment la nocivité du tabagisme et l'existence d'un consensus international sur la légitimité de sa réduction en tant qu'objectif, la question pertinente dont le Groupe spécial est saisi est de savoir si les mesures TPP sont plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire. Étant donné que les Directives de la FCTC ne laissent pas entendre que l'emballage neutre du tabac n'est pas plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire, elles ne sont pas pertinentes pour le présent différend. Le Honduras fait également valoir que les Directives de la FCTC ne sont pas pertinentes car elles ne constituent pas un élément d'interprétation de l'article 2.2 de l'Accord OTC au titre de l'article 31 de la Convention de Vienne (par exemple, un accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation de l'article 2.2 ou une règle pertinente de droit international).[1233] Il ne considère pas non plus que les Directives de la FCTC ont un quelconque rôle à jouer dans l'analyse du Groupe spécial au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, puisque cette disposition ne contient pas de "présomption réfutable" de compatibilité pour les prescriptions spéciales conformes à une "norme internationale".[1234] Le Honduras estime qu'en tant qu'instruments "non contraignants, de droit souple", les Directives de la FCTC, conformément à la Convention de Vienne, ne sont pas pertinentes pour interpréter l'article 20, en particulier les "expressions techniques" telles que "de

internationales", comme l'exige l'article 3:2 de cet accord. La question portée devant l'Organe d'appel était de savoir s'il y aurait des répercussions négatives s'agissant des moyens de défense d'un défendeur contre une allégation de violation de l'article 3:1 de l'Accord SPS, lorsque la mesure en cause ne pouvait pas bénéficier de la présomption de conformité. L'Organe d'appel a précisé que le simple fait que le "Membre imposant [une] mesure ne bénéfici[ait] pas de la présomption de compatibilité accordée au paragraphe 2 de l'article 3" ne signifiait pas que ce Membre était "pénalisé parce qu'un Membre plaignant n'[était] pas exempté de la charge lui incombant normalement de montrer *prima facie* qu'il y [avait] incompatibilité avec l'article 3:1 ou avec n'importe quel autre article pertinent de l'Accord SPS ou du GATT de 1994." Rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 171. Voir aussi *ibid*., paragraphe 102. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la suspension*, paragraphe 532; le rapport du Groupe spécial *Russie – Porcins (UE)*, paragraphes 7.254, 7.261, 7.331 et 7.860; et Brésil, déclaration en tant que tierce partie, paragraphes 4 et 5.

[1231] Le Groupe spécial a également reçu des renseignements concernant la FCTC et les Directives de la FCTC directement de l'OMS et du Secrétariat de la FCTC. Voir plus haut la section 1.6.7.1 en ce qui concerne les documents présentés par l'OMS et le Secrétariat de la FCTC, et la demande de renseignements additionnels adressée par le Groupe spécial.

[1232] Honduras, réponse à la question n° 130 du Groupe spécial, pages 44 et 45.

[1233] Honduras, réponse à la question n° 130 du Groupe spécial, page 45. Voir aussi Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 474. Le Honduras indique également que ni la FCTC ni ses Directives ne peuvent "constituer un moyen de défense contre une violation des Accords de l'OMC, par exemple selon lequel l'emballage neutre serait nécessaire pour se conformer aux Directives de la FCTC [étant donné qu']il est bien établi que l'article XX du GATT peut exempter des mesures incompatibles avec les règles de l'OMC lorsqu'elles sont nécessaires pour assurer le respect de lois nationales compatibles avec les règles de l'OMC, pas du droit international." Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 475 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, paragraphe 75). Voir aussi *ibid.,* paragraphe 474.

[1234] Honduras, réponse à la question n° 130 du Groupe spécial, page. 45. Voir aussi Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 463.

manière injustifiable".[1235] Enfin, il considère que les Directives de la FCTC ne peuvent pas être utilisées comme des données de fait pour démontrer que les mesures TPP sont capables de réaliser l'objectif de l'Australie consistant à améliorer la santé publique car "les bases scientifiques sur lesquelles reposent [ces instruments] ne sont pas claires".[1236]

7.407. La République dominicaine fait valoir que si la présomption énoncée dans la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC n'est pas applicable, les Directives de la FCTC "n'ont d'influence sur aucune des questions de droit ou de fait dont le Groupe spécial est saisi".[1237] Elle rejette en particulier l'idée que l'adoption des Directives de la FCTC "en elles-mêmes" puisse servir d'éléments de preuve indiquant que les mesures TPP "sont conformes à tous les aspects pertinents des critères juridiques applicables" au titre à la fois de l'Accord OTC et de l'Accord sur les ADPIC, étant donné que "[l]es Directives, par exemple, ne démontrent pas que les mesures [TPP] réduiront un jour le tabagisme".[1238] À cet égard, la République dominicaine considère que le Groupe spécial "a le devoir de procéder à une évaluation objective des faits, comme le prescrit l'article 11 du Mémorandum d'accord[, et qu'il] ne peut pas "se dégager" de cette obligation en s'appuyant sur les travaux d'un autre organisme international[, en particulier] lorsque l'autre organisme refuse de partager les éléments de preuve dont il dispose ou l'évaluation qu'il en fait".[1239] "Tout au plus", poursuit la République dominicaine, "les Directives de la FCTC … pourraient confirmer la légitimité de l'emballage neutre en tant que mesure dont l'*objectif* est de promouvoir la santé publique."[1240] La recommandation énoncée dans les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC, à l'effet que les parties envisagent de mettre en œuvre l'emballage neutre, "ne constitue pas une preuve de l'efficacité [de celui-ci] pour réduire le comportement tabagique" et ne peut pas "être plus fiable que les éléments de preuve sur lesquels elle s'appuie".[1241]

7.408. Cuba considère que les Directives de la FCTC "ne sont pas pertinentes" pour l'évaluation du Groupe spécial au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC et de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC.[1242] Elle fait valoir que le système de règlement des différends de l'OMC cherche à

[1235] Honduras, réponse à la question n° 130 du Groupe spécial, pages 45 et 46. Le Honduras indique également que, étant donné qu'elles "vont au-delà des obligations imposées aux [parties à la FCTC]" parce qu'elles ne sont pas prescrites par la FCTC, les mesures TPP de l'Australie, en vertu de la FCTC elle-même (article 2.1), "ne peu[vent] être imposée[s] que si [elles sont] compatible[s] avec le droit international, y compris le droit de l'OMC". Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 472. Le Honduras ajoute également que "le système de règlement des différends de l'OMC a pour objet de "préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés" et de clarifier "ces accords", pas les autres accords internationaux, dont fait partie la FCTC", comme le confirment les articles 3:2 et 19:2 du Mémorandum d'accord et le mandat au titre de l'article 7 du Mémorandum d'accord, qui font référence aux Accords de l'OMC visés. Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 473.

[1236] Honduras, réponse à la question n° 130 du Groupe spécial, page 45. À cet égard, le Honduras rappelle également ses arguments concernant l'absence de renseignements disponibles sur le fondement scientifique pour l'élaboration et l'adoption des Directives de la FCTC. Honduras, première communication écrite, paragraphes 135 à 137. Voir aussi Honduras, réponse à la question n° 70 du Groupe spécial.

[1237] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 917. Voir aussi les réponses à la question n° 89 du Groupe spécial, paragraphe 27; et n° 130, paragraphe 314.

[1238] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 918.

[1239] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 920.

[1240] République dominicaine, réponse à la question n° 130 du Groupe spécial, paragraphe 315. (italique dans l'original)

[1241] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 543. La République dominicaine rappelle que "le Secrétariat de la FCTC a rendu publics les éléments de preuve que la Conférence des Parties a examinés lorsqu'elle a adopté les Directives concernant l'article 11, mais pas les Directives concernant l'article 13" et que "[s]ur les 22 études énumérées [que la Conférence des Parties a examinées lorsqu'elle a adopté les Directives concernant l'article 11], une seule étude, d'une page, traitait de l'emballage neutre". République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 544 (notes de bas de page omises). La République dominicaine estime également que tout "élément de preuve" utilisé par la FCTC pouvait seulement être constitué de recherches prospectives présentant un certain nombre de défauts graves. *Ibid.*, paragraphes 545 et 546. Voir aussi République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 919, note de bas de page 926 et paragraphe 927; et réponses à la question n° 130 du Groupe spécial, paragraphe 316; et n° 66, paragraphe 186.

[1242] Cuba, réponse à la question n° 130 du Groupe spécial, page 17. Cuba considère également que les communications d'*amici curiae* présentées par l'OMS et le Secrétariat de la FCTC sont "dénuées de pertinence" pour le règlement des présents différends, signalant que "la FCTC elle-même n'a pas été signée et/ou ratifiée par tous les Membres de l'OMC", dont Cuba, qui n'est pas partie à la FCTC et n'a pas pris part à l'adoption des Directives de la FCTC. Cuba estime que ses obligations dans le cadre de l'OMC ne peuvent donc pas "être

"préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés" et à clarifier "ces accords", pas les autres accords internationaux, tels que la FCTC.[1243] Elle considère que les Directives de la FCTC "auront peu d'importance" dans les présents différends, même en tant qu'"outil d'interprétation" au titre de la Convention de Vienne.[1244] Selon elle, la question pertinente dans le cadre des règles de l'OMC, c'est-à-dire la question de savoir si la mesure spécifique concernant l'emballage neutre adoptée par l'Australie est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire, ou entrave de manière injustifiable ou enfreint d'une autre manière les droits de marque, n'est pas traitée par la FCTC ni par ses Directives. "Étant donné que la nocivité du tabagisme n'est pas une question qui doit être évaluée dans le présent différend, [la FCTC et ses Directives] ne devraient pas être prises en compte" lors de l'interprétation de l'Accord OTC ou de l'Accord sur les ADPIC dans le contexte des mesures concernant l'emballage neutre.[1245]

7.409. L'Indonésie "reconnaît que les Directives [de la FCTC] sont pertinentes pour le[s] [présents] différend[s] même si elles ne constituent pas une "norme internationale pertinente" au titre de l'article 2.5 de l'Accord OTC".[1246] Cependant, elle estime également que, du fait de leur caractère non contraignant et de leur libellé incitatif, ces directives "ne fournissent pas un contexte pour l'interprétation de l'Accord sur les ADPIC et de l'Accord OTC et rien dans [ces instruments] ne peut supplanter les obligations dans le cadre de l'OMC".[1247] Bien qu'elle note que, en cas de conflit entre ce que recommande la FCTC et ce qu'exige l'OMC, un Membre "doit se conformer à ses obligations dans le cadre de l'OMC"[1248], l'Indonésie indique aussi que "[c]e conflit, heureusement, n'existe pas en l'espèce … puisque, "[s]elon elle, il y a une marge de manœuvre suffisante pour traiter les éléments de l'emballage qui posent problème dans le cadre de la FCTC, tout en respectant quand même toutes les obligations pertinentes dans le cadre de l'OMC."[1249]

7.410. L'Australie considère que, même si le Groupe spécial devait conclure que les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC ne sont pas une norme internationale pertinente au titre de la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC, elles sont quand même "très pertinentes" à "chaque étape de l'analyse" des allégations au titre à la fois de l'Accord OTC et de l'Accord sur les ADPIC.[1250] Elle considère également que, bien que l'Accord OTC incite à ce que les règlements techniques soient conformes aux normes internationales, il "n'impose aucune obligation particulière aux Membres en ce qui concerne la nature et la portée des éléments de preuve sur lesquels ils peuvent s'appuyer avant d'adopter un règlement technique".[1251] Selon elle, les mesures concernant l'emballage neutre du tabac "reflèt[ent] un consensus mondial, au sein de la communauté scientifique et parmi les 180 parties à la FCTC, selon lequel les mesures affectant les perceptions, les intentions et les attitudes des consommateurs à l'égard des produits du tabac

raisonnablement déterminées par référence aux Directives de la FCTC". Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 382 et 383. Voir aussi *ibid.*, paragraphe 361.

[1243] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 355.

[1244] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 356. Voir Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 357 à 359; et réponse à la question n° 130 du Groupe spécial, page 17.

[1245] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 360. Voir aussi Cuba, réponse à la question n° 130 du Groupe spécial, page 17. Cuba fait également valoir que ni la FCTC ni ses Directives non contraignantes n'imposent aucune obligation d'adopter l'emballage neutre du tabac, et note que l'article 2.2 de la FCTC permet "d'imposer des restrictions plus sévères si elles sont compatibles avec les dispositions de la FCTC "et conformes au droit international"". Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 361, 366 à 368 et 370. Cuba note également que, durant les débats pour l'élaboration des Directives concernant l'emballage neutre, "le représentant de l'Australie a indiqué que "dans les Directives, il était proposé que les Parties envisagent d'autres mesures, allant au-delà des prescriptions de la [FCTC]"." *Ibid.*, paragraphe 368 (faisant référence à Conference of the Parties to the WHO Framework Convention on Tobacco Control, Third Session, Durban, South Africa, FCTC/COP/3/REC/3 (17-22 November 2008), page 11).

[1246] Indonésie, réponse à la question n° 130 du Groupe spécial, paragraphe 81.

[1247] Indonésie, réponse à la question n° 130 du Groupe spécial, paragraphe 81. Voir aussi Indonésie, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 20.

[1248] Indonésie, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 21.

[1249] Indonésie, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 23. Voir aussi Indonésie, réponse à la question n° 130 du Groupe spécial, paragraphe 81 (indiquant que "la FCTC et l'OMC devraient être interprétées harmonieusement puisqu'il n'y a pas de conflit entre les obligations dans le cadre de la FCTC et les obligations dans le cadre de l'OMC"); et réponse à la question n° 130 du Groupe spécial, paragraphe 83 (faisant valoir que "le respect des Directives de la FCTC et des obligations dans le cadre de l'OMC peut être assuré par l'imposition de prohibitions ou de restrictions visant uniquement les éléments des produits du tabac et de l'emballage dont il a été montré, sur la base d'éléments de preuve, qu'ils induisaient les consommateurs en erreur ou faisaient augmenter la prévalence").

[1250] Australie, réponse à la question n° 130 du Groupe spécial, paragraphe 204.

[1251] Australie, déclaration finale à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 17.

sont à même de contribuer, dans le cadre d'une politique globale de lutte antitabac, à réduire le comportement tabagique et, en fin de compte, à sauver des vies."[1252]

7.411. Certaines tierces parties ont également traité cette question dans leurs communications ou leurs déclarations.[1253]

7.412. Nous notons qu'il n'est pas inhabituel dans les différends soumis à l'OMC que les parties mentionnent, et que les groupes spéciaux et l'Organe d'appel utilisent, des instruments internationaux autres que ceux de l'OMC en tant qu'éléments de preuve démontrant des faits[1254]

[1252] Australie, déclaration finale à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 24. Voir aussi Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 256; et réponse à la question n° 126 du Groupe spécial, paragraphe 172.

[1253] Le Brésil estime que les Directives de la FCTC devraient être prises en considération en tant que contexte pertinent dans les procédures de groupes spéciaux du système de règlement des différends de l'OMC, en particulier si elles peuvent être considérées comme des normes internationales pertinentes au titre de la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC. Brésil, communication en tant que tierce partie, paragraphes 13 à 17.

L'Union européenne considère que, indépendamment du point de savoir si elles sont ou non une norme internationale pertinente au sens de la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC, les Directives de la FCTC concernant l'emballage neutre doivent se voir accorder un poids approprié dans les présentes procédures. Union européenne, déclaration en tant que tierce partie, paragraphe 12. L'Union européenne observe que l'article 2.2 de l'Accord OTC exige que le Groupe spécial tienne compte des "risques que la non-réalisation entraînerait" et que, pour évaluer ces risques, les éléments pertinents à prendre en considération sont, entre autres, les données scientifiques et techniques disponibles, les techniques de transformation connexes ou les utilisations finales prévues pour les produits. Elle considère que les Directives relèvent de la catégorie ouverte qui est délimitée par la dernière phrase de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Union européenne, réponse à la question n° 8 du Groupe spécial, paragraphe 37. L'Union européenne soutient que, pour évaluer ce risque, les Directives de la FCTC sont "pertinentes", d'autant plus qu'elles concernent précisément les moyens qui, selon l'organisation internationale compétente, permettent de renforcer effectivement la lutte antitabac. Par conséquent, il sera nécessaire que le Groupe spécial les examine et les prenne en compte, indépendamment du point de savoir si elles sont ou non une "norme internationale pertinente" au sens de l'article 2.5 de l'Accord OTC." *Ibid.*, paragraphe 38. Pour ce qui est de l'Accord sur les ADPIC, l'Union européenne considère également qu'il est "important que ces directives internationales fondées sur des éléments de preuve se voient accorder un poids approprié, au moyen de l'interprétation des dispositions [de cet accord] d'une manière qui appuie le droit des Membres de l'OMC de protéger la santé publique." Union européenne, communication en tant que tierce partie, paragraphes 36 à 38.

La Corée estime que, quand bien même "l'objet et le but d'autres accords internationaux ne devraient pas en principe pouvoir compromettre l'interprétation ou l'application des dispositions de l'Accord sur l'OMC, la valeur de la [FCTC] devrait être suffisamment reconnue", du fait qu'elle est "la convention la plus largement ratifiée par les pays membres de l'ONU". Corée, déclaration en tant que tierce partie, paragraphe 5.

L'Uruguay note que, dans les présents différends, trois des Membres plaignants initiaux ont signé la FCTC et ont "joué un rôle dans la rédaction de [ses Directives], comme celles qui concernent l'emballage neutre". Selon lui, même si l'"[o]n pourrait faire valoir que les mesures concernant l'emballage neutre ne sont pas contraignantes dans le cadre de la [FCTC,] [elles] font partie du recueil de règles régies par celle-ci et doivent donc être partagées par ses membres; ces derniers ne devraient pas en principe les remettre en cause ou les compromettre dans d'autres instances." Uruguay, communication en tant que tierce partie, paragraphes 102 et 103.

[1254] Par exemple, dans l'affaire *CE – Amiante*, le Groupe spécial a utilisé des documents émanant de l'OMS et de l'Organisation internationale du travail (OIT) en tant qu'éléments de preuve démontrant qu'une "réglementation restreignant l'usage de l'amiante était prévisible". Rapport du Groupe spécial *CE – Amiante*, paragraphe 8.295. Dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, le Groupe spécial a considéré que diverses sources portées à sa connaissance, y compris certains instruments des Nations Unies et de l'OIT (à savoir, la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones de 1989 et la Convention de l'OIT relative aux peuples indigènes et tribaux vivant dans des pays indépendants de 1989), "prises dans leur totalité comme éléments de preuve factuels", démontraient que la raison d'être de l'inclusion, dans l'interdiction de l'Union européenne concernant les produits dérivés du phoque, d'une exception pour les produits provenant des communautés indigènes était "justifiable". Rapports du Groupe spécial *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 7.295. Le Groupe spécial a expliqué comme suit pour quelles raisons, et dans quel but, il s'était appuyé sur ces instruments:

> En prenant en compte la reconnaissance par les instruments internationaux dans le contexte des Nations Unies et de l'OIT des intérêts des communautés inuites et indigènes, le Groupe spécial est conscient que ces instruments ne sont pas des instruments de l'OMC et qu'ils n'énoncent pas d'obligations dans le cadre de l'OMC en soi. Nous examinons le contenu de ces instruments en tant qu'éléments de preuve présentés par l'Union européenne pour étayer sa position concernant les intérêts des communautés inuites et indigènes, et non en tant qu'obligations juridiques des Membres.

ou pour éclairer l'interprétation de dispositions spécifiques au titre d'un accord visé.[1255] Nous notons également, en particulier, que la FCTC et certaines de ses Directives ont été spécifiquement examinées et utilisées en tant qu'éléments de preuve dans au moins deux différends antérieures soumis à l'OMC, y compris un différend concernant des allégations au titre de l'Accord OTC.

7.413. Dans l'affaire *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, la République dominicaine a cité la FCTC à l'appui de son argument concernant la reconnaissance internationale des vignettes fiscales en tant que méthode légitime pour empêcher la contrebande de cigarettes et la perte de recettes fiscales qui en résultait, en dépit du fait que les deux parties étaient convenues qu'elles n'étaient pas juridiquement liées par elle.[1256] Spécifiquement, elle a fait valoir qu'un système de vignettes fiscales dûment appliqué était nécessaire pour assurer le marquage, la surveillance et la collecte de données en ce qui concerne le commerce transfrontières de cigarettes conformément à la FCTC.[1257] Ce Groupe spécial a pris en compte ces renseignements, ainsi que d'autres qui lui avaient été présentés, pour constater qu'il ne contestait pas l'argument de la République dominicaine selon lequel "les vignettes fiscales [pouvaient] constituer un instrument utile pour surveiller la perception des taxes sur les cigarettes et, à l'opposé, éviter la fraude fiscale".[1258]

7.414. La FCTC et certaines de ses Directives ont également été mentionnées et examinées en détail dans l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* dans le contexte d'allégations au titre de l'Accord OTC.[1259] Dans ce différend, le Groupe spécial, désignant certaines Directives de la FCTC sous le nom de "*Directives partielles* de l'OMS"[1260], a considéré la FCTC comme faisant partie du "contexte factuel général" de la mesure en cause des États-Unis[1261], et a observé qu'il était

---

Ibid., paragraphe 7.295, note de bas de page 475. Voir aussi le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* (s'appuyant sur certaines Directives de la FCTC, examinées plus loin aux paragraphes 7.414 et 7.415).

[1255] Par exemple, dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, l'Organe d'appel s'est appuyé sur plusieurs conventions internationales et instruments internationaux (y compris, entre autres, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (UNCLOS), la Convention sur la diversité biologique (CDB) et la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES)), à l'appui de sa conclusion selon laquelle le sens de l'expression "ressources naturelles épuisables" figurant dans l'article XX g) du GATT de 1994 ne se limitait pas aux seules ressources "non vivantes" (par exemple, minérales). Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphes 130 à 132.

[1256] Comme il est expliqué plus haut, la FCTC a été adoptée en 2003 mais n'est entrée en vigueur qu'en 2005. Voir plus haut le paragraphe 2.96. Le Honduras a signé la FCTC le 18 juin 2004, peu après la deuxième réunion de fond de ce Groupe spécial avec les parties. Voir le rapport du Groupe spécial *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, paragraphes 1.6 et 4.370.

[1257] Voir le rapport du Groupe spécial *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, paragraphe 7.216.

[1258] Voir le rapport du Groupe spécial *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, paragraphes 1.6 et 4.370. En définitive, toutefois, le Groupe spécial a conclu que les incompatibilités avec le GATT des prescriptions relatives aux "vignettes fiscales" pour les cigarettes ne pouvaient pas être justifiées parce qu'elles n'étaient pas nécessaires "[é]tant donné que la République dominicaine n'[avait] pas prouvé la raison pour laquelle d'autres mesures, raisonnablement disponibles, moins incompatibles avec le GATT, ne permettraient pas d'atteindre le niveau d'application même auquel elle [avait] choisi d'arriver". *Ibid.*, paragraphe 7.230. Cette constatation a ensuite été confirmée par l'Organe d'appel. Voir le rapport de l'Organe d'appel *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, paragraphe 128 a). Comme il est expliqué plus haut, la FCTC a été adoptée en 2003 mais n'est entrée en vigueur qu'en 2005. Voir plus haut le paragraphe 2.96.

[1259] Nous notons qu'aucune des parties au différend *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* n'était partie à la FCTC. L'Australie indique également que l'utilisation par le Groupe spécial de certains instruments de la FCTC en tant qu'éléments de preuve démontrant des faits dans l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* constitue un précédent étayant son point de vue selon lequel les instruments de la FCTC peuvent être utilisés d'une manière semblable en ce qui concerne les allégations en cause dans les présentes procédures. Voir, par exemple, Australie, réponse à la question n° 206 du Groupe spécial, paragraphes 409 et 410; et observations sur les réponses des plaignants à la question n° 206 du Groupe spécial, paragraphe 406. Voir aussi Brésil, communication en tant que tierce partie, paragraphes 15 et 16.

[1260] *Directives partielles pour l'application des articles 9 et 10 de la Convention*, adoptées à la quatrième Conférence des Parties à la FCTC, qui s'est tenue à Punta del Este du 15 au 20 novembre 2010. Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 2.30.

[1261] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 2.2. Nous notons également que ce Groupe spécial a utilisé la définition de l'expression "*lutte antitabac*" donnée à l'article 1 d) de la FCTC comme désignant "toute une série de stratégies de réduction de l'offre, de la demande et des effets nocifs visant à améliorer la santé d'une population en éliminant ou en réduisant sa consommation de produits

"conscient[] des importants efforts déployés au niveau international pour limiter le tabagisme dans le contexte de la Convention-cadre de l'Organisation mondiale de la santé sur la lutte antitabac et des *Directives partielles* de l'OMS."[1262] Il s'est en outre appuyé sur certaines Directives de la FCTC[1263] pour corroborer sa conclusion selon laquelle "dans l'esprit des jeunes, les cigarettes aromatisées, y compris celles aromatisées aux clous de girofle ou au menthol, [étaient] semblables".[1264] Le Groupe spécial, ayant noté que "[l]es deux parties sembl[aient] convenir que les *Directives partielles* de l'OMS [étaient] potentiellement pertinentes pour le différend", a souscrit au point de vue des États-Unis selon lequel celles-ci "ne s'appliqu[aient] pas nécessairement directement aux besoins réglementaires particuliers d'un pays donné".[1265] Toutefois, il a également constaté ce qui suit au sujet des Directives de la FCTC en cause:

> "[S]'appuyant sur les meilleures données scientifiques disponibles et sur l'expérience des Parties", ces directives montrent effectivement qu'il existe un consensus croissant au sein de la communauté internationale en faveur du renforcement des politiques de lutte antitabac par une réglementation de la composition des produits du tabac, y compris les additifs qui rendent les cigarettes plus attractives et en améliorent le goût. Par conséquent, nous estimons que les *Directives partielles* de l'OMS corroborent notre interprétation.[1266]

7.415. Ce Groupe spécial a en outre utilisé certaines Directives de la FCTC dans son analyse au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC[1267] en tant qu'éléments de preuve "confirm[ant] [son] interprétation"[1268] selon laquelle "il y [avait] de nombreuses preuves scientifiques étayant la conclusion selon laquelle une interdiction des cigarettes aux clous de girofle et d'autres cigarettes aromatisées pourrait contribuer à réduire le tabagisme chez les jeunes"[1269], en dépit du fait que la mesure recommandée n'était pas expressément identifiée dans la FCTC elle-même.[1270] Nous notons également que le Groupe spécial a utilisé des Directives de la FCTC particulières en tant qu'éléments de preuve factuels étayant certaines constatations au titre à la fois de l'article 2.1 et de l'article 2.2 de l'Accord OTC, en dépit du fait qu'il convenait avec les parties que, aux fins de ce

---

du tabac et l'exposition de celle-ci à la fumée du tabac". Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 2.1, note de bas de page 3.

[1262] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.4. La FCTC et certaines de ses Directives ont également été décrites dans la section relative au "contexte factuel" du rapport du Groupe spécial. En appel, bien que l'Organe d'appel n'ait pas expressément fait référence à la FCTC, il a "reconn[u] l'importance des efforts déployés par les membres de l'Organisation mondiale de la santé pour la lutte antitabac". Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 235.

[1263] Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 7.229 à 7.231.

[1264] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.232.

[1265] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.230.

[1266] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.230.

[1267] Il n'a pas été fait appel des constatations du Groupe spécial concernant l'article 2.2 de l'Accord OTC. Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 9.

[1268] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.414. Le Groupe spécial s'est également appuyé sur un rapport de l'OMS de 2007 intitulé "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation" (Fondement scientifique de la réglementation des produits du tabac). Ce rapport a été élaboré par un groupe d'étude, établi conformément à la FCTC, qui était composé de onze experts en la matière et assisté par un secrétariat. Voir *ibid*., paragraphe 7.413.

[1269] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.415. Nous notons également que, dans ce différend, l'Indonésie a également fait référence à diverses mesures énoncées dans la FCTC "qui vis[aient] à empêcher la vente de cigarettes aux mineurs" dans sa liste des solutions de rechange moins restrictives pour le commerce disponibles pour remplacer l'interdiction des États-Unis visant les cigarettes aux clous de girofle. *Ibid*., paragraphe 7.317. Les États-Unis ont répondu que "la simple énumération d'un certain nombre de restrictions différentes tirées … de la FCTC ne permet[tait] pas à l'Indonésie de s'acquitter de la charge qui lui incomb[ait] de prouver qu'il exist[ait] une mesure moins restrictive pour le commerce qui réaliserait leur objectif au niveau de protection qu'ils jug[aient] approprié". *Ibid*., paragraphe 7.324. Le Groupe spécial partageait l'avis des États-Unis à cet égard. *Ibid.*, paragraphes 7.420 à 7.423.

[1270] "Enfin, bien qu'une interdiction des cigarettes aromatisées ne compte pas parmi les diverses mesures énoncées dans la [FCTC] elle-même, nous rappelons que prohiber la vente de cigarettes aromatisées est en fait l'une des mesures qui sont désormais recommandées dans les *Directives partielles* de l'OMS". Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.427.

différend, il n'existait pas de "norme internationale pertinente" au titre ni de l'article 2.4 ni de la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC.[1271]

7.416. Dans les présentes procédures, la FCTC et ses Directives ont été mentionnées en tant qu'éléments de preuve à l'appui d'arguments spécifiques non seulement par l'Australie, mais également par certains plaignants.[1272] Nous ne voyons rien qui permette de rejeter *ex ante* la pertinence de ces instruments, sur la base uniquement du fait qu'ils ne constituent pas une "norme internationale" aux fins de la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC. En particulier, nous ne voyons pas de raison de supposer que la FCTC, qui a été adoptée par 180 pays[1273], ainsi que ses instruments connexes adoptés sous son égide, ne pourrait pas éclairer, conjointement aux autres éléments de preuve pertinents qui nous ont été présentés, notre interprétation des aspects pertinents des questions sur lesquelles ils portent, à savoir les "mesures de lutte antitabac … en vue de réduire …la prévalence du tabagisme".[1274] Notre détermination figurant plus haut en ce qui concerne la deuxième phrase de l'article 2.5 est donc sans préjudice de la pertinence et de la valeur probante qui doivent être accordées à la FCTC et à ses instruments connexes, dans le contexte des autres aspects de notre analyse des allégations qui nous ont été présentées.[1275]

7.417. Enfin, nous souhaitons souligner que toute évaluation et observation que nous faisons dans le cadre de la présente section, ou de toute autre section des présents rapports, concernant la FCTC, ses Directives ou tout autre instrument de la FCTC, a pour seul but de résoudre les questions de droit et de fait spécifiques dont nous sommes saisis dans les présentes procédures, en relation avec les allégations qui nous ont été présentées au titre des Accords de l'OMC visés pertinents et conformément à notre mandat limité prévu par le Mémorandum d'accord.

7.418. Ayant déterminé que les mesures TPP ne bénéficiaient pas d'une présomption réfutable au titre de la deuxième phrase de l'article 2.5 selon laquelle elles ne sont pas plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire, nous poursuivons notre analyse au titre de l'article 2.2, conformément à l'approche exposée plus haut dans la section 7.2.2.

[1271] Comme nous l'avons déjà noté plus haut à la note de bas de page 928, dans l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, le Groupe spécial n'a pas commencé son évaluation de l'allégation au titre de l'article 2.2 en partant "de la présomption réfragable que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle n'[était] pas un obstacle non nécessaire au commerce", reconnaissant que les parties convenaient qu'il n'existait pas de "norme internationale pertinente" au sens de la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC. Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.331 (cité dans Honduras, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 147 du Groupe spécial, paragraphe 40; et dans Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 179, 180 et 188). Voir aussi *ibid.*, paragraphe 7.458 et note de bas de page 831 (où le Groupe spécial conclut que, "[c]ompte tenu des faits en l'espèce et de l'absence de toutes "normes internationales pertinentes", il n'apparaît pas que [l'article 2.4 de l'Accord OTC] présente une quelconque pertinence").

[1272] Par exemple, le Honduras et Cuba citent l'article 11 de la FCTC dans leurs argumentations concernant les effets "d'usure" des mises en garde sanitaires explicites. Honduras, réponse à la question n° 126 du Groupe spécial, page 38 et note de bas de page 148; deuxième communication écrite, paragraphe 51 et note de bas de page 50; et Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 155 et note de bas de page 56. La République dominicaine fait également référence à l'article 11 de la FCTC à l'appui d'une assertion selon laquelle les mises en garde sanitaires explicites visent à faire en sorte que les individus ne méconnaissent pas les risques du tabagisme pour la santé. République dominicaine, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 148 du Groupe spécial, paragraphe 87 et note de bas de page 105. La République dominicaine s'appuie également sur les Directives concernant l'article 11 de la FCTC pour examiner l'importance relative des faces avant et arrière d'un paquet par rapport aux côtés et la relation entre la taille des mises en garde sanitaires et leur efficacité. République dominicaine, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 204 du Groupe spécial, paragraphe 891 et note de bas de page 958, et paragraphe 897 et note de bas de page 973.

[1273] OMS/FCTC, demande d'autorisation de communiquer des renseignements) (pièce AUS-42 (révisée)), paragraphe 7; et OMS/FCTC, mémoire d'*amici curiae* (pièce AUS-42 (révisée)), paragraphe 12. Voir aussi plus haut les paragraphes 2.97 et 7.250, et la note de bas de page 907.

[1274] FCTC (pièces AUS-44, JE-19), article 3, intitulé "Objectif". Nous notons également que certains des plaignants font valoir que la FCTC et ses Directives ne sont pas pertinentes en dehors de leur utilisation aux fins de la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC, entre autres parce qu'elles ne sont pas pertinentes pour clarifier, conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public, les dispositions pertinentes des accords visés qui font l'objet des allégations qui nous ont été présentées. Nous notons toutefois que personne, dans les présentes procédures, n'a fait valoir que la FCTC ou ses Directives éclairaient l'interprétation d'une disposition spécifique des accords visés qui nous ont été présentés.

[1275] Voir aussi plus haut la note de bas de page 893.

7.419. Ayant déterminé que l'objectif recherché par les mesures TPP était d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits, et que cet objectif était légitime au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC, nous devons à présent effectuer une analyse relationnelle de différents facteurs, y compris le degré auquel les mesures TPP contribuent à cet objectif, la mesure dans laquelle celles-ci sont restrictives pour le commerce, ainsi que la nature des risques liés à la non-réalisation de l'objectif recherché et la gravité des conséquences qui découleraient de cette non-réalisation.

7.420. Nous notons qu'*a priori*, il n'y a pas d'ordre particulier requis dans tous les cas de l'examen des trois facteurs susmentionnés de l'"analyse relationnelle". Cependant, dans les circonstances de l'espèce, nous jugeons approprié d'examiner d'abord le degré de contribution des mesures TPP à leur objectif, dans la mesure où il peut y avoir une corrélation entre la mesure dans laquelle les mesures contribuent à cet objectif et leur caractère restrictif pour le commerce. À cet égard, sans préjudice de notre analyse ultérieure de cette question, nous notons l'observation de l'Australie selon laquelle les mesures TPP auront un effet limitatif sur le commerce global des produits du tabac car "i) la mesure réduira la consommation de produits du tabac (en décourageant les personnes de commencer à fumer et de récidiver, et en les encourageant à arrêter); et ii) étant donné que les importations représenteront bientôt la totalité du marché des produits du tabac de l'Australie, avec un abandon progressif de la production nationale, une réduction de la consommation de produits du tabac limitera nécessairement le commerce global des produits du tabac".[1276]

7.421. Compte tenu de la relation potentielle, telle qu'identifiée par l'Australie elle-même, entre la contribution des mesures à leur objectif et leur effet sur le commerce, nous examinerons d'abord la contribution des mesures à leurs objectifs, puis leur caractère restrictif pour le commerce. Nous identifierons également la nature et la gravité des risques liés à la non-réalisation de l'objectif recherché par l'Australie au moyen de ces mesures.

7.422. Ces divers facteurs éclaireront la suite de notre évaluation, selon qu'il sera pertinent, de la question de savoir si les plaignants ont montré qu'il y avait des mesures de rechange *moins* restrictives pour le commerce raisonnablement disponibles pour l'Australie, qui apporteraient une contribution équivalente à son objectif, de sorte que les mesures TPP seraient *plus* restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire au sens de l'article 2.2.

7.2.5.3 Degré de contribution des mesures TPP à leur objectif

7.423. Ayant déterminé que l'objectif recherché par les mesures TPP était d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits, et que cet objectif était légitime au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC, nous examinons à présent la mesure dans laquelle les mesures TPP contribuent à cet objectif. Cette contribution "doit être déterminée objectivement et, ensuite, évaluée en même temps que les autres facteurs mentionnés à l'article 2.2".[1277] En particulier, "un groupe spécial [doit] s'efforcer de déterminer à quel degré, à supposer qu'il le fasse, le règlement technique contesté, tel qu'il [est] libellé et appliqué, contribu[e] effectivement à l'objectif légitime poursuivi par le Membre".[1278]

7.424. Dans la présente section, nous cherchons donc à déterminer le degré auquel les mesures TPP, telles qu'elles sont libellées et appliquées, contribuent, à supposer qu'elles le fassent, à l'objectif légitime de l'Australie d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits.

7.425. Les parties ont présenté de très nombreux arguments et éléments de preuve à l'appui de leurs positions respectives en ce qui concerne l'existence d'une contribution des mesures TPP à leur objectif et le degré de cette contribution. Elles ont également des avis différents sur l'approche qu'il faudrait adopter pour cette évaluation. Par conséquent, nous examinons d'abord l'approche globale que nous suivrons pour procéder à cette évaluation.

[1276] Australie, réponse à la question n° 119 du Groupe spécial.
[1277] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 461.
[1278] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 461. (note de bas de page omise)

7.2.5.3.1 Aperçu des arguments des parties

7.426. Le Honduras fait valoir que les mesures TPP n'apportent aucune contribution à l'objectif de l'Australie et qu'elles ne sont pas à même de le faire. Il fait valoir que les éléments de preuve sur lesquels l'Australie s'est appliquée, tant au moment de l'adoption des mesures que par la suite, n'étaient ni pertinents ni probants.[1279] Il fait valoir que les études sur lesquelles l'Australie s'est appuyée étaient gravement viciées, au point qu'aucun gouvernement ne devrait les considérer comme des données scientifiques sérieuses.[1280] Il indique qu'il a fourni, avec d'autres plaignants, de solides éléments de preuve à l'aide de données sur le marché et sur les ventes qui confirment l'absence de contribution des mesures TPP depuis leur adoption.[1281]

7.427. Le Honduras indique que les données sur le marché montrent que les mesures TPP n'ont pas réduit la prévalence du tabagisme ni la consommation de tabac. Il fait en outre valoir que des principes de sciences sociales confirment que les mesures non seulement ne peuvent pas réduire la prévalence du tabagisme mais feront en réalité augmenter la consommation, et que la théorie économique indique qu'en imposant une apparence uniforme à tous les produits du tabac, l'emballage neutre décourage la fidélité des consommateurs aux marques, augmentant de fait la concurrence par les prix dont la conséquence inévitable est l'augmentation de la demande.[1282]

7.428. Le Honduras fait en outre valoir que les sciences médicales démontrent également que les mesures TPP ne contribueront pas à une réduction de la prévalence. La prévalence du tabagisme se détermine par une évaluation des différents types de comportement, c'est-à-dire la question de savoir si les personnes ont commencé à fumer (*initiation*), si elles ont arrêté de fumer (*sevrage)* et si elles se remettent à fumer après une période d'abstinence (*récidive)*.[1283] Le tabagisme est une pratique complexe, multidimensionnelle, avec des mobiles bien documentés sans aucun rapport avec l'emballage du produit.[1284] Le Honduras soutient également que le sevrage et la récidive ont des mobiles bien documentés qui sont plus complexes que la simple apparence des produits du tabac ou qu'un emballage attrayant.[1285] L'emballage neutre ne traite pas les facteurs idiosyncrasiques qui influencent la prise de décision chez les adolescents et, par conséquent, ne peut pas les décourager de commencer à fumer. Il est improbable que la modification de l'emballage dans lequel les cigarettes sont fournies contrecarre les principales motivations qui poussent un adolescent à fumer, qui proviennent de l'acte de fumer lui-même et non du paquet de tabac.[1286] En outre, il est possible que l'aura de mystère, de risque ou de transgression suscitée par les mesures TPP puisse inciter les jeunes à fumer.[1287]

7.429. Le Honduras précise en outre que l'Australie s'appuie d'une manière inappropriée sur des théories du comportement pour faire valoir que les mesures TPP contribueront à leur objectif via une chaîne de causalité selon laquelle l'emballage neutre a une incidence sur trois mécanismes qui, à leur tour, sont supposés avoir une incidence sur le comportement tabagique. Même si les mesures TPP devaient amoindrir l'attrait et augmenter la perception des risques liés aux produits du tabac, elles pourraient très bien ne pas affecter le comportement tabagique final. Les théories ne peuvent pas démontrer ni prouver qu'il y a un lien entre des concepts autres que comportementaux, par exemple les variables de "substitution", comme les attitudes, les opinions, les intentions déclarées ou les perceptions relatives à un paquet de cigarettes, et que les

[1279] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 33.
[1280] Honduras, première communication écrite, paragraphe 888.
[1281] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 36.
[1282] Honduras, première communication écrite, paragraphes 345 à 398 et 888 (faisant référence au rapport IPE (pièce DOM-100); au rapport Klick (pièce UKR-5); au rapport Gibson (pièce DOM-92); et aux données empiriques au niveau des États et au niveau fédéral de l'Australie); deuxième communication écrite, paragraphes 58 à 61 et 100 à 121; et réponse à la question n° 199 du Groupe spécial.
[1283] Honduras, première communication écrite, paragraphe 403.
[1284] Honduras, première communication écrite, paragraphes 442 et 888; et deuxième communication écrite, paragraphe 211 (faisant référence au rapport Fischer (pièce DOM/HND-7)).
[1285] Honduras, première communication écrite, paragraphe 442.
[1286] Honduras, première communication écrite, paragraphes 404 à 425 (faisant référence au rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6); deuxième communication écrite, paragraphes 210 à 213 (faisant référence au contre-rapport Steinberg (pièce DOM/HND-10), entre autres).
[1287] Honduras, première communication écrite, paragraphe 441 (faisant référence au rapport Satel (pièce UKR-7); rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6); et Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 210 à 213.

participants aux études arrêteraient de fumer ou fumeraient moins si seuls des paquets neutres étaient disponibles.[1288]

7.430. Le Honduras fait valoir que la comparaison faite par l'Australie entre l'emballage du tabac et la publicité pour le tabac est inapplicable sur le marché discret de l'Australie et lorsqu'il y a une mise en garde sanitaire explicite dominante sur l'emballage. L'emballage ne constitue pas une promotion ou une publicité selon les principes fondamentaux de la science marketing. Quand bien même ce serait le cas, il est difficile de concevoir qu'une personne prendrait la décision importante de devenir fumeur simplement parce qu'elle a été attirée par le paquet. Tout au plus, l'emballage pourrait convaincre quelqu'un, qui est déjà fumeur, d'opter pour une autre marque de produits du tabac. Ensuite, la théorie économique indique qu'en imposant une apparence uniforme à tous les produits du tabac, les mesures TPP créent un marché dans lequel les producteurs doivent rivaliser sur les prix, ce qui fait baisser les prix et augmenter la demande et la prévalence.[1289]

7.431. Dans le cadre du droit de l'OMC, la réglementation nationale doit être objectivement justifiable et, s'il y a lieu, fondée sur des preuves objectives et scientifiques.[1290] Selon le Honduras, les études mentionnées par l'Australie, avant et après la mise en œuvre des mesures TPP, pour justifier son opinion selon laquelle ces dernières contribueront à une réduction du tabagisme, manquent de rigueur scientifique et sont entachées de nombreux vices qui jettent le doute sur l'objectivité scientifique des recherches et des auteurs.[1291] Les études de l'Australie reposaient sur des autodéclarations non fiables au sujet de possibles intentions comportementales sur la base desquelles les auteurs des études ont formulé des conclusions injustifiées.[1292] Aucun gouvernement ne devrait considérer les études sur lesquelles l'Australie s'est appuyée comme des données scientifiques fiables.[1293]

7.432. Le Honduras fait valoir qu'il serait raisonnable d'attendre, et de fait les éléments de preuve antérieurs à la mise en œuvre l'ont prévu, qu'une intervention telle que l'emballage neutre montre son incidence dans les deux premières années de sa mise en œuvre.[1294] Il fait valoir que l'argument de l'Australie selon lequel les mesures TPP sont censées produire des résultats dans le temps et en combinaison avec d'autres mesures est intéressé et n'est pas étayé par des éléments de preuve qualitatifs ou quantitatifs indiquant que les mesures sont "à même" d'apporter une contribution importante, comme il est exigé.[1295] La nature, les principes de base et la conception des mesures ne sont pas à même de contribuer à modifier le comportement tabagique à court ou à long terme parce qu'ils ne traitent pas les mobiles du tabagisme.[1296] En outre, on sait bien qu'une mesure de lutte antitabac qui n'est pas fondée sur les prix produit le plus d'effet à court terme et subit un effet "d'usure", qui a déjà été observé par les chercheurs en Australie.[1297]

7.433. Le Honduras fait valoir que les éléments de preuve empiriques concernant l'effet réel d'une mesure sur le comportement sont les meilleurs éléments de preuve par rapport auxquels il

[1288] Honduras, première communication écrite, paragraphes 462, 463, 484 et 494 (faisant référence à l'examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4) et au rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3)); deuxième communication écrite, paragraphes 142 à 156 (faisant référence au rapport Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-3) et au rapport supplémentaire Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-4); et réponse à la question n° 202 du Groupe spécial.

[1289] Honduras, première communication écrite, paragraphes 443 à 454 et 888 (faisant référence au rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-5) et au rapport Winer (pièce UKR-9)); et deuxième communication écrite, paragraphes 36 et 201 à 209 (faisant référence au contre-rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-14), entre autres).

[1290] Honduras, première communication écrite, paragraphe 459 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la suspension*, paragraphe 591).

[1291] Honduras, première communication écrite, paragraphes 455 et 457.

[1292] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 33.

[1293] Honduras, première communication écrite, paragraphe 888.

[1294] Honduras, première communication écrite, paragraphes 343 et 344 (faisant référence à Pechey *et al.* 2013 (pièce JE-24(51)). Voir aussi Honduras, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 160 du Groupe spécial.

[1295] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 40, 43 et 44 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*). Voir aussi Honduras, réponse à la question n° 126 du Groupe spécial.

[1296] Honduras, déclaration finale à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 16; et deuxième communication écrite, paragraphe 53.

[1297] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 28, 51 et 126 (faisant référence à Zacher *et al.* 2015 (pièces AUS-223 (révisée), DOM-287)). Voir aussi Honduras, réponse à la question n° 126 du Groupe spécial, section a.

convient de vérifier si les principes de base, la structure et la conception de la mesure sont à même de contribuer à l'objectif. Des éléments de preuve empiriques fiables et probants démontrant l'absence d'une incidence réelle des mesures, plus de deux ans et demi après leur introduction, sont disponibles et ils doivent être privilégiés dans l'analyse.[1298] L'Australie ne peut pas valablement se focaliser uniquement sur des théories alors que les données de fait sont suffisantes pour évaluer l'incidence des mesures.[1299]

7.434. La République dominicaine indique que l'Australie a proposé un cadre conceptuel dans lequel les mesures contribuaient à leur objectif à un moment indéterminé dans le futur via la chaîne d'effets suivante: les mesures fonctionneront au moyen de trois mécanismes (l'attrait, l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et la nature à induire en erreur); puis, les modifications de ces trois mécanismes auront, à leur tour, un effet défavorable sur les croyances, les attitudes et les intentions (y compris les perceptions et les connaissances des dangers du tabagisme, le plaisir de fumer et les intentions de fumer); et ces modifications agiront en fin de compte comme des antécédents du comportement et réduiront le tabagisme. L'Australie et ses experts affirment que des modifications du comportement tabagique découleront inévitablement d'une modification des croyances, des attitudes et/ou des intentions. La République dominicaine fait valoir que cette hypothèse repose sur des erreurs d'appréciation fondamentales concernant les théories du comportement.[1300]

7.435. En outre, les recherches invoquées par l'Australie pour étayer ses hypothèses présentent de nombreux vices de méthode graves qui font qu'elles ne sont ni fiables ni probantes. L'application de critères de rigueur méthodologique, utilisés pour les recherches en sciences sociales sur les comportements des consommateurs, au corpus des publications étudiant les effets prévus de l'emballage neutre sur le comportement fait apparaître des vices rédhibitoires. Selon la République dominicaine, ces vices incluent a) la mesure de résultats distants, comme l'attrait visuel, les croyances ainsi que les attitudes et les intentions à l'égard du tabagisme, plutôt que des comportements tabagiques effectifs; b) le recours à des plans d'étude non expérimentaux ne permettant de formuler aucune conclusion en ce qui concerne l'effet de l'emballage neutre sur le résultat mesuré; et c) d'autres défauts méthodologiques qui font que les résultats des études peuvent être influencés par des facteurs autres que l'intervention liée à l'emballage neutre.[1301] Par ailleurs, le processus suivant lequel les travaux de recherche à l'appui de l'emballage neutre ont été élaborés soulève de sérieuses questions au sujet de leur objectivité et de leur fiabilité.[1302]

7.436. La République dominicaine rejette également l'analogie que l'Australie fait entre l'emballage du tabac et la publicité pour le tabac, selon laquelle 1) la publicité pousse les gens à fumer; 2) l'emballage est une forme de publicité; et 3) la suppression des marques sur l'emballage "*peut* affecter" le comportement tabagique. Elle conteste la comparaison entre la surface réduite de l'emballage qui n'est pas couverte par les mises en garde sanitaires explicites et la publicité traditionnelle, et affirme que même avant l'introduction des mesures TPP, l'emballage en Australie offrait un attrait négatif, par opposition à la publicité traditionnelle, qui communique des messages très positifs. Selon le propre expert de l'Australie, les effets de l'emballage neutre sur la demande ne peuvent pas être déterminés par analogie avec les effets de la publicité traditionnelle sur la demande.[1303]

7.437. La République dominicaine soutient également que des axiomes largement admis dans les sciences médicales et les sciences sociales confirment que les mesures TPP ne seront pas efficaces pour réaliser les buts déclarés de l'Australie. L'emballage de marque répond à des objectifs

[1298] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 38 et 50. Voir aussi Honduras, réponse à la question n° 71 du Groupe spécial; et observation sur la réponse de l'Australie à la question n° 160 du Groupe spécial.

[1299] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 145.

[1300] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 13 et 14 (faisant référence au rapport Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-3)). Voir aussi République dominicaine, déclaration finale à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 12; et réponse à la question n° 2 du Groupe spécial, section A.

[1301] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 56 à 65 (faisant référence à l'examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4); et au rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3)).

[1302] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 68 à 80.

[1303] République dominicaine, déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 43 à 50 (faisant référence au rapport Dubé (pièce AUS-11)); et réponse à la question n° 102 du Groupe spécial, paragraphes 92 à 99.

d'identification et de différenciation des produits. Il ne modifie pas la taille globale du marché du produit.[1304] L'emballage neutre ne réduira pas non plus l'initiation au tabagisme car les adolescents ont une propension à adopter des comportements à risque et sont attirés par la cigarette en raison des gratifications sociales liées à l'adoption du comportement lui-même, et non d'un quelconque emballage destiné aux consommateurs.[1305] De même, l'emballage neutre ne fera pas augmenter le sevrage tabagique ni ne découragera la récidive car ces comportements ne sont pas déterminés par l'emballage.[1306]

7.438. La République dominicaine observe que le poids relatif accordé par un groupe spécial à des éléments de preuve relatifs à la structure et à la conception d'une mesure, d'une part, et à son fonctionnement, ou son application, attendu ou effectif, d'autre part, est nécessairement spécifique à chaque cas et influencé par des variables, y compris les éléments de preuve disponibles, la pertinence de ces éléments de preuve, et la nature des allégations et des arguments des parties.[1307] Les éléments de preuve relatifs au fonctionnement effectif peuvent révéler que la conception et la structure d'une mesure sont erronées ou qu'elles ne fonctionnent pas comme prévu, et ne sont donc pas probantes pour la question de savoir si la mesure contribue à son objectif. La République dominicaine fait valoir que, à ce stade, les éléments de preuve relatifs au fonctionnement effectif sont de loin plus utiles que de simples attentes.[1308] Les données empiriques du monde réel, qui ne sont pas des données partisanes ou prévisionnelles, permettent une évaluation objective des effets réels d'une modification de l'apparence des produits du tabac et de leur emballage sur le comportement, et sont les éléments de preuve les plus fiables et les plus crédibles dont dispose le Groupe spécial pour évaluer la contribution que ces mesures apportent à la réalisation de leur objectif.[1309] Sur la base de données portant sur près de trois années dont elle disposait au moment de sa communication, la République dominicaine fait valoir qu'il n'y a pas d'élément de preuve indiquant que les mesures TPP ont des effets statistiquement significatifs sur la prévalence ou la consommation.[1310] Une enquête menée par l'Australie, conçue pour évaluer le fonctionnement effectif des mesures TPP après la mise en œuvre, révèle également, "hormis certains changements patents dans l'attrait du paquet et le relief des mises en garde sanitaires qui ont plus que doublé de taille", une absence constante d'éléments de preuve indiquant des modifications de ce que l'on appelle les antécédents du comportement tabagique. En outre, l'"incidence plutôt limitée des politiques que nous avons observée jusqu'à présent aura tendance à diminuer avec le temps". Par conséquent, les mesures TPP n'ont modifié ni les antécédents du comportement tabagique ni le comportement tabagique lui-même.[1311] De l'avis de la République dominicaine, la réalité du fonctionnement effectif est que les mesures TPP "n'ont répondu aux attentes ni des chercheurs dans le domaine de la lutte antitabac ni du gouvernement australien".[1312]

7.439. La République dominicaine fait valoir que les mesures TPP ne peuvent plus être justifiées par des prévisions à court terme fondées sur des recherches qui ne se sont pas matérialisées sur une longue période.[1313] L'assertion de l'Australie selon laquelle l'incidence de l'emballage neutre du

[1304] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 81 et 82 (faisant référence au rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-5).

[1305] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 83 (faisant référence au rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6); réponse à la question n° 102 du Groupe spécial, paragraphes 87 et 88.

[1306] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 84 (faisant référence au rapport Fischer (pièce DOM/HND-7)).

[1307] République dominicaine, réponse à la question n° 71 du Groupe spécial.

[1308] République dominicaine, réponse à la question n° 2 du Groupe spécial, paragraphe 21; première communication écrite, paragraphes 555 et 556; et deuxième communication écrite, paragraphes 310 à 312.

[1309] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 47 à 55, 430 et 555 à 558 (faisant référence au rapport IPE (pièce DOM-100); et au rapport Klick (pièce UKR-5)). Voir aussi République dominicaine, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 206 du Groupe spécial, paragraphe 313.

[1310] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 11 et 12 (faisant référence au rapport IPE actualisé (pièce DOM-303); et au rapport List (DOM/IDN-1)); et réponse à la question n° 199 du Groupe spécial (faisant référence au troisième rapport IPE actualisé (pièce DOM-375)).

[1311] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 16 à 25 (citant le rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-2)); et réponse sur la question n° 146 du Groupe spécial, paragraphe 6.

[1312] République dominicaine, réponse à la question n° 71 du Groupe spécial, paragraphes 345 et 348.

[1313] République dominicaine, déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 55. Voir aussi République dominicaine, réponse à la question n° 126 du Groupe spécial, paragraphe 279.

tabac sur les taux de tabagisme sera plus prononcée à long terme doit être étayée par des éléments de preuve solides et ne peut pas faire l'objet de spéculations. Pour faire en sorte que les Membres de l'OMC ne puissent se soustraire à l'examen de leurs mesures restrictives en affirmant simplement que les effets se manifesteront à long terme, au-delà du calendrier de la procédure de groupe spécial, l'Organe d'appel a expliqué, dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés,* que les allégations d'effets futurs devaient être clairement définies et rigoureusement vérifiées. La voie à suivre doit être déterminée par "des *projections quantitatives* pour l'avenir, ou … un *raisonnement qualitatif* fondé sur un ensemble d'hypothèses qui sont *vérifiées et étayées par des éléments de preuve suffisants*". L'Australie n'a présenté ni l'un ni l'autre. En fait, les éléments de preuve sur lesquels elle s'appuie prévoyaient que l'effet de l'emballage neutre se serait matérialisé à l'heure qu'il est et qu'il ne faiblirait qu'avec le temps.[1314]

7.440. Cuba fait valoir que les données postérieures à la mise en œuvre sur la consommation et la prévalence démontrent que les mesures TPP n'ont pas contribué à faire baisser la consommation de tabac en Australie. L'analyse complémentaire des données, effectuée par un certain nombre d'experts indépendants, n'apporte pas d'éléments de preuve indiquant une incidence sur la prévalence ou la consommation, ni au sein de la population de l'Australie dans son ensemble, ni au sein des sous-groupes pertinents qui préoccupent le plus les experts de la santé.[1315] Les enquêtes après mise en œuvre effectuées par l'Australie elle-même ne montrent pas non plus que les mesures TPP ont eu une incidence sur les mécanismes qui, selon elle, entraîneront une modification du comportement tabagique.[1316] Finalement, il n'y a pas de meilleur critère pour l'efficacité d'une politique que sa mise en œuvre dans le monde réel. Les données postérieures à la mise en œuvre sur la prévalence et la consommation doivent être considérées comme des éléments de preuve déterminants pour la question de savoir si les mesures TPP peuvent effectivement atteindre le but qu'elles visent. Des hypothèses abstraites et des conclusions conjecturales ne seront pas suffisantes face à des éléments de preuve crédibles montrant les effets réels des mesures.[1317] Étant donné qu'il n'y a même pas eu d'effet "de choc" à court terme et qu'il est largement admis que les communications en matière de santé subissent un "effet d'usure", tout effet à long terme sur le comportement tabagique est irréaliste.[1318]

7.441. Cuba fait également valoir que la justification de l'Australie en ce qui concerne l'adoption des mesures TPP était erronée, ce qui révèle pourquoi les mesures ont été inefficaces. Les études sur lesquelles l'Australie s'appuie ne fournissent pas une base fiable permettant de conclure que les mesures TPP réduiront la consommation de tabac. Aucune de ces études ne mesure la consommation effective de tabac. Elles utilisent des plans de recherches qui laissent subsister des doutes considérables quant à la fiabilité de toute conclusion tirée et ont été mises en œuvre d'une manière qui suscite d'autres préoccupations d'ordre méthodologique.[1319] En outre, les recherches portant sur les principaux déterminants de l'initiation, du sevrage et de la récidive indiquent que l'emballage du tabac n'est pas un facteur important.[1320]

7.442. Cuba fait valoir que l'argument de l'Australie selon lequel les mesures TPP "réduisent l'attrait des produits du tabac pour les consommateurs" est erroné. Premièrement, les études

[1314] République dominicaine, réponse à la question n° 126 du Groupe spécial, paragraphes 273 à 299; et deuxième communication écrite, paragraphes 363 à 368. (italique dans l'original)

[1315] Cuba, première communication écrite, paragraphes 95 à 144; et deuxième communication écrite, paragraphes 112 à 115 et 266 à 284 (faisant référence au rapport IPE (pièce DOM-100); au rapport Klick (pièce UKR-5); au contre-rapport Klick (pièce HND-118); et au rapport Gibson (pièce DOM-92), entre autres). Voir aussi Cuba, réponse à la question n° 199 du Groupe spécial (faisant référence au contre-rapport supplémentaire Klick (pièce HND-122), entre autres).

[1316] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 316 à 335.

[1317] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 40 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 317). Voir aussi Cuba, réponse à la question n° 2 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial); et observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 160 du Groupe spécial.

[1318] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 154, 155 et 265. Voir aussi Cuba, réponse à la question n° 203 du Groupe spécial (faisant référence à la réponse d'Ajzen aux questions n° 146, 202 et 203 du Groupe spécial (pièce DOM/HND/IDN-6)).

[1319] Cuba, première communication écrite, paragraphes 169 à 184 (faisant référence à l'examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4); au rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6); au rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3); et au rapport Viscusi (pièce UKR-8), entre autres).

[1320] Cuba, première communication écrite, paragraphes 208 à 216; deuxième communication écrite, paragraphes 291 à 300 (faisant référence au rapport McKeganey (pièces DOM-105, CUB-72); au rapport Viscusi (pièce UKR-8); au rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6); et au rapport Satel (pièce UKR-7)).

n'établissent pas que l'emballage de marque est attrayant dans le contexte réglementaire australien, dans lequel une mise en garde sanitaire explicite dominante couvre 75% de l'avant du paquet. Deuxièmement, les effets de la marque sur la partie résiduelle du paquet ne peuvent pas être assimilés à de la publicité. Troisièmement, l'Australie ne démontre pas qu'il y a un lien entre la notion d'attrait et la consommation de tabac.[1321] Sa tentative de se réfugier derrière des théories du comportement alambiquées pour établir une relation entre les intentions et les attitudes des fumeurs et leur comportement n'est pas convaincante.[1322]

7.443. Cuba estime que l'allégation de l'Australie selon laquelle les mesures TPP "accroîtr[ont] l'efficacité des mises en garde sanitaires", réduisant ainsi les taux de tabagisme, est également erronée. Spécifiquement, "[i]l n'est pas plausible de laisser entendre que l'emballage neutre retiendra opportunément l'attention distraite des consommateurs … qui … ne remarquent … pas [une mise en garde sanitaire explicite couvrant 75% de la face avant du paquet]". Rien dans les constatations des études en la matière "ne permet de conclure que les paquets neutres rendent les mises en garde plus efficaces". Même si elles l'étaient, cela n'aurait que peu d'effet sur le comportement tabagique, étant donné que la très grande majorité de la population est déjà consciente des risques pertinents.[1323]

7.444. Faisant référence à l'argument de l'Australie selon lequel l'emballage est une sorte de publicité qui peut influencer les réactions des consommateurs, y compris le comportement en matière d'achat et de consommation, Cuba fait valoir que le propre expert de l'Australie reconnaît toutefois que les éléments de preuve concernant les effets de la publicité ne sont pas pertinents pour l'emballage neutre du tabac. L'emballage du tabac ne peut pas servir de publicité sur le marché du tabac discret et mature de l'Australie, où les paquets sont recouverts de mises en garde sanitaires explicites dominantes.[1324] En outre, les mesures TPP peuvent avoir des effets défavorables sur la santé publique en faisant baisser les prix et augmenter la consommation et la prévalence. Elles peuvent également renforcer l'attrait du tabagisme auprès d'adolescents rebelles.[1325]

7.445. Cuba souscrit d'une manière générale aux arguments avancés par les autres plaignants en ce qui concerne la validité des éléments de preuve présentés dans leurs premières communications écrites ainsi que des éléments de preuve avancés dans leurs deuxièmes communications écrites pour démontrer que les mesures TPP n'apportent pas de contribution à l'objectif de l'Australie et qu'elles ont été inefficaces.[1326]

7.446. L'Indonésie note que l'Organe d'appel a émis l'opinion selon laquelle la contribution d'une mesure à son objectif pouvait être démontrée quantitativement ou qualitativement et que cette démonstration pouvait comporter i) une évaluation des éléments de preuve ou des données, concernant le passé ou le présent; et des ii) projections quantitatives pour l'avenir, ou un raisonnement qualitatif fondé sur un ensemble d'hypothèses qui étaient vérifiées et étayées par des éléments de preuve suffisants.[1327]

7.447. L'Indonésie allègue que les études réalisées par de nombreux chercheurs utilisant différentes approches analytiques n'ont apporté aucun élément de preuve empirique indiquant que les mesures TPP avaient réduit la prévalence après leur mise en œuvre. En outre, les éléments de preuve au niveau des États montrent que dans certaines parties de l'Australie la prévalence a

[1321] Cuba, première communication écrite, paragraphes 201 à 207.
[1322] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 287 à 289. Voir aussi Cuba, réponse à la question n° 202 du Groupe spécial (faisant référence à la réponse d'Ajzen aux questions n° 146, 202 et 203 du Groupe spécial (pièce DOM/HND/IDN-6)).
[1323] Cuba, première communication écrite, paragraphes 222 à 227 (faisant référence au rapport Viscusi (pièce UKR-8), entre autres).
[1324] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 301 à 309 (faisant référence au rapport Dubé (pièce AUS-11); au rapport Winer (pièce UKR-9); et au rapport Neven (pièce UKR-3) (RSC), entre autres).
[1325] Cuba, première communication écrite, paragraphes 231 à 238 (faisant référence au rapport IPE (pièce DOM-100); et au rapport Satel (pièce UKR-7), entre autres).
[1326] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 119.
[1327] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 171 (faisant référence à Honduras, première communication écrite, paragraphe 299, qui cite le rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 150; le rapport du Groupe spécial *Chine – Matières premières*, paragraphes 7.480, 7.481 et 7.484 à 7.486; et le rapport du Groupe spécial *Chine – Terres rares*, paragraphe 7.146).

augmenté.[1328] Dans les cas où, comme dans les présentes procédures, il y a des éléments de preuve réels qui démontrent la contribution (ou, en l'espèce, l'absence de contribution) d'une mesure contestée, le Groupe spécial devrait accorder plus de poids à ces éléments de preuve qu'à "la conception, la structure et [au] fonctionnement du règlement technique".[1329]

7.448. L'Indonésie conteste l'assertion de l'Australie selon laquelle les mesures TPP contribueront à faire baisser l'initiation au tabagisme et augmenter le sevrage tabagique.[1330] L'Australie n'a pas fourni une base empirique fiable pour l'hypothèse selon laquelle les mesures TPP modifieront les comportements tabagiques qu'elles ciblent. Au lieu de cela, elle a supposé que la théorie du comportement "prouvait" que les attitudes à l'égard de l'attrait des produits du tabac et des risques pour la santé affectaient le comportement tabagique effectif, ce qui a entraîné un certain nombre de vices dans les recherches ultérieures.[1331] Les études invoquées par l'Australie ne reflètent pas la réalité du marché, où seuls des paquets neutres recouverts de mises en garde sanitaires explicites dominantes et rebutantes sont disponibles[1332], et présentent de nombreux vices de méthodes graves qui font que leurs conclusions ne sont pas fiables.[1333]

7.449. L'Indonésie demande instamment au Groupe spécial de ne pas permettre que l'Australie puisse refuser que les mesures TPP fassent l'objet d'un examen parce qu'elles font partie d'une "série de mesures"[1334] ou parce qu'elles contribueront à réduire le tabagisme "à long terme".[1335] Il faut distinguer toute contribution du recul global de la prévalence du tabagisme qui existe depuis des années en Australie et de l'effet des mises en garde sanitaires explicites agrandies.[1336]

7.450. L'Australie répond que, en éliminant "l'une des dernières frontières restantes de la publicité pour le tabac sur son territoire" avec l'introduction de l'emballage neutre du tabac, elle a "cherché à rompre le lien entre l'emballage des produits du tabac et le comportement tabagique, en particulier pour les jeunes".[1337] Comme l'industrie du tabac le reconnaît, et comme en attestent le marketing et les sciences de la santé publique, sans réglementation, l'emballage des produits du tabac peut remplir la même fonction que d'autres formes de marketing et de promotion, y compris la publicité, en particulier sur un marché discret[1338] comme l'Australie.[1339] Les marques, l'innovation en matière d'emballage et les éléments de conception influencent le comportement des consommateurs en produisant des perceptions positives de la marque et des produits du tabac.[1340] Les jeunes peuvent être incités à commencer à fumer par l'emballage du tabac qui communique l'idée que la marque répondra à des besoins psychologiques importants, ce qui l'emporte sur toute considération des risques potentiels.[1341] De même, l'emballage de marque peut constituer, pour les fumeurs et pour ceux qui ont arrêté de fumer mais qui présentent un risque de

[1328] Indonésie, première communication écrite, paragraphes 23, 114 à 117, 320 à 334, 341 à 352, et 412 (faisant référence au rapport IPE (pièce DOM-100); et au rapport Klick (pièce UKR-5), entre autres). Voir aussi Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphes 192 et 193. L'Indonésie incorpore par référence l'analyse de la République dominicaine concernant les données postérieures à la mise en œuvre dans sa deuxième communication écrite. *Ibid.*, paragraphe 193.

[1329] Indonésie, réponse à la question n° 71 du Groupe spécial.

[1330] Indonésie, première communication écrite, paragraphes 412 à 416 (faisant référence au rapport Fischer (pièce DOM/HND-7); et au rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6), entre autres).

[1331] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 190.

[1332] Indonésie, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 32 et 33; et deuxième communication écrite, paragraphes 186 et 187.

[1333] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 186.

[1334] Indonésie, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 27; et deuxième communication écrite, paragraphe 177.

[1335] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphes 178 et 179; et réponse à la question n° 126 du Groupe spécial.

[1336] Indonésie, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 27; et deuxième communication écrite, paragraphes 172 à 176.

[1337] Australie, première communication écrite, paragraphes 60 et 61.

[1338] L'Australie explique qu'elle est un "marché discret" parce qu'elle est dotée d'un cadre réglementaire fortement réglementé pour la publicité et la promotion du tabac. Voir Australie, première communication écrite, paragraphe 8, note de bas de page 3.

[1339] Australie, première communication écrite, paragraphes 66 à 86 et 207 à 211 (faisant référence au rapport Tavassoli (pièce AUS-10); et au rapport Dubé (pièce AUS-11), entre autres).

[1340] Australie, première communication écrite, paragraphes 75 à 91 (faisant référence au rapport Slovic (pièce AUS-12); au rapport Biglan (pièce AUS-13); et au rapport Fong (pièce AUS-14), entre autres).

[1341] Australie, première communication écrite, paragraphes 92 à 96 (faisant référence au rapport Slovic (pièce AUS-12); et au rapport Biglan (pièce AUS-13), entre autres).

récidive, une incitation à maintenir leur consommation de tabac.[1342] L'emballage fonctionne donc comme une forme de publicité qui influence les comportements en matière d'initiation, de sevrage et de récidive, faisant ainsi augmenter la demande globale de produits du tabac.[1343]

7.451. L'Australie fait valoir que l'"emballage neutre du tabac réalise ses objectifs" au moyen d'un modèle "médiationnel", ou "chaîne de causalité", dans lequel les mesures TPP améliorent la santé publique en ayant une incidence sur les trois mécanismes identifiés dans la Loi TPP.[1344] Il y a de "solides éléments de preuve empiriques" montrant que chacun des mécanismes contribuera à l'objectif global de l'Australie qui est de protéger la santé des personnes.[1345] C'est-à-dire que l'emballage neutre diminue l'attrait des produits du tabac i) en réduisant l'attractivité de l'emballage du tabac[1346]; ii) en réduisant les perceptions du goût positives[1347]; et iii) en réduisant les perceptions positives des fumeurs.[1348] L'emballage neutre accroît également l'efficacité des mises en garde sanitaires en minimisant la capacité de distraction du design et des éléments du paquet qui suppriment la perception des risques, comme l'indiquent les études qui montrent a) une augmentation de l'attention visuelle accordée aux mises en garde; et b) une augmentation du rappel des mises en garde sanitaires et des perceptions relatives à la crédibilité et au sérieux de ces mises en garde.[1349] La normalisation des paquets limite également l'aptitude de ces derniers à induire en erreur du fait qu'elle empêche l'utilisation de descriptifs, du design d'emballage, de couleurs et d'innovations structurelles pour induire les consommateurs en erreur quant à la nocivité des produits du tabac.[1350] Aussi bien directement que par le biais de chaque mécanisme, les mesures TPP affectent les intentions et le comportement des consommateurs à l'égard du tabagisme.[1351]

7.452. L'Australie ajoute que les éléments de preuve à l'appui de l'emballage neutre du tabac sont nombreux, exhaustifs et fiables et que les critiques des plaignants ne tiennent pas compte du "poids écrasant" et de la "nature convergente" de ces éléments. En fait, les plaignants exagèrent les limites des études et font abstraction de leurs forces, entre autres erreurs.[1352] L'approche la plus appropriée pour discerner les effets des mesures TPP aux premiers stades de leur introduction consistait à s'appuyer sur des expériences et des enquêtes qui étudiaient les mobiles de choix, les attitudes et finalement la manifestation des intentions comportementales, l'un des éléments de prévision du comportement futur les plus forts.[1353] Le rejet de ces éléments de preuve par les plaignants est une erreur car les variables autres que comportementales sont fréquemment utilisées dans les revues et les manuels de recherche dans les domaines de la consommation, de la psychologie et du marketing, et sont considérées comme de bons éléments de prévision du comportement dans la lutte antitabac.[1354] En outre, les éléments de preuve empiriques démontrent l'effet des mesures TPP sur le comportement lié au tabagisme[1355], comme le concèdent nécessairement les plaignants en tant que conséquence de leur argument selon lequel les mesures TPP ont réduit la volonté des consommateurs de payer pour certains produits du tabac.[1356]

[1342] Australie, première communication écrite, paragraphes 97 à 102 (faisant référence au rapport Brandon (pièce AUS-15); au rapport Slovic (pièce AUS-12); et au rapport Tavassoli (pièce AUS-10), entre autres).

[1343] Australie, première communication écrite, paragraphes 60 à 102 et 615 à 645; deuxième communication écrite, paragraphes 214 à 256 et 444 à 450; et déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 33 à 47.

[1344] Australie, première communication écrite, partie II.I, paragraphes 142 à 205.

[1345] Australie, première communication écrite, paragraphes 145 à 147.

[1346] Australie, première communication écrite, paragraphes 148 à 152.

[1347] Australie, première communication écrite, paragraphes 153 à 155.

[1348] Australie, première communication écrite, paragraphes 156 à 162.

[1349] Australie, première communication écrite, paragraphes 169 à 181.

[1350] Australie, première communication écrite, paragraphes 187 à 195.

[1351] Australie, première communication écrite, paragraphes 163 à 168, 182 à 186 et 196 à 205.

[1352] Australie, première communication écrite, paragraphes 212 à 214, 607 à 614 et annexe E, paragraphes 1 à 10 (faisant référence au rapport Samet (pièce AUS-7); au rapport Fong (pièce AUS-14); au rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61); à l'examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59); et à l'examen Stirling actualisé de 2013 (pièces AUS-216, CUB-60), entre autres); et deuxième communication écrite, paragraphes 482 à 485.

[1353] Australie, première communication écrite, paragraphes 145 à 147.

[1354] Australie, première communication écrite, paragraphes 215 et 216.

[1355] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 444, 445 et 451 à 481.

[1356] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 476 à 478.

7.453. Le principal élément sur la base duquel les plaignants font valoir que les mesures TPP ne sont pas capables de contribuer à leur objectif est leur affirmation selon laquelle les éléments de preuve quantitatifs n'indiquent pas de réductions appréciables de la prévalence du tabagisme et de la consommation de tabac en Australie.[1357] Les plaignants n'ont pas établi que l'emballage neutre du tabac ferait augmenter la consommation de tabac[1358], ni que la prévalence et la consommation n'ont pas diminué depuis l'introduction de l'emballage neutre du tabac. L'Australie considère que les éléments de preuve empiriques postérieurs à la mise en œuvre qui ont été avancés par les plaignants concernant la prévalence et la consommation sont fondamentalement viciés et affirme que les données postérieures à la mise en œuvre indiquent que les mesures TPP ont entraîné des réductions appréciables de la prévalence et de la consommation.[1359]

7.454. Cependant, l'Australie fait valoir qu'elle s'est toujours attendu à ce que les mesures TPP produisent leurs effets les plus importants à long terme.[1360] Étant donné que les mesures ont été appliquées pendant une période limitée, l'utilité des données quantitatives à court terme est "limitée", en particulier compte tenu des "nombreux problèmes" qu'elles présentent. Il est probable que les données sur la prévalence et la consommation à court terme "masque[nt]" des changements dans l'initiation, la consommation et la récidive, comme le démontre l'incidence différée de l'introduction des mises en garde sanitaires explicites sur les taux de prévalence du tabagisme au Canada.[1361] L'Organe d'appel a reconnu que la contribution d'un règlement technique à ses objectifs, en particulier dans le cas d'une mesure de santé publique, n'avait pas besoin d'être "immédiatement observable", et que les effets de certaines mesures de santé publique complexes "[pouvaient] uniquement être évalués avec le recul".[1362] Par conséquent, "une quelconque incapacité des experts des plaignants d'isoler un effet de l'emballage neutre statistiquement significatif dans les ensembles de données sur la prévalence et la consommation à court terme, à ce stade, ne prouve pas que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac n'est pas capable de contribuer à ses objectifs légitimes de santé publique".[1363]

7.455. L'Australie fait en outre valoir que "compte tenu de la nature de l'objectif de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac, de ses caractéristiques révélées par sa conception et sa structure ainsi que de la nature, de la quantité et de la qualité des éléments de preuve disponibles, le Groupe spécial devrait déterminer le degré de contribution de la mesure d'un point de vue qualitatif".[1364] Elle estime qu'il n'est pas requis de quantifier le degré de contribution d'un règlement technique contesté et que, selon les circonstances, il est suffisant de démontrer la contribution au moyen d'un "raisonnement qualitatif fondé sur un ensemble d'hypothèses qui sont vérifiées et étayées par des éléments de preuve [scientifiques]".[1365] Elle fait référence à la constatation de l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque* selon laquelle, lorsque les éléments de preuve du fonctionnement effectif de la mesure étaient "limités et disparates", la contribution pouvait être démontrée par des éléments de preuve qualitatifs indiquant que la mesure ""[était] *capable* d'apporter, et apport[ait] effectivement, une *certaine* contribution" à son objectif, ou qu'[elle] y contribuait "dans une *certaine mesure*"."[1366] L'Australie

[1357] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 487.

[1358] Australie, première communication écrite, paragraphes 659 à 663; et deuxième communication écrite, paragraphes 479 et 480.

[1359] Australie, première communication écrite, paragraphes 664 à 682 (faisant référence au rapport Chipty (pièce AUS-17), entre autres). Voir aussi *ibid.*, annexe E, paragraphes 11 à 86; Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 506 à 523; et déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 13 à 20.

[1360] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 495 à 499; et réponses aux questions n° 7 et 200 du Groupe spécial.

[1361] Australie, réponse à la question n° 71 du Groupe spécial, paragraphe 194; et deuxième communication écrite, annexe A, paragraphes 597 à 634. Voir aussi Australie, réponse à la question n° 7 du Groupe spécial.

[1362] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 436 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 151).

[1363] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 492.

[1364] Australie, réponse à la question n° 71 du Groupe spécial, paragraphe 192.

[1365] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 429 et 434 à 439 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 151; et aux rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.228); et réponse à la question n° 126 du Groupe spécial (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique),* paragraphe 5.209).

[1366] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 435 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.228). (souligné dans l'original, note de bas de page omise)

estime qu'"il s'agit de la méthodologie la plus à même de produire une évaluation correcte de la contribution dans les circonstances" propres à cette mesure.[1367] Elle a présenté des éléments de preuve "établissant très largement un lien de causalité" entre les mécanismes spécifiques au moyen desquels cette mesure était censée fonctionner et ses objectifs généraux – y compris des éléments de preuve indiquant que le tabac était une forme de publicité, que l'emballage du tabac affectait les perceptions des produits du tabac et que l'emballage du tabac influençait le comportement tabagique. Elle ajoute que "[le] fait que l'emballage neutre du tabac est à même de contribuer à ses objectifs à long terme est en outre étayé par le fait que 130 parties à la FCTC ont précisément recommandé cette mesure comme moyen de renforcer les objectifs de santé publique de la FCTC".[1368]

7.2.5.3.2 Principaux arguments des tierces parties

7.456. L'Argentine, citant le rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – EPO*, indique que des groupes spéciaux rendant une décision concernant une allégation au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC doivent s'efforcer de déterminer le degré auquel un règlement technique contribue à la réalisation de l'objectif légitime d'après "la conception, la structure et le fonctionnement du règlement technique, ainsi que les éléments de preuve relatifs à son application". Elle note en outre que l'Organe d'appel a expliqué, dans le contexte de l'article XX du GATT de 1994, qu'"un groupe spécial [devait] évaluer la contribution à l'objectif légitime effectivement accomplie par la mesure en cause".[1369]

7.457. Le Brésil estime que le "degré d'accomplissement" d'une mesure devrait ressortir de sa conception, sa structure et son fonctionnement.[1370] Il indique que les éléments de preuve relatifs à l'application de la mesure "devraient être pris en compte en tant que renseignement objectif permettant d'évaluer la conception, la structure et le fonctionnement d'une mesure", en partie pour garantir que des mesures qui n'ont pas totalement été mises en œuvre, mais qui sont à même d'apporter une contribution, puissent quand même être réputées compatibles avec les accords visés. Il laisse également entendre que, dans les cas où des mesures ont été récemment mises en œuvre, les groupes spéciaux souhaiteront peut-être adopter "une perspective temporelle plus longue".[1371]

7.458. Faisant référence au rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, le Canada indique que "la nature de l'objectif du règlement technique, ses caractéristiques révélées par sa conception et sa structure, et la nature, la quantité et la qualité des éléments de preuve disponibles auront une incidence sur le point de savoir si le degré de contribution du règlement technique à son objectif peut être évalué d'un point de vue quantitatif ou qualitatif". De plus, "c'est le degré *global* de contribution que la mesure apporte à son objectif qui est pertinent pour identifier la contribution de la mesure en cause, et non un quelconque aspect de la contribution pris isolément".[1372]

7.459. Selon le Canada, compte tenu de la mise en œuvre récente de la mesure concernant l'emballage neutre et du fait que la Loi TPP fait partie d'un système global conçu pour répondre à un problème de santé publique complexe, les éléments de preuve empiriques postérieurs à la mise en œuvre devraient être considérés conjointement avec les projections quantitatives et qualitatives pour l'avenir pertinentes de la contribution de la mesure à son objectif.[1373]

7.460. La Chine rappelle également les indications données par l'Organe d'appel selon lesquelles le degré de contribution d'une mesure pouvait ressortir de la conception, de la structure et du fonctionnement et de l'application de la mesure. Elle note qu'un groupe spécial est tenu d'évaluer la contribution effective de la mesure, pas la contribution qui est visée.[1374] L'Organe d'appel a indiqué, dans l'affaire *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique),* que le degré de contribution pouvait être évalué soit quantitativement, soit qualitativement, en fonction des

[1367] Australie, réponse à la question n° 71 du Groupe spécial, paragraphe 192.
[1368] Australie, réponse à la question n° 126 du Groupe spécial, paragraphes 171 et 172.
[1369] Argentine, communication en tant que tierce partie, paragraphe 51 et note de bas de page 28.
[1370] Brésil, réponse en tant que tierce partie à la question n° 6 du Groupe spécial.
[1371] Brésil, réponse en tant que tierce partie à la question n° 6 du Groupe spécial.
[1372] Canada, déclaration en tant que tierce partie, paragraphes 6 et 7.
[1373] Canada, réponse en tant que tierce partie à la question n° 6 du Groupe spécial.
[1374] Chine, communication en tant que tierce partie, paragraphe 76. Voir aussi Chine, déclaration en tant que tierce partie, paragraphe 18.

circonstances particulière d'une affaire donnée.[1375] Dans les présentes procédures, les éléments de preuve concernant la période postérieure à la mise en œuvre ne peuvent pas constituer une base de jugement déterminante, compte tenu de la mise en œuvre relativement récente des mesures.[1376] La Chine fait également valoir que le respect de l'article 2.2 n'exige pas un seuil minimal de contribution. En fait, un degré de contribution faible pourrait être suffisant si l'étendue du caractère restrictif est faible.[1377]

7.461. L'Union européenne note que l'Organe d'appel a indiqué, dans le contexte de l'article XX du GATT de 1994, qu'une contribution pouvait être démontrée par référence à des "éléments de preuve ou des données, concernant le passé ou le présent" ou par "une démonstration indiquant que la mesure [était] à même d'apporter une … contribution", éventuellement par référence à des "projections quantitatives pour l'avenir, ou [à] un raisonnement qualitatif fondé sur un ensemble d'hypothèses qui [étaient] vérifiées et étayées par des éléments de preuve suffisants".[1378] Elle invite le Groupe spécial à appliquer une "perspective temporelle de long terme" qui permettrait aux mesures de produire les effets qu'elles visent.[1379] Elle note que le Groupe spécial "est tenu d'examiner" les éléments de preuve qui sont présentés en ce qui concerne la période postérieure à la mise en œuvre, mais estime qu'il faudrait déterminer au cas par cas le poids à attribuer à tout élément de preuve particulier.[1380]

7.462. L'Union européenne suggère que le Groupe spécial considère que les mesures font "partie d'une stratégie globale de mesures de lutte antitabac" et indique que l'Organe d'appel a observé, dans des cas semblables, qu'il pouvait être difficile d'isoler la contribution apportée par une mesure à court terme.[1381] Lorsqu'il examinera les effets réels de la mesure, le Groupe spécial aura besoin d'examiner s'il y a ou non un rapport réel et substantiel de cause à effet entre la mesure et les effets observés. S'il n'est pas en mesure de séparer et de distinguer l'incidence causale de la mesure en cause d'autres variables, la mesure contribue à l'objectif au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC.[1382]

7.463. Le Japon note que l'Organe d'appel était d'avis qu'"un groupe spécial rendant une décision concernant une allégation au titre de l'article 2.2 [devait] s'efforcer de déterminer – d'après la conception, la structure et le fonctionnement du règlement technique, ainsi que les éléments de preuve relatifs à son application – à quel degré … le règlement technique contesté … contribu[ait] effectivement à l'accomplissement de l'objectif légitime poursuivi par le Membre".[1383] L'Organe d'appel a également noté, dans le contexte de l'évaluation de la contribution d'une mesure en cause, que "la nature de l'objectif du règlement technique en cause, ses caractéristiques révélées par sa conception et sa structure, et la nature, la quantité et la qualité des éléments de preuve disponibles [pouvaient] avoir une incidence sur le point de savoir si un facteur pertinent … [pouvait] être évalué d'un point de vue quantitatif ou qualitatif au titre de l'article 2.2, ainsi que sur le degré de précision avec lequel cette analyse [pouvait] être effectuée".[1384]

7.464. Le Japon considère que les éléments de preuve concernant la période postérieure à la mise en œuvre peuvent être utilisés en tant qu'éléments de preuve se rapportant à l'application de la mesure et pourraient donc être utilisés pour confirmer l'analyse de la conception, de la structure et du fonctionnement d'un règlement technique en vue de déterminer la contribution de la mesure à ses objectifs légitimes. Il ne faudrait pas accorder à ces éléments de preuve un poids décisif en

[1375] Chine, réponse en tant que tierce partie à la question n° 5 du Groupe spécial.
[1376] Chine, réponse en tant que tierce partie à la question n° 6 du Groupe spécial.
[1377] Chine, communication en tant que tierce partie, paragraphe 77.
[1378] Union européenne, communication en tant que tierce partie, paragraphe 71.
[1379] Union européenne, réponse en tant que tierce partie à la question n° 6 du Groupe spécial; et déclaration en tant que tierce partie, paragraphe 4.
[1380] Union européenne, réponse en tant que tierce partie à la question n° 6 du Groupe spécial. Voir aussi Union européenne, communication en tant que tierce partie, paragraphe 72.
[1381] Union européenne, communication en tant que tierce partie, paragraphe 70.
[1382] Union européenne, déclaration en tant que tierce partie, paragraphe 5.
[1383] Japon, réponse en tant que tierce partie à la question n° 6 du Groupe spécial (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 317; et les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 373).
[1384] Japon, réponse à la question n° 5 du Groupe spécial (citant les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.211).

partie parce qu'il est difficile d'isoler la contribution effective qui peut être attribuée à la seule mesure pendant la période postérieure à la mise en œuvre.[1385]

7.465. Le Malawi soutient qu'il faut des éléments de preuve indiquant une "contribution efficace et effective des règlements techniques à l'objectif déclaré" pour confirmer les mesures TPP.[1386] Les renseignements et les données présentés par les plaignants indiquent que les mesures n'ont pas été efficaces et n'ont pas modifié le comportement tabagique. L'Australie s'est appuyée sur des articles de recherche n'étudiant pas l'effet des mesures sur le comportement tabagique[1387], et son expert a noté que "le taux de tabagisme [était] le résultat de nombreux facteurs sans aucun rapport avec l'emballage".[1388] Le Malawi soutient qu'il n'y a pas de déficit d'information en Australie en ce qui concerne les effets nocifs du tabagisme et fait valoir que les mesures n'ont eu aucune incidence sur les mises en garde sanitaires ou sur les renseignements concernant le caractère nocif relatif des produits du tabac.[1389]

7.466. La Nouvelle-Zélande appuie la position de l'Australie selon laquelle "la mesure concernant l'emballage neutre du tabac contribue à ses objectifs de santé publique en réduisant l'attrait des produits du tabac, en accroissant l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et en diminuant l'aptitude de l'emballage pour la vente au détail de tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme ou de la consommation de produits du tabac".[1390] Elle suggère que, lors de l'évaluation de l'importance et du poids à accorder à chaque élément de preuve, le Groupe spécial considère que la mesure fait partie d'une série globale de mesures dont l'incidence se fera le plus fortement ressentir à long terme. Le Groupe spécial est en droit de s'appuyer sur des éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre, mais des éléments de preuve immédiatement postérieurs à la mise en œuvre seront "évidemment moins convaincants" dans les cas où l'objectif d'une mesure est de faire changer les comportements à long terme.[1391]

7.467. La Nouvelle-Zélande critique le rapport présenté par l'expert de l'Ukraine, le professeur Klick, qui a comparé le statut tabagique en Australie, avant et après l'emballage neutre, au statut tabagique en Nouvelle-Zélande (un pays où l'emballage neutre du tabac n'est pas utilisé) au cours de la même période. Elle partage l'avis de l'expert de l'Australie, Mme Chipty, selon lequel le rapport comporte une analyse viciée et formule des conclusions incorrectes. Premièrement, l'étude crée un critère d'évaluation erroné et virtuellement impossible en cherchant à détecter une forte diminution à court terme dans des résultats à long terme, c'est-à-dire la prévalence du tabagisme et de la consommation de tabac dans la population. Il n'est pas possible de détecter de façon fiable des changements importants dans le taux d'initiation et la probabilité de renoncer au tabac ou de ne pas récidiver – en particulier pour les groupes d'âge plus jeunes qui sont ciblés par l'emballage neutre – en mesurant des statistiques à l'échelle de toute la population à court terme. Deuxièmement, prendre la Nouvelle-Zélande comme cas de comparaison est superficiel et fallacieux, étant donné qu'il n'est pas tenu compte des différences entre les pays en ce qui concerne les modalités et le calendrier des interventions en matière de lutte antitabac, en particulier de l'augmentation de 10% des droits d'accise adoptée uniquement par la Nouvelle-Zélande en janvier 2013. Troisièmement, il n'est pas possible de s'appuyer sur les ensembles de données utilisés par le professeur Klick. Les données sur les ventes utilisées pour mesurer la consommation présentent une certaine volatilité, ne tiennent pas compte des facteurs de confusion (comme le stockage avant une hausse de taxes) et comportent des lacunes qui ont été comblées avec des données émanant de l'industrie du tabac. Les données d'enquête utilisées pour mesurer la prévalence peuvent ne pas être représentatives de la population et n'incluent pas les personnes n'ayant jamais fumé, ce qui fait qu'elles ne peuvent pas mesurer l'initiation des nouveaux fumeurs. Quatrièmement, la présentation des résultats de l'enquête est fallacieuse. Le professeur Klick a utilisé des données obtenues après la mise en vente des produits du tabac dans un emballage neutre pour représenter le taux de tabagisme antérieur à l'emballage neutre, ainsi qu'une méthode de calcul de la moyenne qui a produit des résultats fallacieux. Une présentation

[1385] Japon, réponse en tant que tierce partie à la question n° 6 du Groupe spécial.
[1386] Malawi, communication en tant que tierce partie, paragraphe 12.
[1387] Malawi, communication en tant que tierce partie, paragraphe 9 (faisant référence au volume 24 de *Tobacco Control* (2015)).
[1388] Malawi, communication en tant que tierce partie, paragraphe 9 (citant le rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 455).
[1389] Malawi, communication en tant que tierce partie, paragraphe 10.
[1390] Nouvelle-Zélande, communication en tant que tierce partie, paragraphe 96.
[1391] Nouvelle-Zélande, réponse en tant que tierce partie à la question n° 6 du Groupe spécial; et déclaration en tant que tierce partie, paragraphe 16.

plus naturelle des résultats révèle que les taux de tabagisme ont davantage diminué en Australie qu'en Nouvelle-Zélande pour atteindre le même niveau à la fin de la période couverte par l'enquête. En raison de ses vices fondamentaux, le rapport ne devrait pas être pris en compte ni avoir aucun poids dans l'évaluation globale par le Groupe spécial des éléments de preuve présentés par les parties au différend.[1392]

7.468. Le Nicaragua note que l'Organe d'appel a émis l'opinion selon laquelle les groupes spéciaux devaient évaluer la contribution "effectivement accomplie" par la mesure en cause[1393], et que "les éléments de preuve empiriques attestant de l'effet réel de la mesure sur le comportement tabagique constituaient la manière la plus fiable de vérifier son efficacité" et qu'il faudrait leur attribuer un "poids considérable".[1394] Il ne considère pas que la mesure a seulement été mise en œuvre "relativement récemment" et estime qu'une période de deux ans est une période correcte pour évaluer l'efficacité d'une mesure.[1395]

7.469. Une enquête qualitative et les éléments de preuve fournis par des experts ainsi que les éléments de preuve quantitatifs concernant le marché indiquent que la mesure concernant l'emballage neutre n'a eu aucun effet positif sur la protection de la santé et qu'elle n'en aura vraisemblablement pas dans le futur.[1396] Les éléments de preuve qualitatifs examinant les raisons pour lesquelles les gens fument et pour lesquelles il leur est difficile d'arrêter de fumer confirment également que les marques et l'emballage ne sont pas des mobiles du comportement tabagique.[1397] L'analyse économique confirme qu'il n'est pas plausible que la mesure contribue de façon significative à la réduction de la prévalence.[1398] Par rapport à la référence faite par les plaignants aux éléments de preuve concernant directement les comportements, l'utilisation par l'Australie des prévisions des scientifiques et des psychologues spécialistes du comportement, ainsi que des études démontrant que les paquets neutres portant une mise en garde sanitaire explicite de 75% sont jugés moins beaux par les individus n'est pas convaincante et ne permet pas de distinguer les effets des mises en garde sanitaires explicites élargies des mesures TPP. Les données empiriques postérieures à la mise en œuvre montrent que la mesure n'a pas eu d'effet sur le comportement tabagique, et il n'est pas suffisant de s'appuyer sur des intentions autodéclarées ou des opinions et des perceptions générales pour étayer un argument selon lequel l'emballage neutre contribue à son objectif de protection de la santé.[1399]

7.470. Le Nigéria considère que les éléments de preuve présentés par les plaignants démontrent que les mesures TPP n'ont pas contribué à la réduction du tabagisme et qu'il est peu probable qu'elles y contribuent dans le futur.[1400] Les faits montrent que deux ans après la mise en œuvre de l'emballage neutre, la mesure n'a pas contribué à la réduction du tabagisme ni à la modification du comportement tabagique d'une manière plus générale.[1401] L'analyse économique de l'offre et de la demande confirme qu'il est peu probable qu'il y ait une quelconque contribution positive de l'emballage neutre.[1402] Faire valoir qu'il y aura probablement une contribution des mesures TPP dans le futur semble relever de la conjecture. Les experts considèrent que l'emballage et les marques ne jouent pas de rôle dans le fait de commencer à fumer ou d'arrêter. Le Nigéria note

[1392] Nouvelle-Zélande, communication en tant que tierce partie, paragraphes 12, 13 et 101 à 119; et déclaration en tant que tierce partie, paragraphe 16.
[1393] Nicaragua, déclaration en tant que tierce partie, paragraphe 35 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 317).
[1394] Nicaragua, réponse en tant que tierce partie à la question n° 6 du Groupe spécial.
[1395] Nicaragua, réponse en tant que tierce partie à la question n° 6 du Groupe spécial (faisant référence à la période d'examen après mise en œuvre de deux ans de l'Australie et à Pechey *et al.* 2013 (pièce JE-24(51)).
[1396] Nicaragua, déclaration en tant que tierce partie, paragraphes 39 et 40 (faisant référence au rapport Klick (pièce UKR-5); et au rapport Gibson (pièce DOM-92)).
[1397] Nicaragua, déclaration en tant que tierce partie, paragraphe 41 (faisant référence au rapport Viscusi (pièce UKR-8); au rapport Satel (pièce UKR-7); et au rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6)).
[1398] Nicaragua, déclaration en tant que tierce partie, paragraphe 42 (faisant référence au rapport Neven (pièce UKR-3) (RSC)).
[1399] Nicaragua, déclaration en tant que tierce partie, paragraphe 44; et réponse en tant que tierce partie à la question n° 6 du Groupe spécial.
[1400] Nigéria, communication en tant que tierce partie, paragraphes 28 et 33.
[1401] Nigéria, communication en tant que tierce partie, paragraphe 30 (faisant référence au rapport Klick (pièce UKR-5), et aux "données sur le marché et [à] d'autres éléments de preuve objectifs" présentés par les plaignants).
[1402] Nigéria, communication en tant que tierce partie, paragraphe 32.

également que la très grande nocivité du tabagisme pour la santé des consommateurs est généralement connue.[1403]

7.471. La Norvège fait valoir que l'Organe d'appel était d'avis que le degré de contribution "pouvait ressortir de la conception, de la structure et du fonctionnement du règlement technique, ainsi que des éléments de preuve relatifs à l'application de la mesure".[1404] Elle note que, dans l'affaire *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, l'Organe d'appel a indiqué que la nature de l'objectif du règlement technique en cause, ses caractéristiques révélées par sa conception et sa structure, et la nature, la quantité et la qualité des éléments de preuve disponibles pouvaient avoir une incidence sur le point de savoir si la contribution pouvait être évaluée d'un point de vue quantitatif ou qualitative, ainsi que sur le degré de précision avec lequel cette analyse pouvait être effectuée. Dans le même rapport, il a réitéré qu'il pouvait suffire de démontrer par un raisonnement quantitatif ou des projections qualitatives que la mesure était "à même d'apporter une contribution importante" à son objectif dans des cas où il était difficile d'isoler la contribution de la mesure à court terme.[1405]

7.472. La Norvège estime qu'"il n'est pas possible de formuler des conclusions exclusivement à partir des données sur la prévalence du tabagisme en soi" et que les "perceptions des consommateurs sont pertinentes aux fins de l'évaluation de l'effet des politiques de lutte antitabac".[1406] Elle suggère que le Groupe spécial "accord[e] un plus grand poids à la conception, à la structure et au fonctionnement de la mesure", compte tenu du fait que cette dernière s'inscrit dans le long terme et des difficultés liées à l'obtention d'éléments de preuve empiriques solides.[1407]

7.473. Pour évaluer la contribution, la Norvège suggère que le Groupe spécial prenne en compte la difficulté de mesurer les effets d'un instrument fonctionnant en synergie avec d'autres mesures, l'objectif global de promotion de la santé publique et l'attente de voir peut-être les effets de la mesure se manifeste pleinement de façon graduelle sur plusieurs années.[1408] Elle convient avec l'Australie que les mesures TPP apportent une "contribution unique à ses objectifs généraux de santé publique".[1409]

7.474. Selon la Norvège, il faut notamment considérer 1) que la publicité est un moyen efficace pour augmenter les ventes, en particulier pour avoir accès à de nouveaux clients jeunes, et que l'interdiction de la publicité réduit effectivement la consommation de tabac; 2) que plus l'interdiction de la publicité est globale, plus elle est efficace; et 3) que les effets de l'emballage des produits du tabac sont semblables à ceux de la publicité traditionnelle.[1410]

7.475. Oman indique que les mesures TPP visent à empêcher la publicité et la promotion du tabac et réalisent leurs buts déclarés consistant à: réduire l'attractivité et l'attrait exercés par les produits du tabac sur les consommateurs, en particulier les jeunes; conférer plus de relief et d'efficacité aux mises en garde sanitaires prescrites; et diminuer l'aptitude de l'emballage des produits du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme. Il souscrit à l'argumentation et aux éléments de preuve factuels présentés par l'Australie, qui démontrent clairement que l'emballage neutre contribue à une réduction des taux de tabagisme et de la consommation de tabac.[1411]

[1403] Nigéria, communication en tant que tierce partie, paragraphe 31.
[1404] Norvège, communication en tant que tierce partie, paragraphe 109 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 317). Voir aussi Norvège, déclaration en tant que tierce partie, paragraphe 15.
[1405] Norvège, réponse en tant que tierce partie à la question n° 5 du Groupe spécial. Voir aussi Norvège, déclaration en tant que tierce partie, paragraphe 16.
[1406] Norvège, communication en tant que tierce partie, paragraphes 114 et 115.
[1407] Norvège, réponse en tant que tierce partie à la question n° 6 du Groupe spécial. Voir aussi Norvège, déclaration en tant que tierce partie, paragraphes 18 et 19.
[1408] Norvège, communication en tant que tierce partie, paragraphes 111 et 112 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 151); réponse en tant que tierce partie à la question n° 6 du Groupe spécial; et déclaration en tant que tierce partie, paragraphe 19.
[1409] Norvège, communication en tant que tierce partie, paragraphe 113.
[1410] Norvège, communication en tant que tierce partie, paragraphe 115.
[1411] Oman, déclaration en tant que tierce partie, paragraphes 3 et 8.

7.476. Singapour indique que la contribution des mesures TPP à leurs objectifs de santé publique doit être interprétée et évaluée dans le contexte de la série globale de mesures de lutte antitabac en Australie.[1412] Il y a une masse d'éléments de preuve qui étayent l'efficacité des mesures. Aucune étude ne constitue à elle seule une base d'éléments de preuve en soi, mais de multiples études correctement menées qui parviennent aux mêmes conclusions constituent une solide base d'éléments de preuve en faveur de la politique publique. Par ailleurs, les rapports d'expert sur lesquels les plaignants se fondent pour contester la base d'éléments de preuve en faveur de l'emballage neutre sont viciés.[1413]

7.477. Comme l'incidence des nouvelles mesures en matière de politique de lutte antitabac sur le comportement ne peut pas être observée avant leur mise en œuvre, ces nouvelles mesures sont inévitablement fondées sur des modèles prévus d'intentions comportementales concernant les comportements ultérieurs relatifs à la consommation de tabac.[1414] Singapour ne souscrit pas à "l'approche étroite des plaignants qui met l'accent sur la prévalence du tabagisme comme principal fondement pour l'évaluation … de [la] contribution"[1415] et indique que le Groupe spécial devrait examiner "la totalité des éléments de preuve", ce qui inclut les éléments de preuve "*a posteriori*".[1416] Des chercheurs en Australie ont produit des données postérieures à la mise en œuvre pour démontrer que les mesures TPP avaient a) réduit l'attrait des paquets de tabac; b) accroître la visibilité des mises en garde sanitaires explicites; et c) diminué l'aptitude de l'emballage du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme. Néanmoins, l'Organe d'appel a prévenu que "les résultats obtenus grâce à certaines actions … [pouvaient] uniquement être évalués avec le recul".[1417]

7.478. L'Uruguay note que les mesures TPP sont une composante importante d'une politique globale de santé publique.[1418] Les mesures sont fondées sur des renseignements scientifiques et techniques, et l'Australie a démontré que la consommation avait baissé, que les effets du tabac sur la santé étaient mieux compris et qu'il y avait une corrélation et un lien de causalité avec les mesures.[1419] L'Australie a montré que les mesures affectaient le comportement des consommateurs et des consommateurs potentiels de tabac, en particulier des adolescents.[1420] Il est crucial de noter que, bien qu'elle ait fourni des renseignements et des statistiques fiables, il faudra peut-être du temps avant que les mesures TPP produisent des résultats concrets susceptibles d'être démontrés et que des évaluations puissent être réalisées.[1421]

7.479. L'Uruguay note que les fabricants de tabac ont utilisé des descriptifs trompeurs tels que "léger" et "doux" sur l'emballage, manifestement pour désigner des arômes et des goûts; or les produits de marques "légers" et "doux" sont souvent présentés, soit de façon subliminale soit ouvertement, comme des produits "plus sains" bien que les éléments de preuve scientifiques démontrent incontestablement que toutes les cigarettes sont également nocives. Les fabricants de tabac ont aussi utilisé des chiffres dans les noms des marques de cigarettes, et jusqu'à 80% des fumeurs considèrent qu'un nombre moins élevé indique une teneur réduite en goudron et un risque plus faible.[1422] Après l'interdiction des termes trompeurs sur les paquets de cigarettes, l'industrie du tabac a continué d'induire les consommateurs en erreur en utilisant des couleurs et des variantes de marque dans le but de leur faire croire qu'une présentation de marque était moins nocive qu'une autre.[1423]

7.480. L'Uruguay soutient que la conception et la couleur de l'emballage sont importantes pour influencer les perceptions des consommateurs en ce qui concerne la sécurité relative, voire le

[1412] Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphe 70.
[1413] Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphe 73; et déclaration en tant que tierce partie, paragraphe 21.
[1414] Singapour, réponse en tant que tierce partie à la question n° 6 du Groupe spécial.
[1415] Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphe 69.
[1416] Singapour, réponse en tant que tierce partie à la question n° 6 du Groupe spécial. Voir aussi Singapour, déclaration en tant que tierce partie, paragraphe 21.
[1417] Singapour, réponse en tant que tierce partie à la question n° 6 du Groupe spécial. Voir aussi Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphe 70.
[1418] Uruguay, déclaration en tant que tierce partie, paragraphe 6.
[1419] Uruguay, communication en tant que tierce partie, paragraphes 15 et 65.
[1420] Uruguay, communication en tant que tierce partie, paragraphe 73.
[1421] Uruguay, réponse en tant que tierce partie à la question n° 6 du Groupe spécial.
[1422] Uruguay, communication en tant que tierce partie, paragraphes 88 à 91.
[1423] Uruguay, communication en tant que tierce partie, paragraphes 92 à 99.

goût.[1424] Les marques aux emballages dits "neutres", sur lesquels les couleurs et les images de le marque ont été supprimées, sont normalement classées comme étant moins attrayantes et de moins bonne qualité que les designs des paquets originaux. En outre, les paquets "neutres" rendent plus pertinents et rappellent les mises en garde sanitaires sur les paquets. D'une manière générale, les constatations donnent à penser que de nombreux éléments de l'emballage actuellement utilisés par les fabricants sont en soi propres à induire les consommateurs en erreur et étayent très largement l'efficacité de "l'emballage neutre".[1425]

7.481. Le Zimbabwe soutient qu'il n'y a pas d'éléments de preuve probants démontrant une contribution significative des mesures TPP à la réduction de la prévalence du tabagisme en Australie. Les études que celle-ci a régulièrement mentionnées dans les Comités de l'OMC, et examinées au moment de l'adoption de la mesure, sont conjecturales, partielles et fondées sur des méthodes contestables. Sur la base des éléments de preuve présentés par les plaignants, l'emballage neutre ne contribue pas à accroître la sensibilisation déjà grande des consommateurs, aux risques associés au tabagisme et ne fournit pas non plus un signal positif pour arrêter de fumer. Plus important encore, les données sur le marché qui sont disponibles depuis l'introduction de l'emballage neutre ne révèlent pas d'autre réduction du tabagisme ni un changement positif dans le comportement tabagique.[1426]

7.482. La Zambie indique qu'elle ne voit pas de contribution des mesures TPP à leur objectif. Deux ans après, rien ne montre qu'elles réduisent la prévalence du tabagisme ou modifient le comportement tabagique. Les éléments de preuve qualitatifs et quantitatifs présentés au Groupe spécial montrent qu'il n'y a pas de contribution à la réalisation de l'objectif déclaré de l'Australie et qu'il n'y a donc aucune raison d'escompter un quelconque effet de la mesure dans le futur.[1427]

7.2.5.3.3 Approche du Groupe spécial et structure de l'analyse

7.483. Comme il est indiqué plus haut, notre tâche à ce stade consiste à déterminer, sur la base des arguments et des éléments de preuve qui nous ont été présentés, "à quel degré, à supposer qu'[elles] le fasse[nt]", les mesures TPP contribuent à l'objectif de l'Australie d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits. En particulier, nous devons chercher à déterminer la contribution effective des mesures, "tel[les] qu'[elles] [sont] libellé[es] et appliqué[es]", à cet objectif.[1428]

7.484. Comme l'Organe d'appel l'a observé, "[l]e degré d'accomplissement d'un objectif particulier pouvait ressortir de la conception, de la structure et du fonctionnement du règlement technique, ainsi que des éléments de preuve relatifs à l'application de la mesure".[1429] Cependant, aucune approche à elle seule n'est adaptée pour effectuer ce type d'analyse dans tous les cas. En fait, nous devons adopter ou élaborer "une méthode qui [soit] à même de produire une évaluation correcte"[1430] dans les circonstances de l'espèce.

7.485. Comme il est indiqué plus haut, toutes les parties ont présenté des arguments et des éléments de preuve concernant la "conception, la structure et le fonctionnement" des mesures TPP et leurs effets postérieurs à la mise en œuvre ou "application". Il apparaît que les parties conviennent que les critères juridiques et les critères en matière de preuve pertinents au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC exigent qu'un groupe spécial examine tous les éléments de preuve pertinents qui lui sont présentés.[1431] Cependant, elles ont des interprétations contradictoires de

[1424] Uruguay, communication en tant que tierce partie, paragraphes 92 à 99.
[1425] Uruguay, communication en tant que tierce partie, paragraphe 99.
[1426] Zimbabwe, communication en tant que tierce partie, paragraphes 27 et 28. Voir aussi Zimbabwe, déclaration en tant que tierce partie, paragraphe 12 (faisant référence au rapport Neven (UKR-3) (RSC); au rapport Klick (pièce UKR-5); et au rapport IPE (pièce DOM-100)).
[1427] Zambie, déclaration en tant que tierce partie, paragraphe 9.
[1428] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 461. (note de bas de page omise)
[1429] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 461.
[1430] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.210.
[1431] Voir Australie, réponse à la question n° 160 du Groupe spécial, paragraphes 91, 92 et 95; Honduras, réponse à la question n° 206 du Groupe spécial, page 51; observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 160 du Groupe spécial, paragraphe 112; République dominicaine, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 160 du Groupe spécial, paragraphe 239; Cuba, observations sur la réponse de

ces éléments de preuve. En substance, les plaignants considèrent que les mesures TPP ne peuvent pas contribuer à leur objectif au moyen des mécanismes identifiés dans la Loi TPP, et que les éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre montrent qu'en réalité, il n'y a pas eu de réduction de la prévalence du tabagisme du fait des mesures TPP. L'Australie répond en substance que, contrairement à ce que les plaignants affirment, les mesures sont conçues sur une base d'éléments de preuve fiable et que les éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre disponibles confirment que les mesures contribuent à leur objectif de réduction du tabagisme.

7.486. En outre, les parties sont généralement en désaccord sur *la façon* dont les effets des mesures devraient être évalués et sur le poids relatif à attribuer, dans les circonstances de l'espèce, aux éléments de preuve qualitatifs et quantitatifs concernant la conception et la structure de la mesure (qui, pour la plupart, sont antérieurs à la mise en œuvre) ainsi qu'aux éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre concernant l'application des mesures et leur incidence sur divers comportements liés au tabagisme et divers résultats. Les plaignants considèrent que, puisque l'on dispose de renseignements postérieurs à la mise en œuvre sur les comportements tabagiques effectifs, ceux-ci devraient constituer le fondement principal de l'évaluation, par le Groupe spécial, de la contribution des mesures à leur objectif qui est de réduire le tabagisme en Australie.[1432] L'Australie considère qu'aux premiers stades de l'introduction des mesures, la façon la plus appropriée de discerner leurs effets consistait à s'appuyer sur des expériences et des enquêtes qui étudiaient les mobiles de choix, les attitudes et finalement la manifestation des intentions comportementales.[1433] Elle fait valoir que le Groupe spécial devrait déterminer le degré de contribution des mesures à leurs objectifs d'un point de vue qualitatif, étant donné qu'il s'agit, selon elle, de la méthodologie la plus à même de produire une évaluation correcte dans les circonstances propres à ces mesures particulières.[1434]

7.487. Par conséquent, nous examinons tout d'abord l'approche globale qui sera la plus appropriée pour notre évaluation, en tenant compte à la fois des caractéristiques des mesures en cause et de la nature et de la portée des éléments de preuve qui nous ont été présentés. Pour aborder cette détermination, bien que nous soyons conscients que la charge de démontrer l'existence d'une violation au titre de l'article 2.2 incombe aux plaignants[1435], nous jugeons approprié d'examiner, comme point de départ, la "conception, la structure et le fonctionnement" des mesures TPP, comme l'Australie les décrit, pour éclairer notre interprétation de la nature de l'évaluation qui doit être effectuée dans les circonstances des présentes procédures. Cette interprétation éclairera le choix d'une méthode appropriée pour évaluer le degré de contribution des mesures à leur objectif.[1436]

---

l'Australie à la question n° 160 du Groupe spécial, paragraphe 21; et Indonésie, réponse à la question n° 206 du Groupe spécial, paragraphe 50.

[1432] Voir, par exemple, Honduras, réponse à la question n° 71 du Groupe spécial, page 34; République dominicaine, réponse à la question n° 71 du Groupe spécial, paragraphes 348 et 349; Cuba, réponse à la question n° 71 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial) (souscrivant à la réponse du Honduras à la question n° 71 du Groupe spécial); et Indonésie, réponse à la question n° 71 du Groupe spécial, paragraphe 102.

[1433] Australie, première communication écrite, paragraphe 147. Voir aussi Australie, réponse à la question n° 71 du Groupe spécial, paragraphes 192 à 194.

[1434] Australie, réponse à la question n° 71 du Groupe spécial, paragraphe 192.

[1435] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 323; et *États-Unis – EPO*, paragraphe 379.

[1436] Nous notons l'observation suivante de l'Organe d'appel dans le contexte de l'article 2.1 de l'Accord OTC:

> [A]yant promulgué le règlement technique contenant les distinctions réglementaires qui entraînent l'effet préjudiciable, le Membre défendeur sera le mieux placé pour fournir les arguments et éléments de preuve nécessaires pour expliquer pourquoi, contrairement à ce que le plaignant affirme, le règlement technique *est* impartial et donc pourquoi l'effet préjudiciable sur les importations découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique)*, paragraphe 7.33. (italique dans l'original)

De même, dans une analyse de la contribution de la mesure à son objectif légitime dans le contexte de l'article 2.2, nous considérons que l'Australie, en tant que Membre mettant en œuvre, sera mieux à même d'expliquer quelles sont la conception et la structure des mesures et par conséquent comment celles-ci sont censées fonctionner pour contribuer à leur objectif. Nous notons également la première phrase de l'article 2.5, qui indique ce qui suit: "Lorsqu'il élaborera, adoptera ou appliquera un règlement technique pouvant avoir un

7.488. Comme le décrit l'Australie[1437], de par leur conception, les mesures TPP sont destinées à fonctionner sur la base d'un "modèle de chaîne de causalité", ou "modèle médiationnel", reposant sur trois mécanismes spécifiques par lesquels leurs objectifs de santé publique doivent être réalisés.[1438] Ces objectifs et mécanismes sont indiqués à l'article 3 1) et 3 2) de la Loi TPP.

7.489. Spécifiquement, comme il est indiqué à l'article 3 1) a) de la Loi TPP, les mesures TPP sont destinées à améliorer la santé publique i) en décourageant les individus de commencer à fumer, ou de consommer des produits du tabac; ii) en les encourageant à renoncer à fumer et à cesser de consommer des produits du tabac; et iii) en décourageant la récidive chez ceux qui ont renoncé à fumer, ou qui ont cessé de consommer des produits du tabac; et iv) en réduisant l'exposition des individus à la fumée émanant des produits du tabac.[1439] L'article 3 2) de la Loi TPP dispose quant à lui ce qui suit:

> 2) Le Parlement entend contribuer à la réalisation des objets énoncés dans le sous-article 1) en réglementant l'emballage pour la vente au détail et l'apparence des produits du tabac afin:
>
> a) de réduire l'attrait des produits du tabac pour les consommateurs; et
>
> b) d'accroître l'efficacité des mises en garde sanitaires sur l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac; et
>
> c) de diminuer l'aptitude de l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme ou de la consommation des produits du tabac.[1440]

7.490. Comme l'Australie le montre plus loin dans la figure 12, les mesures TPP sont censées contribuer à son objectif de la façon suivante:

- L'emballage neutre du tabac est censé réduire l'attrait des produits du tabac pour les consommateurs, accroître l'efficacité des mises en garde sanitaires et diminuer l'aptitude de l'emballage à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme (voir plus loin la deuxième colonne de la figure 12). L'Australie appelle ces processus les mécanismes TPP; le Groupe spécial fera de même.[1441]

- Si les mesures TPP fonctionnent comme prévu selon l'un quelconque des trois mécanismes susmentionnés ou une combinaison de ceux-ci, alors on s'attend à ce que les consommateurs australiens soient découragés de commencer à fumer (initiation) ou

---

effet notable sur le commerce d'autres Membres, un Membre justifiera, si un autre Membre lui en fait la demande, ce règlement technique au regard des dispositions des paragraphes 2 à 4". Voir aussi plus loin le paragraphe 7.1087.

[1437] Voir plus haut le paragraphe 7.451.

[1438] Voir Australie, première communication écrite, section II.I.1 et paragraphe 142 (faisant référence au rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphes 14 et 15).

[1439] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 3. L'article 3 de la Loi TPP dispose ce qui suit:

> 1) La présente loi a pour objet:
> a) d'améliorer la santé publique:
> i) en décourageant les individus de commencer à fumer, ou de consommer des produits du tabac; et
> ii) en les encourageant à renoncer à fumer et à cesser de consommer des produits du tabac; et
> iii) en décourageant la récidive chez ceux qui ont renoncé à fumer, ou qui ont cessé de consommer des produits du tabac; et
> iv) en réduisant l'exposition des individus à la fumée émanant des produits du tabac.

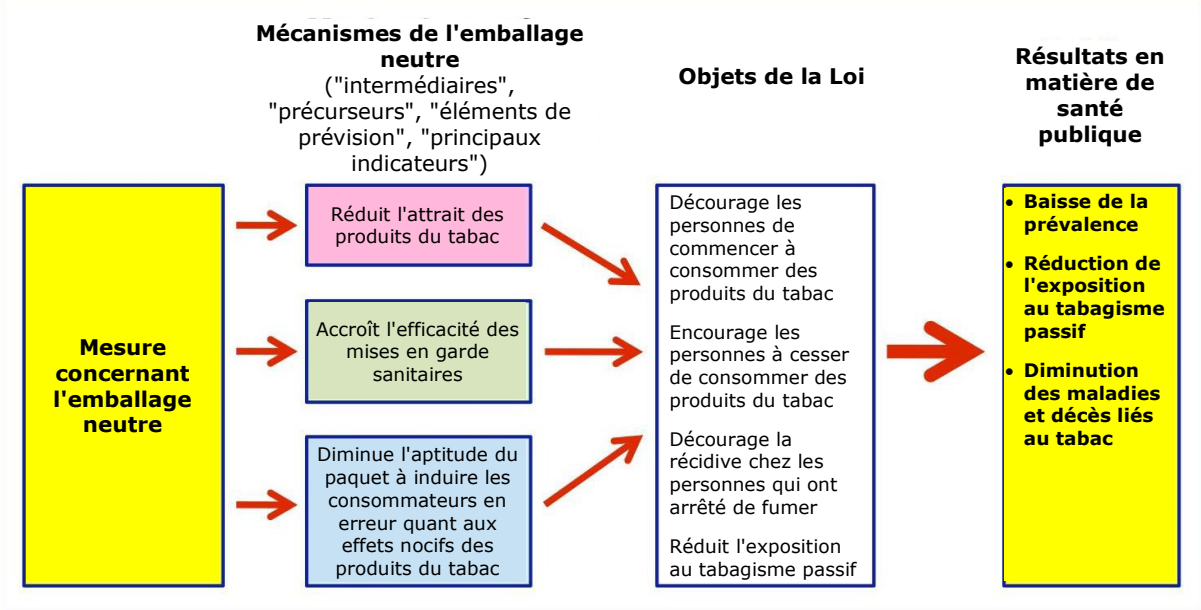
[1440] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 3 2). Voir aussi l'exposé des motifs concernant le projet de loi TPP (pièces AUS-2, JE-7), pages 1, 2, 6 et 7; et la déclaration explicative concernant le Règlement TPPA (pièce JE-22), pages 1, 10 et 11.

[1441] À des moments différents, l'Australie et ses experts ont également désigné ces mécanismes par les termes "intermédiaires", "précurseurs", "indicateurs prévisionnels" et "principaux indicateurs". Voir Australie, première communication écrite, paragraphe 144 et figure 9; et le rapport Fong (pièce AUS-14), page 25.

de recommencer à fumer (récidive) et encouragés à arrêter de fumer (sevrage), et à ce qu'il y ait une diminution de l'exposition au tabagisme passif (voir plus loin la troisième colonne de la figure 12). Nous ferons référence à l'initiation, à la récidive et au sevrage comme étant, d'une manière plus générale, des comportements tabagiques se rapportant à la consommation de produits du tabac.[1442]

- En conséquence, il y aurait des résultats positifs en matière de santé publique, spécifiquement une réduction de la consommation de produits du tabac et de l'exposition à ces produits, conjuguée à une diminution des maladies et des décès liés au tabac (voir ci-dessous la quatrième colonne de la figure 12).

Figure 12: Description de la Loi TPP par l'Australie



Source: Australie, première communication écrite, paragraphe 144 et figure 9; et rapport Fong (pièce AUS-14), page 25.

7.491. Donc, de par leur conception, les mesures TPP, du fait qu'elles modifient l'emballage et l'apparence des produits du tabac, sont destinées à agir en premier lieu sur l'attrait des produits du tabac, l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et l'aptitude du paquet à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs des produits du tabac (les *mécanismes*) qui, à leur tour, sont destinés à influencer le *comportement* tabagique, ce qui produit des résultats positifs en matière de santé publique. Les incidences sur les trois mécanismes de la "chaîne de causalité" peuvent être décrites comme des résultats "autres que comportementaux" ou "proximaux", tandis que les résultats en matière d'intention et de comportement, tels qu'une augmentation des intentions d'arrêter de fumer et des tentatives de le faire, qui sont plus étroitement liées aux comportements tabagiques tels que l'initiation, la récidive, le sevrage et l'exposition au tabagisme passif, peuvent être décrits comme des résultats "distaux".[1443]

[1442] L'Australie a appelé ces comportements tabagiques "Objets de la présente loi". Nous notons que nous avons déterminé dans la section 7.2.5.1.1.2 que l'objectif des mesures au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC était d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits. Aux fins des présents rapports, les "comportements tabagiques" sont ceux qui se rapportent directement à la consommation de produits du tabac, y compris, par exemple, l'initiation, le sevrage, la récidive et la consommation. Les "comportements liés au tabagisme" sont les comportements qui sont associés à ces comportements, comme acheter des produits du tabac, appeler une Quitline, cacher un paquet en public et regarder en direction des mises en garde sanitaires explicites.

[1443] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphes 14, 15 et 88 à 90 (décrivant une "chaîne de causalité" et un "modèle médiationnel"); contre-rapport Chaloupka pièce (AUS-582), paragraphe 2 (faisant référence aux résultats "proximaux" et "distaux"); Australie, première communication écrite, paragraphes 142 à 144 et figure 9 (décrivant une "chaîne de causalité"); rapport technique sur la NTPPTS (pièces AUS-570, HND-124, DOM-307), page 21 (faisant référence aux résultats "proximaux" et "distaux").

7.492. Pour reprendre les termes de l'expert de l'Australie, le professeur Fong, la "chaîne de causalité" attendue qui apparaît dans la conception des mesures TPP peut être décrite comme suit:

> Il est possible de faire des prévisions raisonnables et fiables selon lesquelles, si l'on montre que la mesure concernant l'emballage neutre réduit l'attrait et/ou accroît l'efficacité des mises en garde sanitaires et/ou diminue l'aptitude du paquet à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs des produits du tabac, les objectifs de la Loi seront probablement atteints. Si les objectifs de la Loi sont atteints, il s'ensuivra des résultats positifs à court et à long terme en matière de santé publique.[1444]

7.493. Les plaignants contestent la base d'éléments de preuve sous-tendant cette conception et, par conséquent, la capacité des mesures, telles qu'elles sont conçues, de produire les résultats visés sur les comportements tabagiques au moyen des mécanismes spécifiques décrits dans ce "modèle médiationnel".[1445] Ils considèrent également que les éléments de preuve disponibles concernant l'application effective des mesures démontrent qu'en fait, celles-ci n'ont pas eu l'incidence visée sur la consommation de tabac et la prévalence.[1446] En outre, ils considèrent que, dans la mesure où les éléments de preuve relatifs aux comportements tabagiques *effectif*s sont à présent disponibles, il faudrait leur accorder un poids prépondérant dans l'évaluation du Groupe spécial.[1447]

7.494. De l'avis de l'Australie, le Groupe spécial ne s'est pas centré dans son analyse de la contribution, sur les éléments de preuve quantitatifs des effets immédiatement observables des mesures TPP pendant la période de temps limitée qui s'est écoulée depuis l'introduction de celles-ci. Pour elle, bien que ces éléments de preuve soient pertinents pour l'examen du Groupe spécial, ce dernier doit tenir dûment compte de la nature des objectifs de santé publique de la mesure, des mécanismes spécifiques par lesquels elle est censée contribuer à ces objectifs et de la nature, de la quantité et de la qualité de tous les éléments de preuve disponibles dans un éventail de domaines pertinents.[1448] L'Australie considère que "[c]ompte tenu de la nature de l'objectif de

---

Le terme "distal" a été défini comme suit: "résultats, tels qu'un plus grand intérêt à arrêter, qui donnent lieu en fin de compte à des modifications des comportements en matière de consommation de tabac, y compris les tentatives d'arrêter" (contre-rapport Chaloupka (pièce AUS-582), paragraphe 2); "l'évaluation des politiques de lutte antitabac doit cibler les résultats plus proximaux concernant l'exposition, les croyances et les intentions … avant d'évaluer les résultats plus distaux concernant les comportements …, la relation entre les résultats proximaux concernant les croyances et les résultats plus distaux concernant les intentions et les comportements [étant] fondée sur un vaste corpus de publications". Rapport technique sur la NTPPTS (pièces AUS-570, HND-124, DOM-307), pages 6 et 21.

Les "résultats proximaux" ont été décrits comme consistant à "réduire l'attrait des produits du tabac et à conférer plus de relief aux mises en garde sanitaires explicites" (contre-rapport Chaloupka (pièce AUS-582), paragraphe 2); et les "résultats concernant les croyances". Rapport technique sur la NTPPTS (pièces AUS-570, HND-124, DOM-307), pages 6 et 21. Nous notons que l'expert de l'Australie, le professeur Chaloupka, fait également référence à des résultats "intermédiaires", tels qu'une "meilleure connaissance des conséquences pour la santé de la consommation de tabac et l'augmentation de la perception des risques liés à la consommation de tabac". Contre-rapport Chaloupka (pièce AUS-582), paragraphe 2.

Voir aussi, en ce qui concerne la "chaîne de causalité" proposée par l'Australie, Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 150; République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 371 à 376; Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 287 à 289; et rapport Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-3), paragraphes 6, 7 et 29 à 33. Dans leur analyse des résultats de la NTPPTS, les experts des plaignants font référence aux résultats "proximaux" et "distaux", tels qu'ils ressortaient du rapport technique sur la NTPPTS. Voir le rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-2), paragraphes 47, 51, 83 et 233. Les plaignants mentionnent fréquemment les trois mécanismes comme étant des mécanismes "autres que comportementaux". Voir *ibid*., paragraphe 51; Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 150; République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 14 et 378; et le contre-rapport supplémentaire Klick (pièce HND-122), paragraphe 58.

[1444] Australie, première communication écrite, paragraphe 143 (citant le rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 90).

[1445] Voir plus loin la section 7.2.5.3.5.1.

[1446] Voir plus loin les appendices C et D.

[1447] Voir, par exemple, Honduras, réponse à la question n° 71 du Groupe spécial, page 34; République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 310; réponse à la question n° 2 du Groupe spécial, paragraphe 21; réponse à la question n° 71 du Groupe spécial, paragraphes 348 et 349; Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 40; réponse à la question n° 71 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial) (souscrivant à la réponse du Honduras à la question n° 71 du Groupe spécial); et Indonésie, réponse à la question n° 71 du Groupe spécial, paragraphe 102.

[1448] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 438.

la mesure concernant l'emballage neutre du tabac, de ses caractéristiques révélées par sa conception et sa structure, ainsi que de la nature, de la quantité et de la qualité des éléments de preuve disponibles", le Groupe spécial devrait déterminer le degré de contribution de la mesure d'un point de vue *qualitatif* et doit accorder un plus grand poids à la conception, à la structure et au fonctionnement de la mesure.[1449]

7.495. Comme nous l'avons déterminé plus haut, l'objectif des mesures est d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits. La réalisation de cet objectif au moyen des mesures TPP repose sur leur aptitude à influencer les *comportements* tabagiques, tels que l'initiation, le sevrage et la récidive. L'examen de l'incidence des mesures sur ces comportements est donc, *a priori*, directement pertinent pour une évaluation du degré de contribution des mesures à cet objectif. Spécifiquement il est cohérent avec la conception et la structure des mesures que les éléments de preuve relatifs à leur incidence réelle sur la consommation de produits du tabac en Australie éclairent une évaluation du degré de la contribution qu'elles apportent à leur objectif.

7.496. En fait, l'expert de l'Australie, le professeur Fong, signale qu'"il vaut mieux mesurer les politiques de lutte antitabac par leur influence sur des variables psychosociales en aval, comme la connaissance, les croyances, les attitudes et les intentions, *et sur les comportements ultérieurs relatifs à la consommation de tabac*".[1450] Cela est compatible avec les observations de chercheurs dans le domaine de la lutte antitabac selon lesquelles "le critère optimal pour l'emballage neutre serait sa mise en œuvre et son évaluation dans une population donnée"[1451] et selon lesquelles nonobstant tout attrait intuitif, les politiques de lutte antitabac "doivent être évaluées pour fournir des éléments de preuve concrets de leurs effets"[1452] car "on ne peut pas … être certain de l'efficacité d'intervention avant qu'elle soit mise en œuvre".[1453] Donc, "[i]l faut que les professionnels et les décideurs politiques du domaine de la lutte antitabac envisagent la possibilité que les données obtenues suite à l'effort d'évaluation révèlent que les hypothèses sous-tendant l'intervention sont viciées".[1454] Nous sommes également conscients que ce qu'il nous faut déterminer c'est le degré de contribution *réel* des mesures, telles qu'elles sont conçues et appliquées.

7.497. Nous considérons donc que, dans la mesure où les éléments de preuve pertinents sont disponibles, les renseignements relatifs aux comportements tabagiques effectifs et à la consommation de produits du tabac en Australie après la mise en œuvre des mesures devraient faire partie intégrante de notre évaluation de la contribution des mesures TPP à l'objectif de l'Australie d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits.[1455] Le poids exact à accorder à ces éléments de preuve dépendra cependant de leur nature, de leur qualité et de leur valeur probante pour ce qui est de la question dont nous sommes saisis.[1456]

7.498. Nous notons également qu'une partie importante des éléments de preuve qui nous ont été présentés consistent en un certain nombre d'études, dont la plupart sont antérieures à la mise en œuvre des mesures TPP par l'Australie, identifiées comme étant les "publications sur l'emballage neutre" (publications TPP) et qui visaient à explorer le fonctionnement attendu en particulier des trois mécanismes qui sont à présent reflétés dans la "chaîne de causalité" de la Loi TPP. Les plaignants fondent leur argument selon lequel les mesures ne sont pas capables de produire les résultats visés en partie sur des critiques de la fiabilité de ces études. Les éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre qui nous ont été présentés en ce qui concerne les effets des mesures TPP depuis leur entrée en vigueur se rapportent également non seulement à la

[1449] Australie, réponse à la question n° 71 du Groupe spécial, paragraphes 192 et 193. (italique dans l'original)

[1450] Australie, première communication écrite, paragraphe 146 (citant Fong *et al.* 2006 (pièce AUS-132), pages iii10 à iii11). (pas d'italique dans l'original)

[1451] Wakefield *et al.* 2012 (pièces AUS-557, JE-24(63)), page 1166.

[1452] Fong et al. 2006 (pièce AUS-132), page iii3.

[1453] Manuel de 2008 du CIRC (pièces AUS-602, DOM-368), page 15.

[1454] Borland et Cummings 2010 (pièce DOM-369), page 632.

[1455] Nous notons que l'Australie s'appuie sur des éléments de preuve concernant la mise en œuvre effective des mesures pour contrer l'assertion des plaignants selon laquelle les mesures TPP feront baisser le prix des produits du tabac. Australie, première communication écrite, paragraphes 660 et 661.

[1456] Voir plus loin la section 7.2.5.3.6 sur la nature des éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre et le poids qu'il faut leur accorder.

prévalence du tabagisme et à la consommation, mais aussi à l'effet des mesures sur le type de "résultats proximaux" correspondant aux trois mécanismes, décrits plus haut, par lesquels les mesures TPP sont censées fonctionner. Nous n'excluons pas, à ce stade de notre analyse, que ces éléments de preuve relatifs aux résultats "proximaux" qui reflètent les trois mécanismes de la Loi TPP puissent, en combinaison avec d'autres éléments de preuve pertinents qui nous ont été présentés, éclairer notre évaluation du degré de contribution des mesures à leur objectif, dans la mesure où ils éclaireraient l'incidence des mesures sur les comportements tabagiques qui sont la cible ultime des mesures.

7.499. Plus généralement, le poids relatif à attribuer à des éléments de preuve spécifiques, y compris les éléments de preuve qui concernent la conception, la structure et le fonctionnement prévu des mesures, d'une part, et ceux qui concernent leur application, d'autre part, dépendra de la nature et de la qualité de ces éléments de preuve et de leur valeur probante pour la question dont nous sommes saisis. Nous devons évaluer le degré de contribution des mesures TPP à leur objectif, aussi précisément que possible, sur la base de la totalité des éléments de preuve qui nous ont été présentés.[1457] Le niveau de précision avec lequel cette évaluation pourra être effectuée dépendra toutefois d'un certain nombre de facteurs:

> [L]a nature de l'objectif du règlement technique …, ses caractéristiques révélées par sa conception et sa structure, et la nature, la quantité et la qualité des éléments de preuve disponibles peuvent avoir une incidence sur le point de savoir si un facteur pertinent … peut être évalué d'un point de vue quantitatif ou qualitatif … ainsi que sur le degré de précision avec lequel cette analyse peut être effectuée.[1458]

7.500. Compte tenu de ce qui précède, nous considérons que les éléments de preuve concernant la conception, la structure et le fonctionnement des mesures TPP (y compris leur incidence prévue sur les résultats "proximaux", qui reflètent les mécanismes spécifiques au moyen desquels ces mesures sont censées fonctionner, ainsi que sur les comportements tabagiques) et les éléments de preuve concernant l'application des mesures contestées (y compris les éléments de preuve concernant leur effet réel tant sur les résultats proximaux qui reflètent les mécanismes au titre de la Loi TPP que sur les comportements tabagiques) sont *a priori* pertinents pour une évaluation du degré auquel les mesures TPP contribuent à l'objectif de l'Australie de réduire la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits.

7.501. Les mesures TPP visent les "produits du tabac", que la Loi TPP définit comme étant le "tabac transformé, ou tout produit contenant du tabac, qui: a) est fabriqué pour être utilisé comme tabac à fumer, à sucer, à chiquer ou à priser; et b) n'est pas inscrit au Registre australien des produits thérapeutiques tenu en application de la *Loi de 1989 sur les produits thérapeutiques*".[1459] L'exposé des motifs concernant le projet de loi TPP ajoute ce qui suit:

> La définition de l'expression "produit du tabac" figurant dans le projet de loi signifie que, d'une manière générale, tout produit contenant du tabac, aussi infime que soit la quantité qu'il contient, relèvera du projet de loi s'il a été fabriqué pour être fumé, sucé, chiqué ou prisé.
>
> La présente définition s'appuie sur celle qui est énoncée dans la FCTC de l'OMS. Elle vise à englober tous les produits du tabac destinés à la consommation humaine et inclura, par exemple, les cigarettes, les cigares, le tabac à rouler, les bidis, les kreteks, les petits cigares et les produits du tabac solubles, comme les pastilles contenant du tabac à sucer.
>
> Il importe de noter que les produits thérapeutiques, destinés à aider les gens à renoncer à l'utilisation des produits du tabac, ne seront pas réglementés par le projet de loi s'ils sont inscrits au Registre australien des produits thérapeutiques. Les produits contenant de la nicotine mais pas de tabac ne seront pas réglementés par le présent projet de loi.

[1457] Voir le rapport de l'Organe d'appel *Corée – Produits laitiers*, paragraphe 137.

[1458] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.211.

[1459] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 4.

> La définition large des "produits du tabac" peut englober certains produits du tabac qui sont illicites au regard des lois du Commonwealth, des États ou des territoires réglementant la consommation et la vente du tabac et qui ne sont pas affectés par l'application du présent projet de loi.[1460]

7.502. En tant que sous-catégorie des produits du tabac, la "cigarette" est définie par la Loi TPP comme étant "un rouleau de tabac coupé à fumer, enveloppé de papier".[1461] Les définitions susmentionnées s'appliquent aussi dans le contexte du Règlement TPP[1462], qui définit également un "cigare" comme étant "un rouleau de tabac coupé à fumer, enveloppé d'une feuille de tabac ou de la feuille d'une autre plante"[1463], et un "bidi" comme étant "un produit du tabac à fumer, qui n'est pas enveloppé de papier, généralement appelé "bidi"".[1464]

7.503. Les parties aux présentes procédures ont présenté un corpus volumineux d'éléments de preuve. La plupart d'entre eux se rapportent soit aux cigarettes, soit aux produits du tabac en général. Certains des éléments de preuve présentés au Groupe spécial sont spécifiques aux cigarillos et aux cigares.[1465]

7.504. Aucune des parties ne laisse entendre que le Groupe spécial devrait adopter une approche différente, en ce qui concerne son analyse de la contribution des mesures TPP, pour ce qui est des différents produits du tabac.[1466] Selon l'Australie, l'analyse relationnelle et l'analyse comparative au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC devraient être symétriques, et le Groupe spécial devrait donc procéder à une analyse globale pour les produits du tabac, plutôt qu'à des analyses séparées concernant les cigarettes, les cigares et d'autres produits du tabac.[1467] Cuba, bien que ne laissant pas entendre que l'approche adoptée pour l'analyse devrait être différente pour les différents produits du tabac[1468], fait valoir que les mesures TPP ont un effet disproportionné sur les gros

---

[1460] Exposé des motifs concernant le projet de loi TPP (pièces AUS-2, JE-7), page 9.
[1461] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 4.
[1462] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 1.1.3.
[1463] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 1.1.3.
[1464] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 1.1.3.
[1465] Certains éléments de preuve portaient spécifiquement sur le tabac à rouler; cependant, aucune partie n'a formulé d'arguments en ce qui concerne ce sous-groupe des produits du tabac.
[1466] La République dominicaine fait valoir qu'il relèverait du pouvoir discrétionnaire du Groupe spécial d'évaluer séparément les éléments de preuve concernant les cigares et les cigarettes dans son analyse au titre de l'article 2.2, mais considère qu'il n'y a aucune base dans les arguments ou les éléments de preuve présentés au Groupe spécial en faveur d'une évaluation séparée du caractère restrictif pour le commerce et de la contribution des mesures *de rechange,* telles qu'elles s'appliquent aux cigares et aux cigarettes, et qu'aucune des parties n'a cherché à établir une quelconque distinction pertinente à cet égard. République dominicaine, réponse à la question n° 152 du Groupe spécial. De même, dans le contexte des articles 22:2 et 24:3 de l'Accord sur les ADPIC, la République dominicaine fait valoir que les distinctions entre les types de produits du tabac ne comportent pas de différences pertinentes sur le plan factuel ou juridique, même si les IG sont vraisemblablement plus pertinentes pour les gros cigares roulés à la main. République dominicaine, réponse à la question n° 44 du Groupe spécial. De même, le Honduras n'estime pas qu'il faille procéder à une évaluation différente pour les mesures de rechange proposées en ce qui concerne les cigares et les cigarettes. Honduras, réponse à la question n° 152 du Groupe spécial. En outre, dans le contexte de l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC, le Honduras fait valoir qu'il n'est pas nécessaire d'établir une distinction entre les produits du tabac. Honduras, réponse à la question n° 29 du Groupe spécial. De même, dans le contexte des articles 22:2 et 24:3 de l'Accord sur les ADPIC, le Honduras fait valoir que, sur le plan de la réalité commerciale, les indications géographiques sont vraisemblablement plus pertinentes pour les gros cigares roulés à la main que pour d'autres produits du tabac; cependant, une plus grande pertinence commerciale des indications géographiques pour les gros cigares roulés à la main "n'est pas juridiquement pertinente." Honduras, réponse à la question n° 44 du Groupe spécial. L'Indonésie indique qu'elle ne formule pas d'allégations concernant les cigares en l'espèce mais incorpore par référence les points susmentionnés avancés par le Honduras et la République dominicaine. Indonésie, réponse à la question n° 152 du Groupe spécial (faisant référence à République dominicaine, réponse à la question n° 152 du Groupe spécial; et à Honduras, réponse à la question n° 152 du Groupe spécial).
[1467] Australie, réponse à la question n° 152 du Groupe spécial.
[1468] Cuba, réponse à la question n° 152 du Groupe spécial. De même, dans le contexte de l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC, Cuba fait valoir que "bien que les principes fondamentaux de l'analyse susmentionnés correspondent également à l'effet des mesures concernant l'emballage neutre sur les cigares et les cigarettes, pour les raisons données, [elle] considère que l'incidence commerciale des mesures est bien plus grande pour les cigares que pour les cigarettes. Les cigarettes sont un produit "de base" de faible valeur; les gros cigares roulés à la main sont des produits de luxe de plus grande valeur. La création d'une image de marque efficace et la différenciation des produits sont essentielles pour promouvoir le statut haut de gamme de ces gros cigares. Pour cette raison, les obstacles à l'usage effectif des marques ont des effets préjudiciables

cigares roulés à la main[1469] et ne réduiront pas la prévalence de leur usage ni leur consommation.[1470]

7.505. Dans la mesure où l'objectif recherché et les mécanismes par lesquels les mesures TPP sont censées contribuer à cet objectif sont les mêmes pour les divers produits visés par les mesures TPP, nous ne voyons aucune raison de supposer qu'il faudrait une approche différente pour examiner la contribution des mesures à l'objectif de l'Australie en ce qui concerne les différents types de produits du tabac. Néanmoins, dans la mesure où des éléments de preuve spécifiques sont présentés, qui auraient une incidence sur nos conclusions concernant le degré de contribution des mesures à leur objectif en ce qui concerne des produits du tabac spécifiques, nous les examinerons au cours de notre analyse. Par conséquent, nous évaluerons les allégations des plaignants au titre de l'article 2.2 pour les produits du tabac en général, tout en tenant compte, selon qu'il sera nécessaire, des éléments de preuve pertinents spécifiques à certains types de produits du tabac.

7.506. Enfin, nous notons que le fonctionnement des mesures TPP, y compris leur contribution à l'objectif de l'Australie, doit être considéré dans le contexte plus large des autres mesures de lutte antitabac maintenues par l'Australie. Bien que ce contexte plus large ne supprime pas ni ne limite la nécessité d'identifier la contribution que les mesures contestées apportent elles-mêmes à l'objectif de l'Australie, il s'agit d'une considération pertinente pour notre évaluation, dans la mesure où cela éclaire et affecte la façon dont les mesures sont appliquées et fonctionnent, en tant que composante d'une série plus large de mesures de lutte antitabac complémentaires.[1471]

7.507. Pour la clarté de l'exposé, nous examinons d'abord les éléments de preuve qui nous ont été présentés en ce qui concerne la conception, la structure et le fonctionnement prévu des mesures TPP, puis les éléments de preuve concernant leur application effective. Cependant, comme il est indiqué plus haut, notre évaluation globale sera fondée sur l'intégralité des éléments de preuve pertinents, considérés conjointement.

7.508. Nous examinons tout d'abord, à titre préliminaire, certaines questions générales soulevées par les plaignants au sujet de la valeur probante à attribuer à certains éléments de preuve qui nous ont été présentés.

7.2.5.3.4 Accès aux données et valeur probante de certains éléments de preuve

7.509. Comme il est indiqué plus haut, un nombre considérable d'éléments de preuve factuels ont été présentés et invoqués par toutes les parties aux présentes procédures. Cela inclut un grand nombre de rapports d'expert que les parties ont commandés aux fins des présentes procédures, ainsi que des études scientifiques publiées dans des domaines variés.

7.510. Au cours des présentes procédures, l'Australie, l'Ukraine[1472] et la République dominicaine ont demandé au Groupe spécial d'exercer son pouvoir discrétionnaire conformément à l'article 13 du Mémorandum d'accord pour demander des données, des codages et d'autres éléments d'information, y compris des éléments sous-tendant les rapports d'expert commandés aux fins des présentes procédures, ainsi que certaines publications invoquées par l'Australie ou ses experts.[1473] Prenant en considération les prescriptions en matière de régularité de la procédure et l'utilité potentielle de ces renseignements pour sa propre évaluation, et sans préjudice de la pertinence ou de la force probante qui devra finalement être accordée à ces éléments de preuve, le Groupe spécial a invité le Cancer Council Victoria (CCV) et le Cancer Council Queensland (CCQ) à fournir, entre autres éléments d'information, l'ensemble des données sous-tendant deux documents publiés qui ont été invoqués par l'Australie ou ses experts.[1474] Évoquant des obligations éthiques et

bien plus importants pour les cigares que pour les cigarettes." Cuba, réponse à la question n° 29 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial).

[1469] Cuba, réponse à la question n° 29 du Groupe spécial.

[1470] Cuba, première communication écrite, paragraphe 273.

[1471] Voir le rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 154.

[1472] Voir plus haut la section 1.6.6 en ce qui concerne le DS434.

[1473] Voir plus haut la section 1.6.7.3.

[1474] Les deux documents sont a) White *et al.* 2015b (pièces HND-135, DOM-236, DOM-288); et b) White *et al.* 2015a (pièce AUS-186, DOM-235). Il est fait référence à White *et al.* 2015b dans le rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 87, et dans le rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 348.

juridiques, et la crainte que la communication des données compromette leur capacité de mener des études dans le futur, le CCV et le CCQ ont en partie rejeté ces demandes.[1475]

7.511. La République dominicaine et le Honduras se sont demandé dans quelle mesure des publications fondées sur des données auxquelles ils n'avaient pas directement accès pouvaient être invoquées dans les présentes procédures. La République dominicaine allègue qu'il n'est pas possible d'évaluer objectivement les constatations d'études reposant sur des données auxquelles ils n'ont pas eu totalement accès, et nous invite à inférer que les données sous-jacentes non communiquées sont moins favorables à l'Australie.[1476] Le Honduras fait valoir qu'il serait inapproprié que le Groupe spécial s'appuie sur ces études, étant donné que les plaignants n'ont pas eu la possibilité d'examiner les données sous-jacentes.[1477]

7.512. Nous notons que, dans les présentes procédures, toutes les parties ont présenté un volume d'éléments de preuve considérable – en fait, exceptionnellement grand – et y ont eu accès pour étayer leurs allégations et arguments. Cela incluait les données et les codages informatiques sous-tendant directement de nombreux rapports d'expert commandés aux fins des présentes procédures, ainsi qu'un éventail de données sous-tendant certaines publications invoquées par l'Australie, qui visaient à évaluer les effets des mesures TPP depuis leur entrée en vigueur.[1478]

7.513. Nous ne considérons pas que ce manque d'accès direct à la totalité des données qui sous-tendent une publication scientifique soumise à un examen par les pairs devrait en soi amener le Groupe spécial à ne pas tenir compte de cette publication, ou de ses conclusions, en tant qu'éléments de preuve. Nous n'excluons pas que, dans les cas où les éléments de preuve présentés sont susceptibles de remettre en cause les conclusions de certains résultats de recherche indiqués dans des publications scientifiques citées en tant qu'éléments de preuve, cela puisse valablement être pris en considération pour évaluer la valeur probante de ces éléments de preuve dans la démonstration des faits en cause. Cependant, nous ne voyons rien qui permette de supposer que des publications scientifiques, présentées en tant qu'éléments de preuve dans une procédure de règlement de différends, ne peuvent être valablement examinées par un groupe spécial que si l'ensemble des données de recherche correspondantes sont également accessibles. En fait, comme l'Australie l'a observé[1479], avec une telle approche, la fiabilité de ces renseignements et la gestion des éléments de preuve dans une procédure de règlement des différends seraient indûment complexes et finalement ingérables. Nous notons à cet égard qu'un éventail de sources scientifiques, y compris, le cas échéant, des publications scientifiques, ont été invoquées par des parties et prises en compte en tant qu'éléments de preuve recevables dans des procédures de groupes spéciaux antérieures.[1480]

7.514. Plus généralement, dans les présentes procédures, toutes les parties ont longuement débattu de la validité et des conséquences des conclusions tirées d'un éventail d'études scientifiques dans divers domaines de recherche, y compris sur la base des nombreux rapports d'expert commandés aux fins des présentes procédures. En évaluant la valeur probante de ces éléments de preuve, nous sommes conscients que notre rôle n'est pas d'établir des déterminations scientifiques ni de chercher, d'une autre manière, à trancher des débats scientifiques. En fait, notre tâche est d'aider l'ORD à régler un différend et, dans ce contexte, de procéder à une évaluation objective, sur la base des arguments et des éléments de preuve qui nous ont été présentés, du degré de contribution des mesures TPP à leur objectif, dans le cadre d'une détermination plus large sur leur compatibilité avec l'article 2.2 de l'Accord OTC.

7.515. Dans ce contexte, nous aurons besoin d'évaluer, sur la base des éléments de preuve qui nous ont été présentés, dans quelle mesure les faits pertinents ont été établis et dans quelle mesure ces éléments de preuve, considérés dans leur ensemble, étayent une conclusion selon laquelle les mesures contestées contribuent à leur objectif. Dans la mesure où c'est le cas, nous aurons besoin de déterminer, aussi précisément que possible, à quel degré elles le font, à la

[1475] Voir plus haut les paragraphes 1.99 et 1.100.
[1476] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 443 à 445; réponse à la question n° 134 du Groupe spécial, paragraphes 12 à 16.
[1477] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 160.
[1478] Voir plus haut la section 1.6.7.3.
[1479] Australie, réponse à la question n° 134 du Groupe spécial, paragraphes 11 à 18.
[1480] Voir, par exemple, les rapports des Groupes spéciaux *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 7.438, note de bas de page 634 et 7.498, note de bas de page 693; et *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 7.403 à 7.412.

lumière de la nature et de la qualité des éléments de preuve qui nous ont été présentés. Comme il est observé plus haut, le degré de précision avec lequel cela pourra être fait dépendra, entre autres choses, de la nature et de la qualité des éléments de preuve qui nous ont été présentés.

7.516. Dans la mesure où des éléments de preuve scientifiques sont invoqués, notre évaluation peut inclure en particulier un examen du point de savoir si ces éléments de preuve "provien[nent] d'une source compétente et respectée"[1481], s'ils ont la "rigueur scientifique et méthodologique nécessaire pour être considéré[s] comme des données scientifiques dignes de foi" ou s'ils reflètent des "données scientifiques légitimes d'après les normes de la communauté scientifique pertinente"[1482], et "si le raisonnement énoncé sur la base des preuves scientifiques est objectif et cohérent".[1483]

7.517. Ces examens ont d'abord été identifiés comme étant pertinents dans le contexte de l'article 5:1 de l'Accord SPS. L'évaluation exigée pour l'examen de la compatibilité d'une mesure SPS au titre de l'article 5:1 de l'Accord SPS et l'évaluation qu'il nous est demandé d'effectuer dans le contexte de l'article 2.2 de l'Accord OTC ne sont pas identiques, mais elles comportent de la même façon un examen des éléments de preuve scientifiques pertinents. La question qu'un groupe spécial doit examiner au titre de l'article 5:1 de l'Accord SPS se rapporte à l'existence d'une évaluation des risques appropriée et à la question de savoir si les conclusions formulées dans cette évaluation justifient suffisamment la mesure en cause. Comme il est indiqué plus haut, il nous est demandé, à ce stade de notre analyse, d'établir une détermination factuelle objective du degré auquel, "à supposer qu'[elles] le fasse[nt]", les mesures contribuent à leur objectif. Pour nous acquitter de cette tâche et arriver à des constatations de fait à cet égard, nous avons le devoir d'examiner et de prendre en considération tous les éléments de preuve qui nous ont été présentés et d'"évaluer la pertinence et la force probante de chacun d'entre eux".[1484] Nous considérons que, dans cette évaluation, les types d'examens identifiés plus haut comme étant pertinents dans le contexte d'un examen du fondement scientifique d'une évaluation des risques au titre de l'Accord SPS peuvent, *mutatis mutandis*, également éclairer de façon importante "la force probante" à attribuer aux éléments de preuve de nature scientifique qui sont contestés dans le contexte aussi d'une évaluation au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC.

7.2.5.3.5 Conception, structure et fonctionnement des mesures

7.518. Dans la présente section, nous nous concentrons sur les éléments de preuve concernant la façon dont les mesures TPP sont censées fonctionner, autrement dit, concernant leur "conception, [leur] structure et [leur] fonctionnement". À ce stade de notre analyse, nous nous concentrons donc principalement sur les éléments de preuve antérieurs à la mise en œuvre des mesures TPP en Australie. Cela est sans préjudice de notre examen ultérieur des éléments de preuve concernant l'application effective des mesures TPP figurant dans la section suivante. Comme cela a déjà été indiqué, notre évaluation globale du degré de contribution des mesures à leur objectif sera fondée sur un examen de l'intégralité de ces éléments de preuve.

7.519. Comme il est indiqué plus haut, la conception qui sous-tend la structure des mesures TPP reflète une chaîne de causalité, ou "modèle médiationnel", selon laquelle l'adoption d'une présentation uniforme normalisée des produits du tabac et de leur emballage pour la vente au détail (à savoir, l'emballage "neutre") est censée réduire l'attrait des produits du tabac pour le consommateur, accroître l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et diminuer l'aptitude du paquet à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme, et ainsi affecter les comportements tabagiques.

7.520. Les plaignants contestent la capacité des mesures TPP de contribuer à leur objectif au moyen de l'un quelconque de ces mécanismes. Ils font valoir que la base d'éléments de preuve pour les mesures TPP, en particulier les publications à l'appui de l'emballage neutre du tabac, n'est

[1481] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la suspension*, paragraphes 591 et 592. Voir aussi *ibid.*, paragraphes 598 et 601. Ces observations ont été formulées par l'Organe d'appel dans le contexte d'un examen du "fondement scientifique" de mesures SPS au titre de l'article 5:1 de l'Accord SPS; cependant, nous considérons qu'elles peuvent être pertinentes, *mutatis mutandis*, pour un examen de la valeur probante d'éléments de preuve scientifiques contestés dans d'autres contextes comparables.

[1482] Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la suspension*, paragraphe 591.

[1483] Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la suspension*, paragraphes 591 et 592. Voir aussi *ibid*., paragraphes 598 et 601.

[1484] Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Produits laitiers*, paragraphe 137.

pas d'une qualité ni d'une rigueur méthodologique suffisante pour constituer une base fiable à l'appui des mesures. Ils font également valoir que, même à supposer que les mesures soient, comme le fait valoir l'Australie, à même de réduire l'attrait des produits du tabac, d'accroître l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites ou de limiter l'aptitude de l'emballage à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme, cela n'aura pas d'incidence sur les comportements tabagiques pertinents.

7.521. La critique des plaignants à l'égard du corpus d'études concernant l'emballage neutre du tabac (publications TPP) vise un corpus complet d'éléments de preuve se rapportant aux effets prévus de l'emballage neutre du tabac, principalement constitué d'études antérieures à la mise en œuvre des mesures TPP en Australie et cherchant à évaluer l'incidence potentielle de l'emballage neutre du tabac sur les trois mécanismes qui sont à présent reflétés dans la Loi TPP. Nous examinons donc cette critique horizontale en premier lieu. Nous passons ensuite à l'examen des éléments de preuve se rapportant à chaque mécanisme spécifique et aux résultats comportementaux associés qui sous-tendent la conception et la structure des mesures TPP.

7.2.5.3.5.1 Critique des "publications sur l'emballage neutre" (publications TPP)[1485]

7.522. Les plaignants identifient un groupe de 68 articles publiés, qui présentent les résultats d'études effectuées, pour la plupart, avant la mise en œuvre des mesures TPP par l'Australie[1486] et principalement axées sur la possibilité pour l'emballage neutre du tabac d'influencer les résultats "autres que comportementaux" ou "proximaux" identifiés dans la Loi TPP.

7.523. Les plaignants formulent des critiques individuelles à l'égard d'études spécifiques et font également valoir que les publications TPP dans leur ensemble, qui appliquent des critères établis dans le domaine de la recherche en sciences sociales[1487], présentent de graves vices de méthode et n'ont pas la rigueur scientifique et l'objectivité requises pour constituer une base d'éléments de preuve fiable en vue d'une intervention des pouvoirs publics de cette sorte.[1488] L'Australie répond que les mesures TPP sont fondées sur "une masse d'éléments de preuve étayant [leur] efficacité" et que les critiques des plaignants à l'égard des publications TPP sont "injustifiées, dénuées de pertinence et donnent une image trompeuse du corpus de publications étayant la mesure concernant l'emballage neutre du tabac".[1489]

7.524. Dans la présente section, nous examinons la critique globale des plaignants à l'égard de ces publications, sans préjudice du poids qui doit être accordé à ce corpus d'éléments de preuve dans notre évaluation globale.

Principaux arguments des parties

7.525. Les plaignants font valoir que les publications TPP dans leur ensemble présentent des vices qui font qu'elles ne peuvent pas constituer des éléments de preuve scientifiques fiables de l'efficacité à court et à long terme des mesures TPP. Plus spécifiquement, ils considèrent que les publications TPP ne respectent pas les critères d'objectivité ni de rigueur méthodologique qui s'appliquent généralement à la recherche en sciences sociales sur le comportement des consommateurs. À l'appui de cet argument, les plaignants ont commandé des rapports d'expert aux trois groupes d'experts suivants aux fins des présentes procédures: 1) le professeur Inman

[1485] Le Groupe spécial utilise cette expression dans les présents rapports sans que cela suppose une liste spécifique d'études pertinentes. Comme il est indiqué plus loin, les plaignants ont présenté un ensemble de 68 études qu'ils désignent par l'expression "les publications PP". Ils ont également présenté un certain nombre de rapports d'expert contenant des examens d'études concernant l'emballage neutre du tabac pertinentes, chacun d'eux définissant le champ de l'examen effectué dans le rapport spécifique. Ces listes et les publications mentionnées par l'Australie coïncident en partie. Le Groupe spécial désigne ce corpus d'études par l'expression "les publications TPP", d'une manière générale.

[1486] Voir les publications sur l'emballage neutre (pièce JE-24). Chacune des 68 études présentées en tant que partie de la pièce JE-24 s'est vu attribuer un numéro de pièce individuel allant de JE-24(1) à JE-24(68).

[1487] Voir le contre-rapport sur le projet d'examen par les pairs (pièce DOM/HND-12), paragraphe 6; et le deuxième contre-rapport sur l'examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-18), paragraphes 2, 22 et 23.

[1488] Voir Honduras, première communication écrite, paragraphes 455 à 517; République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 551 à 659; et Cuba, première communication écrite, paragraphes 169 à 184. Voir aussi Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 186.

[1489] Australie, première communication écrite, annexe E, paragraphes 3 et 6.

et al.[1490]; 2) la société Kleijnen Systematic Reviews[1491]; et 3) le professeur Klick.[1492] Chacun a appliqué une méthode d'examen différente.

7.526. Premièrement, la République dominicaine et le Honduras[1493] ont missionné une équipe de sept universitaires, dirigée par le professeur Inman, qui ont tous publié des articles et rempli des fonctions éditoriales dans des revues spécialisées dans le comportement des consommateurs, pour mener un "projet d'examen par les pairs" de 55 articles sur l'emballage neutre (projet d'examen par les pairs).[1494] Les examinateurs avaient pour instruction de procéder comme si on leur avait attribué chaque article, en tant que réviseur pour une grande revue de recherche spécialisée dans le domaine de la consommation, et d'appliquer comme point de repère les critères et la rigueur selon lesquels ils jugeraient normalement les manuscrits soumis.[1495] Aucune des études examinées n'a été recommandée pour publication par aucun des examinateurs. Quarante-six ont été purement et simplement "rejetées" pour des raisons méthodologiques, sans possibilités de révision, tandis que les vices perçus dans les neuf études restantes, s'ils étaient corrigés, étaient réputés être suffisamment importants pour pourvoir altérer les résultats et les conclusions des études.[1496]

7.527. Deuxièmement, la République dominicaine et le Honduras[1497] ont chargé un groupe de chercheurs, dirigés par le professeur Kleijnen, d'"identifier, de sélectionner et d'évaluer de manière critique" et de façon systématique les études sur l'emballage neutre à l'aide de critères objectifs et de processus prédéfinis (l'examen systématique Kleijnen).[1498] L'équipe du professeur Kleijnen a déterminé que, sur les 58 articles examinés, 31 utilisaient un plan expérimental qui permettait de tirer des conclusions quant à l'incidence causale de l'emballage neutre sur le résultat mesuré.[1499] Ces études ont ensuite été évaluées du point de vue des biais, sur la base de "quatre motifs généralement admis en matière de "validité" méthodologique", représentant tous une source potentielle de biais: la validité du concept, la validité interne, la validité externe et la validité de la conclusion.[1500] L'évaluation a conclu que chaque étude était "mise en œuvre d'une manière qui

[1490] Voir le rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3); le contre-rapport sur le projet d'examen par les pairs (pièce DOM/HND-12); et le deuxième contre-rapport sur le projet d'examen par les pairs (pièce DOM/HND-17).

[1491] Voir l'examen systématique Kleijnen (DOM/HND-4); le contre-rapport sur l'examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-13); et le deuxième contre-rapport sur l'examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-18).

[1492] Rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6) (invoqué par Cuba: voir Cuba, communication au Groupe spécial du 13 juillet 2015).

[1493] Cuba s'est également appuyée sur ce rapport d'expert. Cuba, première communication écrite, paragraphes 170 et 172. L'Indonésie a mentionné des discussions figurant dans la première communication écrite de la République dominicaine qui font référence à ce rapport. Voir Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 186 et note de bas de page 275.

[1494] Voir Honduras, première communication écrite, paragraphes 470 à 474; République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 569 à 572; et le rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), paragraphes 12 à 14.

[1495] Rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), paragraphe 26 et appendice A.

[1496] Voir République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 575; et le rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), paragraphe 17.

[1497] Cuba s'est également appuyée sur ce rapport d'expert. Voir Cuba, première communication écrite, paragraphes 170 et 172. L'Indonésie a mentionné des discussions figurant dans la première communication écrite de la République dominicaine qui font référence à ce rapport. Voir Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 186 et note de bas de page 275.

[1498] Honduras, première communication écrite, paragraphe 476; République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 578; et l'examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), page 9.

[1499] Voir l'examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), pages 27 et 28.

[1500] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 589. La *validité du concept* "a trait à la question de savoir si la ou les manières dont un chercheur a mesuré un concept présentant un intérêt (par exemple, l'attrait d'un paquet de cigarettes ou un aspect du comportement tabagique) isolent totalement ce concept et si la mesure du résultat a des propriétés particulières telles que la fiabilité"; la *validité interne* a trait à la "question de savoir si l'étude a mesuré le véritable effet, autrement dit, si l'attribution de la causalité à l'intervention est valable"; la *validité externe* "a trait au caractère généralisable (applicabilité) des constatations au-delà du cadre de l'étude"; et la *validité de la conclusion* a trait à la "question de savoir s'il y a une correspondance appropriée entre les méthodes effectivement employées, les résultats et l'interprétation donnée par les chercheurs des constatations concernant la relation qui présente un intérêt". Examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), page 23.

présent[ait] un risque de biais considérable ou élevé" et que, par conséquent, aucune ne constituait une source fiable et probante pour l'évaluation des effets des mesures TPP.[1501]

7.528. Troisièmement, Cuba s'appuie sur un rapport examinant les publications qui sous-tendent les mesures TPP réalisé par le professeur Klick (le rapport Klick sur les publications TPP).[1502] Ce rapport est axé sur 48 études individuelles[1503] et sur 5 examens de publications réalisés par des universitaires et des organismes publics spécialisés dans la santé publique.[1504] Le professeur Klick a conclu que les recherches constituaient "un fondement inapproprié pour des politiques publiques" en raison de problèmes méthodologiques, de problème d'objectivité et du "décalage entre les plans des recherches et les conclusions tirées".[1505]

7.529. Les plaignants ont également présenté des rapports d'autres experts qui critiquent à des degrés divers certaines études figurant dans les publications TPP.[1506]

7.530. Les rapports d'expert présentés par les plaignants ont conclu que les recherches utilisées par les défenseurs de l'emballage neutre n'étaient "ni fiables ni pertinentes" aux fins de la mise en œuvre de cette politique en Australie.[1507] Globalement, les plaignants soutiennent que les études ont en commun les principaux vices suivants[1508]:

- elles mesurent l'incidence de l'emballage sur les attitudes, les perceptions et les intentions, plutôt que sur le comportement tabagique effectif[1509];

- elles s'appuient sur des données d'enquête ou des renseignements recueillis dans le cadre de groupes de réflexion ou d'entretiens, au lieu d'utiliser un plan expérimental qui permette de déduire des inférences causales[1510];

- elles ne tiennent pas compte des effets de demande et des réponses socialement désirables[1511];

- elles extrapolent des résultats du monde réel à partir d'échantillons et d'environnements non représentatifs[1512];

[1501] Voir République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 589.

[1502] Cuba, première communication écrite, paragraphe 172. Le professeur Klick est professeur de droit, économiste et expert en études juridiques empiriques. Rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), page i et *curriculum vitae* en pièce jointe.

[1503] Rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), page 16.

[1504] Rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), pages 16 et 58 à 63.

[1505] Rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), pages 1, 6, 63 et 64.

[1506] Voir le rapport Satel (pièce UKR-7) (invoqué par le Honduras, la République dominicaine et Cuba: voir Honduras, communication au Groupe spécial du 8 juillet 2015; République dominicaine, réponses aux questions du Groupe spécial après la première réunion de fond, paragraphe 1; et Cuba, communication au Groupe spécial du 13 juillet 2015); le rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6); le rapport Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-3); le rapport supplémentaire Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-4); et le contre-rapport Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-5). Voir aussi le rapport Viscusi (pièce UKR-8) (invoqué par le Honduras et Cuba: voir Honduras, communication au Groupe spécial du 8 juillet 2015; et Cuba, communication au groupe spécial du 13 juillet 2015); le rapport Mitchell (pièce UKR-154) (invoqué par l'Indonésie: voir Indonésie, communication au Groupe spécial du 8 juillet 2015); et le rapport McKeganey (pièces DOM-105, CUB-72).

[1507] Voir, par exemple, le rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), page 1.

[1508] Voir République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 591.

[1509] Voir le rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), page 1; l'examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), pages 32 et 33; le rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), paragraphe 61.iv.b; le rapport supplémentaire Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-4), paragraphes 60 et 61.e; le rapport Viscusi (pièce UKR-8), paragraphes 45 à 48; et le rapport Mitchell (pièce UKR-154), paragraphe 11.

[1510] Voir Honduras, première communication écrite, paragraphe 497; Cuba, première communication écrite, paragraphes 174 et 175; et l'examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), pages 16 à 20, 31 et 49; et figure 5.

[1511] Voir Honduras, première communication écrite, paragraphe 496; République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 598 à 600; Cuba, première communication écrite, paragraphe 176; le rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), page 1; le rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), paragraphes 18.i, 61.i et 61.ii; l'examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), pages 36 et 48; le rapport Viscusi (pièce UKR-8), paragraphes 34, 35 et 46; le rapport Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-3), paragraphes 179 à 188; le contre-rapport sur le projet d'examen par les pairs (pièce DOM/HND-12), paragraphes 41 à 51; le rapport Satel (pièce UKR-7), paragraphe 65; et le rapport supplémentaire Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-4), paragraphe 61.h.

- elles ne tiennent pas compte des variables de confusion[1513], comme les mises en garde sanitaires explicites et les effets de nouveauté[1514];

- elles tirent des conclusions qui ne découlent pas des résultats de l'étude[1515]; et

- elles manquent d'objectivité vis-à-vis des résultats de l'étude qui étayent l'emballage neutre, du fait:

  que la plupart des études sont postérieures à l'annonce par l'Australie, en avril 2010, qu'elle adopterait l'emballage neutre;

  des préférences de la communauté des spécialistes de la santé publique et de ses revues; et

  de la taille réduite de la communauté des spécialistes de la lutte antitabac, dans laquelle un petit groupe de chercheurs a réalisé la majorité des études.[1516]

7.531. L'Australie critique vivement les méthodes utilisées dans ces examens.[1517] Elle considère que les critiques très détaillées des plaignants à l'égard des publications TPP déconstruisent des études à l'aide de critères irréalistes qui exagèrent les lacunes dans une tentative de détourner l'attention des résultats et de les déprécier, à rebours des méthodes établies pour éclairer les politiques par des éléments de preuve.[1518] L'Australie critique la "stratégie" employée par les plaignants dans leur examen de la base d'éléments de preuve en faveur de l'emballage neutre.[1519]

7.532. Dans des rapports d'expert présentés par l'Australie, le professeur Fong identifie les stratégies et les thèmes généraux suivants dans les rapports d'expert des plaignants qui critiquent les publications TPP:

- donner l'illusion de la rigueur et réclamer l'étude "parfaite";

- mettre exclusivement l'accent sur les taux de tabagisme en tant que cible de la Loi TPP;

- mettre presque exclusivement l'accent sur la mesure des résultats concernant les comportements dans le monde réel;

- faire abstraction de toutes les recherches non expérimentales;

- décrire de façon trompeuse ou inexacte les éléments de preuve;

- présenter un point mineur comme une conclusion principale;

- attribuer tout effet de l'emballage neutre à la seule nouveauté;

[1512] Voir Cuba, première communication écrite, paragraphe 178; le rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), pages 2 et 3; le rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), paragraphe 18.ii; l'examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), page 36; et le rapport Viscusi (pièce UKR-8), paragraphes 39 à 42.

[1513] Rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), paragraphe 18.i; et rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), pages 50, 51 et 56.

[1514] Rapport supplémentaire Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-4), paragraphes 61.f et 61.h; deuxième contre-rapport sur l'examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-18), paragraphe 38; et rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), page 13.

[1515] Voir le rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), pages 2, 63 et 64; et le rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), paragraphe 18.iii.

[1516] Voir Honduras, première communication écrite, paragraphes 461 et 464 à 466; République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 69 à 75; Indonésie, première communication écrite, paragraphes 29 et 30; le rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), pages 1, 2, 13 et 15 à 17; et le rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), paragraphe 40.

[1517] Australie, première communication écrite, paragraphes 607 à 614 et annexe E, paragraphes 3 à 10.

[1518] Rapport Samet (pièce AUS-7), paragraphes 137, 148 et 152; et rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphes 446 et 489.

[1519] Rapport Samet (pièce AUS-7), paragraphe 137; et deuxième rapport supplémentaire Fong (pièce AUS-585), paragraphes 35 et 36.

- surestimer les biais de désirabilité sociale;
- surestimer les effets de demande;
- ne pas examiner la façon dont les vices allégués pourraient en fait rendre compte des résultats;
- exagérer l'incidence des limitations et ignorer les points forts des études;
- alléguer que le fait qu'un petit groupe d'auteurs participe à une majorité d'articles constitue un biais; et à
- ignorer la convergence des éléments de preuve.[1520]

7.533. L'Australie note également que la grande majorité des études examinées par les plaignants ont été publiées dans des revues scientifiques soumises à un examen par les pairs, y compris dans quelques-unes des importantes revues scientifiques dans le domaine de la santé publique et du tabac.[1521] Par conséquent, elle soutient que les études ont déjà fait l'objet d'"un examen rigoureux de spécialistes".[1522]

7.534. Les plaignants répondent que le processus d'examen par les pairs n'est pas infaillible, qu'il peut ne pas empêcher la publication d'études présentant des vices importants[1523] et que la publication n'est pas une garantie de la fiabilité des méthodes et des résultats.[1524] Ils mettent en avant le projet d'examen par les pairs, dans lequel sept experts en marketing possédant une expérience dans l'examen d'études à des fins de publication ont présenté une "critique objective … afin d'évaluer si les articles constituant le corpus des [] publications sur l'emballage neutre seraient acceptés pour publication dans des revues universitaires de haut niveau soumises à un examen par les pairs".[1525] Ces experts ont conclu qu'aucune de ces études n'était acceptable dans sa forme actuelle.[1526]

7.535. L'expert de l'Australie, le professeur Fong, observe que sur les 55 articles examinés dans le cadre du projet d'examen par les pairs de la République dominicaine et du Honduras, 39 avaient déjà été publiés dans des revues soumiseS à un examen par les pairs. Pourtant, aucun n'a été "accepté" pour publication dans le cadre de l'examen hypothétique des plaignants. En d'autres termes, il n' y a pas eu de superposition entre les résultats du processus d'examen par les pairs de 20 revues scientifiques appartenant à différentes disciplines scientifiques, dans lesquelles ces articles avaient été publiés, et les résultats du projet d'examen par les pairs.[1527] De même, l'Australie note que l'"examen systématique Kleijnen indiquait de façon uniforme qu'il existait un risque élevé de biais" parmi les 31 articles jugés adéquats pour l'analyse.[1528] Elle estime que ces résultats sont le fruit de critères d'examen faussés, excessivement stricts et mal appliqués d'une manière incompatible avec les principes et méthodes d'examen établis.[1529] L'Australie fait valoir que les conclusions "non plausibles" de ces rapports, ainsi que leurs différences avec les résultats

[1520] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphes 446 à 493.
[1521] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 450.
[1522] Deuxième rapport supplémentaire Fong (pièce AUS-585), paragraphe 24.
[1523] Contre-rapport sur le projet d'examen par les pairs (pièce DOM/HND -12), paragraphe 149.
[1524] Contre-rapport sur le projet d'examen par les pairs (pièce DOM/HND-12), paragraphe 148; et deuxième contre-rapport sur le projet d'examen par les pairs (pièce DOM/HND-17), paragraphe 5.
[1525] Rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), paragraphe 1.
[1526] Rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), paragraphe 17.
[1527] Deuxième rapport supplémentaire Fong (pièce AUS-585), paragraphes 24 et 25. Voir aussi le rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), paragraphe 17.
[1528] Voir le rapport Samet (pièce AUS-7), paragraphes 145 et 146. Voir aussi le deuxième contre-rapport sur l'examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-18), paragraphe 32 ("Chaque étude individuelle sur l'emballage neutre présente un risque de biais élevé, voire considérable, et presque toujours pour de multiples aspects de la validité.").
[1529] Voir le rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphes 528, 554 et 562; le deuxième rapport supplémentaire Fong (pièce AUS-585), paragraphes 26 à 30; et le rapport Samet (pièce AUS-7), paragraphe 137.

des processus réels d'examen par les pairs de diverses revues, discréditent les évaluations des experts des plaignants.[1530]

7.536. L'expert de l'Australie, le professeur Fong, affirme que les études individuelles souffrent inévitablement d'une série de limitations mais que, considérées collectivement, l'éventail de leurs plans peut constituer un corpus d'éléments de preuve convaincant.[1531] L'Australie a chargé deux experts de procéder à des examens qualitatifs exhaustifs des publications sur l'emballage neutre pour déterminer si les éléments de preuve "pris conjointement dans leur ensemble" étayaient l'efficacité de l'emballage neutre du tabac.[1532] Tous deux ont conclu que le poids des éléments de preuve, provenant de diverses sources qui avaient utilisé une variété de plans de recherche, de mesures de résultat et de participants, tendait vers la conclusion que l'emballage neutre réduirait la consommation de produits du tabac.[1533]

7.537. L'Australie et ses experts affirment avoir suivi l'approche adoptée par des "organismes faisant autorité de réputation internationale" comme l'Institut national du cancer des États-Unis, le Centre international de lutte contre le cancer (l'unité de recherche sur le cancer de l'Organisation mondiale de la santé) et le Directeur du Service de santé publique des États-Unis.[1534] Elle fait référence aux rapports du Directeur du Service de santé publique des États-Unis, à l'Institut national du cancer des États-Unis, à l'Institut de Médecine des États-Unis (USIOM) et à l'OMS pour étayer l'approche qualitative qu'elle a adoptée en vue d'évaluer les publications disponibles "dans leur ensemble"[1535], tout en reconnaissant que les études individuelles souffrent inévitablement d'une série de limitations, compte tenu des difficultés inhérentes à l'évaluation des politiques appliquées au niveau national.[1536] Selon elle, la cohérence des résultats étaye la conclusion que l'emballage neutre peut contribuer à la santé publique.[1537] L'Australie trouve d'autres éléments à l'appui de cette conclusion dans plusieurs examens externes des publications TPP, qui reconnaissent également la fiabilité de la base d'éléments de preuve en faveur de l'emballage neutre.[1538]

[1530] Voir Australie, observations sur les réponses des plaignants à la question n° 197 du Groupe spécial, paragraphe 345; le rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 450; et le deuxième rapport supplémentaire Fong (pièce AUS-585), paragraphes 24, 25 et 29.

[1531] Voir le deuxième rapport supplémentaire Fong (pièce AUS-585), paragraphes 11 à 13. Voir aussi le rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 447 ("[S]i les constatations d'un grand nombre d'études, toutes erronées d'une certaine manière, arrivent à la même conclusion, alors nous pouvons nous fier davantage à la validité de cette conclusion"). Voir aussi Australie, première communication écrite, annexe E, paragraphe 6 ("Une seule étude ne constitue pas une base d'éléments de preuve, mais un grand nombre d'études parvenant aux mêmes conclusions, indépendamment de leurs limitations ou de leurs vices individuels, fournissent une base d'éléments de preuve solide pour élaborer des politiques publiques.").

[1532] Australie, première communication écrite, annexe E, paragraphe 4. Voir le rapport Fong (pièce AUS-14); le rapport supplémentaire Fong (pièce AUS-531); le deuxième rapport supplémentaire Fong (pièce AUS-585), paragraphe 8; et le rapport Samet (pièce AUS-7). D'autres experts missionnés par l'Australie ont également examiné la nature des publications TPP dans leurs rapports. Voir le rapport Chaloupka sur la santé publique (pièce AUS-9); le deuxième contre-rapport Chaloupka (pièce AUS-590); et le rapport Slovic (pièce AUS-12).

[1533] Deuxième rapport supplémentaire Fong (pièce AUS-585), paragraphes 8 et 9. Voir aussi le rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphes 448 et 492; et le rapport Samet (pièce AUS-7), paragraphes 6, 117, 136 et 137.

[1534] Deuxième rapport supplémentaire Fong (pièce AUS-585), paragraphe 10. Voir aussi Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 255 (faisant référence au rapport Chaloupka sur la santé publique (pièce AUS-9), paragraphe 74; et au rapport Samet (pièce AUS-7), paragraphes 138 à 152).

[1535] Voir Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 238 à 243, 251 et 255; le rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphes 492 et 493; le deuxième rapport supplémentaire Fong (pièce AUS-585), paragraphes 10 à 14, 17 et 31; le rapport Samet (pièce AUS-7), paragraphe 117; et le rapport Chaloupka sur la santé publique (pièce AUS-9), paragraphe 74.

[1536] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphes 447 et 489; et deuxième rapport supplémentaire Fong (pièce AUS-585), paragraphes 11 à 13.

[1537] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 254 et 255. Voir aussi le rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 492; et le deuxième rapport supplémentaire Fong (pièce AUS-585), paragraphe 14.

[1538] Australie, première communication écrite, paragraphes 612 et 613 et annexe E, paragraphes 8 et 9; deuxième communication écrite, paragraphes 246, 248, 249 et 254; deuxième rapport supplémentaire Fong (pièce AUS-585), paragraphe 15; rapport Samet (pièce AUS-7), paragraphe 122; et rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphes 116 et 117. Voir "Standardised Packaging of Tobacco: Report of the Independent Review Undertaken by Sir Cyril Chantler", April 2014 (rapport Chantler) (pièces AUS-81, CUB-61); C. Moodie, M. Stead, L. Bauld, A. McNeill, K. Angusa, K. Hinds, I. Kwan, J. Thomas, G. Hastings and A. O'Mara-Eves,

7.538. Les plaignants contestent l'exactitude des examens externes des publications TPP.[1539] Ils sont également en désaccord avec l'approche suivie par les experts de l'Australie. Ils font valoir que, quel que soit le nombre d'études allant dans le même sens, un examen des seules constatations et conclusions ne dit rien de la qualité méthodologique du corpus des publications. Selon eux, une convergence des éléments de preuve peut simplement s'expliquer par des vices de méthode et des biais répétés dans les publications.[1540]

Analyse du Groupe spécial

7.539. Comme il est indiqué plus haut, les plaignants identifient les publications TPP comme étant un corpus de 68 études publiées, antérieures pour la plupart à l'adoption des mesures TPP par l'Australie, qui cherchaient à étudier l'effet de "l'emballage neutre" pour les produits du tabac.

7.540. La critique générale des plaignants à l'égard de ces publications apparaît dans trois principaux rapports d'expert[1541] et vise un grand nombre d'études. Nous notons qu'elle ne couvre toutefois pas l'intégralité du champ des études sur lesquelles l'Australie s'est appuyée dans les présentes procédures, et couvre en outre des études sur lesquelles l'Australie ne s'est pas expressément appuyée dans les présentes procédures pour étayer son argument selon lequel les mesures TPP contribuent à leur objectif de santé publique. Dans le contexte de l'analyse de la "contribution" en l'espèce, l'Australie s'est expressément appuyée sur 47 des 68 articles identifiés par les plaignants comme faisant partie des publications TPP.[1542] Elle s'est également appuyée sur

"Plain tobacco packaging: A systematic review", UK Centre for Tobacco Control Studies, University of Stirling (2012) (examen Stirling) (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59); C. Moodie, K. Angus, M. Stead, and L. Bauld, "Plain Tobacco Packaging Research: An Update", Centre for Tobacco Control Research, Institute for Social Marketing, University of Stirling (2013) (examen Stirling actualisé de 2013) (pièces AUS-216, CUB-60); et D. Hammond, "Standardized Packaging of Tobacco Products: Evidence Review, Prepared on Behalf of the Irish Department of Health", March 2014, (examen Hammond) (pièce AUS-555).

[1539] Cuba, première communication écrite, paragraphe 173; deuxième communication écrite, paragraphe 312; rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), pages 60 à 63; rapport Mitchell (pièce UKR-154); et deuxième contre-rapport sur l'examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-18), paragraphes 64 à 68.

[1540] Deuxième contre-rapport sur l'examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-18), paragraphes 31 à 38. Voir aussi Honduras, première communication écrite, paragraphes 462 et 463; Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 314 et 315; et le rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), pages 15 à 17.

[1541] Voir, d'une manière générale, le rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6); le rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3); et l'examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4).

[1542] L'Australie a directement cité dans ses communications, et présenté en tant que pièces, 47 des articles présentés par les plaignants en tant que parties de la pièce JE-24. 1) Brose *et al.* 2014 (pièces AUS-263, JE-24(11)); 2) Centre for Health Promotion 1993 (pièces AUS-142, JE-24(14)); 3) Donovan 1993 (pièces AUS-151, JE-24(16)); 4) Environics 2008a (pièces AUS-179, JE-24(19)); 5) Ford *et al.* 2013a (pièces AUS-137, JE-24(20)); 6) Gallopel-Morvan *et al.* 2013 (pièces AUS-162, JE-24(24)); 7) Goldberg *et al.* 1995 (pièces AUS-221, JE-24(26)); 8) Goldberg *et al.* 1999 (pièces AUS-209, JE-24(27)); 9) Hammond 2010 (pièces AUS-91, JE-24(28)); 10) Hammond *et al.* 2009 (pièces AUS-166, JE-24(29)); 11) Bansal-Travers *et al.* 2011 (pièces AUS-150, JE-24(3)); 12) Hammond *et al.* 2013a (pièces AUS-177, JE-24(32)); 13) Hoek *et al.* 2011 (pièces AUS-148, JE-24(34)); 14) Hoek *et al.* 2012 (pièces AUS-163, JE-24(35)); 15) Beede *et al.* 1990 (pièces AUS-147, JE-24(4)); 16) Maynard *et al.* 2013 (pièces AUS-200, JE-24(40)); 17) Moodie and Ford 2011 (pièces AUS-189, JE-24(42)); 18) Moodie and Mackintosh 2013 (pièces AUS-185, JE-24(43)); 19) Moodie *et al.* 2011 (pièces AUS-155, JE-24(44)); 20) Munafò *et al.* 2011 (pièces AUS-199, JE-24(47); 21) CBRC 1992 (pièces AUS-198, JE-24(13)); 22) Parr *et al.* 2011a (pièces AUS-117, JE-24(49)); 23) Beede and Lawson 1991 (pièces AUS-153, JE-24(5)); 24) Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24(50)); 25) Rootman and Flay 1995 (pièces AUS-145, JE-24(53)); 26) Rousu and Thrasher 2013 (pièces AUS-228, JE-24(54)); 27) Scollo *et al.* 2014 (pièces AUS-507, JE-24(57)); 28) Thrasher *et al.* 2011 (pièces AUS-229, JE-24(58)); 29) Beede and Lawson 1992 (pièces AUS-202, JE-24(6)); 30) Wakefield *et al.* 2008 (pièces AUS-149, JE-24(62)); 31) Wakefield *et al.* 2012 (pièces AUS-557, JE-24(63)); 32) Wakefield *et al.* 2013 (pièces AUS-184, JE-24(64)); 33) White *et al.* 2012 (pièces AUS-160, JE-24(66)); 34) Young *et al.* 2014 (pièces AUS-214, JE-24(67), DOM-285); 35) Bondy *et al.* 1994 (pièces AUS-143, JE-24(7)); 36) Borland and Savvas 2013a (pièces AUS-135, JE-24(8)); 37) Borland *et al.* 2013 (pièces AUS-136, JE-24(9)); 38) Doxey and Hammond 2011 (pièces AUS-156, JE-24(17)); 39) Al-hamdani 2013 (pièces AUS-203, JE-24(1)); 40) Gallopel-Morvan *et al.* 2012 (pièces AUS-152, JE-24(23)); 41) Germain *et al.* 2010 (pièces AUS-154, JE-24(25)); 42) Hammond *et al.* 2011 (pièces AUS-157, JE-24(30)); 43) Hammond *et al.* 2013b (pièces AUS-158, JE-24(31)); 44) Borland and Savvas 2013b (pièces AUS-175, JE-24(10)); et 45) Zacher *et al.* 2014 (pièces AUS-222 (révisée), JE-24(68), DOM-286)); 46) Moodie *et al.* 2012 (pièces AUS-174, JE-24(45)); 47) Van Hal *et al.* 2012 (pièces AUS-161, JE-24(60)).

Nous notons également que l'Australie a présenté et invoqué un article tiré d'une lettre d'information rédigé par les mêmes chercheurs, et dont il apparaît qu'il examine la même étude, qu'un autre article présenté

40[1543] des 55 articles examinés dans le cadre du projet d'examen par les pairs de la République dominicaine et du Honduras[1544]; sur 41[1545] des 58 articles examinés dans le cadre de l'examen systématique Kleijnen[1546]; et sur chacun des cinq examens des publications[1547], ainsi que sur 36[1548] des 48 études individuelles identifiées par le professeur Klick.[1549] Elle s'est en outre appuyée sur un certain nombre d'autres sources[1550] et sur des rapports d'expert qu'elle a commandés aux fins des présentes procédures.[1551]

7.541. Comme il est indiqué plus haut, la critique des plaignants à l'égard de ces publications traduit un éventail de préoccupations fondamentales. Celles-ci peuvent être classées en trois grandes catégories relatives à:

- l'objectivité des résultats des recherches et de la communauté des chercheurs réalisant ces études;
- l'objet des études, en particulier l'accent mis sur les résultats "proximaux" autres que comportementaux plutôt que sur les comportements tabagiques; et à
- la rigueur méthodologique des études.

7.542. Nous examinons ces aspects l'un après l'autre.

---

par les plaignants en tant que partie de la pièce JE-24. Comparer Northrup et Pollard 1995 (pièce JE-24(48)) avec la lettre d'information de l'ISR (pièce AUS-146).

[1543] L'Australie a cité directement, et présenté en tant que pièces, 40 des articles examinés dans le cadre du projet d'examen par les pairs. Voir le tableau A: Articles inclus dans les principaux examens des publications TPP et/ou dans la pièce JE-24, à la fin des présents rapports. Nous notons également qu'elle a présenté et invoqué un article tiré d'une lettre d'information rédigé par les mêmes chercheurs, et dont il apparaît qu'il examine la même étude, qu'un autre article examiné dans le cadre du projet d'examen par les pairs de la République dominicaine et du Honduras. Comparer Northrup et Pollard 1995 (pièce JE-24(48)), avec la lettre d'information de l'ISR (pièce AUS-146).

[1544] Voir Honduras, première communication écrite, paragraphes 470 à 474; République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 569 à 572; et le rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), paragraphes 12 à 14.

[1545] L'Australie a cité directement, et présenté en tant que pièces, 41 des articles examinés dans le cadre de l'"examen systématique". Voir le tableau A: Articles inclus dans les principaux examens des publications TPP et/ou dans la pièce JE-24, à la fin des présents rapports. Nous notons également qu'elle a présenté et invoqué un article tiré d'une lettre d'information rédigé par les mêmes chercheurs, et dont il apparaît qu'il examine la même étude, qu'un autre article inclus dans l'"examen systématique" de la République dominicaine et du Honduras. Comparer Northrup et Pollard 1995 (pièce JE-24(48)), avec la lettre d'information de l'ISR (pièce AUS-146).

[1546] Examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), pages 7 et 27, et appendice 2.

[1547] Cancer Council Victoria, "Plain Packaging of Tobacco Products: A Review of the Evidence", 12 August 2011, (examen de 2011 du CCV) (pièces AUS-86); rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-76); Goldberg *et al.* 1995 (pièces AUS-221, JE-24(26); examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59); examen Stirling actualisé de 2013 (pièces AUS-216, CUB-60); et rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61).

[1548] L'Australie a cité directement, et présenté en tant que pièces, 36 des articles examinés dans le cadre du rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6). Voir le tableau A: Articles inclus dans les principaux examens des publications TPP et/ou dans la pièce JE-24, à la fin des présents rapports. Nous notons également qu'elle a présenté et invoqué un article tiré d'une lettre d'information rédigé par les mêmes chercheurs, et dont il apparaît qu'il examine la même étude, qu'un autre article inclus dans le rapport Klick sur les publications TPP. Comparer Northrup et Pollard 1995 (pièce JE-24(48)), avec la lettre d'information de l'ISR (pièce AUS-146).

[1549] Rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), pages 16 et 58 à 63.

[1550] Voir, par exemple, Kotnowski 2013 (pièce AUS-138); Kotnowski et Hammond 2013 (pièce AUS-139); d'Avernas *et al.* 1997 (pièce AUS-144); Al-hamdani 2011 (pièce AUS-159); Hammond et Parkinson 2009 (pièce AUS-165); Difranza *et al.* 2003 (pièce AUS-92); Wakefield *et al.* 2002 (pièce AUS-93, CUB-28); Createc 2008 (pièce AUS-167); Wakefield 2011 (pièce AUS-172); White 2011 (pièce AUS-173); Gallopel-Morvan *et al.* 2010 (pièce AUS-176); Moodie et Hastings (pièce AUS-187); Mutti *et al.* 2011 (pièce AUS-217); et Gendall *et al.* 2012 (pièce AUS-178).

[1551] Voir, par exemple, le rapport Samet (pièce AUS-7); le rapport Chaloupka sur la santé publique (pièce AUS-8); le rapport Tavassoli (pièce AUS-10); le rapport Slovic (pièce AUS-12); le rapport Biglan (pièce AUS-13); le rapport Fong (pièce AUS-14); le rapport Brandon (pièce AUS-15); le rapport supplémentaire Fong (pièce AUS-531); le contre-rapport Slovic (pièce AUS-532); le contre-rapport Brandon (pièce AUS-534); et le contre-rapport Chaloupka (pièce AUS-582).

Objectivité des publications TPP

7.543. Les plaignants mettent en doute l'objectivité des publications TPP pour trois motifs. Premièrement, ils soutiennent que la plupart des articles sont postérieurs à l'annonce par le gouvernement australien, en avril 2010, qu'il adopterait l'emballage neutre pour les cigarettes.[1552] Deuxièmement, ils laissent aussi entendre que les publications TPP manifestent un parti pris favorable aux résultats des études qui appuient l'emballage neutre en raison des préférences de la communauté des spécialistes de la santé publique et de ses revues.[1553] Troisièmement, les plaignants estiment que l'objectivité des études est compromise par la taille réduite de la communauté des spécialistes de la lutte antitabac, dans laquelle un petit groupe de chercheurs a réalisé la majorité des études.[1554]

7.544. En ce qui concerne le premier point, nous notons que les éléments de preuve qui nous ont été présentés indiquent que les chercheurs ont commencé à étudier l'incidence potentielle de l'emballage neutre du tabac il y a plus de 20 ans. Parmi les publications invoquées par l'Australie ou citées par ailleurs dans les présentes procédures et concernant l'éventuel bien-fondé de l'emballage neutre du tabac, certaines remontent au début des années 1990.[1555] Les éléments de preuve qui nous ont été présentés donnent également à penser que le nombre de publications relatives à l'emballage neutre a sensiblement augmenté ces dernières années, y compris après que l'Australie a annoncé son intention de mettre en œuvre l'emballage neutre du tabac.[1556] Cependant, cela ne semble pas surprenant dans la mesure où l'on s'attendrait à ce que l'intérêt des spécialistes pour une intervention des pouvoirs publics jamais mise en œuvre auparavant croisse avec le temps, au fur et à mesure que des éléments de preuve concernant son incidence potentielle se multiplient. En fait, l'intensification des recherches dans ce domaine peut être considérée comme un signe de l'intérêt que la communauté des chercheurs porte à un examen plus poussé de cette incidence potentielle, sans préjudice des résultats potentiels de ces nouvelles recherches.

7.545. Les plaignants laissent également entendre que les publications TPP manifestent un parti pris favorable aux résultats des études qui appuient l'emballage neutre en raison des préférences alléguées de la communauté des spécialistes de la santé publique et de la taille réduite de la communauté des spécialistes de la lutte antitabac. Bien que les "biais de publication" soient un phénomène connu[1557], nous ne voyons rien qui permette de supposer que des chercheurs de la communauté des spécialistes de la lutte antitabac ou, d'une manière plus générale, de la communauté des spécialistes de la santé publique auraient *a priori* un intérêt direct à soutenir un type d'intervention dans le domaine de la lutte antitabac plutôt qu'un autre.[1558]

7.546. En même temps, nous notons qu'un groupe restreint de chercheurs corédigent fréquemment de nombreux articles figurant dans les publications TPP[1559] et que l'un des examens

[1552] Voir Honduras, première communication écrite, paragraphe 461; République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 69 à 71; et le rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), paragraphe 40.

[1553] Voir le rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), pages 1, 2, 13 et 15; Honduras, première communication écrite, paragraphes 464 à 466; République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 73 à 75, 78 et 79; et Indonésie, première communication écrite, paragraphes 27 à 30.

[1554] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 72, 75 et 78. Voir aussi le rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), pages 2, 13 et 15 à 17; et le rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), paragraphe 40.

[1555] Voir, par exemple, Beede *et al.* 1990 (pièces AUS-147, JE-24(4)); Centre for Health Promotion 1993 (pièces AUS-142, JE-24(14)); Bondy *et al.* 1994 (pièces AUS-143, JE-24(7)); Donovan 1993 (pièces AUS-151, JE-24(16)); Rootman et Flay 1995 (pièces AUS-145, JE-24(53)); Golberg *et al.* 1995 (pièces AUS-221, JE-24(26)); Beede et Lawson 1992 (pièces AUS-202, JE-24(6)); et J. Madill-Marshall, M. Goldberg, G. Gorn, J. Liefeld, H. Vredenburg, "Two Experiments Assessing the Visual and Semantic Images Associated with Current and Plain Cigarette Packaging", Advances in Consumer Research, volume 23 (1996), page 267, (Madill-Marshall *et al.* 1996) (pièce JE-24(39)).

[1556] Voir République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 70 et 71; et les publications sur l'emballage neutre (pièce JE-24).

[1557] Voir, par exemple, le rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), pages 1 et 2.

[1558] Voir, par exemple, la réponse du juge Kessler à cet argument dans l'affaire États-Unis c. Philip Morris (pièce AUS-71), page 8.

[1559] Par exemple, sur les 68 articles présentés dans la pièce JE-24: David Hammond apparait en tant qu'auteur dans onze articles (voir Hammond 2010 (pièces AUS-91, JE-24(28)); Bansal-Travers *et al.* 2011 (pièces AUS-150, JE-24(3)); Gallopel-Morvan *et al.* 2012 (pièces AUS-152, JE-24(23)); Doxey et Hammond 2011 (pièces AUS-156, JE-24(17)); Hammond *et al.* 2011 (pièces AUS-157, JE-24(30)); Hammond *et al.*

les plus complets des publications, invoqués par l'Australie (et analysés plus loin[1560]), a été effectué par des chercheurs qui sont également coauteurs d'une partie des études examinées.[1561] L'auteur d'une étude sur l'emballage neutre[1562] a consulté 33 experts de la lutte antitabac, ce qui, selon elle, représentait en 2012 une "partie substantielle" des experts internationaux dans le domaine.[1563] Plusieurs auteurs d'études composant les publications TPP étaient aussi membres du groupe de travail du tabac de l'Équipe spéciale nationale sur la santé préventive (NPHT) de l'Australie, qui a recommandé que le gouvernement adopte l'emballage neutre.[1564]

7.547. L'expert de l'Australie, le professeur Fong, note que les "examens des études de recherche sur un sujet donné devraient être effectués par ceux qui connaissent le domaine de recherche et les normes de recherche qui s'y rattachent".[1565] Néanmoins, les auteurs qui ont procédé à un examen systématique des publications TPP (l'examen Stirling) ont reconnu que le fait d'examiner ses propres travaux pouvait apparaître comme un conflit d'intérêt. Ils ont donc pris des mesures pour minimiser les risques de biais.[1566] Nous notons également que l'auteur d'un examen ultérieur, Sir Cyril Chantler, s'est appuyé sur la participation du Centre d'information et de coordination de la politique et la pratique fondées sur des preuves, indépendant et hébergé par la University of London, pour écarter les allégations de biais que l'industrie du tabac et ses experts ont formulées à l'égard de l'examen Stirling.[1567] Nous notons en outre la présence de principes communs applicables aux auteurs et aux pairs examinateurs, conçus pour éviter les conflits d'intérêt dans les études publiées.[1568]

7.548. En outre, certaines des études TPP identifient et analysent un certain nombre d'écueils potentiels en ce qui concerne l'introduction de l'emballage neutre du tabac[1569], ce qui nous amène

---

2013b (pièces AUS-158, JE-24(31)); White *et al.* 2012 (pièces AUS-160, JE-24(66)); Hammond *et al.* 2009 (pièces AUS-166, JE-24(29)); Hammond *et al.* 2013a (pièces AUS-177, JE-24(32)); Thrasher *et al.* 2011 (pièces AUS-229, JE-24(58)); et Wakefield *et al.* 2012 (pièces AUS-557, JE-24(63))); Melanie Wakefield a rédigé ou corédigé sept articles (voir Wakefield *et al.* 2013 (pièces AUS-184, JE-24(64)); Zacher *et al.* 2014 (pièces AUS-222 (révisée), JE-24(68), DOM-286); Scollo *et al.* 2014 (pièces AUS-507, JE-24(57)); Wakefield *et al.* 2008 (pièces AUS-149, JE-24(62)); Wakefield *et al.* 2012 (pièces AUS-557, JE-24(63)); Wakefield *et al.* 2014 (pièce JE-24(65)); et Germain *et al.* 2010 (pièces AUS-154, JE-24(25))); Crawford Moodie apparaît en tant qu'auteur ou que coauteur dans sept articles (voir Moodie et Ford 2011 (pièces AUS-189, JE-24(42)); Moodie et MacKintosh 2013 (pièces AUS-185, JE-24(43)); Moodie *et al.* 2011 (pièces AUS-155, JE-24(44)); Moodie *et al.* 2012 (pièces AUS-174, JE-24(45)); Moodie *et al.* 2012 (pièce JE-24(46)); Ford *et al.* 2013a (pièces AUS-137, JE-24(20)); et Ford *et al.* 2013b (pièce JE-24(21))); et Anne Marie MacKintosh a corédigé six articles (voir Ford *et al.* 2013b (pièce JE-24(21)); Moodie et MacKintosh 2013 (pièces AUS-185, JE-24(43)); Moodie *et al.* 2011 (pièces AUS-155, JE-24(44)); Moodie *et al.* 2012 (pièces AUS-174, JE-24(45)); Ford *et al.* 2013a (pièces AUS-137, JE-24(20)); et Moodie *et al.* 2011 (pièces AUS-155, JE-24(44))).

[1560] Voir plus loin les paragraphes 7.585 et suivants.

[1561] Voir l'examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), pages 91 à 96 (l'auteur principal, C. Moodie, a corédigé 5 des 37 études examinées); et l'examen Stirling actualisé de 2013 (pièces AUS-216, CUB-60), pages 15 à 18 (l'auteur principal, C. Moodie, a corédigé 3 des 17 articles examinés).

[1562] Pechey *et al.* 2013 (pièce JE-24(51)).

[1563] Voir la réponse de l'auteur aux examens par les pairs de Pechey *et al.* 2013 disponibles à l'adresse suivante: <http://www.biomedcentral.com/1471-2458/13/18/prepub>, consultée le 7 octobre 2014 (pièce DOM-165), page 2.

[1564] Comparer le rapport technique 2 de la NPHT (pièces AUS-52, JE-12), remerciements (mentionnant Rob Moodie en tant que Président de l'Équipe spéciale, Michelle Scollo en tant qu'auteure du rapport et membre du groupe de travail du tabac, et Melanie Wakefield et Simon Chapman en tant que membres du groupe de travail du tabac) avec les 68 articles inclus dans les publications sur l'emballage neutre (pièce JE-24).

[1565] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 449. Voir aussi Australie, première communication écrite, annexe E, paragraphe 6 (notant qu'une "bonne synthèse des éléments de preuve" exige une collaboration entre ceux qui travaillent dans le même domaine et partagent des compétences pertinentes).

[1566] Voir Stead *et al.* 2013 (pièce CUB-58), page 8 (notant qu'un "conflit d'intérêt apparent peut survenir dans les examens systématiques effectués dans des domaines de recherche spécialisés" et indiquant que "les membres de l'équipe de recherche ayant préalablement participé à des recherches sur l'emballage n'ont pas participé à l'extraction de données, à l'évaluation de la pertinence ou de la qualité des études, ni aux décisions en matière d'inclusion des études").

[1567] Voir le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), page 26, paragraphe 4.7.

[1568] Voir, par exemple, le rapport Samet (pièce AUS-7), paragraphe 140 (faisant référence au Comité international des rédacteurs de revues médicales et la politique en matière de conflit d'intérêt du British Medical Journal comme incarnant les normes actuelles relatives aux auteurs et aux examinateurs de publications scientifiques).

[1569] Voir l'examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), section 4.6.2, page 81 ("Benefits or Harms Identified with the Policy Introduction"); et section 4.6.3, page 82 ("Studies that Address the Potential Harms Identified").

à penser que, lorsque des préoccupations sont identifiées, elles sont divulguées et analysées. Nous avons également remarqué qu'une partie des études présentaient des résultats contrastés.[1570] Selon nous, c'est le signe que ces auteurs cherchent à présenter objectivement les résultats des études, nonobstant leur incidence potentielle sur la perception de l'utilité de l'emballage neutre en tant qu'instrument de politique de lutte antitabac.

7.549. Globalement, nous ne considérons donc pas que nous devrions *a priori* écarter le corpus d'études identifié par les plaignants comme étant les publications TPP, sur la base soit de la taille de la communauté des chercheurs dont elles émanent, soit d'hypothèses relatives aux biais potentiels à l'intérieur de cette communauté. Nous notons en outre que les études examinées par les plaignants ont été rédigées par plus de 110 individus au total, qui sont affiliés à un certain nombre d'institutions différentes, y compris les suivantes: University College London, University of Surrey, University of Melbourne, Sydney Medical School, Université de Paris 1-Sorbonne, Pennsylvania State University, University of Calgary et University of Ottawa. Ces éléments étayent le point de vue selon lequel ces études "provien[nent] [de] source[s] compétente[s] et respectée[s]".[1571]

7.550. Enfin, nous convenons avec l'Australie que, dans la mesure où des résultats de recherche convergents refléteraient les résultats d'un éventail d'études compatibles avec les critères acceptés dans leurs domaines respectifs[1572], cela pourrait confirmer la force des conclusions formulées dans les études individuelles[1573], au lieu de démontrer qu'il y a des biais de publication ou des biais liés aux chercheurs.[1574] Nous notons à cet égard l'observation formulée par un certain nombre d'examinateurs selon laquelle la "constance des associations" et la "cohérence des associations" sont "particulièrement pertinentes pour l'évaluation des éléments de preuve se rapportant à l'emballage neutre"[1575], et selon laquelle ces deux éléments sont démontrés dans les études composant les publications TPP.[1576]

7.551. Compte tenu de ce qui précède, nous ne sommes pas convaincus que la période pendant laquelle les études composant les publications TPP ont été effectuées, les préférences des chercheurs ou des publications pour les résultats favorables à l'emballage neutre du tabac ou la taille de la communauté scientifique pertinente, constituent *en soi* une base qui nous permette de remettre en cause l'objectivité, et par conséquent la fiabilité générale, de l'ensemble du corpus d'études que les plaignants ont identifiées comme étant les publications TPP. En fait, à ce stade de notre analyse, et sans préjudice de la suite de notre examen concernant la teneur de ces recherches et la mesure dans laquelle elles étayent les conclusions qui en sont tirées, nous notons que ces études émanent de sources compétentes et respectées dans leurs communautés respectives.

Des études TPP axées sur les résultats "autres que comportementaux"

7.552. Les plaignants estiment que l'une des plus grandes faiblesses méthodologiques des publications TPP, qui cherchaient à éclairer l'efficacité potentielle de l'emballage neutre du tabac en tant qu'intervention destinée à modifier les comportements au niveau de la population, est que les

[1570] Voir, par exemple, Brose *et al.* 2014 (pièces AUS-263, JE-24(11)); Goldberg *et al.* 1999 (pièces AUS-209, JE-24(27)); Beede *et al.* 1990 (pièces AUS-147, JE-24(4)); Uppal *et al.* 2013 (pièce JE-24(59)); Wakefield *et al.* 2013 (pièces AUS-184, JE-24(64)); et White *et al.* 2012 (pièces AUS-160, JE-24(66)).

[1571] Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la suspension*, paragraphes 591 et 592. Voir aussi *ibid.*, paragraphes 598 et 601.

[1572] Voir l'examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), page v (notant la diversité des méthodes de recherche, des échantillons et des sites d'étude dans les études examinées); l'examen Hammond (pièce AUS-555), page 30 (notant un "mélange hétérogène de plans de recherches" et la grande variété des mesures de résultats provenant de domaines de recherche différents); et le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), paragraphe 4.10 (notant la "large gamme de méthodes de recherche").

[1573] Voir le rapport supplémentaire Fong (pièce AUS-531), paragraphe 151; et le deuxième rapport supplémentaire Fong (pièce AUS-585), paragraphes 8 et 9. Voir aussi l'examen Hammond (pièce AUS-555), page 30 (notant que la quantité d'études est suffisante pour fournir un avis éclairé).

[1574] Voir, par exemple, le rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), page 15.

[1575] Rapport Samet (pièce AUS-7), paragraphes 117 et 119. Voir aussi l'examen Hammond (pièce AUS-555), page 31.

[1576] Examen Stirling (pièces AUS-140, CUB-59), page 90; rapport Samet (pièce AUS-7), paragraphes 125 et 128; rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 71; deuxième rapport supplémentaire Fong (pièce AUS-585) paragraphe 31; et examen Hammond (pièce AUS-555), page 31.

"études ne mesurent pas le comportement tabagique", ce qui est le "résultat qui présente un intérêt d'un point de vue de politique générale".[1577]

7.553. Nous notons tout d'abord que l'Australie ne conteste pas qu'un grand nombre d'études qui font partie des publications TPP sont axées sur l'incidence de l'emballage du tabac sur les résultats "proximaux" ou "autres que comportementaux". En particulier, comme nous l'examinerons plus en détail plus loin, une grande partie des publications TPP sont axées sur l'aptitude de l'emballage neutre à influencer les trois "mécanismes" par lesquels les mesures TPP sont censées agir: réduire l'attrait de l'emballage du tabac, accroître l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et diminuer l'aptitude du paquet à induire le consommateur en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme.[1578]

7.554. L'Australie fait valoir que les experts des plaignants font erreur en adoptant une "approche axée exclusivement sur la prévalence comme unique résultat des [mesures TPP]", et en "insistant sur les mesures des résultats concernant le comportement dans le monde réel".[1579] L'expert de l'Australie, le professeur Fong, considère que les experts des plaignants ont mal identifié la cible de la Loi TPP et ont fait abstraction des objets réels et déclarés de la Loi, et des mécanismes au moyen desquels l'emballage neutre obtiendra ces effets. L'Australie fait valoir que le fait de mettre l'accent sur la prévalence ne permet pas non plus d'apprécier les influences causales nombreuses et différentes qui s'exercent sur la prévalence du tabagisme, y compris les autres mesures de lutte antitabac de l'Australie.[1580]

7.555. Le fait que les publications TPP sont axées sur les résultats "autres que comportementaux" ne constitue pas, selon nous, un vice intrinsèque, à condition de considérer qu'il s'agit d'une composante d'une base d'éléments de preuve plus large. Nous notons à cet égard que les mesures TPP ont été conçues pour agir sur ces résultats "autres que comportementaux" ou "proximaux", dans le but d'affecter finalement les comportements tabagiques. Les trois "mécanismes" identifiés dans les mesures TPP[1581] et adoptées par l'Australie reflètent très étroitement les résultats "autres que comportementaux" spécifiques qui ont été étudiés dans une grande partie des publications TPP antérieures à l'adoption des mesures TPP.[1582] Nous notons qu'ils sont aussi mentionnés dans les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC.[1583]

7.556. Les plaignants critiquent également les publications TPP parce qu'elles ne mesurent pas la consommation de tabac effective des fumeurs après leur exposition à un emballage neutre par rapport à un emballage de marque.[1584]

7.557. Il apparaît qu'il y a une certaine convergence parmi les chercheurs pour dire que le critère idéal de l'efficacité de l'emballage neutre aurait été un essai contrôlé randomisé et longitudinal

---

[1577] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 591 et 592. Voir aussi Honduras, première communication écrite, paragraphe 463; République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 560 et 593 à 597; Cuba, première communication écrite, paragraphes 171 et 172; Indonésie, première communication écrite, paragraphes 317 et 416; le rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), paragraphe 61.iv.b; l'examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), pages 32 et 33; le rapport McKeganey (pièces DOM-105, CUB-72), pages 43 à 50; le rapport supplémentaire Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-4), paragraphes 61i et 61j; et le rapport Mitchel (pièce UKR-154), paragraphe 11.

[1578] Voir les sections 7.2.5.3.5.2, 7.2.5.3.5.3 et 7.2.5.3.5.4.

[1579] Australie, première communication écrite, annexe E, paragraphe 6.

[1580] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphes 451 à 462.

[1581] Voir, par exemple, la Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 3.

[1582] Voir, par exemple, Environics 2008a (pièces AUS-179, JE-24(19)); Wakefield *et al.* 2008 (pièces AUS-149, JE-24(62)); Germain *et al.* 2010 (pièces AUS-154, JE-24(25)); Beede et Lawson 1992 (pièces AUS-202, JE-24(6)); Gallopel-Morvan *et al.* 2010 (pièce AUS-176); Centre for Health Promotion 1993 (pièces AUS-142, JE-24(14)); Rootman et Flay 1995 (pièces AUS-145, JE-24(53)); Hammond *et al.* 2009 (pièces AUS-166, JE-24(29)); Hoek *et al.* 2009 (pièce JE-24(33)); et Donovan 1993 (pièces AUS-151, JE-24(16)).

[1583] Voir les Directives concernant l'article 11 de la FCTC, FCTC/COP/3(10) (pièce JE-20), annexe, paragraphe 46 ("concern[ant] le conditionnement neutre, les mises en garde sanitaires et les informations trompeuses", conformément aux Directives concernant l'article 13 de la FCTC); et les Directives concernant l'article 13 de la FCTC, FCTC/COP/3(12) (pièce JE-21), annexe, paragraphe 16 et la "*Recommandation*" qui suit le paragraphe 17 (traitant de l'emballage neutre en ce qui concerne le "[c]onditionnement et [les] caractéristiques des produits" en tant qu'éléments de la "publicité et de la promotion").

[1584] Voir, par exemple, le rapport McKeganey (pièces DOM-105, CUB-72), page 43; et le rapport supplémentaire Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-4), paragraphes 61.i et 61.j.

dans une population donnée, où l'emballage est utilisé sur certains marchés mais pas sur d'autres.[1585] L'expert des plaignants, le professeur Ajzen, déclare donc qu'"il était essentiel de vérifier l'incidence de l'emballage neutre sur le comportement tabagique effectif avant la mise en œuvre de la Loi TPP, pendant une période suffisamment longue". Il affirme que "[t]rès peu d'études effectuées en Australie avant la Loi TPP ont tenté de mesurer l'incidence de l'emballage neutre sur le comportement tabagique effectif et [que] les chercheurs ont reconnu sans difficultés une partie des limitations de ces études".[1586] Spécifiquement, le professeur Ajzen laisse entendre que l'Australie aurait dû mener une expérience contrôlée dans laquelle les participants auraient été soumis, de façon aléatoire, à des conditions d'utilisation de paquets de marque et de paquets neutres et dans laquelle la seule différence entre les paquets de cigarettes aurait été la présence ou l'absence d'images de marque[1587], afin de vérifier l'incidence de l'emballage neutre sur le comportement tabagique effectif.

7.558. Nous notons cependant que le professeur Ajzen identifie également des limitations importantes quant à la possibilité de mener ces expériences contrôlées randomisées. Spécifiquement, il explique que "la difficulté réside dans le fait que la situation expérimentale créée avant la mise en œuvre de la Loi TPP n'est pas une reproduction exacte de la situation que l'on rencontrerait par la suite", ce qui peut compromettre la validité externe de l'expérience.[1588] L'expert de l'Australie, le professeur Fong, observe également qu'il serait "irréaliste" d'espérer que les participants assignés au groupe utilisant des paquets de marque pourraient se laisser convaincre de ce que les paquets de marque qu'on leur montre sont de nouveaux paquets neutres expérimentaux, puisque même les non-fumeurs sont familiers des paquets de cigarettes actuels.[1589] La faisabilité ou l'utilité de ces expériences est également remise en cause dans d'autres éléments de preuve qui nous ont été présentés.[1590] Par exemple:

> [i]l a été suggéré que l'étude "idéale" concernant l'emballage normalisé, conforme à un "plan de recherche approprié", serait un essai contrôlé randomisé dans lequel différentes villes seraient réparties au hasard en deux groupes: les villes disposant d'un emballage normalisé et les villes ne disposant pas d'un emballage normalisé, sur une "longue période". Il s'agit d'une proposition clairement irréalisable, en particulier parce que la mobilité de la population impliquerait que les *deux* groupes auraient accès aux paquets de marque et aux paquets normalisés, ce qui priverait les résultats de sens.[1591]

[1585] Voir, par exemple, Cuba, première communication écrite, paragraphe 175 (faisant référence au rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), pages 6, 7 et 14; et l'examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), pages 16 à 19). Voir aussi Wakefield *et al.* 2012 (pièces AUS-557, JE-24(63)), page 1166; l'examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), page 89; et le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), paragraphe 1.19.

[1586] Rapport supplémentaire Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-4), paragraphe 61.i.

[1587] Rapport supplémentaire Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-4), paragraphe 55. Voir aussi le rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), page 6. Voir le rapport Viscusi (pièce UKR-8), paragraphe 32 (notant l'importance d'un plan d'étude inter-sujets par rapport à un plan d'étude intra-sujets). Nous notons que plusieurs études figurant dans les publications TPP ont bien appliqué un plan inter-sujets, bien que mesurant des résultats autres que comportementaux. Voir, par exemple, Wakefield *et al.* 2008 (pièces AUS-149, JE-24(62)); Germain *et al.* 2010 (pièces AUS-154, JE-24(25)); Doxey et Hammond 2011 (pièces AUS-156, JE-24(17)); et Hammond *et al.* 2011 (pièces AUS-157, JE-24(30)).

[1588] Rapport supplémentaire Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-4), paragraphe 56, pages 12 et 13.

[1589] Rapport supplémentaire Fong (pièce AUS-531), paragraphes 167 et 168. Le professeur Fong note également qu'une version plus réaliste de l'étude proposée par le professeur Ajzen a en fait été réalisée avant la mise en œuvre des mesures TPP. On a fourni des paquets neutres de cigarettes à des fumeurs dans différentes villes d'Écosse, en leur demandant de fumer des cigarettes provenant de ces paquets pendant une semaine, de fumer des cigarettes provenant de paquets de marque la semaine suivante et de remplir deux fois par semaine des questionnaires mesurant des indicateurs comportementaux tels que le fait de renoncer à une cigarette, le fait de penser à arrêter de fumer et la consommation. On a constaté des écarts en faveur des paquets neutres pour chacun des indicateurs. Rapport supplémentaire Fong (pièce AUS-531), paragraphes 169 à 171. Nous notons également que le bien-fondé de cette étude a fait l'objet de discussions entre les parties. Voir, par exemple, le rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), pages 47 et 48.

[1590] Voir l'examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), pages 17, 18, 88 et 89; et Stead *et al.* 2013 (pièce CUB-58), page 8 (notant que les essais contrôlés randomisés et les études longitudinales relatives à une intervention de politique générale, comme l'emballage neutre, ne sont pas réalisables avant la mise en œuvre).

[1591] S. Ulucanlar, G. Fooks, J. Hatchard et A. Gilmore, "Representation and Misrepresentation of scientific evidence in contemporary tobacco regulation: a review of tobacco industry submissions to the UK

7.559. Le professeur Ajzen observe en outre que la "limitation de l'étude du comportement tabagique est d'ordre éthique".[1592] Cette observation est également compatible avec d'autres éléments de preuve qui nous ont été présentés et qui donnent à penser que, pour des raisons éthiques, on ne peut pas réaliser des études comparant l'initiation au tabagisme chez des sujets exposés à des paquets neutres et l'initiation chez des sujets exposés à des paquets de marque.[1593]

7.560. Le professeur Ajzen observe donc que, bien qu'il aurait été possible et utile de vérifier l'incidence de l'emballage neutre sur le comportement tabagique avant la mise en œuvre de la Loi TPP[1594], les "limitations pratiques de l'étude de l'incidence de l'emballage neutre sur le comportement avant la mise en œuvre de la Loi [TPP] appellent l'attention sur l'importance de la recherche … au sujet de l'incidence de l'emballage neutre sur les *déterminants théoriques* du comportement tabagique".[1595]

7.561. Cette conclusion donne à penser que, comme le professeur Ajzen lui-même le reconnaît, même si, en principe, il pouvait être souhaitable de réaliser des essais contrôlés randomisés ou des études longitudinales à grande échelle visant directement à évaluer l'incidence potentielle de l'emballage neutre sur le comportement tabagique, il y avait des raisons pratiques et éthiques légitimes pour lesquelles cela aurait été difficile à faire avant l'introduction de cette mesure où que ce soit dans le monde. Étant donné que l'Australie a été le premier pays à mettre en œuvre l'emballage neutre des produits du tabac, la possibilité d'observer directement des comportements tabagiques effectifs en présence de l'emballage neutre était également très limitée avant la mise en œuvre de la Loi TPP.

7.562. Compte tenu de ce qui précède, même si nous convenons que la base d'éléments de preuve pertinente qui sous-tend une intervention des pouvoirs publics devrait chercher à refléter aussi étroitement que possible les conditions dans lesquelles l'intervention aura lieu, nous ne sommes pas convaincus que les éléments de preuve examinés plus haut démontrent que l'absence, avant la mise en œuvre des mesures, d'une étude s'appuyant sur un plan expérimental "idéal" permettant d'observer les comportements tabagiques effectifs constitue un vice dans les publications TPP qui soit de nature à compromettre fondamentalement leur valeur probante et la base d'éléments de preuve sous-tendant l'adoption des mesures TPP. Nous notons également que certaines études dans le cadre des publications TPP antérieures à la mise en œuvre ayant été effectuées avant la mise en œuvre des mesures TPP en Australie cherchaient bien à évaluer les résultats en matière de comportement liés au tabagisme, bien qu'il ait été constaté que leur "valeur prévisionnelle [était] assez faible".[1596]

7.563. En même temps, les contraintes associées à la mesure de l'incidence de l'emballage neutre sur les comportements tabagiques effectifs avant la mise en œuvre des mesures TPP n'éliminent pas la nécessité d'éclairer cette question dans le contexte de notre évaluation de la contribution des mesures contestées à leur objectif.

Government consultation on standardised packaging", PLoS Medicine, volume 11 (2014), page 6 (Ulucanlar *et al.* 2014) (pièce AUS-501). (italique dans l'original; note de bas de page omise)

[1592] Rapport supplémentaire Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-4), page 13, paragraphe 57.

[1593] Voir le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), page 13, paragraphe 1.19 (notant qu'un essai comparant l'initiation au tabagisme chez des enfants exposés à des cigarettes présentées dans un paquet de marque à l'initiation chez des enfants exposés à des cigarettes présentées dans un paquet neutre n'aurait "jamais pu être approuvé d'un point de vue éthique"). Voir aussi l'examen Hammond (pièce AUS-555), page 35 ("il n'y a pas de manière éthique ou réalisable de vérifier l'attrait de l'emballage ou des produits pour les jeunes autrement qu'en mesurant les perceptions de l'attrait et de l'intérêt à essayer un produit"). Mais voir Cuba, première communication écrite, paragraphe 175 (faisant valoir que l'hypothèse qu'un essai n'est pas éthique suppose que le design de l'emballage est une cause de tabagisme).

[1594] Rapport supplémentaire Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-4), paragraphe 58.

[1595] Rapport supplémentaire Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-4), paragraphe 59. (italique dans l'original)

[1596] Voir, par exemple, l'examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), page 89:

> Il convient également de noter que les constatations concernant les attitudes, les croyances et les comportements liés au tabagisme formulées à la fois dans les enquêtes et les études qualitatives faisant l'objet de l'examen s'appuyaient sur des autodéclarations. Sans aucune forme de validation (comme la validation de changements déclarés dans la consommation de cigarettes), leur valeur prédictive est assez faible. Un argument couramment formulé est que la recherche sur l'emballage neutre ne peut jamais véritablement reproduire des conditions réelles du marché et, à ce titre, les incidences supposées sur la consommation, le sevrage et l'initiation au tabagisme sont jusqu'à présent purement conjecturales.

7.564. Dans la mesure où le "modèle médiationnel" sous-tendant les mesures TPP s'appuie sur une combinaison des trois mécanismes identifiés dans la Loi TPP (conduisant aux "résultats proximaux" qui constituent l'axe principal des publications TPP) *et* de l'incidence qui en résulte sur les comportements tabagiques (par exemple l'initiation, le sevrage et la récidive), un examen des seuls "résultats proximaux" ne serait pas suffisant pour formuler des conclusions concernant la contribution des mesures TPP à leur objectif de santé publique. En fait, il serait nécessaire d'examiner en outre l'incidence de ces mécanismes sur les comportements tabagiques pertinents conduisant aux résultats souhaités en matière de santé publique, à savoir une réduction de la consommation de produits du tabac et de l'exposition à ces produits. Comme le laisse entendre le professeur Ajzen, du fait de l'absence d'éléments de preuve empiriques directs sur les comportements effectifs, il pourrait être important d'utiliser les "déterminants théoriques du comportement tabagique" dans ce contexte.[1597]

Rigueur méthodologique des publications TPP

7.565. Les plaignants font valoir d'une manière générale que les publications TPP ne respectent pas les critères de rigueur méthodologique admis, y compris en ce qui concerne le plan et la mise en œuvre des études, et la capacité de tirer les conclusions formulées à partir des résultats de ces études.

7.566. Les plaignants s'appuient en particulier sur trois rapports d'expert commandés aux fins des présentes procédures (le projet d'examen par les pairs Inman *et al.*[1598], l'examen systématique Kleijnen[1599] et le rapport Klick sur les publications TPP[1600], respectivement), qui ont chacun évalué la qualité des publications TPP selon une méthode différente. D'autres examens externes des publications TPP ont été mentionnés dans les présentes procédures. Nous décrivons ces divers examens des publications plus loin, avant de passer à une évaluation globale à la lumière de ces examens.

Examens des publications TPP commandés par les plaignants

Projet d'examen par les pairs

7.567. Le projet d'examen par les pairs d'Inman *et al.*, indiqué plus haut, a consisté à examiner 55 études sur l'emballage neutre du tabac en appliquant comme point de référence les critères et la rigueur selon lesquels les examinateurs jugeraient normalement les manuscrits soumis dans le domaine du comportement des consommateurs.[1601] Sur la base de cet examen, aucune des études en cause n'a été jugée bonne pour la publication par aucun des examinateurs. Quarante-six ont été purement et simplement "rejetées" pour des raisons méthodologiques, sans possibilités de révision, tandis que les vices perçus dans les neuf études restantes, s'ils étaient corrigés, étaient réputés être suffisamment importants pour pouvoir altérer les résultats et les conclusions des études.[1602] Le professeur Inman formule la conclusion suivante:

> En résumé, ayant étudié tous les articles pertinents sur l'emballage neutre et les rapports des examinateurs, et appliquant les critères de rigueur méthodologique généralement admis que l'on trouve dans les manuels standard, je suis forcé de conclure que les publications sur l'emballage neutre sont d'une qualité étonnamment médiocre. Les graves vices de méthode identifiés par les examinateurs tout au long de ces études sur l'emballage neutre font qu'elles ne peuvent pas être acceptées pour publication dans une grande revue de recherche spécialisée dans le domaine de la consommation sous leur forme actuelle. Ces publications ne constituent pas une base de recherche fiable pour des politiques publiques.[1603]

[1597] Rapport supplémentaire Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-4), paragraphe 59. (italique dans l'original)
[1598] Rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3).
[1599] Examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4).
[1600] Rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6).
[1601] Voir République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 569 à 573; et le rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), paragraphes 12 à 14, 26 et 27, et appendice A.
[1602] Voir République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 575; et le rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), paragraphe 17.
[1603] Rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), paragraphe 69, page 47.

7.568. L'Australie fait valoir que le fait que la plupart des articles constituant les publications TPP ont été publiés dans 20 revues scientifiques soumises à un examen par les pairs différentes[1604], dans diverses disciplines scientifiques, compromet les assertions des plaignants selon lesquelles ces articles présentent de graves vices de méthode, étant donné que la plupart des études ont été soumises à un "examen rigoureux de spécialistes" avant d'être publiées.[1605] À titre d'exemple, elle décrit le processus d'examen par les pairs de la revue *Tobacco Control*, une publication du British Medical Journal (BMJ), comme étant un processus dans lequel une proportion élevée des documents soumis sont rejetés d'emblée, les articles restants étant attribués à un éditeur, qui les adresse ensuite, pour examen externe, à un ou plusieurs examinateurs sélectionnés dans une base de données d'experts. L'article peut également être adressé à un examinateur chargé de l'analyse statistique. Le processus est conçu pour faire en sorte que l'article "respecte des critères universitaires rigoureux et reflète d'une manière fidèle les résultats des travaux".[1606] Deux examens externes de ce type d'articles publiés dans les publications TPP ont été présentés en tant que pièces dans les présentes procédures.[1607]

7.569. Nous partageons l'avis de l'Australie selon lequel le fait même que la plupart des articles en cause ont été publiés dans diverses revues de santé publique et revues médicales spécialisées, alors que la conclusion du projet d'examen par les pairs est qu'*aucune* des études examinées ne respecterait les critères de publication pertinents, suscite de sérieux doutes quant aux critères et aux points de référence utilisés par le professeur Inman *et al.* dans leur examen. Nous notons également que les revues dans lesquelles ces articles ont été publiés incluent des publications médicales et des revues dans les domaines de la santé publique et de la lutte antitabac, alors que le professeur Inman *et al.* avaient pour but d'évaluer les études selon les critères utilisés par les grandes revues de recherche spécialisées dans le domaine de la consommation.[1608]

7.570. Sans préjudice de l'existence, dans certaines études individuelles examinées, de lacunes éventuelles qui peuvent avoir été valablement identifiées dans le projet d'examen par les pairs, nous jugeons qu'il n'est pas plausible que des vices qui sont, par nature, fondamentaux et généralisés au point de rendre chacune des études examinées impropres à la publication aient totalement échappé à l'attention des chercheurs et des examinateurs du domaine d'étude pertinent. Nous convenons avec l'Australie que ce résultat en soi donne à penser que le projet d'examen par les pairs reflète une approche excessivement stricte qui, en réalité, ne reflète pas correctement les pratiques admises dans la communauté scientifique compétente.[1609]

Examen systématique Kleijnen

7.571. Le deuxième examen d'expert concernant les publications TPP, invoqué par les plaignants et commandé à la société Kleijnen Systematic Reviews, adopte une approche différente fondée sur une analyse des points forts des publications TPP du point de vue du plan d'étude et des résultats

[1604] Les revues sont notamment les suivantes: *Addiction; American Journal of Preventive Medicine; American Journal of Public Health; Applied Economic Perspectives and Policy; Australasian Marketing Journal; BMC Public Health; BMJ Open; Education and Health; European Journal of Public Health; Frontiers in Public Health; Healthy Policy; Healthcare Policy; Journal of Adolescent Health; Journal of Business Research; Journal of Health Psychology; Lancet; Nicotine & Tobacco Research; Public Health; Qualitative Health Research; Social Science and Medicine; The European Journal of Public Health;* et *Tobacco Control*.

[1605] Deuxième rapport supplémentaire Fong (pièce AUS-585), paragraphe 24.

[1606] Voir Australie, réponse à la question n° 134 du Groupe spécial, paragraphes 5 à 8.

[1607] Voir l'examen par les pairs de Pechey *et al.* 2013 (pièce DOM-108); et l'examen par les pairs de Lund et Scheffels 2013 (pièce DOM-164). Voir aussi la réponse de l'auteur aux examens par les pairs de Pechey *et al.* 2013 disponibles à l'adresse suivante: <http://www.biomedcentral.com/1471-2458/13/18/prepub>, consultée le 7 octobre 2014 (pièce DOM-165), page 2.

[1608] Voir le rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), paragraphe 13.

[1609] Voir, par exemple, le rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphes 501 à 506. Comme un chercheur l'a indiqué:

> [l]a science peut être appréhendée comme un ordre négocié fondé sur des conventions d'usage qui sont formulées, maintenues et modifiées dans le temps au sein de communautés de pratique. Il est nécessaire de dégager des choix et des compromis méthodologiques en réponse aux contingences; des paramètres de substitution … sont utilisés si nécessaire; le cadre des limitations acceptables est défini; et les différentes épistémologies (par exemple les méthodes expérimentales, quantitatives et qualitatives) ne sont pas seulement tolérées mais sont utilisées de façon productive isolément et conjointement.

Ulucanlar *et al.* 2014 (pièce AUS-501), page 11.

mesurés ("système des feux tricolores"), suivie d'une évaluation de la rigueur méthodologique des études, s'appuyant sur le "dispositif d'évaluation du plan et de la mise en œuvre des études" (DIAD).[1610] Cet examen conclut ce qui suit:

> [L]a base d'éléments de preuve se rapportant à l'incidence causale potentielle de l'emballage neutre sur la réduction de la prévalence du tabagisme ou de la consommation de tabac n'est pas fiable et manque de crédibilité. Les travaux de recherche évalués suscitent trois préoccupations majeures. Premièrement, la moitié des études se sont appuyées sur des plans qui ne sont pas appropriés pour établir des inférences causales. Deuxièmement, au lieu de mettre l'accent sur le résultat clé du comportement tabagique, la quasi-totalité des études ont mesuré des résultats de substitution plus distants et moins pertinents, tels que l'attrait, les attitudes et les intentions. Troisièmement, même dans les cas où elles étaient appropriées pour établir des inférences causales, les études ont toutes été mises en œuvre de telle façon que les constatations présentent un risque de biais considérable ou élevé.[1611]

7.572. Nous notons que, bien que la question de recherche à la base de l'examen systématique Kleijnen soit identifiée comme portant sur la fiabilité des éléments de preuve "concernant l'incidence causale potentielle de l'emballage neutre sur la consommation de tabac ou la prévalence du tabagisme, *soit directement soit indirectement au moyen de variables de substitution (les intentions comportementales et/ou d'"autres" variables de résultat, comme l'attrait des produits du tabac, l'efficacité des mises en garde sanitaires ou la perception des effets nocifs des produits du tabac)*"[1612], les auteurs indiquent avoir "mis l'accent sur la question de savoir s'il [était] possible d'inférer que l'emballage neutre [avait] une incidence causale sur le résultat présentant un intérêt, à savoir le comportement tabagique". Spécifiquement, les auteurs considèrent que "[l]es résultats comportementaux sont les plus pertinents, par opposition aux résultats de substitution tels que les intentions et l'attrait", et que "[l]a pertinence de ces résultats de substitution pour les comportements tabagiques finals n'est pas connue et doit être démontrée".[1613]

7.573. Cette hypothèse amène les auteurs à considérer, dans la première phase de leur évaluation (système des feux tricolores), que les publications TPP sont "particulièrement médiocres en termes de mesure du comportement effectif lié au tabagisme" puisque "seulement deux études se sont appuyées sur un plan expérimental approprié et ont mesuré le comportement effectif lié au tabagisme". Il s'agit de l'une des trois "préoccupations majeures" identifiées au sujet des publications TPP ayant fait l'objet de cet examen.[1614]

7.574. Une autre "préoccupation majeure" identifiée par l'examen systématique Kleijnen est que "la moitié des études suivent des plans qui ne sont pas appropriés pour établir des inférences causales".[1615] Cette conclusion est fondée sur l'identification, dans la deuxième partie de l'évaluation initiale basée sur le "système des feux tricolores", d'une "hiérarchie" des plans d'étude en fonction de leur caractère approprié pour établir des inférences causales. Dans cette classification, les expériences randomisées figurent au premier rang et sont suivies des études quasi-expérimentales, des études de cohortes et des études cas-témoins, des séries de cas, des études transversales, des études de cas et enfin des rapports d'expert. Selon cette hiérarchie, les expériences randomisées sont considérées comme constituant le meilleur plan d'étude disponible car, "s'il est réalisé de façon optimale, il exclut la possibilité de confusion liée à d'autres facteurs pouvant influencer le résultat".[1616] En classant chacune des études conformément à la hiérarchie des plans, les examinateurs ont déterminé que 27 articles ne méritaient pas d'être évalués plus avant dans la phase d'examen suivante, étant donné qu'ils reposaient sur des plans d'étude

[1610] Examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), section 1.3, pages 7 à 9.
[1611] Examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), section 1.4, page 9.
[1612] Examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), section 1.1, page 7. (pas d'italique dans l'original)
[1613] Examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), section 1.3, page 8.
[1614] Examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), sections 1.3 et 1.4, pages 8 et 9.
[1615] Examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), sections 1.3 et 1.4, pages 8 et 9.
[1616] Examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), section 3.4.1.1, pages 16 à 19.

transversaux qui "ne fourni[ssaient] pas d'éléments de preuve permettant d'établir des inférences causales au sujet de l'emballage neutre".[1617]

7.575. En résumant les résultats de la première phase de leur examen, le "système des feux tricolores", les auteurs concluent ce qui suit:

> [L]es publications sur l'emballage neutre ne s'en sortent pas bien en ce qui concerne cette première phase d'évaluation car la moitié des résultats sont issus d'études conçues selon des plans qui ne permettent pas de tirer des inférences causales quant à l'incidence de l'emballage neutre. Pour l'autre moitié, aucune des études ne mesure le résultat clé du comportement tabagique, sauf deux d'entre elles. Les publications gagneraient donc à être plus robustes du point de vue de leur plan d'étude et plus pertinentes en ce qui concerne les résultats examinés.[1618]

7.576. La deuxième phase de l'examen systématique Kleijnen a évalué la qualité des études figurant dans les 31 articles restants, réputées s'appuyer sur des plans appropriés pour tirer des inférences causales, à savoir des plans expérimentaux et quasi-expérimentaux. Les examinateurs ont appliqué le DIAD censé fournir "une analyse fine de la pertinence des résultats et des risques de biais dans chacune des études".[1619] Ce DIAD a évalué le "risque de biais d'une étude au regard des quatre aspects de la "validité" reconnus dans toutes les sciences sociales comme étant essentiels pour le plan et la mise en œuvre des études expérimentales: la validité du *concept,* la validité *interne,* la validité *externe* et la validité de la *conclusion*".[1620] Les examinateurs ont conclu que chacune des études présentait un risque de biais "considérable" ou "élevé" concernant un ou plusieurs aspects de la validité, ce qui rendait leurs résultats non fiables.[1621]

7.577. L'expert de l'Australie, le professeur Fong, estime que l'examen systématique Kleijnen a utilisé des critères "trop restrictifs" et "complétement déraisonnables" pour évaluer le niveau de biais dans les études individuelles.[1622] En effet, la nature extrême des résultats de l'examen systématique Kleijnen, qui a identifié des vices rédhibitoires dans chacun des 31 articles évalués (dont la plupart étaient publiés par ailleurs dans des revues soumises à un examen par les pairs) nous amène une fois encore à remettre en cause le critère au regard duquel les études ont été jugées et à nous demander si le contexte particulier de la recherche dans le domaine de la lutte antitabac a été pris en compte.

Rapport Klick sur les publications TPP

7.578. Le troisième examen des publications TPP, invoqué par Cuba, a été rédigé par le professeur Jonathan Klick, de la University of Pennsylvania.[1623] Le rapport Klick sur les publications TPP a adopté une approche narrative pour examiner les publications invoquées par les défenseurs de l'emballage neutre du tabac. Il porte principalement sur 48 études individuelles, dont 36 ont été directement invoquées par l'Australie dans les présentes procédures[1624], et sur 5 examens de publications réalisés par des universitaires et des organismes publics spécialisés dans la santé publique.[1625] Le professeur Klick conclut qu'"[e]n raison [] de préoccupations liées à leur fiabilité et

---

[1617] Examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), sections 3.4.1.3, 4.2.1 et 4.2.2, pages 20 à 22 et 30 à 33.

[1618] Examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), section 4.2.3, page 33.

[1619] Examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), section 4.2.4, page 34. Les "biais" désignent le degré auquel la méthode de recherche utilisée peut avoir faussé les résultats en produisant des estimations inexactes de l'effet réel. *Ibid.*, section 2.1, page 10.

[1620] Examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), section 1.3, page 8. (italique dans l'original) Voir plus haut la note de bas de page 1499 pour une explication des différents types de validité.

[1621] Examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), section 1.3, page 9.

[1622] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphes 537 à 555.

[1623] Rapport Klick sur les publications TPP (UKR-6), page i et *curriculum vitae* en pièce jointe.

[1624] L'Australie a directement cité, et présenté en tant que pièce, 37 des articles examinés dans le cadre du rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6). Voir le tableau A: Articles inclus dans les principaux examens des publications TPP et/ou dans la pièce JE-24, à la fin des présents rapports.

[1625] Rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), pages 16 et 58. Les cinq "examens des publications" considérés par le professeur Klick sont les suivants: 1) l'examen de 2011 du CCV (pièce AUS-86); 2) le rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-76); 3) Goldberg *et al.* 1995 (pièces AUS-221, JE-24(26)); 4) l'examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59); l'examen Stirling actualisé de 2013 (pièces AUS-216, CUB-60); et Stead *et al.* 2013 (pièce CUB-58); et 5) le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61).

à leur pertinence, les études examinées dans ce rapport ne fournissent pas une base fiable pour fonder des allégations concernant les effets attendus de la réglementation concernant l'emballage neutre en Australie".[1626]

7.579. Le professeur Klick estime que les études individuelles pâtissent de menaces qui pèsent sur leur validité interne, définie comme le point de savoir si les conclusions concernant la contribution à l'objectif comportemental déclaré d'une étude sont justifiées.[1627] La "menace la plus évidente pour la validité interne" est que "presque toutes les études disponibles formulent une conclusion sur le tabagisme alors que le plan de recherche examine subjectivement les attitudes et les préférences déclarées des sujets, et non le comportement tabagique effectif".[1628] Ce "décalage entre les plans de recherche et les conclusions formulées fait qu'aucune publication n'est fiable".[1629]

7.580. Comme nous l'avons noté plus haut, nous considérons que les éléments de preuve se rapportant à l'incidence de l'emballage neutre du tabac sur les résultats "autres que comportementaux", "intermédiaires" ou "proximaux", d'une part, et les comportements tabagiques effectifs, d'autre part, sont les uns et les autres potentiellement pertinents pour une évaluation de la contribution des mesures TPP à l'objectif d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits, au moyen des mesures TPP. Comme il est indiqué plus haut, les résultats de ces études peuvent éclairer la question de savoir si l'emballage neutre du tabac a une incidence sur les résultats "autres que comportementaux" ou "proximaux" qui sont une composante de la chaîne de causalité, ou modèle médiationnel, qui sous-tend la conception et le fonctionnement des mesures TPP.

7.581. Comme dans l'examen systématique Kleijnen, le professeur Klick propose une liste de plans d'étude possibles pour l'évaluation de l'incidence de l'emballage neutre du tabac, allant du plus fiable au moins fiable d'un point de vue méthodologique. Les expériences de terrain et les expériences dans les conditions naturelles/études quasi-expérimentales (dans lesquelles les modifications du tabagisme sont mesurées dans deux juridictions comparables après que l'une d'elles a adopté l'emballage neutre) sont les mieux placées, tandis que les expériences cernant les impressions et les intentions, et les groupes de discussion et les entretiens sont les moins bien placés. Selon le professeur Klick, "toutes les études sur l'emballage neutre disponibles relèvent des deux dernières catégories" et aucune des études individuelles examinées n'atteint "les seuils minimaux de fiabilité et de pertinence en ce qui concerne les plans de recherche".[1630]

7.582. Le professeur Klick identifie en outre des problèmes méthodologiques associés aux plans des études composant les publications TPP. Il fait valoir que la validité interne est menacée par les chercheurs qui n'essaient pas d'isoler le groupe échantillon pertinent (c'est-à-dire en excluant de l'échantillon les non-fumeurs dont il est peu probable qu'ils fumeront un jour) ni de garantir la représentativité de l'échantillon.[1631] le professeur Klick considère également que le fait que les publications s'appuient pour l'essentiel sur des échantillons composés de non-Australiens soulève des préoccupations quant à la probabilité que les résultats de ces études permettent de prévoir ce qui va se passer en Australie (validité externe), en particulier au vu du cadre réglementaire australien.[1632] En outre, le professeur Klick soutient que chacune des études individuelles examinées dans son rapport portait sur des participants qui observaient le paquet dans un environnement ciblé stérile. Il fait valoir que cela soulève des préoccupations quant à la validité écologique, c'est-à-dire le point de savoir si ce qui est observé dans l'étude correspondra à ce qui se passe dans la réalité.[1633]

7.583. Globalement, les trois examens présentés par la République dominicaine, le Honduras et Cuba concluent que les diverses études individuelles qui font partie des publications TPP sont viciées. Les examinateurs en déduisent que les publications à l'appui de l'emballage neutre du tabac ne sont ni fiables ni pertinentes pour prévoir l'incidence des mesures TPP en Australie et

[1626] Rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), page 3.
[1627] Rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), page 11.
[1628] Rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), page 11.
[1629] Rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), page 14.
[1630] Rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), pages 9 à 11.
[1631] Rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), page 14.
[1632] Rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), page 15.
[1633] Rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), page 16.

qu'elles ne sont pas appropriées pour établir un quelconque lien de causalité entre l'emballage neutre du tabac et les comportements tabagiques.[1634]

7.584. Nous notons cependant que les publications TPP ont également été soumises à divers examens externes réalisés en dehors des présentes procédures, auxquels les parties se sont aussi référées.[1635] Nous les décrivons ci-dessous.

Autres examens des publications TPP

Examen Stirling

7.585. Un examen systématique des publications concernant l'emballage neutre du tabac[1636] a été réalisé par Crawford Moodie, un "éminent chercheur dans le domaine"[1637], et des collègues des University of Stirling, University of London, University of Nottingham et du centre britannique d'études sur la lutte antitabac. Un rapport initial a été publié en 2012[1638] (examen Stirling), suivi d'une mise à jour en 2013[1639] (examen Stirling actualisé de 2013). L'examen Stirling a été entrepris dans le contexte d'une consultation menée par le gouvernement britannique sur la possibilité d'introduire l'emballage neutre du tabac au Royaume-Uni:

> L'examen a été réalisé à la suite de la publication en mars 2011 du livre blanc intitulé *Healthy Lives: Healthy People* (des vies saines, des individus en bonne santé), qui énonce un plan de lutte antitabac renouvelé pour l'Angleterre. L'une des actions clés identifiées dans le plan était de mener des consultations sur les options possibles pour réduire l'incidence promotionnelle de l'emballage du tabac, y compris l'emballage neutre. Cet examen systématique a été commandé pour donner une vue d'ensemble des éléments de preuve concernant l'incidence de l'emballage neutre, afin d'éclairer une consultation publique sur cette question.
>
> …
>
> Au total, 4 518 citations ont été identifiées à la suite de la recherche initiale et, après avoir effectué une sélection et évalué la qualité, 37 études ont été incluses. Des données ont été extraites de chacune de ces études pour éclairer une synthèse narrative organisée autour de cinq parties principales: l'attrait des cigarettes, des paquets et des marques; le caractère remarquable des mises en garde sanitaires; les perceptions des effets nocifs; les attitudes et le comportement liés au tabagisme; et les obstacles et les aides à l'introduction de l'emballage neutre.[1640]

7.586. Ayant examiné en détail le plan d'étude et les résultats de chacune des études pertinentes identifiées au moyen de leur sélection et de leur évaluation de la qualité initiales[1641], les examinateurs ont conclu ce qui suit:

[1634] Voir, par exemple, le rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), paragraphes 61 iv) et 65; et le rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), page 1.

[1635] Voir, par exemple, le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61); l'examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59); l'examen Stirling actualisé de 2013 (pièces AUS-216, CUB-60).

[1636] L'examen Stirling initial a examiné 37 études présentées dans 50 articles. Examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), pages 91 à 96. L'examen Stirling actualisé de 2013, effectué ultérieurement, a examiné 17 articles supplémentaires. Examen Stirling actualisé de 2013 (pièces AUS-216, CUB-60), pages 2 et 15 à 17.

[1637] Rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), page 60.

[1638] Examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59). Nous notons que deux des chercheurs de la University of Stirling ont d'abord procédé à un examen des travaux de recherche sur l'emballage neutre du tabac, à la demande du Ministère britannique de la santé en 2009. Voir Moodie *et al.* 2009 (pièce AUS-141). Cependant, l'examen de 2009 était, "[s]uccinct", réalisé avec des contraintes de temps et ne prétendait pas avoir un caractère systématique. *Ibid*., titre et pages 1 et 18. Nous croyons comprendre que l'examen Stirling ultérieur (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), prenait en considération à la fois les travaux de recherche évalués dans Moodie *et al.* 2009 et les nouveaux éléments de preuve disponibles.

[1639] Examen Stirling actualisé de 2013 (pièces AUS-216, CUB-60).

[1640] Examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), page i.

[1641] Quatre études, outre les 37 finalement examinées, satisfaisaient aux prescriptions initiales de pertinence mais ont été exclues à la suite de l'extraction des données et de l'évaluation de la qualité. Examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), pages 19 et 20.

> Cet examen a permis de constater qu'il y avait de solides éléments de preuve à l'appui des propositions énoncées dans la Convention-cadre pour la lutte antitabac en ce qui concerne le rôle de l'emballage neutre pour contribuer à réduire les taux de tabagisme; à savoir que l'emballage neutre réduirait l'attractivité et l'attrait des produits du tabac, conférerait plus de relief et d'efficacité aux mises en garde sanitaires et aux messages et réduirait l'utilisation de techniques de design pouvant induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs des produits du tabac. En outre, les études figurant dans cet examen montrent que l'emballage neutre est perçu à la fois par les fumeurs et les non-fumeurs comme réduisant l'initiation chez les non-fumeurs et les comportements liés au sevrage chez les fumeurs.[1642]

7.587. Les auteurs évaluent également les points forts et les limitations de l'examen Stirling, observant ce qui suit:

> Le principal point fort de ce projet est qu'il s'agit d'un examen systématique des publications pertinentes, et les études qu'il contient sont identifiées comme étant le résultat de travaux de recherche minutieux et approfondis. À ce titre, bien que nous ne puissions pas être certains d'avoir trouvé toutes les études pertinentes possibles, nous pouvons être sûrs d'avoir suivi la meilleure pratique en ce qui concerne notre analyse et d'avoir pris des dispositions pour éviter des biais dans l'échantillon d'études que nous avons retenu. Nous avons également vérifié que les études que nous avions incluses étaient pertinentes et rigoureuses d'un point de vue méthodologique. Cela étant le cas, nous pouvons être sûrs que ce que nous avons déclaré dans cet examen reflète véritablement l'état actuel des éléments de preuve issus de la recherche dans ce domaine.[1643]

7.588. Les auteurs de cet examen identifient également les limitations qu'ils observent dans les publications qui sont à la base de leur examen. Ils identifient certaines limitations dans les études individuelles examinées, y compris les limitations découlant du fait qu'aucun pays n'avait encore mis en place l'emballage neutre du tabac au moment où les études ont été réalisées. Ils reconnaissent également la difficulté de formuler des conclusions sur les résultats attendus, y compris les résultats comportementaux, sur la base d'enquêtes et d'études qualitatives. En outre, ils notent que toutes les études examinées "étaient circonscrites à un petit nombre de pays à revenu élevé qui menaient pour la plupart une lutte active contre le tabac", ce qui "limite la capacité de prévoir l'incidence potentielle de l'emballage neutre dans des pays moins développés".[1644] Néanmoins, les auteurs concluent globalement ce qui suit:

> Malgré ces limitations, il convient de souligner la constance remarquable des constatations des études en ce qui concerne l'incidence potentielle de l'emballage neutre. Dans des études s'appuyant sur des plans différentes, réalisées dans divers pays, au sein de populations jeunes ou plus âgées et auprès de fumeurs et de non-fumeurs, les constatations clés sont similaires. Cette constance des éléments de preuve permet de donner du crédit aux effets de l'emballage neutre potentiels observés. Dans les cas où ils ont été présentés, les éléments de preuve existants donnent à penser que l'emballage neutre représente une mesure de lutte antitabac additionnelle qui peut contribuer à la réduction des effets nocifs causés par le tabagisme aujourd'hui et dans le futur.[1645]

7.589. Après la publication de l'examen Stirling, les auteurs ont publié, avec la contribution de deux autres collègues, un article sur les principales constatations qu'il contenait, en mettant l'accent sur 25 études quantitatives parmi les 37 études examinées, "afin de faciliter les comparaisons et la synthèse des résultats entre les études".[1646] En dépit du nombre réduit d'études et de plans examinés dans cet article, les auteurs notent là encore que "les constatations étaient en grande partie constantes pour les différents plans, pays et populations, les fumeurs et

[1642] Examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), page v.
[1643] Examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), page 88.
[1644] Examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), page 89.
[1645] Examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), page 90. Nous notons que cette conclusion a été formulée suite à une analyse des études qui, selon les auteurs de l'examen, satisfaisaient aux critères requis en matière de pertinence et de qualité, sur la base d'un processus de sélection initial entrepris par ces auteurs. Elle n'a donc pas été formulée pour *remplacer* un examen de la qualité.
[1646] Voir Stead *et al.* 2013 (pièce CUB-58), page 4.

les non-fumeurs, ce qui donne à penser que nous pouvons être assez sûrs des effets potentiels de l'emballage normalisé".[1647]

7.590. L'équipe chargée de l'examen Stirling a actualisé son rapport en 2013 en publiant un rapport additionnel analysant 17 autres études qui avaient été publiées après la date limite d'août 2011 pour le rapport initial. L'examen Stirling actualisé de 2013 conclut ce qui suit:

> Comme les études incluses dans l'examen systématique initial, la plupart ont été réalisées dans un petit nombre de pays à revenu élevé, avec 15 des 17 études incluses menées en Australie, en Nouvelle-Zélande ou au Royaume-Uni. Sur les 17 études identifiées, 9 ont évalué l'incidence de l'emballage neutre sur l'attrait, et 8 son incidence sur le caractère remarquable et l'efficacité des mises en garde. Sept études ont analysé les perceptions des effets nocifs du produit, et huit l'incidence du design du paquet sur les attitudes, les croyances, les intentions et le comportement liés au tabagisme. Quatre études ont examiné les aides ou les obstacles potentiels à l'emballage neutre …
>
> Les constatations de ces 17 études, exposées plus loin, donnent à penser que l'emballage neutre: réduirait l'attrait des cigarettes et du tabagisme; accentuerait le caractère remarquable des mises en garde sanitaires sur les paquets; et répondrait à l'utilisation des éléments de l'emballage qui induisent les fumeurs en erreur quant aux effets nocifs du produit.[1648]

7.591. En résumé, les équipes chargées de l'examen Stirling et de l'examen Stirling actualisé de 2013, après avoir examiné 54 études sur l'emballage neutre du tabac présentées dans 67 articles, ont conclu que "l'emballage neutre représent[ait] une mesure de lutte antitabac additionnelle [qui pourrait] contribuer à la réduction des effets nocifs causés par le tabagisme" en réduisant l'attrait des cigarettes et du tabagisme; en accentuant le caractère remarquable des mises en garde sanitaires; et en répondant à l'utilisation des éléments de l'emballage qui induisent les fumeurs en erreur quant aux effets nocifs du produit.[1649]

7.592. L'examen Stirling a été critiqué par les experts des plaignants.[1650] L'équipe du professeur Kleijnen a ainsi indiqué que son examen "visait à améliorer le critère d'évaluation de la qualité appliqué dans [l'examen Stirling] en adoptant une approche plus globale et plus rigoureuse qui permettait de mieux évaluer le risque de biais des éléments de preuve, en particulier dans le contexte de l'Australie".[1651] De même, le professeur Klick allègue que l'examen Stirling "n'examine pas de façon critique les études ni leurs conclusions, mais n'a fait que fournir un examen qualitatif des raisons pour lesquelles … certaines études présent[aient] plus de vices que d'autres".[1652] Dans le même esprit, l'examen a été critiqué parce qu'il s'agissait d'une "synthèse narrative" plutôt que d'une "méta-analyse montrant l'importance globale de l'effet".[1653]

7.593. Nous notons toutefois que l'examen Stirling initial a évalué la pertinence et la qualité de chacune des études sous-jacentes, appliquant des "outils de qualité" publiés, des principes de bonne pratique pour la recherche sociale avec le public et des principes de bonne pratique pour l'évaluation critique de la recherche primaire.[1654] Sur cette base, chacune des 37 études examinées a obtenu une note de pertinence et de qualité, selon la répartition indiquée dans le tableau 2 ci-dessous:

[1647] Stead *et al.* 2013 (pièce CUB-58), page 8.

[1648] Examen Stirling actualisé de 2013 (pièces AUS-216, CUB-60), page 2. (caractères gras omis)

[1649] Examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), page v; et examen Stirling actualisé de 2013 (pièces AUS-216, CUB-60), page 2.

[1650] Voir, par exemple, le rapport Mitchel (pièce UKR-154), paragraphe 35; le rapport McKeganey (pièces DOM-105, CUB-72), pages 43 à 50; le rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), pages 60 et 61; et l'examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), section 2.3, page 11; et le deuxième contre-rapport sur l'examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-18), paragraphes 7, 43 et 64 à 68. Voir le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), paragraphes 4.4 et 4.5.

[1651] Voir l'examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), page 11. Voir aussi le deuxième contre-rapport sur l'examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-18), paragraphes 7, 43 et 64 à 68.

[1652] Rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), page 61.

[1653] Voir le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), paragraphe 4.5.

[1654] Examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), pages 19 et 20.

Tableau 2: Notes de pertinence et de qualité attribuées dans le cadre de l'examen Stirling

	Élevée	Moyenne	Faible
Pertinence des études	**23**	**14**	**6**
Qualité des études	**5**	**36**	**2**

Source: Examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), pages 25 à 37.

Note: Pour chaque critère, 43 notes ont été présentées au total car 5 des 37 études mettaient en œuvre des plans multiples, qui ont tous reçu une note propre.

7.594. Ces notes montrent qu'une grande majorité des études ont été jugées de qualité moyenne à élevée et de pertinence moyenne à élevée pour la question de l'efficacité de l'emballage neutre du tabac.

7.595. En outre, il a été procédé à un examen indépendant de l'examen Stirling et de l'examen Stirling actualisé de 2013 dans le contexte d'une consultation ultérieure, à la demande du gouvernement britannique (le rapport Chantler, exposé ci-après). Le rapport Chantler a vérifié la qualité de la principale base d'éléments de preuve à l'appui de l'emballage neutre et la qualité du processus de l'examen Stirling lui-même.

7.596. Sir Cyril Chantler, qui a commandé des évaluations indépendantes de l'examen Stirling, de l'examen Stirling actualisé de 2013 et des études qu'ils contenaient, a ainsi résumé les résultats:

- l'examen Stirling a été réalisé conformément aux meilleures pratiques reconnues;
- même si tous les détails de l'évaluation de la qualité des études individuelles figurant dans l'examen Stirling n'ont pas été validés, il a été considéré que tous pouvaient être inclus dans sa synthèse narrative; et
- l'[examen Stirling actualisé de 2013], bien que n'étant pas lui-même un examen systématique, a ajouté des renseignements utiles et, d'une manière générale, a inclus des articles qui, individuellement, étaient de meilleure qualité que dans l'examen initial.[1655]

Rapport Chantler

7.597. En avril 2014, Sir Cyril Chantler a présenté un rapport[1656] (le rapport Chantler), commandé par le Secrétaire d'État britannique à la santé, pour formuler des recommandations "en tenant compte des éléments de preuve existants et de tout nouvel élément de preuve, sur la question de savoir s'il [était] ou non probable que l'introduction de l'emballage normalisé ait un effet sur la santé publique (et en quoi pourrait consister un effet éventuel), en particulier en relation avec la santé des enfants".[1657]

7.598. Comme l'a noté l'expert des plaignants, le professeur Klick, Sir Cyril Chantler n'a pas effectué de nouvelles recherches.[1658] En fait, il a examiné les publications pertinentes, y compris les études sous-tendant l'examen Stirling, des études concernant l'influence des médias, de la promotion et des marques, ainsi que des documents émanant de l'industrie du tabac, a commandé les réexamens indépendants de l'examen Stirling[1659] mentionnés plus haut et a engagé des discussions avec les parties prenantes au débat sur l'emballage neutre, y compris des représentants des principaux fabricants de tabac. Il s'est également rendu en Australie en mars 2014 pour étudier la mise en œuvre des mesures TPP.[1660]

7.599. En ce qui concerne la nature des éléments de preuve, Sir Cyril Chantler observe qu'il lui a été demandé si les éléments de preuve montraient "qu'il était *probable* qu'il y ait une incidence sur

[1655] Rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), paragraphe 4.18.
[1656] Rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61).
[1657] Rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe A, page 41.
[1658] Rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), page 62.
[1659] Voir les paragraphes 7.585 et suivants.
[1660] Rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), paragraphes 1.8 à 1.16; et annexe A, paragraphes 1 à 3.

la santé publique" (de l'emballage neutre du tabac), et qu'"[à] l'évidence, il ne s'agi[ssait] pas là d'une question à laquelle on [pouvait] répondre preuve scientifique à l'appui, comme on pourrait le faire, par exemple, pour l'efficacité d'un nouveau médicament".[1661] Il fait également observer qu'il n'existe pas d'essais contrôlés randomisés en double-aveugle pour l'emballage neutre et qu'"il n'est pas concevable [qu'un tel essai] puisse être réalisé".[1662]

7.600. Tout en notant que la base d'éléments de preuve est "modeste"[1663] et qu'il y a des contraintes relatives aux plans des études, le rapport Chantler conclut ce qui suit:

> Ayant examiné les éléments de preuve, je suis d'avis qu'il est très probable que l'emballage normalisé contribue à réduire le nombre des enfants qui commencent à fumer et qu'il est peu plausible qu'il fasse augmenter la consommation de tabac. Je suis convaincu que l'emballage de marque joue un rôle important en encourageant les jeunes à fumer et en renforçant leur dépendance, quelles que soient les intentions de l'industrie. Même si je n'ai pas vu d'éléments de preuve me permettant de mesurer l'importance de l'incidence probable de l'emballage normalisé, j'ai acquis la certitude que le corpus des éléments de preuve montre que l'emballage normalisé, conjointement au système actuel de lutte antitabac, entraînera très probablement une réduction modeste mais importante dans le temps de l'initiation au tabagisme et de sa prévalence et aura donc une incidence positive sur la santé publique.[1664]

7.601. Dans le cadre de son examen, Sir Cyril Chantler a répondu à un certain nombre de critiques sur les études sous-jacentes examinées dans l'examen Stirling, qui recoupent pour l'essentiel celles qui ont été formulées par les plaignants dans les présentes procédures en ce qui concerne les publications TPP:

- il n'y a pas d'essais contrôlés randomisés concernant l'emballage normalisé;
- chaque étude présente des vices de méthode importants qui invalident les résultats;
- les études examinant des situations et des attitudes hypothétiques ont une valeur prévisionnelle faible; et
- en particulier, les études ne démontrent pas qu'il y a un lien avec le comportement effectif.[1665]

7.602. Étant donné le rôle central du débat sur la qualité des éléments de preuve en cause, Sir Cyril Chantler a commandé, comme il est indiqué plus haut, des analyses indépendantes des principaux éléments de preuve examinés dans l'examen Stirling.[1666] Les études ont été séparées en deux groupes: les études quantitatives et les études qualitatives. Les observateurs indépendants[1667] les ont évaluées en utilisant une autre structure d'évaluation que celle qui avait été appliquée par l'équipe chargée de l'examen Stirling pour pouvoir juger de leur qualité en toute indépendance.[1668]

7.603. L'évaluation des études quantitatives a permis de conclure qu'elles avaient été "effectuées selon un critère rigoureux" et que "les conclusions tirées refl[étaient] raisonnablement les

[1661] Rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), paragraphe 1.19.
[1662] Rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), paragraphe 1.19.
[1663] Rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), paragraphe 6.2.
[1664] Rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), page 6, paragraphe 18.
[1665] Rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), paragraphe 4.11.
[1666] Nous notons que les examinateurs des études quantitatives considérées dans l'examen Stirling indiquent qu'ils avaient pour objectif d'examiner les éléments de preuve plutôt que de reproduire l'examen Stirling. Par conséquent, chaque article a été évalué par un seul examinateur indépendant au lieu de deux. Rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe D, page 49.
[1667] M. Yanzhong Wang, Mme Janet Peacock du King's College London et Mme Catherine Pope de la University of Southampton.
[1668] Rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), paragraphe 4.17. Il apparaît que les quatre études "multiméthodes" incluses dans l'examen Stirling ont été omises dans les évaluations réalisées par M. Wang, Mme Peacock et Mme Pope. Comparer l'examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), pages 35 et 36 avec le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe D, pages 50 à 53 et annexe E, pages 60 et 61.

éléments de preuve disponibles".[1669] Presque la moitié des études incluses dans l'examen initial et 7 des 12 études figurant dans l'examen actualisé ont obtenu des notes indiquant une qualité élevée et un faible risque de biais.[1670] De même, l'experte chargée des études qualitatives a conclu que l'examen Stirling était un "examen systématique de grande qualité", qui était "manifestement documenté et sui[vait] les meilleures pratiques reconnues pour ces examens".[1671] Elle a noté que, pour trois des dix articles qualitatifs, elle avait attribué des notes qui différaient de celles qui avaient été attribuées par l'équipe chargée de l'examen Stirling, mais a indiqué que cela n'était pas rédhibitoire et résultait de l'application délibérée d'un outil d'évaluation différent.[1672] Elle a également conclu que l'équipe chargée de l'examen Stirling avait à juste titre utilisé une forme d'examen narrative, compte tenu de la diversité des plans et des types des études analysées.[1673]

7.604. Le rapport Chantler a été critiqué par Cuba et dans un certain nombre de rapports d'expert présentés par les plaignants.[1674] Dans l'ensemble, ces critiques portent sur les études sous-jacentes et les conclusions qui en sont tirées, et reproduisent les critiques présentées dans les présentes procédures à l'égard de ces études.[1675] Elles portent également sur le fait que le rapport Chantler est vicié parce que, d'après les allégations, il examine de façon inadéquate certains types d'éléments de preuve, à savoir les éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre[1676], les théories sur le comportement des adolescents en matière de santé[1677] ou les

[1669] Rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe D, page 49.
[1670] Rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe D, pages 47 à 49.
[1671] Rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe E, page 56.
[1672] Rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe E, page 56.
[1673] Voir le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), paragraphe 4.7, et annexe E, page 56.
[1674] Voir, par exemple, Cuba, première communication écrite, paragraphes 173 à 175 et 182; deuxième communication écrite, paragraphes 46 et 312; le rapport Mitchel (pièce UKR-154); le rapport Gibson (pièce DOM-92), pages 13 et 14; le rapport McKeganey (pièces DOM-105, CUB-72), pages 8 et 9; le rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), pages 62 et 63; et le deuxième contre-rapport sur l'examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-18), paragraphes 64, 65, 67 et 68.
[1675] Voir plus loin "L'emballage du tabac en tant que forme de promotion ou de publicité" et "Incidence de l'emballage neutre sur l'attrait des produits du tabac", dans la section 7.2.5.3.2, pour un examen de la relation entre l'emballage de marque, la publicité pour le tabac et l'attrait (en ce qui concerne Cuba, première communication écrite, paragraphe 196); plus haut "Des études TPP axées sur les résultats "autres que comportementaux"" et plus loin "Évaluation globale", dans la section 7.2.5.3.5.1, pour un examen des plans des études des publications TPP, de leur validité méthodologique et de la faisabilité des expériences contrôlées randomisées (en ce qui concerne Cuba, première communication écrite, paragraphe 175 et note de bas de page 210; le rapport Mitchel (pièce UKR-154), paragraphes 11 et 56 à 58); et le rapport Klick (pièce UKR-6), pages 62 et 63); plus haut "Des études TPP axées sur les résultats "autres que comportementaux"" pour un examen de l'utilisation, dans les publications TPP, de résultats "proximaux" ou "autres que comportementaux" et de variables de substitution pour le comportement tabagique (en ce qui concerne Cuba, première communication écrite, paragraphe 173; et le rapport Mitchel (pièce UKR-154), paragraphe 11); "Relation entre attitudes et comportements", dans la section 7.2.5.3.5.2, examinant les théories du comportement et les relations entre attrait, croyances, attitudes, intentions et comportement (en ce qui concerne Cuba, première communication écrite, paragraphes 182 a) et 204; deuxième communication écrite, paragraphes 312 et 313; le rapport Mitchel (pièce UKR-154), paragraphes 17 à 22; et le rapport Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-3), paragraphes 46 et 95); voir par exemple les paragraphes 7.550 et 7.641; et le rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 116, pour un examen de la convergence des résultats des études des publications TPP (en ce qui concerne Cuba, première communication écrite, paragraphe 182 c)); les paragraphes 7.617 et suivants pour un examen des publications TPP évaluant l'attrait à la lumière des mises en garde sanitaires explicites sur 75% de la surface (en ce qui concerne Cuba, première communication écrite, paragraphes 189 à 195, 205 b), 348 c); et deuxième communication écrite, paragraphe 46 c); et le rapport Mitchel (pièce UKR-154), paragraphes 37 et 43 à 45); les paragraphes 7.1215 à 7.1218 en ce qui concerne l'incidence de l'emballage neutre du tabac sur le prix des cigarettes (en ce qui concerne le rapport Klick (pièce UKR-6), page 63; et le rapport Mitchel (pièce UKR-154), paragraphe 46); "Initiation au tabagisme", dans la section 7.2.5.3.5.2, pour un examen des facteurs de risque et des déterminants de l'initiation au tabagisme ainsi que du rôle de l'emballage de marque (en ce qui concerne le rapport Mitchel (pièce UKR-154), paragraphes 36, 41, 42 et 51 à 56; et le rapport McKeganey (pièces DOM-105, CUB-72), pages 15 à 23); "Incidence de l'emballage neutre sur le caractère remarquable et le traitement des mises en garde sanitaires explicites", dans la section 7.2.5.3.5.3, pour ce qui est de l'incidence de l'emballage neutre du tabac sur le caractère remarquable des mises en garde sanitaires (en ce qui concerne le rapport Mitchel (pièce UKR-154), paragraphe 35); "Aptitude de l'emballage neutre à accroître l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites en améliorant la sensibilisation aux risques et les croyances au sujet des risques", dans la section 7.2.5.3.5.3, examinant la sensibilisation des adolescents aux risques du tabagisme (en ce qui concerne le rapport Mitchel (pièce UKR-154), paragraphe 34); et les paragraphes 7.738 et suivants examinant la distinction entre demande primaire et demande secondaire (en ce qui concerne le rapport Mitchel (pièce UKR-154), paragraphes 27 à 32).
[1676] Voir Cuba, première communication écrite, paragraphe 182 b); le rapport Gibson (pièce DOM-92), page 13; le rapport Klick (pièce UKR-6); le rapport McKeganey (pièces DOM-105, CUB-72), pages 8, 9 et 11.

théories du comportement automatique.[1678] Nous notons que des éléments de preuve se rapportant à ces aspects ont été présentés dans les présentes procédures et vont au-delà des éléments d'information sur lesquels s'est appuyé le rapport Chantler.[1679] Ces éléments de preuve sont examinés dans les présents rapports dans le cadre de notre évaluation concernant la contribution des mesures TPP à leur objectif, à la lumière de l'ensemble des éléments de preuve qui nous ont été présentés.

7.605. Dans la mesure où Sir Cyril Chantler a peut-être "lev[é] des ambiguïtés dans ces éléments de preuve en faveur de l'adoption de l'emballage normalisé"[1680], ou accordé ""le bénéfice du doute" à de possibles évolutions futures lorsqu'elles étaient favorables à l'emballage neutre"[1681], nous considérons qu'il a ainsi exercé son jugement, ce qu'il était en droit de faire. Nous notons en outre que le rapport reconnaît volontiers des déficiences dans les éléments de preuve et de possibles incidences compensatoires de l'emballage normalisé[1682], ce qui donne à penser qu'il visait à présenter une évaluation équilibrée des éléments de preuve alors disponibles.

Autres études des publications

7.606. Au cours des présentes procédures, les parties ont mentionné d'autres études sur les éléments de preuve qui sont arrivées à des conclusions positives en ce qui concerne l'incidence probable de l'emballage neutre du tabac.

7.607. L'Australie a mentionné l'"examen des éléments de preuve", élaboré pour le Ministère irlandais de la santé[1683], ainsi que le rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique

---

Voir République dominicaine, réponse à la question n° 197 du Groupe spécial, paragraphe 264; observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 196 du Groupe spécial, paragraphes 579 à 581; et le deuxième contre-rapport sur l'examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-18), paragraphe 68. Le Groupe spécial a examiné les données postérieures à la mise en œuvre versées au dossier, plus loin dans la section 7.2.5.3.6.

[1677] Voir le rapport Mitchel (pièce UKR-154), paragraphes 14 à 26. Les théories sur le comportement des adolescents sont examinées dans "Initiation au tabagisme" dans la section 7.2.5.3.5.2 des présents rapports.

[1678] Voir Cuba, première communication écrite, paragraphes 205 à 207 et 348 c); deuxième communication écrite, paragraphe 46 c); le rapport Klick (pièce UKR-6), page 63; et le rapport Mitchel (pièce UKR-154), paragraphes 14 à 17. Le Groupe spécial examine la théorie de "l'heuristique d'affect" et les réactions inconscientes ou automatiques face à l'emballage de marque, aux paragraphes 7.725 et suivants. Voir aussi le rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphes 116 et 117 (répondant à la critique concernant l'application des théories du comportement automatique dans le rapport Chantler).

[1679] Voir la section 7.2.5.3.3 pour un examen de l'approche du Groupe spécial concernant les éléments de preuve relatifs à la contribution présentés dans les présentes procédures.

[1680] Rapport Mitchel (pièce UKR-154), paragraphe 58.

[1681] Rapport Gibson (pièce DOM-92), page 13.

[1682] Voir, par exemple, le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), paragraphe 4.5 (prenant note des critiques formulées à l'égard de l'examen Stirling et de l'examen Stirling actualisé de 2013); paragraphe 4.23 (prenant note de l'argument selon lequel l'emballage normalisé pourrait présenter un attrait pervers pour les enfants); paragrpahe 4.21 (notant que les constatations formulées dans l'examen Stirling en ce qui concerne le comportement tabagique sont "pour l'essentiel indirectes et "conjecturales""); paragraphes 5.1 à 5.3 (indiquant qu'un économiste avait été chargé d'examiner en détail l'argument des opposants à l'emballage normalisé selon lequel ce dernier pourrait entraîner des réductions importantes de prix); pragraphe 6.2 (reconnaissant que la base d'éléments de preuve concernant l'emballage normalisé est "relativement modeste"); et paragraphe 6.11 (concluant que "après un examen minutieux de l'ensemble des éléments de preuve pertinents … il y a suffisamment d'éléments de preuve provenant de sources indépendantes").

[1683] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 246 (faisant référence à l'examen Hammond (pièce AUS-555)). Cet examen, achevé en mars 2014, a examiné plus de 55 articles. Il indique ce qui suit à propos de la qualité méthodologique des études:

> Les publications sur l'emballage neutre incluent un mélange hétérogène de plans de recherche, ainsi qu'une grande variété de résultats provenant de différents domaines de recherche. On a évalué l'emballage neutre en utilisant les perceptions des consommateurs, des mesures physiologiques de l'attention visuelle et la neuro-imagerie, des tâches comportementales et le comportement en matière de sevrage au niveau de la population. Une grande partie de ces études utilisent des plans de recherche expérimentaux, avec des niveaux élevés de validité interne, ce qui renforce le niveau des inférences causales qui peuvent être établies. La diversité des plans de recherche et des résultats est une force considérable de la base d'éléments de preuve.
>
> Les études sur l'emballage ont été réalisées avec divers échantillons, y compris des jeunes et des adultes, et des fumeurs et des non-fumeurs.

des États-Unis en tant qu'"examen indépendant des publications".[1684] L'expert des plaignants, le professeur Klick, classe également le rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis ainsi que les rapports du CCV et de Health Canada parmi les "études des publications".[1685] Cependant, nous distinguons l'examen Stirling et le rapport Chantler, décrits plus haut, qui, en plus de synthétiser et résumer les éléments de preuve, ont appliqué des outils d'évaluation critiques à chaque étude en vue d'évaluer la *qualité* globale des éléments de preuve.[1686]

7.608. Nous notons qu'il apparaît qu'il n'a pas été procédé à un examen systématique des publications TPP en Australie avant l'adoption et la mise en œuvre des mesures TPP.[1687] Un groupe de travail de la NPHT en Australie a examiné les éléments de preuve concernant l'emballage neutre du tabac dans un rapport présentant diverses actions recommandées en matière de lutte antitabac, y compris l'introduction de l'emballage neutre. Ce rapport décrit les principales constatations de certaines études pertinentes concernant l'emballage neutre du tabac.[1688] Le CCV

Examen Hammond (pièce AUS-555), page 30.

L'examen note la constance et la cohérence dans les différentes méthodes de recherche et la plupart des résultats examinés, qu'il décrit comme "une force considérable de la base d'éléments de preuve" augmentant la probabilité qu'il y ait une association causale avec l'emballage neutre du tabac. Examen Hammond (pièce AUS-555), page 31. D'après les conclusions de l'examen, le volume des éléments de preuve est suffisant pour fournir l'avis éclairé ci-après:

> l'emballage du tabac est une forme extrêmement importante de promotion du tabac, en particulier dans les juridictions appliquant des restrictions globales en matière de publicité et de commercialisation, comme l'Irlande. Les éléments de preuve indiquent que l'emballage neutre réduit les fausses croyances au sujet des risques liés au tabagisme, accroît l'efficacité des mises en garde sanitaires, réduit l'attrait exercé sur les jeunes et les jeunes adultes consommateurs et peut promouvoir le sevrage tabagique auprès des fumeurs réguliers.

Examen Hammond (pièce AUS-555), page i.

[1684] Australie, première communication écrite, paragraphe 612 (faisant référence au rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-76)).

[1685] Rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), pages 58 à 60 (critiquant le rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-76); Goldberg *et al.* 1995 (pièces AUS-221, JE-24(26)); et l'examen de 2011 du CCV (pièce AUS-86)).

[1686] Voir le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe D, page 47, et annexe E, page 56; et l'examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), pages 19 et 20.

[1687] L'Australie explique que sa décision d'adopter les mesures TPP était fondée sur un vaste corpus d'éléments de preuve disponibles à ce moment-là, ainsi que sur la recommandation explicite faite aux parties à la FCTC d'adopter l'emballage neutre comme moyen de mettre en œuvre leurs obligations au titre de la FCTC (Australie, déclaration finale à la deuxième réunion de fond, paragraphe 5). Voir aussi Australie, déclaration finale à la deuxième réunion de fond, paragraphe 7.

[1688] Rapport technique 2 de la NPHT (pièces AUS-52, JE-12). La partie pertinente de ce rapport indique ce qui suit:

> Les noms de marques des cigarettes et le design du paquet permettent de communiquer des caractéristiques personnelles, une identité sociale et des aspirations,[185] et constituent un aspect essentiel dans la commercialisation du produit.[186, 187] Les recherches sur les consommateurs indiquent qu'une diminution du nombre d'éléments de conception sur le paquet réduit son attrait et les perceptions auxquelles il donne lieu en termes de plaisir probable et de désirabilité du tabagisme.[188] L'obligation de vendre les cigarettes dans un emballage neutre renforcerait l'idée qu'elles ne sont pas un article de consommation ordinaire. Cela réduirait également la possibilité qu'elles soient utilisées pour indiquer un statut. L'emballage neutre accroîtrait le caractère remarquable des mises en garde sanitaires: les individus étudiés sont davantage capables de se souvenir des mises en garde sanitaires figurant sur les paquets neutres.[189 à 191] L'emballage neutre interdirait les images de marque, les couleurs ainsi que les logos et les marques des entreprises, autorisant seulement les fabricants à imprimer le nom de la marque dans une taille, une police de caractères et un emplacement prescrits, en plus des mises en garde sanitaires requises et d'autres renseignements sur le produit prescrits par obligation légale tels que les composants toxiques, les vignettes fiscales ou le contenu du paquet. Il serait obligatoire d'utiliser une texture en carton standard, et la taille et la forme du paquet ainsi qu'une enveloppe en cellophane seraient également prescrites. Une analyse détaillée des pratiques de commercialisation actuelles[187] donne à penser que l'emballage neutre devrait également englober les parties intérieures du paquet et la cigarette elle-même, étant donné que les fabricants peuvent utiliser les couleurs, les bagues et les inscriptions ainsi que des longueurs et des gabarits différents pour rendre les cigarettes plus "intéressantes" et attrayantes. Il serait également nécessaire d'interdire toute utilisation de parfums, incorporation de puces audio ou "apposition" d'éléments.

a publié un "recueil de publications" en 2011, qui "résume les constatations de plus de 25 études publiées visant à évaluer l'incidence probable de l'emballage neutre".[1689] Toutefois, aucune publication n'indique ou ne laisse entendre qu'il s'agit d'un examen systématique ou d'une évaluation de la qualité des éléments de preuve concernant l'emballage neutre du tabac. Nous croyons comprendre que l'examen après mise en œuvre, entrepris après l'entrée en vigueur des mesures TPP, était censé fournir une évaluation de ce type, bien que dans un contexte d'après mise en œuvre.[1690]

Évaluation globale

7.609. Comme il est indiqué plus haut, les plaignants considèrent que les publications TPP dans leur ensemble, en tant que base d'éléments de preuve à l'appui de l'emballage neutre du tabac, présentent des vices de méthode. Cette conclusion ressort des trois examens d'expert décrits plus haut, qui ont été commandés par les plaignants aux fins des présentes procédures et qui se recoupent largement sur le fond de la critique.

> L'opposition de l'industrie aux restrictions visant le design du paquet est une indication claire de l'importance de ce design pour la vente de tabac.[192]
>
> *"Selon nous, [après la taxation] les deux autres modifications du cadre réglementaire qui préoccupent le plus l'industrie sont l'emballage homogène et la vente sous le comptoir. L'une et l'autre restreindraient notablement la capacité de l'industrie de promouvoir ses produits." Morgan Stanley Research (2007)[193].*

Rapport technique 2 de la NPHT (pièces AUS-52, JE-12), page 20. Une autre section du rapport analyse l'élimination de la promotion des produits du tabac au moyen de l'emballage, comme suit:

> Une étude expérimentale des effets de l'emballage sur l'image du tabagisme et les caractéristiques des produits du tabac a permis de constater que les fumeurs de paquets neutres étaient considérés comme étant nettement moins tendance/à la mode, sociables/extravertis et matures que les fumeurs de paquets originaux. Les fumeurs ont inféré que, par rapport aux cigarettes des paquets originaux, les cigarettes des paquets neutres seraient moins riches en tabac, donneraient moins satisfaction et contiendraient un tabac de moins bonne qualité.[91]
>
> Un article présenté à la réunion de la Société de recherche sur la nicotine et le tabac qui s'est tenue en 2009[92] constatait qu'au Royaume-Uni, une partie importante des fumeurs adultes et des enfants faisaient état de croyances erronées au sujet des risques pour la santé basées sur l'emballage …
>
> …
> Une étude de cas présentée à la Conférence mondiale sur le tabac ou la santé qui s'est tenue à Mumbai en mars 2009[98] a démontré comment la marque Dunhill avait été capable d'augmenter sensiblement ses ventes et sa part de marché en l'absence de toute publicité autorisée dans les médias, après avoir modifié de façon importante l'emballage du produit et la promotion auprès des détaillants pour favoriser un étalage plus visible au point de vente.

Rapport technique 2 de la NPHT (pièces AUS-52, JE-12), pages 99 à 101. Les passages cités proviennent des onze articles suivants, dont quatre ont été présentés par l'Australie en tant que pièces dans les présentes procédures: J. Scheffels J. A difference that makes a difference: young adult smokers' accounts of cigarette brands and package design. Tob Control. 2008;17:118-22; Wakefield *et al.* 2002 (pièces AUS-93, CUB-28); Freeman B, Chapman S and Rimmer M. Review: The case for the plain packaging of tobacco products. Sydney: University of Sydney, 2007; Wakefield *et al.* 2008 (pièces AUS-149, JE-24(62)); Beede et Lawson 1992 (pièces AUS-202, JE-24(6)); Goldberg *et al.* 1999 (pièces AUS-209, JE-24(27)); Strahan EJ, White K, Fong GT, Fabrigar LR, Zanna MP and Cameron R. Enhancing the effectiveness of tobacco package warning labels: a social psychological perspective. Tob Control. 2002;11:183-90; Wakefield M and Letcher T. My pack is cuter than your pack. Tob Control. 2002;11:154-6; Morgan Stanley Research Europe. Tobacco: Late to the Party. London: Morgan Stanley Research, 2007; Hammond D, Arnott D, Dockrell M, Lee A and McNeill A. Cigarette pack design and perceptions of risk among adults and youth. 2009 Joint Conference of SRNT and SRNT-Europe. Dublin, Ireland, 2009 (les auteurs sont les mêmes que dans Hammond *et al.* 2009 et le titre est analogue (pièces AUS-166, JE-24(29)); et Lindorff K. Power of the packet: A case study for plain packaging. 14th World Conference on Tobacco or Health. Mumbai, 2009. Voir le rapport technique 2 de la NPHT (pièces AUS-52, JE-12), pages 61 et 138.

[1689] Examen de 2011 du CCV (actualisé) (pièce JE-16), page 5.

[1690] Voir l'examen après mise en œuvre concernant l'emballage neutre du tabac (pièce AUS-624), page 3.

7.610. L'une des principales critiques formulées par les plaignants à l'égard des publications TPP concerne le fait que celles-ci sont axées sur les "résultats proximaux" de l'emballage neutre, y compris l'attrait des produits du tabac, et ne mesurent pas les comportements liés au tabagisme. Nous avons déjà déterminé à cet égard que nous n'étions pas convaincus que cela constitue en soi un vice, dès lors que l'on considérait que ces "résultats proximaux" formaient un élément de la "chaîne de causalité" du "modèle médiationnel" sous-tendant la conception et le fonctionnement des mesures.[1691]

7.611. Les autres critiques principales des plaignants concernant les études pertinentes visent notamment l'incapacité des plans d'étude retenus d'éclairer les relations causales en ce qui concerne le résultat mesuré, l'absence de prise en compte des facteurs de confusion, en particulier les mises en garde sanitaires explicites, et la possibilité qu'il y ait des effets de demande et un biais de désirabilité sociale. Nous examinons ces aspects les uns après les autres.

7.612. S'agissant du plan des études, nous notons que les études en cause reposent sur un éventail de plans d'étude, y compris les études qualitatives non expérimentales et les groupes de discussion, ainsi que les enquêtes quantitatives transversales. Les plaignants[1692] et leurs experts, en particulier le professeur Kleijnen *et al.*, soutiennent que pratiquement la moitié des études composant les publications TPP suivaient des plans qui n'étaient pas appropriés pour les questions de recherche se rapportant à l'incidence causale de l'emballage neutre du tabac. Le professeur Kleijnen propose une hiérarchie "largement admise" des types de plans d'étude en fonction de leur adéquation pour établir des inférences causales.[1693] Les expériences randomisées, les études quasi-expérimentales ainsi que les études de cohortes et les études cas-témoins "peuvent permettre d'établir des inférences causales", alors que les études transversales, les études de cas et les rapports d'expert "ne permettent pas de [le faire]".[1694] Le professeur Kleijnen *et al.* ont déterminé en conséquence que 32 des 63 études différentes analysées dans les 58 articles examinés utilisaient un plan transversal (non expérimental) pour mesurer l'incidence de l'emballage neutre sur les intentions et les perceptions du tabagisme et du design du paquet[1695] et n'avaient donc pas été évaluées plus avant du fait qu'elles ne permettaient pas d'établir des inférences causales.[1696] Ils allèguent que cette approche est "semblable à celle retenue dans d'autres examens systématiques effectués récemment en dehors du domaine de l'emballage neutre" et reflète la "pratique admise".[1697]

7.613. Les éléments de preuve qui nous ont été présentés donnent à penser qu'il est généralement reconnu que des méthodes et des plans d'étude différents peuvent avoir des capacités variables pour ce qui est de démontrer des relations causales pertinentes et que, en particulier, des plans expérimentaux correctement appliqués peuvent en principe être davantage prévisionnels. En même temps, comme cela est indiqué plus haut, il a également été reconnu que, dans le cas de la recherche sur l'emballage neutre du tabac, des contraintes pratiques et éthiques auraient affecté la possibilité de mener le type d'expériences randomisées qui pouvaient, en principe, être considérées comme ayant le niveau de valeur prévisionnelle le plus élevé. Rien n'indique, dans l'examen systématique Kleijnen, que ces considérations ont été prises en compte dans l'application du cadre analytique retenu pour les publications TPP. Nous notons à cet égard que l'examen Stirling, même s'il indiquait que certains examens systématiques incluaient uniquement des essais contrôlés, incluait dans son examen des publications TPP "tous les plans d'étude réalisables"[1698], y compris les études non expérimentales, comme l'examen Stirling actualisé et le rapport Chantler l'ont fait ultérieurement.[1699]

[1691] Voir plus haut les paragraphes 7.555 et 7.564.
[1692] Voir, par exemple, Honduras, première communication écrite, paragraphes 483, 485 et 486; République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 586; et Cuba, première communication écrite, paragraphes 174 et 175. Voir aussi Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 186.
[1693] Examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), section 3.4.1.1; et deuxième contre-rapport sur l'examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-18), paragraphe 41. Voir aussi le rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), paragraphe 61.iv.a (notant que les expériences constituent la méthode privilégiée pour traiter les questions de relations causales).
[1694] Examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), section 3.4.1.1, page 17.
[1695] Examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), figure 5, page 31.
[1696] Examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), section 4.2.2, page 33.
[1697] Contre-rapport sur l'examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-13), paragraphes 29 et 32.
[1698] Examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), section 3.2, pages 17 et 18.
[1699] Rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe E, page 56.

7.614. Nous notons en outre à cet égard l'observation tirée d'un manuel pour les examens systématiques, que cite l'Australie, selon laquelle "les éléments de preuve provenant d'études qualitatives peuvent jouer un rôle important en ajoutant de la valeur aux examens systématiques en matière de politique générale, de pratiques et de prises de décision des consommateurs".[1700] Kleijnen *et al.*, bien que considérant que les plans non expérimentaux ne soient pas un moyen recommandé pour mesurer l'efficacité d'une intervention[1701], reconnaissent en même temps que les études non expérimentales peuvent "développer et examiner des idées" et "identifier les obstacles et les aides aux modifications du comportement". le professeur Inman note également que les études non expérimentales peuvent fournir des éléments de preuve concernant une association ou une corrélation.[1702] Nous notons également l'observation de Mme Pope, qui a réalisé une évaluation indépendante de la qualité des études qualitatives figurant dans l'examen Stirling incorporée dans le rapport Chantler, selon laquelle ces études peuvent révéler des facteurs qui seront probablement pertinents pour le comportement ou qui l'influenceront.[1703] Par conséquent, nous ne sommes pas convaincus que les limitations des plans non expérimentaux soient telles qu'elles justifient, comme il est suggéré dans l'examen des publications TPP effectué par Kleijnen *et al.*, que la pertinence de ces études pour éclairer les effets de l'emballage neutre du tabac sur les résultats pertinents soit totalement exclue.

7.615. Les plaignants identifient en outre un certain nombre de limitations spécifiques des études TPP, dont ils font valoir qu'elles affectent la validité interne, la validité externe, la validité de la conclusion et la validité du concept de ces études.[1704] Ils observent en particulier que la plupart des paquets neutres utilisés dans les études composant les publications TPP ne comportaient pas de mise en garde sanitaire explicite dominante.[1705]

7.616. Les éléments de preuve qui nous ont été présentés donnent à penser qu'il est reconnu, au sein de la communauté des chercheurs, que les plans d'étude devraient tenir compte des variables pertinentes susceptibles d'affecter la validité externe, la validité interne et la validité du concept de l'étude, mais aussi que certaines contraintes inhérentes au concept des études expérimentales peuvent affecter la mesure dans laquelle tous les facteurs pertinents, y compris les sources de biais ou les facteurs de confusion potentiels, peuvent être pris en compte simultanément dans une étude donnée. Le professeur Fong cite ainsi *The Handbook of Social Psychology* (le manuel de psychologie sociale) en affirmant qu'"il est pratiquement impossible de concevoir une expérience qui ait à la fois une validité interne et une validité externe élevées".[1706] Nous notons également l'observation formulée par l'expert de l'Australie, le professeur Slovic, selon laquelle dans le domaine de la lutte antitabac il est particulièrement difficile de tenir compte des facteurs de confusion.[1707]

7.617. À cet égard, les plaignants remettent en particulier en cause la validité des études TPP qui ont comparé des paquets de marque et des paquets neutres sans mises en garde sanitaires dominantes. Ils allèguent que la taille comparativement plus réduite de l'espace restant sur les paquets neutres australiens *avec* une mise en garde sanitaire explicite dominante aurait probablement une incidence plus limitée sur les résultats mesurés de l'attrait du paquet, du relief des mises en garde sanitaires explicites ainsi que des croyances et des attitudes quant aux effets nocifs.[1708] En outre, ils allèguent que l'image négative dominante qui découle de la grande mise en garde sanitaire explicite australienne elle-même a une incidence sur les résultats mesurés.[1709] En même temps, l'un des experts des plaignants affirme que l'utilisation de mises en garde sanitaires

[1700] Australie, première communication écrite, annexe E, paragraphe 6 (citant le rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 463).

[1701] Contre-rapport sur l'examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-13), paragraphes 29, 34 et 35.

[1702] Rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), paragraphe 61.iv.a.

[1703] Voir le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe E, page 56.

[1704] Voir plus haut la note de bas de page 1499.

[1705] Voir, par exemple, Honduras, première communication écrite, paragraphe 495; République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 608 à 611; Cuba, première communication écrite, paragraphes 12 b), 176 a) et 189; et Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphes 186 et 187.

[1706] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 493.

[1707] Rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 120.

[1708] Honduras, première communication écrite, paragraphe 495; République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 608 à 611; Cuba, première communication écrite, paragraphes 12 b), 176 a) et 189; et Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphes 186 et 187.

[1709] Honduras, première communication écrite, paragraphe 495; République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 608 à 611; Cuba, première communication écrite, paragraphes 12 b), 176 a) et 189; et Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphes 186 et 187.

explicites de différentes tailles, dans une étude unique sur divers paquets expérimentaux, introduit une variable de confusion[1710] qui menace la validité interne en empêchant que les résultats soient imputables au seul emballage neutre.[1711]

7.618. Selon nous, il ne semble pas surprenant que les études composant les publications TPP, réalisées avant la mise en œuvre des mesures TPP en Australie et censées examiner l'incidence de l'emballage neutre du tabac dans diverses configurations possibles, aient utilisé une variété de conditions différentes concernant le paquet, y compris différents types et différentes tailles de mises en garde sanitaires, compte tenu de la nouveauté de l'intervention et de la variété des prescriptions relatives aux mises en garde sanitaires en place à travers le monde. Comme l'a noté le professeur Fong, une partie des études ont fait varier la taille des mises en garde et le degré d'apparition des marques afin d'évaluer l'efficacité de diverses combinaisons.[1712]

7.619. Néanmoins, nous notons aussi qu'une partie des études composant les publications TPP incluaient bien des paquets neutres avec des mises en garde sanitaires explicites dominantes sur l'avant du paquet.[1713] L'Australie identifie deux études expérimentales spécifiquement conçues pour mesurer si l'emballage neutre a une incidence en présence de grandes mises en garde sanitaires explicites.[1714] Nous notons que les examinateurs indépendants du rapport Chantler ont attribué à ces deux études une note de qualité de 5 sur 6, soit "élevée".[1715] Nous mentionnons en outre une étude néo-zélandaise qui permet d'établir une certaine comparaison entre les paquets neutres et les paquets de marque portant une mise en garde sanitaire explicite dominante. Cette étude a constaté que les paquets portant une mise en garde sanitaire explicite de 75% étaient réputés "très repoussants, indépendamment du niveau de présence des marques".[1716] D'après

[1710] Une variable de confusion est une variable qui n'est pas au centre de l'étude mais qui est fortement corrélée avec une variable qui l'est. Rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), paragraphe 61.iii.

[1711] Voir, par exemple, l'examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), page 45 (critiquant Hoek *et al.* 2011 (pièces AUS-148, JE-24(34)).

[1712] Rapport supplémentaire Fong (pièce AUS-531), paragraphe 155 (faisant référence à Hammond *et al.* 2013a (pièces AUS-177, JE-24(32)); et à Wakefield *et al.* 2012 (pièces AUS-557, JE-24(63)).

[1713] Par exemple, les études suivantes incluaient des paquets sur lesquels la mise en garde sanitaire explicite occupait plus de 50% de l'avant du paquet: Hoek *et al.* 2011 (pièces AUS-148, JE-24(34)); Wakefield *et al.* 2012 (pièces AUS-557, JE-24(63)); Hoek *et al.* 2012 (pièces AUS-163, JE-24(35)); Hammond *et al.* 2013a (pièces AUS-177, JE-24(32)); Parr *et al.* 2011a (pièces AUS-117, JE-24(49)); Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24(50)); et Germain *et al.* 2010 (pièces AUS-154, JE-24(25)).

[1714] Thrasher *et al.* 2011 (pièces AUS-229, JE-24(58)); et Wakefield *et al.* 2012 (pièces AUS-557, JE-24(63)). Wakefield *et al.* 2012 a utilisé une expérience inter-sujets, recueillant les notes attribuées par les fumeurs australiens aux caractéristiques positives des paquets, aux caractéristiques positives des fumeurs, aux caractéristiques négatives des fumeurs, aux caractéristiques positives de goût et aux caractéristiques négatives des effets nocifs, pour chacun des six paquets différents, y compris un paquet neutre portant une mise en garde sanitaire explicite de 70% et un paquet de marque portant une mise en garde sanitaire explicite de 70%. Le paquet de marque portant une mise en garde sanitaire explicite de 70% a obtenu une note plus élevée pour les caractéristiques positives du paquet et les caractéristiques positives des fumeurs, alors que le paquet neutre portant une mise en garde sanitaire explicite de 70% a obtenu une note plus élevée pour les caractéristiques négatives des fumeurs et a été jugé "ennuyeux". Les paquets ont obtenu des notes semblables pour ce qui est des mesures des caractéristiques positives de goût, alors que les paquets de marque ont obtenu des notes plus élevées pour les caractéristiques négatives des effets nocifs. Wakefield *et al.* 2012 (pièces AUS-557, JE-24(63)), page 1164. En outre, une analyse des notes obtenues par ces deux paquets, conjointement à celles qui avaient été obtenues par les quatre autres paquets, chacun d'eux étant soit un paquet de marque, soit un paquet neutre et comportant une mise en garde sanitaire explicite soit sur 30%, soit sur 100% de l'avant du paquet, a montré que l'emballage neutre avait davantage d'effet sur l'attrait de la marque et les intentions d'achat que l'augmentation de la taille des mises en garde sanitaires explicites. Wakefield *et al.* 2012 (pièces AUS-557, JE-24(63)), pages 1163 et 1164. Thrasher *et al.* 2011 a évalué la demande chez les fumeurs aux États-Unis, au moyen d'enchères, pour des cigarettes conditionnées dans divers emballages, y compris dans un paquet de marque portant une mise en garde sanitaire explicite de 50% et dans un paquet plus neutre portant une mise en garde sanitaire explicite de 50%. Les offres concernant les cigarettes emballées dans un paquet plus neutre étaient moins élevées, ce qui indique que l'emballage neutre réduit encore la demande de cigarettes au–delà de l'incidence de la mise en garde sanitaire explicite de 50%. Thrasher *et al.* 2011 (pièces AUS-229, JE-24(58)), page 47.

[1715] Voir le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe D, pages 48, 51 et 54. Thrasher *et al.* 2011 (pièces AUS-229, JE-24(58)) figurait dans l'examen Stirling initial et a obtenu une note de qualité "moyenne". Rapport Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), page 31. Wakefield *et al.* 2012 a été publiée après la date limite pour l'examen Stirling initial et a été incluse dans l'examen Stirling actualisé de 2013 qui n'a pas attribué de note de qualité aux études individuelles. Voir le rapport Stirling actualisé (pièces CUB-216, CUB-60).

[1716] Hoek *et al.* 2011 (pièces AUS-148, JE-24(34)), pages 185 et 186. Dans cette étude, une expérience intra-sujets a été réalisée, avec un classement du meilleur au pire, dans laquelle les jeunes adultes fumeurs

Wakefield *et al.*, les résultats de cette étude ont peut-être été influencés par l'utilisation sur les paquets neutres d'un fond blanc, sans doute plus attrayant, au lieu d'un fond brun, et d'une nouvelle mise en garde sanitaire explicite et d'une vue unique de la face avant du paquet au lieu d'une vue multidimensionnelle faisant apparaître davantage la marque ou le "caractère neutre" dans une plus grande mesure.[1717]

7.620. Nous notons également que l'étude Parr *et al.* 2011b, que l'Australie a commandée pour vérifier l'incidence des paquets de tabac à rouler, de cigarillos/petits cigares et de cigares haut de gamme, neutres et de marque, a évalué chacun de ces paquets avec une mise en garde sanitaire explicite de 75%.[1718] Le Honduras[1719], la République dominicaine[1720] et Cuba[1721] font valoir que cette étude a utilisé un échantillon inadéquat et présentait des vices de méthode. En particulier, ils font valoir que, pour ce qui est des cigares haut de gamme, Parr *et al.* 2011b s'appuie sur les réponses de huit fumeurs de gros cigares roulés à la main, dont aucun n'a été sélectionné de façon aléatoire pour participer à ces recherches. En outre, les auteurs de cette étude ont adopté, pour leurs recherches sur les gros cigares roulés à la main, une approche purement qualitative pour formuler des conclusions sur les effets probables d'une intervention substantielle en matière de santé publique pour l'ensemble d'une population considérée. De plus, ils ont demandé aux personnes interrogées de comparer les images d'étuis à cigare neutres, sans marque, créés numériquement et comportant une mise en garde sanitaire complète, avec les images d'étuis à cigare de marque existants, sans mise en garde sanitaire. De ce fait, selon Cuba, il est impossible de distinguer l'effet potentiel de l'emballage neutre de l'effet potentiel du nom de la marque et de la mise en garde sanitaire. Les enquêteurs ont également présenté aux personnes interrogées une bague de cigare neutre qui n'affichait absolument aucun renseignement et leur ont demandé de la comparer à une bague avec indication de la marque complète.[1722]

7.621. Comme le notent Cuba et la République dominicaine, Parr *et al.* 2011b explique les raisons d'une partie de ces lacunes. Selon Parr *et al.* 2011b, la méthode utilisée pour les fumeurs de cigares haut de gamme était qualitative et le nombre de personnes interrogées était limité à huit en raison des difficultés à recruter un grand nombre de fumeurs de cigares haut de gamme en Australie.[1723] Elle ajoute que le nom de la marque "Mayfair" pour la marque présentée dans un emballage neutre a été choisi pour des cigarillos et des petits cigares puisqu'il n'y a actuellement aucun autre produit du tabac portant un nom semblable sur le marché australien et qu'il n'y aurait pas d'association latente avec le nom de la marque parmi le public visé par les recherches.[1724] Selon Parr *et al.* 2011b, dans le cas des étuis à cigare, il n'était pas possible de créer des images de produits de marque montrant à la fois la mise en garde sanitaire complète et la marque du fait de la spécification voulant que la mise en garde sanitaire occupe 60% de la circonférence et 95% de la longueur de l'étui. Il a été déterminé que des images montrant seulement la mise en garde sanitaire ou une partie de la marque ne seraient pas utiles aux fins de la recherche. En outre, du

indiquaient leur paquet préféré et celui qu'ils préféraient le moins parmi 13 paquets différents sur lesquels apparaissaient des marques à des degrés divers ainsi que des mises en garde sanitaires explicites occupant 30%, 50% ou 75% de la face avant. Cette étude a conclu que, lorsque les mises en gardes sanitaires explicites couvraient au moins 50% de l'avant du paquet, les personnes interrogées préféraient les paquets neutres.

[1717] Wakefield *et al.* 2012 (pièces AUS-557, JE-24(63)), page 1165.

[1718] Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24(50)), page 11. Cette étude a constaté d'une manière générale que les paquets neutres minimisaient les perceptions de l'attrait et de la qualité, même si les mises en garde sanitaires explicites étaient perçues comme ayant un même relief sur les paquets de marque et les paquets neutres de tabac à rouler et de cigarillos/petits cigares. Elle a également constaté que les couleurs sombres étaient considérées comme plus nocives pour la santé que les couleurs claires. Sur les six paquets testés avec une mise en garde sanitaire explicite de 75%, soit cinq paquets de marque et un paquet neutre, le paquet neutre était perçu comme renfermant les deuxièmes cigarettes à rouler les plus nocives et les troisièmes cigarillos/petits cigares les plus nocifs. *Ibid.*, pages 25, 26 et 34. L'étude a également relevé un lien possible entre l'attrait, la qualité et les effets nocifs perçus pour ce qui est des cigarillos/petits cigares. *Ibid.*, page 34. L'incidence de l'emballage neutre sur le relief des mises en garde sanitaires ou l'aptitude d'un paquet à induire en erreur quant aux effets nocifs pour la santé n'a pas été vérifiée dans cette étude en ce qui concerne les cigares.

[1719] Honduras, première communication écrite, paragraphes 530 à 537.

[1720] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 66 et 628 à 639.

[1721] Cuba, première communication écrite, paragraphes 263 à 267.

[1722] Honduras, première communication écrite, paragraphes 530 à 537; République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 628 à 639; et Cuba, première communication écrite, paragraphes 263 à 267.

[1723] Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24(50)), page 6.

[1724] Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24(50)), page 6. Voir aussi *ibid.*, page 19.

fait des contraintes de temps, il n'a pas été possible de créer de répliques physiques d'étuis à cigare.[1725]

7.622. Nous considérons que ces explications fournissent des raisons pertinentes en ce qui concerne les limitations spécifiques de la méthode de Parr *et al.* 2011b, qui a été critiquée par Cuba, la République dominicaine et le Honduras. Compte tenu de cela et bien que nous partagions l'avis des plaignants selon lequel il aurait peut-être été préférable d'utiliser une meilleure méthode, nous notons, comme Cuba et la République dominicaine le signalent, que Parr *et al.* 2011b est la seule étude antérieure à la mise en œuvre présentée dans les présentes procédures qui visait à examiner l'incidence de l'emballage neutre du tabac sur les cigares et les cigarillos.[1726] Nous devrons donc tenir compte de ses conclusions dans notre analyse ultérieure – dans la mesure où elles contiennent des observations pertinentes pour évaluer des aspects spécifiques de la façon dont l'emballage neutre, dans le plan adopté dans Parr *et al.* 2011b, peut contribuer à l'objectif des mesures TPP, en particulier à certains mécanismes présentés par les mesures TPP.

7.623. Les plaignants identifient d'autres cas dans lesquels la validité des études composant les publications TPP a pu, selon eux, être compromise, comme l'utilisation d'échantillons non représentatifs incluant des non-fumeurs ou ne reflétant pas la démographie de la population[1727], le fait de confronter les sujets à un "faux choix" entre des paquets de marque et des paquets neutres, alors que les paquets neutres seront les seuls disponibles après la mise en œuvre[1728], ou l'utilisation de paquets de marques non familiers au lieu de paquets de marques existants/familiers.[1729] Cependant, même à supposer que divers facteurs aient eu une incidence sur la validité de certaines études dans le cadre des publications TPP, comme le font valoir les plaignants, on ne voit pas toujours très bien quelle incidence ils ont pu avoir sur les résultats des études et les conclusions que l'on peut en tirer, soit individuellement soit conjointement. Nous notons à cet égard l'observation du professeur Fong selon laquelle ces facteurs ont, dans la plupart des cas, une incidence indéterminée sur les résultats des études.[1730]

7.624. Les plaignants et leurs experts ont également identifié les réponses socialement désirables et les effets de demande en tant que problèmes communs aux études sur l'emballage neutre du tabac.[1731] Les réponses socialement désirables surviennent lorsque les personnes interrogées dans une étude donnent simplement la réponse qui, selon elles, est conforme aux normes et aux attentes sociales – dans ce cas particulier au sujet du tabagisme et des politiques de lutte antitabac – au lieu d'indiquer les attitudes qui sont vraiment les leurs.[1732] L'expert des plaignants, le professeur Ajzen, explique comment les réponses socialement désirables peuvent influencer les résultats des recherches TPP et que les chercheurs ont la responsabilité de s'assurer que les résultats obtenus ne peuvent pas être expliqués par des effets réactifs.[1733] Les plaignants font valoir que le risque de réponses socialement désirables est particulièrement présent dans des contextes de recherche où il est question de normes et d'attentes sociales fortes, de comportement addictif ou d'ostracisme social, comme la recherche dans le domaine de la lutte antitabac, et que l'on peut le limiter en mesurant la tendance de chaque participant à donner des

[1725] Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24(50)), page 18.

[1726] Nous notons à cet égard que, bien qu'elle mette en cause sa fiabilité méthodologique, Cuba elle-même invoque cette étude, en particulier dans le contexte de son allégation au titre de l'article IX:4 du GATT de 1994.

[1727] Voir, par exemple, le rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), page 14.

[1728] Voir, par exemple, République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 614; et le rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), page 12.

[1729] Voir, par exemple, le rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), paragraphe 61.iii, page 29; et l'examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), page 40.

[1730] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphes 507 à 509 et 553 à 555.

[1731] Honduras, première communication écrite, paragraphe 496; République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 598 à 600; Cuba, première communication écrite, paragraphe 176; rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), page 1; rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), paragraphes 18 i) et 61.ii; examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), section 4.2.5, page 36; rapport Viscusi (pièce UKR-8), paragraphes 32 et 34; rapport Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-3), paragraphes 179 à 188; contre-rapport sur le projet d'examen par les pairs (pièce DOM/HND-12), paragraphes 41 à 51; et rapport supplémentaire Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-4), paragraphe 61.h.

[1732] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 598; examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), tableau 3, page 36; et rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), paragraphe 61.i, page 26.

[1733] Rapport Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-3), paragraphes 179 à 188; et contre-rapport Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-5), paragraphes 150 à 152.

réponses socialement désirables et en incluant les notes ainsi obtenues dans l'analyse. Aucun des articles examinés dans le cadre du projet d'examen par les pairs n'a indiqué avoir tenu compte des éventuelles réponses socialement désirables.[1734] L'Australie répond que plusieurs études TPP étaient fondées sur un plan d'étude "inter-sujets", une méthode approuvée par l'expert des plaignants, le professeur Ajzen, qui permettait de réduire la possibilité de biais[1735], et allègue que le critère appliqué aux recherches TPP par les plaignants est bien plus critique que celui qui est en vigueur dans le domaine du marketing.[1736]

7.625. Les effets de demande se produisent lorsque les plans de recherche présentent des caractéristiques qui peuvent amener les participants à anticiper l'hypothèse des chercheurs et, de ce fait, à vouloir formuler les réponses qu'ils pensent être celles que le chercheur attend d'eux au lieu de répondre en accord avec leurs propres attitudes et préférences.[1737] Les experts des plaignants laissent entendre que, bien que la nécessité d'examiner ces effets réactifs soit largement reconnue dans les sciences du comportement et, plus spécifiquement, dans les publications sur la lutte antitabac, les études concernant l'emballage neutre n'indiquent pas toutes avoir tenu compte de ces effets. Les plaignants expliquent également comment les études auraient pu en tenir compte.[1738] L'Australie répond que les plaignants n'ont fourni aucun élément de preuve montrant qu'il y avait effectivement des biais et, le cas échéant, comment ces biais pouvaient influencer les résultats d'une étude donnée, et que, dans de nombreux cas, ces biais supposés n'auraient pas pu influencer les constatations.[1739] L'expert de l'Australie affirme également que, dans une partie des études dans lesquelles les effets réactifs constituaient un "problème", selon les allégations, un éventuel biais ne pouvait pas expliquer les résultats; et il donne des exemples de cas dans lesquels les critères d'examen utilisés par les experts des plaignants pour les études concernant l'emballage neutre ne sont pas compatibles avec les critères d'examen utilisés dans ce domaine de recherche.[1740] L'expert des plaignants, le professeur Ajzen, ne partage pas l'avis selon lequel les plans d'un certain nombre d'études TPP excluent le risque que leurs résultats soient biaisés par des effets réactifs[1741], et fait valoir que, quelle que soit l'incidence de l'emballage neutre observée, y compris sur l'attrait des produits du tabac, on peut concevoir qu'elle ne soit due à rien d'autre qu'à ces effets réactifs.[1742] Inman *et al.* allègue qu'il peut y avoir des réponses socialement désirables et/ou des effets de demande dans plus de 70% des 56 articles examinés.[1743] Il apparaît que les réponses socialement désirables et/ou les effets de demande sont une préoccupation systématique d'Inman *et al.* en ce qui concerne les études comprenant des groupes de discussion, des entretiens téléphoniques ou utilisant des plans intra-participants. Ces réponses et effets sont également mentionnés comme étant une source de biais possible dans les études faisant intervenir des enfants et celles dans lesquelles les participants déclarent eux-mêmes les résultats.[1744]

7.626. Nous notons que les examinateurs indépendants du rapport Chantler ont reconnu qu'il était possible qu'il y ait des effets de désirabilité sociale dans une partie des études qu'ils avaient examinées.[1745] Les examinateurs indépendants ont évoqué des biais de désirabilité sociale, à titre d'observation ou de "limitation fondamentale", en ce qui concerne 4 des 37 études quantitatives

[1734] Rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), paragraphe 61.i, pages 26 et 27; et examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), page 48.
[1735] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 484.
[1736] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 479.
[1737] Rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), paragraphe 61.ii. Voir aussi le rapport Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-3), paragraphe 180.
[1738] Voir, par exemple, le rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), paragraphe 61.ii; l'examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), page 48; et le rapport Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-3), paragraphes 179 à 188.
[1739] L'Australie explique qu'il en est ainsi parce que le plan des études aurait empêché que ces biais aient des effets sur les résultats, ou que les constatations de l'étude seraient encore plus fortes s'il avait été constaté qu'il y avait des relations entre les mesures malgré la présence supposée de biais. Australie, première communication écrite, annexe E, paragraphe 6; rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphes 480 à 484; et rapport supplémentaire Fong (pièce AUS-531), paragraphes 144 à 151.
[1740] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphes 482 et 483.
[1741] Contre-rapport Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-5), paragraphes 153 à 156.
[1742] Rapport Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-3), paragraphe 182.
[1743] Voir le rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), appendice C.
[1744] Voir le rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), appendice C.
[1745] Voir le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe D, pages 50 à 55.

examinées dans le rapport Chantler.[1746] Il apparaît donc que des effets de demande et des réponses socialement désirables ont peut-être affecté un sous-ensemble des études TPP, y compris une partie de celles qui se rapportaient à l'incidence de l'emballage neutre sur l'attrait des produits du tabac. Nous notons cependant qu'en dépit de ces préoccupations, les experts indépendants ont attribué à chacune de ces études des notes de qualité *globale* qui étaient "élevées", indiquant que la présence de ces risques pouvait avoir une incidence limitée sur la qualité globale d'une étude.[1747] Nous notons en outre que plusieurs autres études, pour lesquelles le projet d'examen par les pairs de la République dominicaine et du Honduras avait identifié un risque de biais liés aux réponses socialement désirables ou aux effets de demande, se sont néanmoins vu attribuer des notes de qualité globale favorables dans le cadre de l'examen Stirling et/ou par les examinateurs indépendants missionnés pour le rapport Chantler.[1748] Nous avons déterminé précédemment que l'examen Stirling, tel que confirmé par les experts indépendants du rapport Chantler, était un examen des publications qui était de grande qualité et qui avait été effectué conformément aux meilleures pratiques.[1749] De fait, même à supposer que certaines études n'aient pas tenu compte de ces effets, nous ne considérons pas que nous disposons d'une base suffisante pour formuler des conclusions sur la mesure dans laquelle ces biais pourraient affecter, ou affectent effectivement, les résultats des études en cause et ainsi mettre en doute la valeur probante des publications TPP.

7.627. Globalement, nous ne considérons pas que nous sommes en mesure de tirer des conclusions définitives sur le bien-fondé méthodologique de chaque étude individuelle mentionnée en ce qui concerne l'incidence de l'emballage neutre sur les divers résultats mesurés par ces études, y compris les trois "résultats proximaux" indiqués dans la Loi TPP. De fait, nous ne considérons pas non plus qu'il serait approprié que nous le fassions. En fait, comme il est indiqué plus haut, ce qu'il nous faut examiner, c'est la mesure dans laquelle le corpus d'éléments de

[1746] Voir le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe D, pages 50 à 55. Des "biais de désirabilité sociale" ont été notés dans les entrées correspondant à Doxey et Hammond 2011 (pièces AUS-156, JE-24(17)); Hammond *et al.* 2009 (pièces AUS-166, JE-24(29)); et Hammond *et al.* 2011 (pièces AUS-157, JE-24(30)). La désirabilité sociale a également été évoquée en ce qui concerne une étude qui a été présentée à la 17ème réunion annuelle de la Société de recherche sur la nicotine et le tabac à Toronto en 2011, et qui était à l'examen dans une revue soumise à un examen par les pairs au moment de l'examen Stirling. Le titre et les auteurs de l'article Hammond *et al.* 2013b (pièces AUS-158, JE-24(31)) publié ultérieurement sont semblables à ceux qui apparaissent dans la description de cette étude, et une note figurant en bas de la page 151 indique que cet article a été présenté à la conférence annuelle de la Société de recherche sur la nicotine et le tabac à Toronto en 2011.

[1747] Rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe D, pages 48 et 50. Chacune des études identifiées plus haut, dans la note de bas de page 1746, comme présentant un risque de réponses socialement désirables a obtenu une note de 5, sur un total possible de 6, concernant la qualité/l'évaluation globales, ce qui est considéré comme une note "élevée".

[1748] Comparer le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe D, page 54 (attribuant à Borland *et al.* 2013 (pièces AUS-136, JE-24(9)), une note de 5 sur 6 concernant la qualité/l'évaluation des biais globales), avec le rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), page 606 (notant que le plan intra-sujets adopté par Borland *et al.* 2013 (pièces AUS-136, JE-24(9)), faisait peser des menaces sur la validité, sous la forme de réponses socialement désirables et d'effets de demande, qu'il était "impossible … d'éviter"); le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe D, page 54 (attribuant à Ford *et al.* 2013a (pièces AUS-137, JE-24(20)), une note de 5,5 sur 6 concernant la qualité/l'évaluation des biais globales), avec le rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), page 620 (notant que, dans Ford *et al.* 2013a (pièces AUS-137, JE-24(20)), les biais de désirabilité sociale pouvaient être "systématiques et importants"); le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe D, page 50 (attribuant à Germain *et al.* 2010 (pièces AUS-154, JE-24(25)), une note de 5,5 sur 6 concernant la qualité/l'évaluation des biais globales), et l'examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), page 28 (attribuant à Germain *et al.* 2010 (pièces AUS-154, JE-24(25)), une note de qualité "moyenne"), avec le rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), page 293 (notant la possibilité de biais dans Germain *et al.* 2010 (pièces AUS-154, JE-24(25)), du fait de l'enrôlement des sujets par leurs parents et de possibles effets de demande liés à la nouveauté des paquets); le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe D, page 50 (attribuant à Donovan 1993 (pièces AUS-151, JE-24(16)), une note de 5 sur 6 concernant la qualité/l'évaluation des biais globales), et l'examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), page 26 (attribuant à Donovan 1993 (pièces AUS-151, JE-24(16)), une note de qualité "moyenne"), avec le rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), pages 176, 177 et 180 (notant la possibilité de biais de désirabilité sociale dans Donovan 1993 (pièces AUS-151, JE-24(16))); et le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe E, page 61 (attribuant à Hoek *et al.* 2012 (pièces AUS-163, JE-24(35)), une note de 6 sur 6 concernant la qualité/l'évaluation des biais globales), et l'examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), page 34 (attribuant à Hoek *et al.* 2012 (pièces AUS-163, JE-24(35)), une note de qualité "moyenne"), avec le rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), pages 463 et 464 (indiquant qu'on ne sait pas si les effets de demande ont influencé les résultats de Hoek *et al.* 2012 (pièces AUS-163, JE-24(35))).

[1749] Voir plus haut les paragraphes 7.595 et 7.596, et plus loin le paragraphe 7.633.

preuve qui nous a été présenté constitue, dans son ensemble, une base raisonnable à l'appui de l'affirmation pour laquelle il est invoqué. Dans cette évaluation, dans la mesure où des éléments de preuve scientifiques sont invoqués, nous devons déterminer s'ils ont la "rigueur scientifique et méthodologique nécessaire pour être considéré[s] comme des données scientifiques dignes de foi" selon les critères de la communauté scientifique compétente[1750], ainsi que la mesure dans laquelle leur utilisation à l'appui des mesures en cause est "objecti[ve] et cohérent[e]".[1751]

7.628. En l'espèce, il ressort clairement de ce qui précède qu'un corpus de recherches a été élaboré, principalement avant la mise en œuvre des mesures TPP en Australie, dans le but d'évaluer l'incidence potentielle de l'emballage neutre du tabac sur un éventail de résultats, y compris l'attrait des produits du tabac, le caractère remarquable des mises en garde sanitaires explicites et l'aptitude de l'emballage du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs des produits du tabac. Ces recherches ont donné lieu à un certain nombre de publications, émanant d'un éventail d'institutions reconnues qui mènent des recherches sur la lutte antitabac, à l'appui de l'affirmation selon laquelle l'emballage neutre des produits du tabac entraînerait, entre autres choses, une réduction de l'attrait des produits du tabac pour les consommateurs, un accroissement de l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et une diminution de l'aptitude du paquet à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs des produits du tabac.

7.629. Il est reconnu, y compris par l'Australie, que certaines études individuelles figurant dans ce corpus de publications peuvent présenter des limitations, du point de vue de leur plan ou de leur mise en œuvre. Toutefois, des éléments de preuve crédibles nous ont également été présentés, qui donnent à penser qu'il existe certaines contraintes éthiques et pratiques dans la conduite de ce type de recherche. Comme il est indiqué plus haut, cela inclut des contraintes concernant la capacité d'effectuer ce type d'expériences, qui seraient en principe considérées comme optimales, comme les expériences randomisées à grande échelle[1752], ainsi que des limitations de la capacité de planifier et de mettre en œuvre une étude en tenant compte effectivement et simultanément de tous les biais et facteurs de confusion potentiels.[1753]

7.630. Comme il est indiqué plus haut, outre les trois examens commandés par le Honduras, la République dominicaine et l'Ukraine (invoqués par Cuba) aux fins des présentes procédures, au moins deux examens complets des publications TPP ont été effectués précédemment, y compris un examen systématique et une évaluation indépendante de cet examen, et les études correspondantes (l'examen Stirling et le rapport Chantler). Tous deux ont été effectués dans le contexte des consultations du gouvernement britannique sur la possibilité d'introduire l'emballage neutre du tabac.[1754]

7.631. Bien que les divers examens qui nous ont été présentés ne couvrent pas tous exactement le même groupe d'études, ils se recoupent de manière importante: sur les 55 articles inclus dans le projet d'examen par les pairs, 42 étaient inclus dans l'examen Stirling et ses mises à jour successives[1755], et 37 dans le rapport Chantler. Sur les 58 articles visés par l'examen systématique Kleijnen, 45 figuraient dans l'examen Stirling et ses mises à jour successives[1756] et 40 ont été évalués dans le rapport Chantler.[1757] Sur les 48 études examinées par le professeur Klick,

[1750] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la suspension*, paragraphes 591 et 592. Voir aussi *ibid.*, paragraphes 598 et 601.

[1751] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la suspension*, paragraphes 592, 598 et 601.

[1752] Voir plus haut les paragraphes 7.557 à 7.562, à propos des limitations pratiques et éthiques relatives pour la conduite d'expériences randomisées à grande échelle concernant l'emballage neutre du tabac.

[1753] Voir plus haut les paragraphes 7.615 à 7.622.

[1754] Voir l'examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59); et le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61).

[1755] L'un des articles figurant dans le projet d'examen par les pairs a été exclu de l'examen Stirling du fait de la mauvaise qualité des données, et six ont été publiés après la date limite fixée à la mi-septembre 2013 pour l'examen Stirling actualisé de 2013. Deux des études figurant dans le projet d'examen par les pairs mais pas dans l'examen Stirling étaient des études non publiées réalisées par GfK Bluemoon à la demande l'Australie.

[1756] Quatre articles évalués dans l'examen systématique Kleijnen ont été publiés après la date limite fixée à la mi-septembre 2013 pour l'examen Stirling actualisé de 2013.

[1757] Voir le tableau A: Articles inclus dans les principaux examens des publications TPP et/ou dans la pièce JE-24, à la fin des présents rapports.

39 figuraient dans l'examen Stirling et ses mises à jour successives[1758] et 34 ont été évaluées dans le rapport Chantler.

7.632. Nous notons également que les examens effectués dans le contexte des consultations du Royaume-Uni, comme ceux qui ont été présentés par les plaignants dans les présentes procédures, examinent des études individuelles et les conclusions qui peuvent être tirées des publications TPP dans leur ensemble. Ces examens sont axés sur des questions d'intérêt essentielles pour notre évaluation, y compris l'incidence attendue de l'emballage neutre du tabac sur les trois résultats "autres que comportementaux" ou "proximaux" qui correspondent aux trois mécanismes indiqués dans les mesures TPP de l'Australie et, dans une moindre mesure, sur les comportements liés au tabagisme.

7.633. Nous notons en outre que les principales critiques méthodologiques que les plaignants ont exprimées dans les présentes procédures en relation avec les études TPP répètent les critiques adressées à Sir Cyril Chantler lors de sa consultation pour le gouvernement britannique, et ne l'ont pas amené à conclure que la base d'éléments de preuve en faveur de l'emballage neutre était viciée.[1759] Comme il est indiqué plus haut, l'élaboration du rapport Chantler incluait un processus dans lequel des examinateurs indépendants évaluaient la qualité des études individuelles qui composaient les publications TPP et la qualité de l'examen systématique de ces publications dans l'examen Stirling. Ces examinateurs indépendants ont conclu à la fois que la méthodologie suivie dans l'examen Stirling était compatible avec les meilleures pratiques et que les travaux de recherche correspondants étaient "solides".[1760]

7.634. Comme il est indiqué plus haut, les examinateurs des études quantitatives ont conclu que l'examen Stirling avait été effectué selon un critère rigoureux et que les conclusions tirées "refl[étaient] raisonnablement les éléments de preuve disponibles".[1761] Spécifiquement, ils ont constaté que "les trois principaux résultats, l'attrait, les mises en garde sanitaires et les effets nocifs étaient généralement traités dans les articles de grande qualité".[1762] S'agissant des études qualitatives, l'examinateur observe que ces travaux "sont nécessairement réalisés à petite échelle et donnent un aperçu des facteurs qui seront probablement pertinents pour le comportement/influenceront le comportement, au lieu de présenter les types de précision prévisionnelle associés aux essais randomisés ou aux analyses quantitatives à grande échelle".[1763] L'examinatrice note que, à défaut d'études ou d'expériences sur la population, "il s'agit probablement des meilleurs éléments de preuve disponibles".[1764] Elle formule la conclusion suivante:

> J'en conclus qu'à défaut d'analyses expérimentales ou quantitatives robustes du comportement effectif, les travaux de recherche qualitatifs examinés contiennent un résumé raisonnable des attitudes et des perceptions concernant l'emballage neutre. Ces travaux laissent entendre que:
>
> • l'emballage neutre est perçu comme étant moins attractif/attrayant par les fumeurs et les non-fumeurs;
>
> • la couleur et la marque sont importantes: l'or et l'argent évoquent la marque et la qualité, et les tons brunâtre/gris sont susceptibles d'être jugés plus négativement par les fumeurs et les non-fumeurs;
>
> • l'emballage neutre augmente la visibilité/l'importance des mises en garde sanitaires (toutefois, certains éléments de preuve indiquent que les fumeurs et les non-fumeurs – y compris les jeunes – sont conscients des messages sur les risques pour la santé et

[1758] Quatre articles évalués par le professeur Klick ont été publiés après la date limite fixée à la mi-septembre 2013 pour l'examen Stirling actualisé de 2013.

[1759] Voir le rapport Chantler, paragraphes 4.5 à 4.10. En particulier, le rapport Chantler a examiné les critiques selon lesquelles l'examen Stirling et ses mises à jour associées étaient: a) une synthèse narrative plutôt qu'une méta-analyse montrant l'importance globale de l'effet; b) entachés de biais; et c) montraient des résultats cohérents en raison de vices récurrents dans les études correspondantes.

[1760] Rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), paragraphe 4.18.

[1761] Rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe D, page 49.

[1762] Rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe D, page 49.

[1763] Rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe E, page 56.

[1764] Rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe E, page 56.

sur les effets nocifs et/ou sont en mesure de se les rappeler mais cela peut ne pas modifier leur comportement);

• l'emballage neutre peut avoir des effets différents sur la population de fumeurs et la population de non-fumeurs (il peut ne pas dissuader les fumeurs actuels ou affaiblir la notoriété de la marque/fidélité à la marque et il est peu probable qu'il augmente les temps de transaction).[1765]

7.635. Nous accordons un poids particulier à ces évaluations, qui constituent un jugement indépendant émanant de sources compétentes[1766], de la qualité des études sous-tendant l'examen Stirling et de la qualité de l'examen Stirling lui-même, ce qui donne crédit aux conclusions générales qui y sont formulées au sujet de l'incidence prévue de l'emballage neutre du tabac.

7.636. Les conclusions de cet examen indépendant et de l'examen Stirling, qui portaient à eux 2 sur 49 des 69 articles (soit 71%) considérés dans les 3 examens des publications TPP effectués par les plaignants (l'examen systématique Kleijnen, le projet d'examen par les pairs et l'examen réalisé par le professeur Klick), tranchent avec celles qui ont été formulées par les experts des plaignants. Le projet d'examen par les pairs conclut que "les publications sur l'emballage neutre dans leur ensemble ne fournissent pas d'éléments de preuve convaincants de l'effet de l'emballage neutre sur la demande de produits du tabac".[1767] Cependant, il ne nous apparaît pas clairement, compte tenu de la nature et des contraintes des recherches en cause, que l'on aurait raisonnablement pu s'attendre à de tels "éléments de preuve convaincants", en particulier avant l'adoption des mesures concernant l'emballage neutre du tabac en Australie ou ailleurs. En fait, comme il est indiqué plus haut, on peut s'attendre à ce que des vices et des limitations affectent inévitablement des études individuelles, ce qui n'invalide pas nécessairement l'intégralité de leurs conclusions.

7.637. Les deux examens externes approfondis des publications qui sont décrits plus haut, à savoir l'examen Stirling et le rapport Chantler, reconnaissent l'existence de telles limitations dans les publications TPP, y compris un certain nombre du type identifié dans les examens d'expert commandés par les plaignants aux fins des présentes procédures. Néanmoins, ils ont constaté que ces études, dans l'ensemble, constituaient les "meilleurs éléments de preuve disponibles" et étayaient les conclusions qu'elles permettaient de formuler. Nous notons également que les plaignants n'ont pas présenté de corpus d'autres études qui suggéreraient des conclusions contraires aux conclusions convergentes formulées dans le corpus principal des publications concernant l'emballage neutre.

7.638. En conclusion, peut-être bien que les publications TPP "gagneraient à être plus robustes du point de vue du plan d'étude", comme cela a été dit dans l'examen systématique Kleijnen.[1768] Cependant, compte tenu des éléments exposés plus haut, nous ne sommes pas convaincus que les plaignants aient démontré que ce corpus d'éléments de preuve, pris dans son ensemble, manquait de rigueur méthodologique au point qu'il faudrait considérer qu'il ne constitue pas des données scientifiques dignes de foi selon les critères de la communauté scientifique compétente, ou que leur invocation par l'Australie dans les présentes procédures n'est pas "objecti[ve] et cohérent[e]". Au contraire, un examen systématique a attribué des notes de pertinence et de qualité, allant de moyennes à élevées, à la majeure partie des études concernant l'emballage neutre du tabac qui étaient alors disponibles[1769], ces évaluations étant, quant à elles, étayées par un examen indépendant qui a confirmé que les études étaient "fiables d'un point de vue méthodologique".[1770]

Conclusion générale relative à la critique des publications TPP

7.639. Globalement, compte tenu de ce qui précède, nous constatons que les études qui composent les publications TPP proviennent de sources respectées et compétentes et sont axées

[1765] Rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe E, page 57.
[1766] Nous notons que cet examen indépendant a été réalisé par des universitaires missionnés par Sir Cyril Chantler, qui n'étaient pas eux-mêmes auteurs des études examinées. Par contre, certains coauteurs de l'examen Stirling ont corédigé certaines des publications examinées.
[1767] Rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), paragraphe 68.
[1768] Examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), section 4.2.3, page 33.
[1769] Voir l'examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), pages 25 à 37.
[1770] Voir le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), paragraphe 4.24 et page 5, paragraphe 13.

sur des résultats pertinents, et qu'il n'a pas été démontré que globalement leurs vices de méthode étaient tels qu'il faudrait les rejeter dans leur intégralité en tant que base d'éléments de preuve à l'appui de l'emballage neutre du tabac non fiable.

7.640. Par conséquent, à ce stade de notre analyse, nous notons l'existence d'un corpus d'études publiées qui sont antérieures à la mise en œuvre des mesures TPP par l'Australie et étayent l'hypothèse d'un effet de l'emballage neutre du tabac sur l'attrait des produits du tabac, sur l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et sur l'aptitude des paquets à induire le consommateur en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme, ainsi que sur certains comportements liés au tabagisme.

7.641. Bien qu'une partie de ces études puissent présenter des vices de méthode ou des limitations, dont certains sont identifiés dans les publications pertinentes elles-mêmes, ils n'ont pas été considérés comme rédhibitoires dans un examen indépendant. Nous notons à cet égard les observations de l'Australie selon lesquelles les "études individuelles dans un corpus de publications quel qu'il soit varieront du point de vue de leur robustesse méthodologique"[1771] et selon lesquelles une évaluation de la qualité des publications TPP devrait tenir compte de la totalité des éléments de preuve pertinents, au lieu de chercher à désagréger l'analyse pour juger de l'aptitude de chaque étude individuelle, prise isolément, à servir de fondement aux conclusions générales.[1772] Ce point de vue est repris dans l'examen Stirling et le rapport Chantler qui, dans leur évaluation, prennent en considération non seulement la qualité des études individuelles à l'examen, mais aussi leurs forces combinées et leur compatibilité avec des publications plus générales et, dans le cas du rapport Chantler, d'autres éléments de preuve pertinents, y compris des documents de l'industrie du tabac.[1773] Sir Cyril Chantler observe donc ce qui suit:

> À mon avis, les critiques à l'égard de la recherche primaire ont tendance à suivre une "approche binaire", rejetant les études dans leur intégralité au motif que chacune d'elles présente certaines limitations (généralement identifiées). L'approche correcte devrait consister à tenir compte de la limitation au moment d'examiner les résultats décrits. Les études de recherche sans limitations sont peu nombreuses et il ne fait aucun doute que bon nombre d'entre elles pourraient être améliorées grâce à l'éclairage de domaines connexes, mais cela ne semble pas constituer une base raisonnable pour rejeter totalement les constatations de plus de 50 études soumises à un examen par les pairs et publiées. Une étude scientifique quelle qu'elle soit peut seulement, de façon réaliste, tenter de minimiser le risque de biais pour contribuer à donner une estimation globale d'un effet probable.[1774]

7.642. Nous notons également que, dans la mesure où elles sont antérieures à la mise en œuvre des mesures TPP, les publications TPP pourraient éclairer la conception des mesures de l'Australie mais ne sont pas censées refléter les résultats réels des mesures TPP adoptées par celle-ci. Les publications TPP, en particulier le corpus d'études réalisées avant l'introduction des mesures TPP et invoquées dans les présentes procédures, ne sont qu'une composante des éléments de preuve pertinents qui nous ont été présentés. En reconnaissant que ces études sont principalement axées sur les résultats "proximaux" et qu'il est difficile de mesurer des résultats dans un cas où le plan d'étude idéal est irréalisable ou contraire à l'éthique, l'Australie reconnaît cette limitation

[1771] Examen Hammond (pièce AUS-555), page 33. Voir aussi le rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphes 489, 493 et 527 (notant que la pratique courante veut que les limitations d'une étude soient reconnues, et que des conclusions appropriées soient ensuite formulées à partir des données, en dépit de ces limitations).

[1772] Voir le rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphes 492 et 493. Voir aussi l'examen Hammond (pièce AUS-555), pages 33 et 34 ("[L]a causalité est rarement, pour ne pas dire jamais, établie sur la base d'une seule étude; en fait, elle devrait être évaluée sur la base d'un corpus de recherches.").

[1773] Voir l'examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), pages 20 à 23 (décrivant la méthode utilisée pour synthétiser les résultats des études); le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), paragraphe 1.20 (notant la prise en compte d'un volume considérable d'éléments de preuve communiqués par les parties intéressées, quel que soit leur point de vue sur la question, auquel se sont ajoutés d'autres publications sur la lutte antitabac, des documents internes à l'industrie du tabac et des publications et des pratiques plus générales dans le domaine du marketing). Voir aussi Stead *et al.* 2013 (pièce CUB-58), page 8 (décrivant les recherches disponibles "globales" et comparant les constatations avec des publications plus générales dans le domaine du marketing et d'autres publications sur les mises en garde sanitaires).

[1774] Rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), paragraphe 4.14.

inhérente, qui est également admise dans un examen initial des publications sur l'emballage neutre du tabac.[1775]

7.643. Nonobstant les éventuelles limitations de ces études, considérées individuellement ou dans leur ensemble, nous disposons également, outre les publications TPP, de travaux de recherche et d'éléments de preuve qualitatifs et quantitatifs provenant de sources et de domaines différents, ainsi que d'éléments de preuve empiriques concernant l'application des mesures TPP en Australie depuis leur entrée en vigueur. Cela inclut les études empiriques qui examinent l'incidence réelle des mesures TPP sur les trois résultats proximaux qui font l'objet de la plupart des études composant les publications TPP qui ont été examinées. Comme les plaignants l'ont observé, notre évaluation devrait accorder un poids approprié aux éléments de preuve concernant l'application effective des mesures.

7.644. Nous examinons ces éléments de preuve additionnels plus loin dans la section 7.2.5.3.6 et, par conséquent, nous ne cherchons pas à tirer, à ce stade de notre analyse, une quelconque conclusion générale concernant l'incidence des mesures TPP sur les résultats pertinents examinés dans les publications TPP. La force probante à accorder à ce corpus d'études dans notre évaluation dépendra non seulement de sa qualité intrinsèque, mais aussi de sa pertinence pour notre évaluation globale, compte tenu aussi des autres éléments de preuve pertinents qui nous ont été présentés.

7.645. Gardant ces déterminations initiales à l'esprit, nous poursuivons par l'examen des autres éléments de preuve qui nous ont été présentés en relation avec chacun des trois "mécanismes" identifiés dans la Loi TPP, ainsi que des résultats comportementaux associés censés en découler, qui sous-tendent la conception, la structure et le fonctionnement des mesures.

7.2.5.3.5.2 Premier mécanisme: incidence de l'emballage neutre sur l'attrait des produits du tabac pour les consommateurs

7.646. Comme il a été indiqué précédemment, le premier "mécanisme" par lequel les mesures TPP sont censées contribuer à la réalisation de leur objectif est une "rédu[ction] de l'attrait des produits du tabac pour les consommateurs" qui, à son tour, est censée influencer les comportements tabagiques et contribuer ainsi à la réduction de la consommation de produits du tabac et de l'exposition à ces produits.

7.647. Une hypothèse pertinente sous-tendant ce mécanisme est que, lorsque les éléments d'identification de la marque figurent sur des produits du tabac ou leur emballage pour la vente au détail, ils peuvent agir comme de la publicité et, de fait, influencer les perceptions des produits du tabac. Les plaignants ne souscrivent pas à l'idée selon laquelle l'emballage du tabac fonctionne comme de la publicité. Comme il est indiqué plus haut, d'une manière générale, ils considèrent également que la base d'éléments de preuve à l'appui de l'affirmation selon laquelle la *suppression* des éléments d'identification de la marque du fait de la présentation uniforme des produits du tabac et de leur emballage pour la vente au détail (l'emballage neutre) entraînera une réduction de l'attrait des produits du tabac, est erronée. Ils font en outre valoir que l'emballage neutre ne réduira pas le facteur "branché" des paquets de marque pour les adolescents[1776] et que, au mieux, il rendra les attitudes à l'égard de certaines marques moins positives et les attitudes à l'égard

[1775] Voir Goldberg *et al.* 1995 (pièces AUS-221, JE-24(26)), page 4:

> Dans le domaine de la recherche en marketing et de la recherche sociale, aucune étude ou méthode de recherche unique ne peut à elle seule apporter des réponses définitives à la question posée par la recherche, "Que feront les consommateurs si?" En l'absence d'expériences sur le terrain, ces recherches permettent seulement de déterminer ce que les consommateurs "disent" qu'ils feront si. En l'occurrence, le Groupe spécial a dû demander aux consommateurs ce qu'ils feraient si toutes les cigarettes étaient disponibles uniquement dans les mêmes paquets neutres et génériques. Il n'a pas pu mesurer ce que les consommateurs feront – il a seulement pu mesurer ce qu'ils disent qu'ils feraient, ce qu'ils disent qu'ils pensent de l'emballage neutre, ce qu'ils disent qu'ils pensent de l'idée, etc. Par conséquent, il est bien plus difficile de répondre à ce type de questions de recherche qu'aux types de questions de recherche que les spécialistes des sciences physiques se posent généralement. Ces derniers peuvent mesurer ce que les molécules font si, mais ne peuvent pas leur demander ce qu'elles feraient si.

[1776] Voir le rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6), paragraphes 54 à 57.

d'autres marques plus positives.[1777] Les plaignants font en outre valoir que, même à supposer que l'attrait des produits du tabac puisse être réduit au moyen de l'emballage neutre, cela n'aurait pas l'effet "subséquent" attendu sur les comportements tabagiques car l'emballage n'est pas un mobile des comportements pertinents, à savoir l'initiation au tabagisme, le sevrage ou la récidive.

7.648. À la lumière des arguments des parties, et compte tenu des éléments constituant la "chaîne de causalité" dans le cadre du premier mécanisme des mesures, nous examinons plus loin les aspects suivants de la conception, de la structure et du fonctionnement prévu des mesures TPP, en relation avec ce "premier mécanisme"[1778]:

- le rôle de l'emballage du tabac en tant que forme de publicité ou de promotion, ainsi que son incidence sur la perception des produits du tabac;
- l'incidence de l'emballage *neutre* du tabac sur l'attrait des produits du tabac; et
- l'incidence de la réduction de l'attrait d'un produit sur les *comportements* tabagiques.

L'emballage du tabac en tant que forme de promotion ou de publicité

7.649. L'Australie considère que l'emballage du tabac est une forme de marketing et de publicité qui peut générer des perceptions positives d'un produit et que la publicité fait augmenter la demande de produits du tabac.[1779] Elle explique que, "[e]n éliminant l'une des dernières frontières restantes de la publicité pour le tabac sur son territoire, avec l'introduction de l'emballage neutre du tabac, l'Australie a cherché à rompre le lien entre l'emballage des produits du tabac et le comportement tabagique, en particulier pour les jeunes".[1780] Les plaignants considèrent toutefois que l'emballage n'est pas une forme de publicité et n'a pas d'incidence sur la décision de fumer.[1781] Par conséquent, selon eux, l'adoption de l'emballage neutre n'élimine pas "l'une des dernières frontières restantes de la publicité".[1782]

Principaux arguments des parties

7.650. Les plaignants font valoir qu'il y a des différences importantes entre les supports publicitaires généraux, très polyvalents du point de vue de leur capacité de créer une image de marque, et le rôle limité que l'emballage de marque peut jouer dans la communication de messages.[1783] Ils font également valoir que l'emballage doit remplir des fonctions d'identification, qui limitent nécessairement sa capacité de transmettre des messages de la manière dont le font les supports publicitaires de masse.[1784] L'Australie répond que l'emballage peut créer un effet "panneau-réclame" qui peut agir comme une "publicité de cinq secondes pour le produit"[1785] et qu'il obtient des résultats qui sont semblables à ceux de nombreuses formes de publicité dans les mass media "et dans divers cas, des résultats qui sont meilleurs".[1786]

[1777] Voir le rapport Mitchell (pièce UKR-154), paragraphes 27 à 32.

[1778] Comme il est indiqué plus haut, nous examinerons les éléments de preuve se rapportant à l'application des mesures TPP dans la partie suivante de notre analyse. Voir plus loin la section 7.2.5.3.6.

[1779] Voir Australie, première communication écrite, paragraphes 66 à 91 et 615 à 626.

[1780] Australie, première communication écrite, paragraphe 61 (note de bas de page omise). Voir aussi Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 227 à 236.

[1781] Voir, par exemple, Honduras, première communication écrite, paragraphes 443 à 454; réponse à la question n° 102 du Groupe spécial; République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 671 à 686; réponse à la question n° 102 du Groupe spécial; Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphes 27 et 28; réponse à la question n° 102 du Groupe spécial; Cuba, première communication écrite, paragraphes 197 à 200; et réponse à la question n° 102 du Groupe spécial.

[1782] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 671.

[1783] Voir, par exemple, le rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-5), paragraphes 12 et 66 à 75. Nous notons que Cuba et l'Indonésie ont toutes deux invoqué ce rapport présenté par la République dominicaine et le Honduras. Voir Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphes 27 et 28; réponse à la question n° 102 du Groupe spécial; et Cuba, première communication écrite, paragraphe 198.

[1784] Voir, par exemple, République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 676; le rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-5), paragraphe 69; et le contre-rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-14), paragraphe 25.

[1785] Australie, première communication écrite, paragraphe 72 (faisant référence au rapport Tavassoli (pièce AUS-10), paragraphe 16).

[1786] Rapport Tavassoli (pièceAUS-10), paragraphe 17.

7.651. Les parties discutent en outre de la mesure dans laquelle l'emballage de marque agit comme une forme de publicité dans le secteur du tabac. Les plaignants font valoir que l'emballage de marque recouvrant les produits du tabac est utilisé à des fins de "différenciation de la marque", c'est-à-dire pour influencer la décision du consommateur d'acheter une marque plutôt qu'une autre, et non pour influencer sa décision d'acheter un produit du tabac.[1787] L'Australie répond que l'emballage du tabac "peut communiquer des renseignements descriptifs et convaincants à un consommateur d'une manière qui influence les perceptions que celui-ci a de la marque, de l'image de la marque et du produit lui-même".[1788] Elle donne des exemples tirés de documents de l'industrie du tabac pour démontrer que les fabricants de tabac eux-mêmes ont reconnu que l'emballage était utilisé comme un support publicitaire.[1789]

7.652. Les parties sont également en désaccord sur la mesure dans laquelle l'emballage du tabac peut agir en tant que publicité dans le contexte australien, c'est-à-dire en présence, entre autres choses, d'une interdiction totale de la publicité, de restrictions au point de vente et de mises en garde sanitaires explicites occupant 75% de la surface du paquet.[1790] Les plaignants considèrent que les différences entre l'emballage et la publicité dans les mass media sont particulièrement prononcées sur le "marché discret" de l'Australie, dans lequel les mises en garde sanitaires explicites "dominantes et hideuses" laissent très peu d'espace pour l'identification de la marque; il n'est pas possible que l'emballage rappelle ou évoque une publicité en tant que partie d'un ensemble de communications; et il est pratiquement impossible qu'un consommateur potentiel voie l'espace limité disponible pour l'identification de la marque.[1791] Pour les plaignants, dans ce contexte, "il n'est pas crédible de laisser entendre que l'usage de marques non fallacieuses sur le reste du paquet ferait de ce dernier un outil publicitaire" ou créerait des associations positives.[1792]

7.653. L'Australie considère au contraire que le fait que son marché est un marché discret "renforce probablement" l'aptitude du paquet à être utilisé comme un vecteur publicitaire effectif.[1793] Cet argument est développé dans deux rapports d'expert qu'elle a présentés, élaborés par les professeurs Dubé et Tavassoli respectivement. Le professeur Dubé fait valoir que les impressions de marketing créées par l'emballage le sont principalement au point de consommation (et non au point de vente), et que les éléments de preuve laissent entendre que les supports publicitaires peuvent être des substituts, par opposition à des compléments.[1794] Le professeur Tavassoli considère que l'emballage fournit "un moyen publicitaire puissant" dans le contexte de l'Australie et mentionne divers concepts (l'"attention sélective"[1795], l'"invariance de la taille") à l'appui de l'idée selon laquelle le pouvoir de l'image de marque sur l'emballage ne dépend pas de la taille de ce dernier.[1796] Le professeur Steenkamp répond que les exemples donnés par le professeur Tavassoli ne permettent pas d'expliquer l'incidence de l'emballage neutre du tabac sur la demande globale, étant donné qu'ils se rapportent à des conditions du marché qui ne reflètent pas le contexte de l'Australie.[1797] Il répond également à la critique du professeur Dubé, soutenant

[1787] Voir, par exemple, Honduras, première communication écrite, paragraphe 453; deuxième communication écrite, paragraphe 304; République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 666; réponse à la question n° 102 du Groupe spécial, paragraphe 77; et le rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-5), paragraphes 9, 50 à 60, 110 et 114.

[1788] Rapport Dubé (pièce AUS-11), paragraphe 13.

[1789] Voir Australie, première communication écrite, paragraphes 67 à 69; déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 18; et déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 32.

[1790] Voir les sections 2.2.1, 2.2.2 et 2.2.4.

[1791] Cet argument est développé en particulier dans un rapport d'expert du professeur Steenkamp, invoqué par les plaignants. Voir le rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-5), paragraphes 13, 76 à 86 et 116.

[1792] Voir, par exemple, Honduras, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 204 du Groupe spécial, paragraphe 196.

[1793] Australie, déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 39.

[1794] Rapport Dubé (pièce AUS-11), paragraphe 13; et contre-rapport Dubé (pièce AUS-583), paragraphe 1.

[1795] Dans la description faite par le professeur Tavassoli, "l'attention sélective désigne le processus visant à déterminer, parmi des éléments d'information antagoniques, les éléments à traiter". Rapport Tavassoli (pièce AUS-10), paragraphe 110. Voir aussi *ibid.*, paragraphes 111 à 113.

[1796] Contre-rapport Tavassoli (pièce AUS-588), point 2 et paragraphes 21 à 24. Voir aussi le rapport Tavassoli (pièce AUS-10), paragraphes 25 à 34.

[1797] Contre-rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-14), paragraphes 46 et 47.

que les études sur lesquelles celui-ci s'appuie pour conclure que l'emballage du tabac serait plus efficace sur un "marché discret" n'étayent pas cette conclusion.[1798]

Analyse du Groupe spécial

7.654. Nous ne jugeons pas nécessaire, aux fins de nos constatations, de déterminer dans l'abstrait en quoi consisterait une qualification classique correcte de l'emballage des produits en relation avec la publicité et, en particulier, si "l'emballage" peut être considéré, d'une manière générale, comme un support publicitaire et promotionnel[1799], ou s'il est plus approprié de le qualifier comme concernant principalement le produit lui-même.[1800]

7.655. En fait, d'après ce que nous croyons comprendre, la question pertinente dont nous sommes saisis est plus spécifiquement de savoir dans quelle mesure les aspects des produits du tabac et de leur emballage réglementés par les mesures TPP peuvent être considérés comme jouant un rôle dans la promotion et la communication concernant les produits du tabac[1801], et dans quelle mesure ils peuvent, à ce titre, avoir une incidence sur les perceptions relatives à ces produits. Cette question est pertinente pour notre détermination, dans la mesure où une compréhension de l'incidence potentielle de l'emballage du tabac sur les perceptions relatives aux produits du tabac éclairera notre évaluation de la capacité des mesures TPP, qui réglementent les produits du tabac au moyen de la *suppression* d'un certain nombre d'éléments d'identification de la marque sur les produits du tabac et leur emballage pour la vente au détail, d'affecter l'attrait de ces produits pour le consommateur (et, de ce fait, d'affecter les comportements tabagiques et de contribuer à la réduction de la consommation de produits du tabac et de l'exposition à ces produits en Australie, y compris en réduisant leur attrait pour le consommateur).

7.656. Nous notons tout d'abord qu'une partie des plaignants, tout en soulignant la distinction entre communication et publicité[1802], reconnaissent que l'emballage du tabac "peut être un vecteur de communication des perceptions de la qualité aux consommateurs".[1803] En effet, les plaignants expliquent généralement la nature de l'incidence économique des mesures TPP pour les fabricants par référence à leur influence sur la possibilité de communiquer avec le consommateur au sujet des qualités des produits du tabac par le biais de l'identification de la marque sur l'emballage du tabac.[1804]

7.657. Nous notons également que divers documents mentionnés ou présentés en tant qu'éléments de preuve dans les présentes procédures identifient un certain nombre de documents de l'industrie laissant entendre que l'industrie du tabac a en fait utilisé l'emballage comme un instrument de communication, y compris sur le marché australien:

[1798] Deuxième contre-rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-19), paragraphes 26 à 31.

[1799] Voir le rapport Dubé (pièce AUS-11), paragraphes 25 et 26; et le rapport Tavassoli (pièce AUS-10), paragraphe 16.

[1800] Voir République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 673; le rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-5), paragraphes 26 à 33 et figure 3.1; et le contre-rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-14), paragraphes 50 à 54.

[1801] Le Honduras considère donc que le débat concernant la question de savoir si l'emballage est une publicité n'est pas pertinent, en ce sens qu'il admet que l'emballage peut être un vecteur de communication mais que toutes les formes de communication ne sont pas de la publicité. Voir Honduras, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 204 du Groupe spécial, paragraphe 195. Voir aussi Cuba, observations sur les réponses de l'Australie aux questions n° 166, 170 et 204 du Groupe spécial, paragraphe 30 (indiquant que la question de savoir si l'utilisation d'une marque ou d'une IG est une "publicité" est "dénuée de pertinence").

[1802] Voir Honduras, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 204 du Groupe spécial, paragraphe 195.

[1803] Honduras, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 204 du Groupe spécial, paragraphe 195. Voir aussi Cuba, observations sur les réponses de l'Australie aux questions n° 166, 170 et 204 du Groupe spécial, paragraphe 34 (faisant référence à la "fonction de communication de la marque" et indiquant que la question de savoir si le fait d'imprimer le nom d'une marque sur un emballage est décrit comme une "promotion" plutôt que comme une "communication" est sans importance); Indonésie, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 204 du Groupe spécial, paragraphes 60 et 63 (indiquant, en tant que "fait", que l'"identification de la marque est un élément de marketing et constitue une voie de communication avec les consommateurs" et que l'"utilis[ation] des marques pour distinguer un produit suppose, de façon inhérente, une communication avec les consommateurs"); et le rapport Neven (pièce UKR-3) (RSC), section 4.1, page 19 ("D'un point de vue économique, l'identification des marques est une forme de communication").

[1804] Voir plus loin, par exemple, le paragraphe 7.1092.

> "En l'absence de tout autre message commercial, notre emballage … est le seul élément qui permet de communiquer l'essence de notre marque."[1805]
>
> "Le moyen le plus efficace que l'Australie a trouvé pour faire en sorte que le consommateur remarque quelque chose de nouveau après les restrictions a été une configuration nouvelle/différente de l'emballage."[1806]
>
> "Sur certains marchés clés, les restrictions législatives font que le seul moyen disponible pour communiquer avec les consommateurs est l'emballage. Le paquet devient le principal vecteur de communication pour transmettre l'essence de la marque. Pour faire en sorte que la marque reste pertinente pour les consommateurs cibles, en particulier sur ces marchés de plus en plus discrets, il est essentiel que le paquet lui-même génère le niveau optimal de modernité, d'image juvénile et d'attrait auprès des consommateurs fumeurs adultes de moins de 30 ans".[1807]

7.658. Nous notons en outre que l'utilisation de l'emballage de marque comme un outil publicitaire pour les produits du tabac a été reconnue tout récemment, en 2014, dans une déclaration de British American Tobacco Australia (BATA) dans le contexte des consultations sur l'emballage neutre menées pour le gouvernement britannique: "les fabricants de tabac, comme d'autres fabricants de biens de consommation, considèrent les emballages de marque comme l'un des outils publicitaires".[1808]

7.659. Ces éléments établissent suffisamment, selon nous, que "l'emballage de marque" peut agir comme un outil publicitaire ou promotionnel en ce qui concerne les produits du tabac, et que les fabricants de tabac, opérant sur le marché australien, ont en fait considéré que c'était le cas, même en présence de restrictions importantes concernant la publicité au cours de la période précédant l'entrée en vigueur des mesures TPP.[1809] De fait, comme l'observe l'Australie et comme le laissent entendre les déclarations émanant de l'industrie susmentionnées, l'emballage d'un produit devient le seul moyen disponible pour communiquer la marque, dans un contexte où aucune autre forme de promotion ou de publicité n'est autorisée en ce qui concerne les produits du tabac.[1810] Cette interprétation est étayée par un rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis, intitulé *Preventing Tobacco Use Among Youth and Young Adults* (prévenir le tabagisme chez les jeunes et les jeunes adultes), dans lequel l'emballage du tabac est considéré

[1805] Australie, première communication écrite, paragraphe 67 (citant Philip Morris, Marketing Issues Corporate Affairs Conference (pièce AUS-82), page 21). Voir aussi le rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 70.

[1806] RJ Reynolds, Australia Trip: Topline Learning (pièce AUS-83), page 2 (cité dans Australie, première communication écrite, paragraphe 68). Voir aussi le rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 70.

[1807] Australie, première communication écrite, paragraphe 8 (citant British American Tobacco, note d'information de 2001 sur l'emballage (pièce AUS-23)). Voir aussi le rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 71.

[1808] Australie, première communication écrite, paragraphe 69 (faisant référence au rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), paragraphe 3.22). Voir aussi JTI c. Commonwealth, transcription (pièce AUS-84), ligne 735 (dans laquelle un conseil pour Japan Tobacco International désigne le paquet de cigarettes par l'expression "notre panneau-réclame"); et le rapport Chaloupka sur la santé publique (pièce AUS-9), paragraphe 58.

[1809] En ce qui concerne les cigares et les cigarillos, nous notons que Parr *et al.* 2011b n'examine pas directement si l'emballage du tabac est une forme de publicité. Néanmoins, cette étude montre bien que l'importance de l'emballage pour établir des associations et des perceptions relatives aux marques de tabac s'applique également aux fumeurs de cigarillos et de petits cigares ainsi qu'aux fumeurs moins réguliers de cigares haut de gamme, et dans une moindre mesure aussi aux fumeurs plus réguliers de cigares haut de gamme: "Comme dans le cas d'autres recherches sur l'emballage neutre, les associations existantes ont eu une incidence importante sur la façon dont les fumeurs considéraient des marques particulières. En particulier, l'emballage est un moyen important de façonner ces perceptions. C'est le cas pour les fumeurs de tabac à rouler, de cigarillos/petits cigares et pour les fumeurs moins réguliers de cigares haut de gamme. Pour les fumeurs plus réguliers de cigares, plutôt que l'emballage, ce sont les bagues des cigares qui agissent comme marqueurs de légitimité et donnent les renseignements essentiels concernant le produit, en particulier pour les cigares vendus à l'unité." Parr *et al.* 2011b (pièce AUS-219, JE-24(50)), page 11. En outre, Parr *et al.* 2011b note l'attachement et la fidélité aux marques des fumeurs de cigarillos qui ont fait l'objet de l'étude: "Dans cette étude, les fumeurs de cigarillos avaient tendance à établir des relations avec les marques, ne fumant que des produits de marque spécifiques. Cela étant dit, bien qu'ayant le sentiment que certaines marques étaient de meilleure qualité que d'autres, les fumeurs de cigarillos n'avaient généralement pas une grande connaissance préalable des marques autres que leur marque préférée." *Ibid.*, page 8.

[1810] Voir plus haut la section 2.2.2.

comme une "forme très visible de marketing" qui prend d'autant plus d'importance en tant qu'outil promotionnel que l'exposition aux autres formes de marketing est de plus en plus restreinte.[1811]

7.660. Les éléments de preuve exposés plus haut, en particulier les déclarations émanant de l'industrie du tabac elle-même, indiquent en outre qu'un but essentiel de l'utilisation de l'identification des marques sur les produits du tabac, y compris l'emballage, est de générer certaines perceptions positives en relation avec le produit dans l'esprit du consommateur, y compris, comme il est indiqué plus haut, de "générer le niveau optimal de modernité, d'image juvénile et d'attrait" parmi les consommateurs.[1812] Nous ne sommes pas convaincus que l'identification des marques sur l'emballage du tabac ne puisse pas remplir cette fonction promotionnelle ou générer certaines perceptions positives en présence des mises en garde sanitaires explicites agrandies de l'Australie, qui occupent 75% de la face avant du paquet.[1813]

7.661. Nous notons en outre que l'utilisation de caractéristiques de conception d'emballage particulières, telles que les couleurs, les éléments graphiques, la texture, la typographie, les mécanismes d'ouverture et les formes, a été décrite comme faisant partie intégrante de l'utilisation de l'identification des marques sur les paquets de tabac pour la vente au détail, en vue de créer une image de marque et des associations positives avec les produits. L'Australie signale un "important" corpus de recherches indiquant que les attributs de la marque, tels que la couleur des paquets, élément clé de l'identité de la marque[1814], affectent les perceptions des produits du tabac et de ceux qui les fument.[1815] Il a été montré que des paquets accrocheurs, aux couleurs vives, avec des motifs voyants et appuyés, évoquaient l'image positive la plus forte[1816], tandis que les attributs tels que la forme du paquet pouvaient renforcer l'identification de la marque et rendre les produits plus attrayants.[1817]

7.662. Par exemple, il est fait référence à des recherches menées par l'industrie du tabac qui ont démontré que les paquets qui s'écartaient de la boîte traditionnelle à rabat, en utilisant des éléments tels que des ouvertures à coulisse ou des angles arrondis ou biseautés, étaient associés à des attributs d'image positive.[1818] Des "paquets parfumés" petits et étroits destinés aux femmes étaient décrits comme "glamours", tandis qu'un paquet assorti d'un logo estampé était associé à des niveaux élevés de sophistication.[1819] La texture ou le vernis ont servi à créer une sensation tactile, permettant d'établir une connexion sur le plan émotionnel ou affectif avec le produit ou l'emballage, tandis qu'il a été constaté que l'utilisation d'un parfum permettait de se connecter aux émotions, à l'humeur et à la mémoire.[1820] Les caractéristiques de l'emballage ont donc été utilisées

[1811] Rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-76), page 535.

[1812] British American Tobacco, note d'information sur l'emballage de 2001 (pièce AUS-23).

[1813] Rapport Tavassoli (pièce AUS-10), paragraphe 25 (notant que les publicitaires investissent dans des placements de produit qui, lorsqu'ils sont vus par les téléspectateurs, peuvent avoir une taille aussi réduite que l'identification d'une marque couvrant 25% d'un paquet de cigarettes) et paragraphe 62 (expliquant que les images de marque sur les emballages auront le même pouvoir de donner du sens aux produits lorsqu'elles couvrent 25% du paquet car la reconnaissance de l'identité de l'image ou son incidence sur un traitement conceptuel ultérieur ne sont pas affectées par la taille de l'image); rapport Dubé (pièce AUS-11), paragraphe 56 (comparant l'identification d'une marque sur un paquet de cigarettes avec l'affichage de publicités sur des appareils mobiles connectés à Internet); rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 79 (indiquant que "même un petit logo de marque figurant en bas d'un paquet est susceptible de produire un aspect positif, renforcé des milliers de fois lorsqu'un fumeur prend une cigarette dans un paquet de marque"); et contre-rapport Tavassoli (pièce AUS-588), paragraphes 26 (indiquant que des signaux subtils sur l'emballage peuvent avoir un effet puissant).

[1814] Voir Cancer Research UK (pièce AUS-90), paragraphe 1.5.1.

[1815] Rapport Biglan (pièce AUS-13), paragraphe 145. Voir aussi le rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphes 74 à 77; le rapport Dubé (pièce AUS-11), paragraphes 28, 29 et 32; la monographie n° 19 concernant la lutte antitabac de l'Institut national du cancer (pièce AUS-77), pages 107 et 108; J.R. Difranza, D.M. Clark and R.W. Pollay, "Cigarette Package Design: Opportunities for Disease Prevention", *Tobacco Induced Diseases*, Vol. 1, No. 2 (2003), (Difranza *et al.* 2003) (pièce AUS-92), page 101; Hoek *et al.* 2012 (pièces AUS-163, JE-24(35)), pages 632, 634 et 636.

[1816] Cancer Research UK (pièce AUS-90), paragraphe 4.3.6. Voir aussi le rapport Biglan (pièce AUS-13), paragraphe 98.

[1817] Examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), page 13.

[1818] K. Kotnowski and D. Hammond, "The Impact of Cigarette Pack Shape, Size and Opening: Evidence from Tobacco Company Documents", *Addiction,* Vol. 108, No. 9 (2013), page 1658, (Kotnowski et Hammond 2013) (pièce AUS-139), page 1660. Voir aussi le rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 168.

[1819] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphes 169, 170 et 226.

[1820] Examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), pages 14 et 15.

pour appuyer "l'aspect identitaire de la marque", grâce auquel les marques s'adressent au "moi idéal" ou au "type" de personne que le consommateur aspire à être.[1821]

7.663. Compte tenu de ce qui précède, nous ne sommes pas convaincus que les plaignants aient démontré que l'emballage du tabac ne pouvait pas agir comme un outil publicitaire ou promotionnel, y compris sur le "marché discret" de l'Australie.[1822] Au contraire, les éléments de preuve qui nous ont été présentés donnent à penser que l'emballage du tabac peut être utilisé comme un instrument promotionnel. Plus spécifiquement, les éléments de preuve qui nous ont été présentés donnent aussi à penser qu'il peut être, et qu'il a été en fait, utilisé pour générer des perceptions positives des produits du tabac.

7.664. Ces constatations sont compatibles avec certaines déclarations figurant dans les Directives concernant l'article 13 de la FCTC.[1823] Le paragraphe 3 c) des "Buts et objectifs" de ces directives dispose qu'"une interdiction globale de la publicité en faveur du tabac, de la promotion et du parrainage s'applique à toute forme de communication, recommandation ou action commerciale et à toute forme de contribution à tout événement, activité ou personne ayant pour but, effet ou effet vraisemblable de promouvoir directement ou indirectement un produit du tabac ou l'usage du tabac".[1824] Le paragraphe 8 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC dispose en outre que "[l]'expression "publicité en faveur du tabac et promotion du tabac" ne se limite pas aux seules "communications" et englobe aussi des "recommandations" et des "actions" qui devraient s'étendre au moins aux catégories ci-après: […] d) *conditionnement promotionnel et caractéristiques de conception des produits*".[1825] Le paragraphe 9 énonce également les façons dont "[l]es effets promotionnels, directs et indirects, peuvent être produits", y compris par l'utilisation de:

> mots, de motifs, d'images, de sons et de couleurs, y compris de noms de marques, de marques de fabrique, de logos, de noms de fabricants ou d'importateurs de produits du tabac et de couleurs ou d'assemblages de couleurs associés à des produits, des fabricants ou des importateurs de tabac, ou par l'utilisation d'une ou de plusieurs parties de mots, de motifs, d'images et de couleurs. La promotion de sociétés liées à l'industrie du tabac (ce qu'on appelle parfois la promotion des entreprises) est une forme de promotion de produits du tabac ou de l'usage du tabac, même en l'absence de noms de marques ou de marques de fabrique. La publicité, y compris la présentation, et le parrainage d'accessoires, tels que le papier à cigarettes, les filtres à cigarettes et le matériel pour rouler des cigarettes, de même que les imitations de produits du tabac, peuvent aussi avoir pour effet de promouvoir les produits du tabac ou l'usage du tabac.[1826]

7.665. Le paragraphe 15 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC dispose en outre ce qui suit:

> Le conditionnement est un élément important de la publicité et de la promotion. Les caractéristiques des paquets et des produits contenant du tabac sont utilisées de différentes manières pour attirer les consommateurs, promouvoir les produits et cultiver et promouvoir l'identité de marque, par exemple par l'utilisation de logos, de

[1821] Voir le rapport Tavassoli (pièce AUS-10), paragraphes 74 à 85.

[1822] Voir plus haut la note de bas de page 1337.

[1823] Comme il est indiqué plus haut, ces directives ont été adoptées par la Conférence des parties à la FCTC en 2008 pour aider chaque partie à mettre en œuvre, "dans le respect de sa constitution ou de ses principes constitutionnels", une "interdiction globale de toute publicité en faveur du tabac et de toute promotion et de tout parrainage du tabac" conformément à l'article 13 de la Convention. FCTC (pièces AUS-44, JE-19), article 13, paragraphe 2; et Directives concernant l'article 13 de la FCTC, FCTC/COP/3(12) (pièce JE-21). Les Directives concernant l'article 13 de la FCTC "donnent … des orientations" aux parties à la FCTC pour l'introduction et l'application d'une telle interdiction (ou, dans le cas des parties qui sont dans l'incapacité d'instaurer une interdiction globale, pour l'imposition de restrictions aussi complètes que possible à "la publicité en faveur du tabac, à la promotion et au parrainage"). Directives concernant l'article 13 de la FCTC, FCTC/COP/3(12) (pièce JE-21), annexe, paragraphe 1. Voir aussi plus haut les sections 2.4 et 7.2.5.2.

[1824] Directives concernant l'article 13 de la FCTC, FCTC/COP/3(12) (pièce JE-21), annexe, paragraphe 3 c). (italique omis)

[1825] Directives concernant l'article 13 de la FCTC, FCTC/COP/3(12) (pièce JE-21), annexe, paragraphe 8. (pas d'italique dans l'original)

[1826] Directives concernant l'article 13 de la FCTC, FCTC/COP/3(12) (pièce JE-21), annexe, paragraphe 9.

couleurs, de caractères, d'images, de formes et de matériels sur ou dans les paquets ou sur des cigarettes individuelles ou d'autres produits du tabac.[1827]

7.666. Gardant ces déterminations à l'esprit, nous examinons les arguments des plaignants selon lesquels l'emballage *neutre* du tabac n'est pas capable de *réduire* l'attrait des produits du tabac pour le consommateur et, de ce fait, d'influencer les comportements tabagiques. Comme il est indiqué plus haut, à ce stade de notre analyse, nous mettons principalement l'accent sur les éléments de preuve concernant la conception, la structure et le fonctionnement des mesures. Nous examinerons en outre, plus loin dans la section 7.2.5.3.6, les éléments de preuve pertinents concernant l'application effective des mesures TPP.

Incidence de l'emballage neutre sur l'attrait des produits du tabac

7.667. Comme il est indiqué plus haut[1828], les plaignants considèrent d'une manière générale que les publications à l'appui de l'emballage neutre du tabac (les publications TPP) n'ont pas la rigueur méthodologique nécessaire pour étayer l'affirmation selon laquelle les mesures TPP sont capables de contribuer à leur objectif. Ce corpus de publications inclut un certain nombre d'études se rapportant, en totalité ou en partie, à l'incidence prévue de l'emballage neutre du tabac sur l'attrait des produits du tabac. L'Australie ne souscrit pas à ces critiques et répond que de nombreuses études ont établi que l'emballage neutre du tabac réduisait l'attrait des produits du tabac en réduisant l'attractivité de l'emballage du tabac, les perceptions du goût positives et les perceptions positives des fumeurs.[1829]

7.668. L'Australie mentionne un certain nombre d'études empiriques[1830], ainsi que l'examen Stirling examiné plus haut[1831], qui, selon ce qu'elle fait valoir, ont constaté que les produits du tabac présentés dans un emballage neutre étaient considérés comme nettement moins attrayants globalement que les produits équivalents présentés dans un emballage non neutre, en particulier par les jeunes fumeurs.[1832] Elle fait en outre valoir que cela était également le cas pour des segments particuliers de la population, tels que les femmes, qui sont la cible d'éléments de conception féminins sur les paquets, associés à des niveaux d'attractivité plus élevés[1833], et de sujets tirés d'un éventail de cultures et de groupes cibles.[1834]

7.669. L'Australie note que l'examen Stirling a résumé ces éléments de preuve et constaté ce qui suit:

[1827] Directives concernant l'article 13 de la FCTC, FCTC/COP/3(12) (pièce JE-21), annexe, paragraphe 15. Le paragraphe 15 figure sous le point intitulé "Conditionnement et caractéristiques des produits", dans lequel, comme il est indiqué plus haut, le "conditionnement neutre" est décrit au paragraphe 16 et recommandé dans la "*Recommandation*" qui suit le paragraphe 17. *Ibid.*, annexe, paragraphes 15 à 17. Voir aussi plus haut la section 2.4 et les paragraphes 7.314 et 7.315.

[1828] Voir plus haut le point "Principaux arguments des parties" dans la section 7.2.5.3.5.1.

[1829] Voir Australie, première communication écrite, paragraphes 148 à 162.

[1830] Australie, première communication écrite, paragraphe 151, note de bas de page 250 (faisant référence à Centre for Health Promotion 1993 (pièces AUS-142, JE-24(14)); Bondy *et al.* 1994 (pièces AUS-143, JE-24(7)); d'Avernas *et al.* 1997 (pièce AUS-144)); Rootman et Flay 1995 (pièces AUS-145, JE-24(53)); lettre d'information de l'ISR (pièce AUS-146)); Beede *et al.* 1990 (pièces AUS-147, JE-24(4)); Hoek *et al.* 2011 (pièces AUS-148, JE-24(34)); Wakefield *et al.* 2008 (pièces AUS-149, JE-24(62)); Bansal-Travers *et al.* 2011 (pièces AUS-150, JE-24(3)); Donovan 1993 (pièces AUS-151, JE-24(16)); et Gallopel-Morvan *et al.* 2012 (pièces AUS-152, JE-24(23))).

[1831] Australie, première communication écrite, paragraphe 151, note de bas de page 249 (faisant référence à l'examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), et celui qui a précédé l'examen Stirling, C. Moodie, G. Hastings and A. Ford, "A Brief Review of Plain Packaging Research for Tobacco Products", Institute for Social Marketing, University of Stirling (2009), (Moodie *et al.* 2009) (pièce AUS-141)).

[1832] Australie, première communication écrite, paragraphe 151, note de bas de page 251 (faisant référence à Beede *et al.* 1990 (pièces AUS-147, JE-24(4)); Beede et Lawson 1991 (pièces AUS-153, JE-24(5)); Centre for Health Promotion 1993 (pièces AUS-142, JE-24(14)); Rootman et Flay 1995 (pièce AUS-145, JE-24(53)); Wakefield *et al.* 2008 (pièces AUS-149, JE-24(62)); Germain *et al.* 2010 (pièces AUS-154, JE-24(25)); et Moodie *et al.* 2011 (pièces AUS-155, JE-24(44))).

[1833] Australie, première communication écrite, paragraphe 151, note de bas de page 252 (faisant référence à Doxey et Hammond (pièces AUS-156, JE-24(17)); et Hammond *et al.* 2011 (pièces AUS-157, JE-24(30)).

[1834] Australie, première communication écrite, paragraphe 151, note de bas de page 253 (faisant référence à Hammond *et al.* 2013b (pièces AUS-158, JE-24(31)); Al-hamdani 2011 (pièce AUS-159); White *et al.* 2012 (pièces AUS-160, JE-24(66)); Van Hal *et al.* 2012 (pièces AUS-161, JE-24(60)); Gallopel-Morvan *et al.* 2013 (pièces AUS-162, JE-24(24)); et Hoek *et al.* 2012 (pièces AUS-163, JE-24(35))).

> En termes d'attractivité, les paquets neutres sont perçus comme étant moins attrayants, séduisants, à la mode, branchés, stylés, attirants, jolis et colorés que les paquets de marque, et étaient moins susceptibles d'être choisis dans les tests de préférence. Les études qui ont testé un éventail de paquets de marque et de paquets sans marque ont constaté que les paquets étaient considérés de plus en plus négativement à mesure que les éléments liés à la marque étaient retirés.[1835]

7.670. L'Australie conclut que, en modifiant les perceptions positives des consommateurs concernant les produits du tabac, l'emballage neutre du tabac entraîne une réduction de l'attrait global des produits du tabac et des perceptions positives de ceux qui les fument.[1836]

7.671. L'expert de l'Australie, le professeur Fong, identifie en outre un certain nombre d'études qui, selon lui, ont montré que les produits du tabac dans un emballage neutre étaient nettement moins attrayants pour les jeunes fumeurs comme pour les fumeurs de tous âges.[1837] Il se réfère aux constatations du rapport initial de l'examen Stirling, notant ce qui suit:

> 1) Les 19 études identifiées ont toutes constaté que les paquets neutres étaient considérés comme moins attrayants que les paquets de marque équivalents, ou étaient considérés comme repoussant, à la fois par les adultes et par les enfants; 2) les 12 études qui ont comparé les perceptions des paquets neutres et des paquets de marque ont régulièrement constaté que les paquets neutres étaient perçus comme étant de moins bonne qualité à la fois par les adultes et par les enfants; 3) les paquets neutres ont régulièrement obtenu des notes moins élevées que les paquets de marque pour ce qui était des attributs de personnalité projetés (comme "populaire" et "branché"); 4) des expériences visuelles mesurant la force de l'association entre des marques spécifiques et des types de personnes ont constaté que l'association entre des marques particulières et l'identité des fumeurs était plus faible ou disparaissait avec l'emballage neutre; 5) des études ont constaté que les paquets neutres étaient perçus comme renfermant un tabac plus susceptible d'être fumé par des gens "plus âgés" ou "moins à la mode" que les paquets de marque; et 6) les 10 études qualitatives ayant examiné l'attrait ont constaté que: a) les couleurs de l'emballage neutre étaient connotées négativement; b) les paquets neutres faisaient baisser l'attachement aux marques; c) les paquets neutres projetaient une identité de fumeur qui était moins désirable; et d) les paquets neutres montraient la réalité du tabagisme.[1838]

7.672. Comme il est indiqué plus haut, les plaignants contestent la pertinence et la qualité des publications TPP en général. Le champ de l'examen et de la critique des publications TPP par les plaignants recoupe celui des études invoquées par l'Australie en relation avec l'incidence des mesures TPP sur l'attrait des produits du tabac, sans être identique. Globalement, sur 51 articles identifiés par l'examen Stirling et/ou le rapport Chantler comme se rapportant à l'incidence de l'emballage neutre du tabac sur l'attrait des produits du tabac[1839], 40 ont également été évalués

---

[1835] Australie, première communication écrite, paragraphe 151 (citant l'examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), page 84).

[1836] Australie, première communication écrite, paragraphe 152.

[1837] Voir le rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 200 (faisant référence, en ce qui concerne les jeunes fumeurs à: Beede *et al.* 1990 (pièces AUS-147, JE-24(4)); Bondy *et al.* 1994 (pièces AUS-143, JE-24(7)); Centre for Health Promotion 1993 (pièces AUS-142, JE-24(14)); d'Avernas *et al.* 1997 (pièce AUS-144); Northrup et Pollard 1995 (pièce JE-24(48)); et Rootman and Flay 1995 (pièces AUS-145, JE-24(53)); et en ce qui concerne les fumeurs de tous âges: Bansal-Travers *et al.* 2011 (pièces AUS-150, JE-24(3)); Donovan 1993 (pièces AUS-151, JE-24(19)); Hoek *et al.* 2011 (pièces AUS-148, JE-24(34)); et Wakefield *et al.* 2008 (pièces AUS-149, JE-24(62)), et indiquant que deux de ces études notent une plus grande incidence chez les jeunes).

[1838] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 201.

[1839] Voir le tableau A: Articles inclus dans les principaux examens des publications TPP et/ou dans la pièce JE-24, à la fin des présents rapports. Nous notons que les examinateurs du rapport Chantler chargés des études quantitatives n'ont pas identifié l'"attrait" comme un "résultat principal" en ce qui concerne un des articles, Pechey *et al.* 2013 (pièce JE-24(51)). Nous avons inclus cet article dans notre décompte étant donné que l'examinateur du rapport Chantler chargé des études qualitatives, qui a aussi examiné cet article, a bien considéré l'"attrait" comme l'un des "principaux résultats visés". Voir le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe D, page 55; et annexe E, page 61. Nous notons également que l'examen Stirling n'a pas identifié l'"attrait" comme un "type de constatation" dans Carter S M, Chapman S (2006). Smokers and non-smokers talk about regulatory options in tobacco control. Tobacco Control, 15 5): 398 à 404.

par au moins 1 des 3 examens des publications TPP effectués par les plaignants, à savoir le projet d'examen par les pairs[1840], l'examen systématique Kleijnen[1841] et/ou l'examen effectué par le professeur Klick.[1842] L'Australie a invoqué 29 de ces articles[1843] au cours des présentes procédures, comme l'illustre leur présentation en tant que pièces au Groupe spécial.[1844] Elle mentionne également un certain nombre d'autres articles n'ayant pas été examinés dans l'un des trois examens des publications TPP présentés par les plaignants.[1845]

7.673. Comme il est indiqué plus haut, nous ne considérons pas que nous sommes en mesure de tirer des conclusions définitives sur le bien-fondé méthodologique de chaque étude individuelle mentionnée en ce qui concerne l'incidence de l'emballage neutre sur divers résultats pertinents mesurés, ou qu'il serait approprié que nous le fassions. En fait, comme il est indiqué plus haut, ce qu'il nous faut examiner, c'est la mesure dans laquelle le corpus d'éléments de preuve qui nous a été présenté constitue, dans son ensemble, une base raisonnable à l'appui de l'affirmation pour laquelle il est invoqué, par exemple en l'occurrence, l'affirmation selon laquelle l'emballage neutre des produits du tabac entraînera une réduction de l'attrait de ces produits pour les consommateurs. Dans cette évaluation, comme il est indiqué plus haut, nous jugeons pertinent de prendre en compte la mesure dans laquelle les éléments de preuve scientifiques invoqués ont la "rigueur scientifique et méthodologique nécessaire pour être considéré[s] comme des données scientifiques dignes de foi"[1846] et la mesure dans laquelle l'utilisation qui en est faite est objecti[ve] et cohérent[e]".[1847]

7.674. En ce qui concerne la rigueur méthodologique des études pertinentes et nonobstant les limitations éventuelles des études individuelles, nous considérons que l'examen Stirling et le rapport Chantler présentent des éléments de preuve crédibles pour ce qui est de l'adéquation de la rigueur méthodologique des études qui ont évalué l'incidence potentielle de l'emballage neutre du tabac sur l'attrait des produits du tabac, considérées dans leur ensemble. Sur les 40 articles qui ont mesuré l'incidence de l'emballage neutre du tabac sur l'attrait des produits du tabac (tel que déterminé par l'examen Stirling et/ou le rapport Chantler) et qui ont été examinés dans 1 ou plusieurs des 3 examens des publications TPP effectués par les plaignants[1848], 29 ont reçu une note de qualité au cours de l'examen Stirling initial. Parmi eux, 2 ont obtenu une note "élevée" et 27 une "note moyenne".[1849] Sur les articles qui ont obtenu une note moyenne, quatre ont également obtenu une note "médiocre" pour l'aspect lié aux groupes de discussion des études correspondantes.

7.675. Trente-cinq des 40 articles examinés dans 1 ou plusieurs des 3 examens des publications TPP effectués par les plaignants et identifiés par l'examen Stirling et/ou le rapport Chantler comme

---

http://dx.doi.org/10.1136/tc.2006.015818 (non versé au dossier). Nous avons également inclus cet article dans notre décompte étant donné que l'examinateur du rapport Chantler chargé des études qualitatives a bien considéré l'"attrait" comme l'un des "principaux résultats visés". Voir l'examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), page 32; et le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe E, page 60.

[1840] Rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3).

[1841] Examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4).

[1842] Rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6).

[1843] En outre, nous notons que l'Australie a présenté et invoqué un article tiré d'une lettre d'information rédigé par les mêmes chercheurs, et dont il apparaît qu'il examine la même étude, qu'un autre article examiné dans les trois examens des publications TPP effectués par les plaignants, et évalué par l'examen Stirling et le rapport Chantler comme mesurant l'incidence de l'emballage neutre du tabac sur l'attrait des produits du tabac. Comparer Northrup et Pollard 1995 (pièce JE-24(48)), avec la lettre d'information de l'ISR (pièce AUS-146).

[1844] Voir le tableau A: Articles inclus dans les principaux examens des publications TPP et/ou dans la pièce JE-24, à la fin des présents rapports.

[1845] Voir, par exemple, Gallopel-Morvan *et al.* 2010 (pièce AUS-176); Wakefield 2011 (pièce AUS-172); Hammond et Parkinson 2009 (pièce AUS-165); Wakefield *et al.* 2002 (pièces AUS-93, CUB-28); Gendall *et al.* 2012 (pièce AUS-178); Kotnowski 2013 (pièce AUS-138); Kotnowski et Hammond 2013 (pièce AUS-139); d'Avernas *et al.* 1997 (pièce AUS-144); Difranza *et al.* 2003 (pièce AUS-92); et Hammond 2010 (pièces AUS-91, JE-24(28)).

[1846] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la suspension*, paragraphes 591 et 592. Voir aussi *ibid.*, paragraphes 598 et 601.

[1847] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la suspension*, paragraphes 592, 598 et 601.

[1848] Voir l'examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4); le rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3); et le rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6).

[1849] Voir le tableau A: Articles inclus dans les principaux examens des publications TPP et/ou dans la pièce JE-24, à la fin des présents rapports; et l'examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), tableau 4.1.

se rapportant au "mécanisme" de l'attrait ont également été notés par les examinateurs indépendants du rapport Chantler. Vingt-trois d'entre eux ont obtenu une note comprise entre 5 et 6 (indiquant une qualité élevée/un risque de biais faible), tandis que les 12 autres ont obtenu une note comprise entre 3 et 4,5 (indiquant une qualité modérée/des biais modérés).[1850] Donc, l'examinateur indépendant des études qualitatives a conclu que "[g]lobalement, les articles [étaient] satisfaisants", tandis que les examinateurs des études quantitatives ont indiqué que les conclusions tirées dans l'examen Stirling (incluant, entre autres, la conclusion selon laquelle l'emballage neutre du tabac réduirait l'attrait des produits du tabac) "refl[étaient] raisonnablement les éléments de preuve disponibles".[1851]

7.676. Nous notons également que les caractéristiques de l'emballage normalisées par les mesures TPP correspondent à celles qui ont été évaluées dans les publications TPP et d'autres études invoquées par l'Australie. Cela veut dire que les études ont examiné la présence, la taille, l'emplacement et l'utilisation, entre autres choses, de la couleur, des polices, des motifs, des formes, des mécanismes d'ouverture, des descriptifs et des mises en garde sur l'emballage du tabac.[1852] Dans la mesure où la description que la Loi TPP fait du premier "mécanisme" sous-tendant la conception et la structure des mesures TPP correspond étroitement au résultat mesuré dans les études pertinentes, nous constatons également que l'invocation par l'Australie de cette base d'éléments de preuve à l'appui de la capacité des mesures TPP de contribuer à leur objectif en réduisant l'attrait des produits du tabac est "cohérente et objective".[1853]

7.677. Nous notons également que l'Australie a cherché à faire en sorte que les caractéristiques qui restaient autorisées sur les paquets de tabac dans le cadre des mesures TPP, en particulier la couleur du fond et la police sur les 25% du paquet non couverts par la mise en garde sanitaire explicite, soient choisies en vue de minimiser l'attractivité de ces paquets.[1854] De même, à cet égard, dans la mesure où elle a adopté des prescriptions en matière d'emballage neutre du tabac censées avoir un effet sur le type de motifs et d'autres caractéristiques que les publications TPP décrivent comme affectant l'attrait des produits du tabac et minimiser l'attractivité de ces produits, nous constatons également que l'invocation par l'Australie de ce corpus d'éléments de preuve est "cohérente et objective".

7.678. Nous notons qu'une seule des études citées, à savoir Parr *et al.* 2011b[1855], a examiné spécifiquement l'incidence de l'emballage neutre sur l'attrait des cigares et des cigarillos. En ce qui concerne les fumeurs de cigarillos/petits cigares, il est indiqué que les paquets neutres sont considérés comme étant les "moins attrayants"[1856] ou "moins agréables au goût".[1857] En outre, des discussions qualitatives indiquées dans cette étude ont régulièrement constaté que le paquet neutre était désagréable et rebuttant, ce qui était fortement lié à la mauvaise qualité perçue. En particulier, le sentiment était que l'emballage neutre avait un effet important dans la diminution de l'attrait de la consommation des cigarillos.[1858] S'agissant des fumeurs de cigares haut de gamme, Parr *et al.* 2011b a constaté qu'ils "différaient considérablement, du point de vue de leur attitude à l'égard des cigares, des fumeurs d'autres produits du tabac", puisque "[f]umer le cigare est ressenti comme un choix plutôt que comme une dépendance ou une habitude", "est considéré

[1850] Voir le tableau A: Articles inclus dans les principaux examens des publications TPP et/ou dans la pièce JE-24, à la fin des présents rapports; et le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe D, pages 50 à 55, et annexe E, pages 60 à 62

[1851] Rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe D, page 49, et annexe E, page 56.

[1852] Voir, par exemple, l'examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), tableau 4.1, pages 25 à 37.

[1853] Nous notons également que les mesures TPP visent, outre l'emballage des produits du tabac, l'apparence des produits eux-mêmes, y compris les bagues de cigares. Selon nous, cela est compatible avec l'objectif d'empêcher que les caractéristiques de conception visées par les mesures TPP agissent comme des instruments promotionnels et publicitaires et créent les types d'associations exposées plus haut concernant les produits eux-mêmes, ayant de fait un effet comparable à celui de l'emballage.

[1854] Australie, première communication écrite, paragraphe 118; et Parr *et al.* 2011a (pièces AUS-117, JE-24(49)), page 6.

[1855] Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24(50)).

[1856] Spécifiquement, dans les tests quantitatifs, les boîtes métalliques de cigarillos présentées de façon neutre étaient généralement considérées comme l'emballage le moins attrayant et celui qui contenait les cigarillos de la moins bonne qualité. Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24(50), page 8.

[1857] Dans les discussions qualitatives, les participants avaient le sentiment que le paquet présenté de façon neutre renfermait le tabac ayant le goût le moins agréable et qu'eux-mêmes avaient le moins envie de fumer. Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24(50)), page 9.

[1858] Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24(50)), page 9.

comme un luxe, et se fait le plus souvent conjointement à une activité spécifique, pour un événement spécifique ou dans un lieu spécifique".[1859]

7.679. Dans le groupe des fumeurs de cigares haut de gamme, Parr *et al.* 2011b a distingué les fumeurs moins réguliers[1860] des fumeurs plus réguliers et expérimentés[1861], les identifiant comme deux "types très différents de fumeurs de cigares".[1862] Pour les fumeurs moins réguliers de cigares, Parr *et al.* 2011b constate que la façon d'"offrir" ou de proposer un cigare pourrait jouer un rôle majeur dans la perception de l'attrait et que l'étui présenté de façon neutre a un effet marqué sur la perception de l'attrait de la consommation de cigares.[1863] À l'inverse, Parr *et al.* 2011b conclut que les étuis à cigare neutres n'avaient pas la même incidence, du point de vue de la réduction de l'attrait ou de l'attractivité de la consommation de cigares, pour les fumeurs plus réguliers ou expérimentés de cigares.[1864]

[1859] Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24(50)), page 9.

[1860] D'après Parr *et al.* 2011b, "[l]es fumeurs moins réguliers de cigares haut de gamme participant à l'étude avaient tendance à fumer un cigare haut de gamme environ deux fois par mois en moyenne (ceux qui fumaient des cigares moins régulièrement étant exclus de l'étude). Une partie des fumeurs moins réguliers de cigares fumaient d'autres produits du tabac, y compris des cigarettes. Alors qu'ils se sentaient entraînés, par habitude, à fumer des cigarettes, ils considéraient que fumer le cigare était un plaisir occasionnel. Leur consommation de cigares était généralement associée à une activité spécifique, comme les jeux de cartes, ou à une occasion spécifique, comme un heureux résultat au travail. Ces fumeurs de cigares étaient moins informés sur les cigares haut de gamme et la façon de déterminer la qualité, et étaient donc plus influencés par les noms de marques. Ils étaient plus susceptibles de présumer de la qualité sur la base de l'origine que d'avoir une connaissance approfondie des différences, comme les fumeurs plus réguliers de cigares." Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24(50)) page 9.

[1861] Selon Parr *et al.* 2011b, "[l]es fumeurs plus réguliers de cigares étaient souvent extrêmement bien informés sur les différents types de cigares, et fumaient régulièrement différentes marques de cigares pour le plaisir et pour apprendre. La préférence pour une marque spécifique était motivée par une combinaison de facteurs, tels que le meilleur rapport qualité/prix, le temps disponible pour profiter du cigare, la compagnie et la qualité perçue du tabac utilisé dans le cigare. Le nom de la marque et la variante du cigare donnent une indication de ce type d'informations sur le produit. Les fumeurs plus réguliers de cigares interrogés ne fumaient aucun autre produit du tabac." Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24(50)), page 9.

[1862] Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24(50)), page 9.

[1863] Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24(50)), page 10:

> Les fumeurs moins réguliers s'intéressent tout particulièrement à l'identification de la marque et à l'emballage des étuis à cigare. Leur tabagisme est largement motivé par des événements sociaux dans lesquels la façon d'"offrir" ou de proposer un cigare peut jouer un rôle majeur dans la perception de l'attrait. L'identification de la marque a également un effet important sur leur perception de la qualité dans leurs achats et, à ce titre, l'étui neutre a un effet marqué sur la perception de l'attrait de la consommation des cigares. Cela prive l'événement d'une grande partie de son charme et réduit l'attrait des cigares lorsqu'ils sont offerts ou proposés à des amis. Le fait que les produits présentés dans un emballage neutre ne sont pas associés à une marque, à la différence des produits existants, ne leur laisse rien d'autre à "exprimer" que la couleur de l'étui. Celle-ci a été décrite comme "boueuse", comme "faisant penser à du goudron" et comme parfaitement rebutante. Ce manque d'attrait est étroitement lié à une perception de qualité médiocre.

[1864] Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24(50)), page 10:

> Pour les fumeurs plus réguliers et expérimentés de cigares, les étuis [à cigare] n'avaient pas la même incidence du point de vue de la réduction de l'attrait ou de l'attractivité de la consommation de cigares. Cela s'explique par le fait qu'ils jugent la qualité d'un cigare d'après des critères autres que l'identification de la marque, qui peuvent inclure le type de tabac, la façon de le rouler, son âge ainsi que la particularité du pays et de la région d'origine. Le nom de la marque est considéré comme un signe d'authenticité ou de légitimité du produit.

Le rapport examine également l'incidence spécifique, pour les fumeurs réguliers et expérimentés de cigares, des bagues d'emballage neutre ne comportant aucun renseignement sur le nom de la marque:

> Ces renseignements figurent le plus souvent sur la bague du cigare. Par conséquent, une bague neutre (qui n'affiche aucun renseignement) masquant la bague de marque a une incidence plus importante étant donné qu'elle prive ces fumeurs des renseignements sur le produit qu'ils utilisent pour faire des achats éclairés. Cela amoindrit la désirabilité d'un cigare donné quel qu'il soit car ils ne sont pas en mesure de vérifier le produit qu'ils reçoivent, par opposition à une baisse de l'attrait global de la consommation de cigares, qui reste élevé.

7.680. D'une manière générale, Parr *et al.* 2011b conclut qu'"il y a des différences dans la force de [l']incidence [de l'emballage neutre, y compris les mises en garde sanitaires explicites,] selon les types de fumeurs de cigares considérés":

> En général, les fumeurs expérimentés et les fumeurs plus réguliers de cigares ont déclaré avoir l'impression que l'emballage neutre serait plutôt un désagrément mais n'affecterait pas leur comportement tabagique, finalement. En revanche, les fumeurs moins réguliers de cigares dont la consommation était davantage liée aux événements ont fait état d'une impression bien plus forte que l'emballage neutre pouvait avoir un effet important sur leur comportement tabagique du fait de la diminution de l'attrait des cigares.[1865]

7.681. Globalement, la seule étude antérieure à la mise en œuvre concernant spécifiquement l'incidence de l'emballage neutre sur les cigares et les cigarillos donne donc à penser que les fumeurs de cigarillos ou de petits cigares et les fumeurs moins réguliers de cigares haut de gamme trouvaient les produits présentés dans un emballage neutre moins attrayants, même si les étuis à cigare neutres n'avaient pas la même incidence sur les fumeurs de cigares haut de gamme réguliers ou expérimentés.

7.682. Compte tenu de ce qui précède, nous prenons note de l'existence d'un corpus d'études, émanant de sources compétentes, à l'appui de l'affirmation selon laquelle l'emballage neutre des produits du tabac réduirait leur attrait pour le consommateur. Nous notons également que les éléments de preuve à cet égard sont plus limités pour les cigares que pour les cigarettes.

7.683. Nonobstant toute limitation éventuelle des études susmentionnées, considérées individuellement ou dans leur ensemble, nous rappelons que nous disposons également d'éléments de preuve concernant l'application effective des mesures TPP en Australie depuis leur entrée en vigueur, y compris des études empiriques concernant leur incidence sur l'attrait des produits du tabac. Nous examinons ces éléments de preuve plus loin dans la section 7.2.5.3.6 et, par conséquent, nous ne cherchons pas à tirer, à ce stade de notre analyse, une conclusion générale concernant l'incidence des mesures TPP sur l'attrait des produits du tabac pour le consommateur.

Incidence de la réduction de l'attrait sur les comportements tabagiques

7.684. Comme il est indiqué plus haut, la "chaîne de causalité" selon laquelle les mesures TPP sont censées contribuer à la réalisation de l'objectif de l'Australie veut que les mécanismes de ces mesures (y compris la réduction de l'attrait des produits) aient un effet consécutif sur les *comportements* tabagiques. Spécifiquement, on s'attend à ce que les "résultats proximaux" des mesures, y compris une réduction de l'attrait des produits du tabac, aient pour effet de décourager les consommateurs australiens de commencer à fumer (*initiation*), ou de recommencer (*récidive*), et de les encourager à arrêter de fumer (*sevrage*).[1866]

7.685. L'Australie estime qu'il vaut mieux mesurer l'effet des politiques de lutte antitabac sur ces comportements par leur influence sur des "variables psychosociales en aval, comme la connaissance, les croyances, les attitudes et les intentions, et sur les comportements ultérieurs relatifs à la consommation de tabac".[1867] Selon elle, les éléments de preuve, dont des modèles théoriques du comportement, confirment que les intentions comportementales sont des précurseurs immédiats du comportement et sont l'un des éléments de prévision les plus forts du comportement futur.[1868] L'Australie estime que les "intentions sont fortement liées à la mesure du comportement futur", de sorte que les "attitudes, les perceptions et les croyances des

---

Ibid. Nous notons toutefois que les mesures TPP autorisent l'apparition du nom de la marque sur les bagues de cigares (voir le Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 3.2.1 3) a)), de sorte que ces constatations spécifiques ne sont pas directement pertinentes pour une évaluation de l'incidence des mesures TPP sur les cigares.

[1865] Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24(50)), page 40.

[1866] Nous notons que l'article 3 1) a) iv) de la Loi TPP dit également qu'un objet de cette loi est de diminuer l'exposition des personnes à la fumée des produits du tabac. Voir la Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1).

[1867] Australie, première communication écrite, paragraphe 146 (citant Fong *et al.* 2006 (pièce AUS-132), page iii10.

[1868] Australie, première communication écrite, paragraphe 145.

consommateurs – plus particulièrement des jeunes consommateurs – constituent de solides éléments de preuve de l'effet de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac".[1869]

7.686. Le Honduras fait valoir qu'on ne peut évaluer correctement la contribution des mesures TPP à l'objectif de l'Australie qu'en évaluant la façon dont celles-ci affectent le *comportement tabagique effectif* et, en particulier, que "[l]es divers facteurs de substitution, tels que les changements d'attitude et de croyance des consommateurs concernant le tabagisme, ne peuvent pas à eux seuls prouver qu'une mesure de lutte antitabac est efficace".[1870] La République dominicaine soutient que la théorie du comportement n'établit pas que les mesures TPP réduiront le comportement tabagique[1871] et que l'Australie n'a pas suffisamment vérifié les hypothèses qu'elle a faites concernant l'aptitude de l'attrait du produit et de la perception des risques pour la santé à affecter le comportement tabagique.[1872] Cuba fait valoir que l'Australie n'a pas fourni d'éléments de preuve probants concernant le "seul paramètre important pour l'évaluation de l'incidence [des mesures TPP], à savoir, leur effet sur le comportement tabagique effectif et la consommation de tabac".[1873] L'Indonésie estime elle aussi que "l'Australie a seulement supposé que la théorie du comportement "prouvait" que les attitudes à l'égard de l'attrait des produits du tabac et des risques pour la santé affectaient le comportement tabagique effectif, ce qui a entraîné un certain nombre de vices dans les recherches ultérieures sur l'emballage neutre".[1874]

7.687. La question dont nous sommes saisis à ce stade est de savoir si la réduction de l'attrait des produits du tabac qui, selon les hypothèses, se produit du fait de leur emballage neutre, pourrait avoir une incidence sur les comportements liés au tabagisme ultérieurs, comme le veut le modèle médiationnel sous-tendant la conception et la structure des mesures TPP. Les plaignants considèrent que l'Australie n'a pas démontré qu'une réduction de l'attrait aboutirait en fait à des changements dans les comportements effectifs. À l'appui de cet argument, ils considèrent que les théories du comportement invoquées par l'Australie n'étayent pas ses hypothèses sur l'aptitude des perceptions du produit (et des risques pour la santé) en relation avec les produits du tabac à modifier effectivement les comportements, et que l'emballage du tabac n'est pas un mobile des comportements tabagiques pertinents.

7.688. Aux fins de cette partie de l'analyse, il n'y a pas de désaccord entre les experts des plaignants et ceux de l'Australie sur le fait que l'attrait des produits du tabac pour les consommateurs peut être considéré comme une "attitude" à l'égard des produits du tabac.[1875] Toutefois, les parties sont en désaccord sur l'incidence qu'un changement dans ces attitudes peut avoir sur les comportements tabagiques. Les plaignants contestent les assertions de l'Australie concernant la corrélation attendue entre les attitudes et les comportements futurs en général. Ils font également valoir qu'un changement dans l'attrait des produits du tabac ne peut pas avoir d'effet sur les comportements présentant un intérêt en ce qui concerne ces produits (à savoir, les comportements tabagiques), étant donné que l'emballage n'est pas un mobile de ces comportements. Nous examinons ces deux aspects l'un après l'autre.

Relation entre attitudes et comportements

7.689. L'expert de l'Australie, le professeur Fong, considère que "[l]es variables psychologiques autres que comportementales sont extrêmement importantes pour prévoir et comprendre le comportement des consommateurs, à la fois dans les modèles conceptuels du comportement des consommateurs et dans les recherches sur ce comportement".[1876] Il indique que "le point de départ des recherches sur la relation attitude-comportement est que cette relation existe bel et bien".[1877] En outre, "[l]es modèles du comportement des consommateurs sont dominés par les modèles médiationnels qui veulent que les efforts de marketing influencent les variables

[1869] Australie, première communication écrite, paragraphe 164.
[1870] Honduras, réponse à la question n° 2 du Groupe spécial, page 2.
[1871] République dominicaine, réponses à la question n° 2, paragraphe 19, et n° 41, paragraphes 176 à 178, du Groupe spécial. Voir aussi Indonésie, réponse à la question n° 2 du Groupe spécial ("incorpor[ant] par référence la réponse de la République dominicaine à cette question").
[1872] République dominicaine, réponse à la question n° 123 du Groupe spécial.
[1873] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 261.
[1874] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 190.
[1875] Voir le rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 250; et le rapport Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-3), paragraphe 45.
[1876] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 94.
[1877] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 252.

psychologiques concernant la personne et que ces variables psychologiques entraînent, quant à elles, des changements dans le comportement futur".[1878] Le professeur Fong indique ce qui suit:

> Les théories de la psychologie sociale, notamment la "théorie de l'action raisonnée" (Fishbein & Ajzen, 1975), et les recherches qui en sont issues, ont clairement démontré que les attitudes étaient effectivement liées au comportement. Une partie considérable de ces études concernant la relation attitude-comportement a été consacrée à l'examen des conditions dans lesquelles les attitudes pouvaient être liées de façon plus ou moins étroite au comportement.[1879]

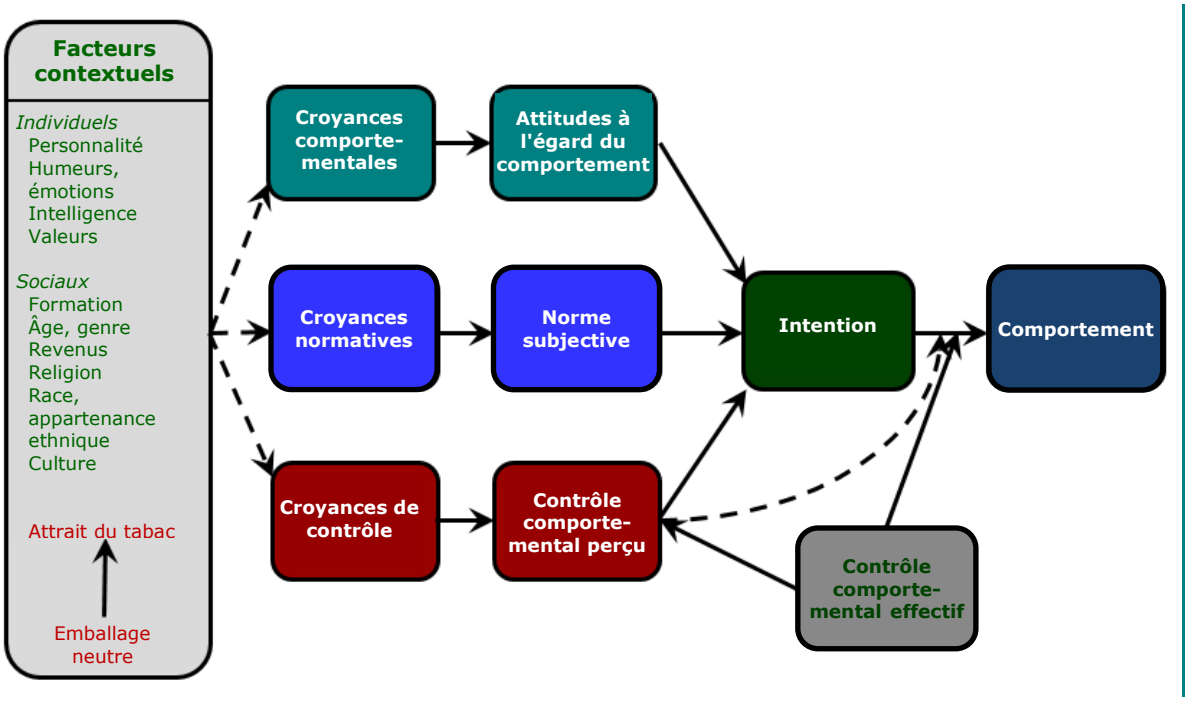
7.690. Les plaignants considèrent que l'invocation par l'Australie de la théorie du comportement pour établir une corrélation entre le fonctionnement des mécanismes figurant la Loi TPP et les comportements tabagiques n'est pas appropriée. La République dominicaine, le Honduras et l'Indonésie invoquent à cet égard un rapport d'expert du professeur Ajzen.[1880] En ce qui concerne l'affirmation selon laquelle "le point de départ des recherches sur la relation attitude-comportement est que cette relation existe bel et bien", le professeur Ajzen soutient que "c'est tout le contraire qui est vrai".[1881] Il fait valoir ce qui suit:

> Dans les années 1970, le point de départ pour développer ma théorie de l'action raisonnée consistait précisément à expliquer le fait qu'il y a une relation faible entre les attitudes et le comportement, de sorte que les attitudes n'augurent pas du comportement de façon fiable, et à proposer une solution. … [M]es recherches ont montré que les attitudes générales à l'égard de cibles autres que comportementales (par exemple, les produits du tabac) étaient des éléments de prévision médiocres du comportement effectif en ce qui concerne ces cibles. En revanche, les attitudes à l'égard d'un comportement spécifique (par exemple, l'initiation au tabagisme) étaient plus susceptibles d'augurer de ce comportement.[1882]

7.691. Le professeur Azjen note également que la théorie de l'action raisonnée était limitée par son hypothèse selon laquelle le comportement en question "est une fonction directe de l'intention d'adopter le comportement". La théorie du comportement planifié a donc été développée en "reconnaissant que … les individus jugent souvent difficile, voire impossible, d'agir conformément à leurs intentions déclarées".[1883] Ainsi, la théorie du comportement planifié veut que la décision d'adopter un comportement soit guidée par des croyances "comportementales", "normatives" et de "contrôle", qui ont ensuite des effets consécutifs concernant, respectivement l'attitude d'un sujet à l'égard du comportement en question, ses normes subjectives et la perception qu'il a de son propre contrôle comportemental.[1884] Le professeur Ajzen illustre cette relation de la manière suivante:

[1878] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 95.
[1879] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 252.
[1880] Rapport Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-3). Nous notons que Cuba n'a pas invoqué ce rapport dans ses communications. Elle a toutefois remis en cause la valeur des théories du comportement avancées par l'Australie. Cuba, réponse à la question n° 146 du Groupe spécial, page 2. Cuba fait valoir que l'Australie tente de "se réfugier derrière des théories abstraites et alambiquées", que "l'on peut élaborer pour justifier n'importe quelle conclusion", alors que la "meilleure approche pour mesurer l'efficacité [des mesures TPP] est de procéder à une analyse des faits tels qu'ils se reflètent dans les données sur la consommation effective …". Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 289; et déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 11.
[1881] Rapport Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-3), paragraphe 50.
[1882] Rapport Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-3), paragraphe 50. (souligné dans l'original)
[1883] Rapport Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-3), paragraphe 59.
[1884] Rapport Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-3), paragraphe 61.

Figure 13 Représentation schématique de la théorie du comportement planifié[1885]



Source: Rapport Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-3), figure 3, page 19.

7.692. Pour le professeur Ajzen, "les relations entre les maillons successifs de la chaîne, bien que souvent assez importantes, sont loin d'être parfaites", de sorte que "l'incidence des changements dans les facteurs contextuels ou les croyances – qui ne sont pas des déterminants directs des intentions, et encore moins des comportements – pourrait devoir être relativement importante pour atteindre finalement le comportement effectif".[1886] En outre, "même s'il y a des changements dans un déterminant direct des intentions comportementales (par exemple, l'attitude à l'égard du comportement), il se peut qu'ils ne modifient pas les intentions si, par exemple, les attitudes n'ont pas un grand poids dans la prévision des intentions; et même si les intentions comportementales sont modifiées dans une certaine mesure, cela peut ne pas influencer le comportement effectif, par exemple du fait de la corrélation faible entre les intentions et le comportement, ou de l'influence du contrôle comportemental effectif (ou des deux)".[1887]

7.693. Nous notons tout d'abord que nous ne considérons pas que l'invocation par l'Australie des "théories de la psychologie sociale", y compris la théorie de l'action raisonnée et les recherches connexes, donne à penser ou implique qu'un changement d'attitude en ce qui concerne un objet particulier entraînera *dans tous les cas* un changement de comportement en ce qui concerne cet objet. Nous ne considérons pas non plus que l'Australie conteste l'affirmation générale, reflétée dans la description du professeur Ajzen susmentionnée, selon laquelle la corrélation entre les croyances, les attitudes, les intentions comportementales et les comportements effectifs dépend des "maillons [successifs] de la chaîne", et selon laquelle les relations entre ces maillons dans un contexte donné sont le produit d'une combinaison de facteurs qui affecteront la force de la corrélation. Ce point apparaît clairement dans l'observation du professeur Fong selon laquelle une "partie considérable de ces études concernant la relation attitude-comportement a été consacrée à l'examen des conditions dans lesquelles les attitudes pouvaient être liées de façon *plus* ou *moins* étroite au comportement". Le professeur Fong indique donc que les médiateurs psychosociaux en aval sont affectés de multiples façons.[1888]

7.694. Nous notons également la propre description du professeur Ajzen, faite dans une publication récente, concernant la façon dont la théorie du comportement planifié éclaire la manière dont les attitudes et les perceptions influencent les intentions et les comportements:

[1885] Nous développerons ces étapes plus loin dans notre analyse.
[1886] Rapport Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-3), paragraphe 82.
[1887] Rapport Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-3), paragraphe 83.
[1888] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 252. Voir aussi Fong *et al.* 2006, pages ii4 et ii5.

> Tout ce que la théorie indique c'est que les attitudes, les normes subjectives et les perceptions de contrôle des individus découlent raisonnablement et logiquement de leurs croyances, indépendamment de la façon dont ces croyances se sont formées, et que, de cette manière, elles influencent les intentions et le comportement.[1889]

7.695. Globalement, ce qui précède donne à penser qu'un important corpus de recherches est consacré à l'étude de la corrélation entre les attitudes, les intentions et les comportements, et que les parties reconnaissent toutes, par référence à ces recherches, que la force de la corrélation entre attitudes et comportements est affectée par l'interaction de multiples facteurs.[1890] Comme le professeur Fong le dit, citant des travaux distincts du professeur Ajzen, "des relations attitude-comportement faibles ne sont pas inattendues et n'impliquent pas non plus que les attitudes sont dénuées de pertinence pour la prévision du comportement".[1891]

7.696. Le professeur Fong explique en outre que, en utilisant la théorie, il "n'a pas avancé une argumentation qui "dispens[ait]" de la nécessité d'avoir des éléments de preuve empiriques ou allégu[ait] que les théories "prouv[aient]" l'importance de l'attrait et de la perception des risques en matière de santé pour le comportement tabagique", mais qu'il a en fait "utilisé les théories du comportement comme un moyen de donner un contexte et du sens aux éléments de preuve empiriques disponibles concernant l'incidence de l'emballage neutre sur les croyances, les perceptions et le comportement".[1892] Le professeur Ajzen indique de même que les "théories ne démontrent pas ni ne prouvent qu'il y a un lien entre les concepts autres que comportementaux (par exemple, les croyances, les attitudes, les intentions) et le comportement" mais "génèrent [bel et bien] des *hypothèses* utiles sur la présence, ou l'absence, éventuelle d'un lien de causalité" qui "doivent être confirmées ou rejetées au moyen de recherches réalisées correctement".[1893] À cet égard, nous notons en outre que le professeur Ajzen a reconnu que, bien que la "théorie du comportement planifié [ne soit] pas une théorie du changement du comportement" et "vise [plutôt] à contribuer à expliquer et à prévoir les intentions et le comportement des individus", elle peut néanmoins "constituer un cadre utile pour concevoir des interventions efficaces destinées à changer les comportements".[1894]

7.697. Nous croyons comprendre que l'invocation par l'Australie des "théories de la psychologie sociale", y compris la théorie de l'action raisonnée et les recherches connexes, dans le contexte de son intervention concernant l'emballage neutre du tabac est censée étayer son argument selon lequel il est raisonnable de s'attendre à l'existence d'une corrélation entre la réduction de l'attrait des produits du tabac et les comportements tabagiques ultérieurs, de sorte que la réduction de l'attrait influencera les comportements tabagiques d'*au moins certains* consommateurs. Cela ressort de la description que le professeur Fong donne de l'incidence attendue des mesures TPP de l'Australie:

> Il est possible de faire des prévisions raisonnables et fiables selon lesquelles, s'il on montre que la mesure concernant l'emballage neutre réduit l'attrait et/ou accroît l'efficacité des mises en garde sanitaires et/ou diminue l'aptitude du paquet à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs des produits du tabac, les objectifs de la Loi seront probablement atteints.[1895]

[1889] I. Ajzen, "The Theory of Planned Behaviour is Alive and Well, and Not Ready to Retire: A Commentary on Sniehotta, Presseau, and Araújo-Soares", Health Psychology Review (2014), (Ajzen, Health Psychology Review 2014) (pièce HND-134), page 3.

[1890] Voir Ajzen, Health Psychology Review 2014 (pièce HND-134), pages 3 et 4.

[1891] Rapport supplémentaire Fong (pièce AUS-531), paragraphe 60 (faisant référence à M. Fishbein et I. Ajzen, *Predicting and Changing Behavior: The Reasoned Action Approach* (Psychology Press, 2010), non versé au dossier des présentes procédures).

[1892] Rapport supplémentaire Fong (pièce AUS-531), paragraphe 39.

[1893] Rapport Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-3), paragraphe 13 (italique dans l'original) (cité par le Honduras au paragraphe 147 de sa deuxième communication écrite).

[1894] Ajzen, Health Psychology Review 2014 (pièce HND-134), page 3. Le professeur Ajzen explique que la mesure dans laquelle ces interventions peuvent induire des changements du comportement dépendra des circonstances: "[p]our qu'une intervention ait un effet appréciable sur les intentions, … elle doit produire de grands changements dans les croyances; et pour que l'intention aboutisse au comportement désiré, il faut que les individus disposent des ressources requises et que les obstacles éventuels aux réactions comportementales soient éliminés." *Ibid*., pages 3 et 4.

[1895] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 90. Voir aussi *ibid*., paragraphe 306.

7.698. Le professeur Azjen fait toutefois valoir que, dans le cadre de la théorie du comportement planifié, "les trois concepts d'attitude à l'égard d'un comportement, d'une norme subjective et du contrôle comportemental perçu, pris conjointement, augurent assez bien des *intentions* de commencer à fumer et d'arrêter" car ils "représentaient de 26% à 48% de la variance dans les *intentions de commencer à fumer* …"[1896] mais que la "prévision du *comportement effectif* à partir des intentions et du contrôle comportemental perçu était bien moins bonne".[1897]

7.699. Par conséquent, d'après ce que nous croyons comprendre, le désaccord entre les parties concerne principalement la *mesure* dans laquelle on peut s'attendre à ce que les attitudes et les perceptions, et les changements dans ces attitudes et ces perceptions, influencent les intentions et les comportements ultérieurs, ou supposer qu'elles le feront, dans le contexte spécifique des mesures TPP. Spécifiquement, la question en cause à ce stade de notre analyse est la mesure dans laquelle on peut s'attendre à ce qu'une réduction de l'attrait des produits du tabac ait une incidence sur les comportements tabagiques.

7.700. Gardant cette interprétation à l'esprit, nous examinons les éléments de preuve qui nous ont été présentés en ce qui concerne l'incidence sur les comportements tabagiques d'une réduction de l'attrait des produits du tabac au moyen des mesures TPP.

Incidence d'une réduction de l'attrait des produits du tabac sur les comportements tabagiques

7.701. L'article 3 1) de la Loi TPP identifie des comportements spécifiques que l'Australie cherche à influencer au moyen des mesures TPP – à savoir, "en décourageant les individus de commencer à fumer, ou de consommer des produits du tabac" (ce que nous appelons l'"initiation"); "en les encourageant à renoncer à fumer et à cesser de consommer des produits du tabac" (ce que nous appelons le "sevrage"); et en décourageant la récidive chez ceux qui ont renoncé à fumer, ou qui ont cessé de consommer des produits du tabac (ce que nous appelons la "récidive").[1898]

7.702. Les plaignants considèrent que les mesures TPP ne peuvent pas influencer ces comportements parce qu'ils sont motivés par des facteurs autres que l'emballage et qu'il est improbable que ces facteurs soient contre carrés par une modification de l'emballage des produits du tabac. Spécifiquement, les plaignants font valoir que les recherches sur les mobiles de l'initiation au tabagisme n'identifient pas l'emballage comme un facteur influençant la décision de commencer à fumer. Ils font également valoir que l'emballage neutre ne peut pas avoir d'incidence sur les comportements en matière de sevrage ou de récidive. Nous examinons ces différents comportements les uns après les autres.

Initiation au tabagisme

Mobiles de l'initiation au tabagisme

7.703. Les plaignants font valoir que l'initiation au tabagisme est déterminée par des facteurs autres que l'emballage, de sorte que l'emballage ne peut pas avoir d'influence sur la décision de fumer.[1899] Le Honduras fait référence à des recherches identifiant les mobiles de l'initiation au tabagisme comme étant les caractéristiques psychosociales, les influences interpersonnelles et le contexte communautaire (y compris le prix et la disponibilité des produits du tabac).[1900] La République dominicaine fait valoir que la propension à prendre des risques, conjuguée à des facteurs sociétaux comme l'influence de la pression exercée par les pairs, augmente les chances que les jeunes adoptent des comportements à risque, y compris fumer.[1901] Cuba fait valoir que le tabagisme est une manifestation spécifique de la catégorie plus générale de la prise de risque.[1902] L'Indonésie fait valoir que les principaux facteurs de risque en ce qui concerne le tabagisme chez

[1896] Rapport Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-3), paragraphe 100. (italique dans l'original)
[1897] Rapport Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-3), paragraphe 102. (italique dans l'original)
[1898] Loi TPP (pièces JE-1, AUS-1), article 3 1) a).
[1899] Honduras, première communication écrite, paragraphes 418 à 425. Voir aussi République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 689 à 700; Cuba, première communication écrite, paragraphes 208 à 213; et Indonésie, première communication écrite, paragraphe 412.
[1900] Honduras, première communication écrite, paragraphes 412 à 416.
[1901] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 691.
[1902] Cuba, première communication écrite, paragraphe 213.

les adolescents incluent les caractéristiques psychologiques qui prédisposent les gens à fumer (recherche de sensations, penchant pour les émotions négatives, impulsivité et inattention); le fait que les pairs et les membres de la famille fument; et l'accès aux cigarettes.[1903]

7.704. Les éléments de preuve qui nous ont été présentés en ce qui concerne les facteurs affectant l'initiation[1904] à la consommation de tabac concernent essentiellement les adolescents et les jeunes adultes. Comme l'a dit l'expert de l'Australie, le docteur Biglan, il en est ainsi parce que "[p]resque toutes les formes de tabagisme commencent à l'adolescence ou au début de l'âge adulte".[1905] Le docteur Biglan fonde ce point sur les constatations du Directeur du Service de santé publique des États-Unis, qui indiquent ce qui suit:

> Parmi les adultes ayant déjà fumé une cigarette, 81,5% ont déclaré avoir fumé leur première cigarette avant l'âge de 18 ans, tandis que 16,5% déclaraient l'avoir fait avant l'âge de 26 ans. Parmi les adultes ayant déjà fumé des cigarettes quotidiennement, 88,2% ont déclaré avoir fumé leur première cigarette avant l'âge de 18 ans, tandis que 10,8% déclaraient l'avoir fait avant l'âge de 26 ans. Environ deux tiers (65,1%) des adultes ayant déjà fumé quotidiennement ont commencé à fumer quotidiennement avant l'âge de 18 ans, et presqu'un tiers de ces adultes (31,1%) ont commencé à fumer quotidiennement entre 18 et 26 ans. Par conséquent, chez les adultes de plus de 26 ans, il n'y a pratiquement *pas* d'initiation à la cigarette (<1-2%) et ils sont peu nombreux à évoluer vers un tabagisme quotidien (<4%).[1906]

7.705. Cette observation concorde avec les constatations de l'USIOM:

> La consommation de tabac chez les jeunes adultes (ceux qui ont entre 18 et 24 ans) suscite également de graves préoccupations. Même si près de 90% des individus ayant déjà fumé quotidiennement ont fumé leur première cigarette avant l'âge de 19 ans, il ne faudrait pas négliger le fait que 9,4% ont fumé leur première cigarette avant l'âge de 26 ans … En outre, seulement 54% des fumeurs quotidiens le sont devenus avant l'âge de 18 ans, mais 85% le sont devenus avant l'âge de 21 ans et 94% avant l'âge de 25 ans … Ces données portent fortement à croire que, si un individu n'est pas un consommateur régulier de tabac avant l'âge de 25 ans, il est hautement improbable qu'il le devienne un jour.[1907]

7.706. Dans le contexte de l'Australie, le professeur Samet fait référence aux données de l'enquête de 2013 réalisée auprès des ménages dans le cadre de la stratégie nationale antidrogue

---

[1903] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 412.

[1904] Le Directeur du Service de santé publique des États-Unis définit l'"initiation" comme le fait d'avoir déjà goûté au tabac. Celle-ci doit être distinguée de la consommation expérimentale (c'est-à-dire la consommation occasionnelle) et de la consommation régulière (c'est-à-dire une consommation accrue, en fréquence et en quantité). À l'adolescence, la consommation régulière "se caractérise souvent par un type de consommation mensuelle ou hebdomadaire et peut inclure une dépendance psychologique et physique au tabac". Rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-76), page 429. Cette définition est aussi utilisée par l'USIOM. Voir R. Bonnie, K. Stratton, and L. Kwan (eds.), *Public Health Implications of Raising the Minimum Age of Legal Access to Tobacco Products*, United States Institute of Medicine (The National Academies Press, 2015), (rapport de 2015 de l'USIOM) (pièce DOM-232), pages 2 à 11.

[1905] Rapport Biglan (pièce AUS-13), paragraphe 14.

[1906] Rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-76), page 134. Ce rapport mentionne également "[l']une des constatations les plus importantes – et largement citées – du rapport de 1994 du Directeur du Service de santé publique sur le tabagisme et la santé" selon laquelle "pratiquement dans tous les cas, la consommation de cigarettes commence avant l'âge adulte". *Ibid*. Faisant référence aux données de l'enquête, le rapport de 1994 du Directeur du Service de santé publique a constaté ce qui suit:

> Parmi toutes les personnes ayant déjà fumé une cigarette, 88% avaient fumé leur première cigarette avant l'âge de 18 ans. L'âge moyen de la première cigarette était de 14,5 ans. Trente-cinq % des personnes interrogées étaient déjà des fumeurs réguliers à 18 ans. Parmi les personnes ayant déjà fumé quotidiennement, 71% fumaient quotidiennement avant l'âge de 18 ans. L'âge moyen auquel un individu devenait fumeur régulier était 17,7 ans.

Rapport de 1994 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce CUB-66), page 51. Voir aussi le rapport de 1994 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis, résumé analytique (pièce AUS-73), page 9.

[1907] Rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232), pages 1 et 2.

(NDSHS) qui "montre[nt] que l'âge moyen de l'initiation au tabagisme pour la tranche d'âge 14-24 ans a constamment augmenté depuis 1995, passant de 14,2 à 15,9 en 2013", que "la fourchette 14-24 ans correspond à présent à la période où le risque de commencer à fumer est le plus élevé et [que] l'adolescence reste la période pendant laquelle a lieu l'initiation".[1908]

7.707. Le Directeur du Service de santé publique des États-Unis résume[1909] les facteurs de risque associés à l'initiation et à la consommation de produits du tabac comme étant: un niveau socioéconomique relativement faible; une accessibilité et une disponibilité relativement élevées des produits du tabac; les perceptions des adolescents selon lesquelles la consommation de tabac est normale (c'est-à-dire, un comportement habituel ou acceptable); la consommation de tabac par les proches et leur acceptation de la consommation de tabac; l'absence de soutien parental; des niveaux de réussite et d'implication scolaires faibles; une absence des aptitudes requises pour résister aux incitations à la consommation de tabac; une efficacité personnelle relativement faible pour opposer un refus[1910]; une consommation de tabac antérieure et l'intention de consommer du tabac dans le futur; une image de soi relativement faible; et la croyance que la consommation de tabac est fonctionnelle ou sert un but.[1911]

7.708. Un certain nombre d'autres rapports d'expert présentés par les parties examinent les mobiles de l'initiation au tabagisme et montrent des similitudes avec le large éventail de facteurs identifiés par le Directeur du Service de santé publique des États-Unis comme influençant

[1908] Rapport Samet (pièce AUS-7), paragraphe 45. Voir aussi le rapport Biglan (pièce AUS-13), paragraphe 14. Nous notons qu'une enquête effectuée en 2014 par Vision One, commandée par Cuba et portant sur un échantillon nettement plus petit, a indiqué que l'âge moyen d'initiation à la cigarette en Australie était de 17,7 ans. Rapport Vision One, pièce CUB-79, paragraphe 14, graphiques 2 et 3. Cuba note toutefois que ce rapport reconnaît que ses données concernant l'initiation à la cigarette ne sont pas nécessairement représentatives de la population fumant des cigarettes en Australie, étant donné qu'il examinait un sous-ensemble de la population fumant des cigarettes, à savoir les fumeurs de gros cigares roulés à la main ayant déjà fumé régulièrement des cigarettes. Cuba, première communication écrite, paragraphe 249, faisant référence au rapport Vision One, pièce CUB-79, paragraphe 18.

[1909] Ce résumé est fourni dans le rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique, qui s'appuie sur des conclusions formulées dans son rapport de 1994. Nous notons que le rapport de 1994, y compris le chapitre sur les mobiles de l'initiation à la consommation de tabac, ne nous a pas été présenté dans son intégralité par les parties en tant qu'élément de preuve. Cuba en a présenté des extraits et l'Australie a présenté des extraits de son résumé analytique. Voir le rapport de 1994 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce CUB-66); et le rapport de 1994 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis, résumé analytique (pièce AUS-73). Un résumé des constatations sur l'épidémiologie de la consommation de tabac chez les jeunes indique ce qui suit:

> Des facteurs sociodémographiques, environnementaux, comportementaux et personnels peuvent encourager les adolescents à commencer à consommer du tabac.
>
> …
> Les facteurs comportementaux sont extrêmement importants durant l'adolescence, une période où les transitions sont multiples, vers une maturation physique, une conscience de soi cohérente et une indépendance émotionnelle. Les adolescents sont donc particulièrement exposés à un éventail de comportements et d'activités à risque, y compris la consommation de tabac, qui peuvent sembler les aider dans ces transitions. Les jeunes qui déclarent que fumer a des fonctions positives ou peut être utile présentent un risque plus élevé de fumer. Ces fonctions sont associées aux liens avec les pairs, à l'indépendance et à la maturité ainsi qu'à une image sociale positive. Étant donné que les déclarations des adolescents ayant commencé à fumer indiquent qu'ils ont une estime et une image d'eux-mêmes plus faibles que leurs pairs non-fumeurs, le tabagisme peut devenir un mécanisme de mise en valeur de soi. De même, le fait de ne pas avoir la confiance nécessaire pour pouvoir résister aux offres de tabac par les pairs semble être un facteur de risque important pour l'initiation. En outre, les intentions de consommer du tabac et les expériences réelles augurent clairement d'une consommation ultérieure régulière.

Rapport de 1994 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis, résumé analytique (pièce AUS-73), pages 7 et 8. Voir aussi le rapport McKeganey (pièces DOM-105, CUB-72), pages 17 à 20.

[1910] Le sentiment d'efficacité personnelle est décrit comme étant "relatif à la confiance d'un individu dans sa capacité d'atteindre des buts par ses efforts personnels, comme la capacité de résister au tabagisme ou de ne pas récidiver après avoir renoncé au tabac". Rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-76), page 447.

[1911] Rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-76), page 427.

l'initiation au tabagisme chez les jeunes.[1912] Le professeur Viscusi résume les facteurs essentiels qui contribuent à l'initiation au tabagisme chez les jeunes, indiquant qu'ils ont trait aux parents, frères et sœurs, amis et pairs d'un individu, à l'accès aux cigarettes, aux caractéristiques personnelles et au coût.[1913] Le professeur Mitchell mentionne des études sur le tabagisme des mineurs, axées sur des facteurs aux niveaux individuel (les caractéristiques génétiques, cognitives, affectives et démographiques), proximal (les réseaux familiaux, interpersonnels et sociaux) et environnemental (le voisinage, la communauté, l'État, la nation) et note qu'à chaque niveau d'analyse, il a été constaté qu'un large éventail de variables prévoyaient l'initiation au tabagisme et la poursuite du tabagisme chez les mineurs.[1914] Le professeur McKeganey indique que la consommation de tabac "commence par une interaction complexe de facteurs de risque psychosociaux, qui impliquent généralement des facteurs sociodémographiques, environnementaux, comportementaux, personnels et interpersonnels".[1915] À cet égard, il renvoie au rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis.[1916]

7.709. Nous notons les visions communes qui nous ont été présentées s'agissant des facteurs liés à l'âge qui contribuent au comportement tabagique chez les jeunes et les jeunes adultes. Le Directeur du Service de santé publique des États-Unis note, par exemple, que "l'adolescence est une période de développement délicate, qui se caractérise par des modifications cérébrales et des niveaux élevés d'émotivité, d'impulsivité et de prise de risque", et que "la plasticité du cerveau adolescent, conjuguée à la relative immaturité des systèmes neurocomportementaux nécessaires à la maîtrise de soi et à la régulation de l'affect, accroît la vulnérabilité au développement d'un comportement tabagique".[1917] Il ajoute que la période suivant le début et le milieu de

[1912] Nous notons que le professeur Heckman, dans un rapport présenté par l'Ukraine, met l'accent sur les capacités cognitives (en tant qu'indicateur prévisionnel de la réussite scolaire, des salaires et de nombreuses autres formes de réussite économique et sociale, y compris la santé physique et mentale, et des comportements et résultats sains, y compris éviter de fumer, de devenir obèse et de manger des aliments frits) et sur les aptitudes non cognitives (qui affectent les résultats scolaires, et les salaires plus tard dans la vie, ainsi que le tabagisme, la santé physique, la santé mentale, les grossesses à l'adolescence et la délinquance), tout en notant la pertinence des prix et du tabagisme chez les parents et les pairs. Il conclut que les facteurs de causalité affectant le comportement tabagique chez les jeunes incluent les prix, les pairs (réseaux sociaux), les parents, l'environnement familial précoce ainsi que les investissements en faveur des enfants. Rapport Heckman (pièce UKR-144), paragraphes 21 à 42.

[1913] Rapport Viscusi (pièce UKR-8), paragraphe 111. Voir aussi *ibid.*, paragraphes 112 à 119.

[1914] Rapport Mitchell (pièce UKR-154), paragraphe 52. Le professeur Mitchell précise ce qui suit:

> Divers facteurs observables au niveau individuel sont associés à un risque plus élevé de tabagisme chez les mineurs. Par exemple, les hommes dont le niveau socioéconomique et le niveau d'études sont moins élevés présentent un risque de fumer plus élevé que les femmes, d'une manière générale, ou que d'autres hommes issus de catégories différentes ou réussissant mieux à l'école. Le risque est plus élevé pour les adolescents qui présentent certains troubles comportementaux et psychiatriques, ainsi que pour les victimes d'abus sexuels. On a trouvé des marqueurs génétiques indiquant une héritabilité concernant la consommation de tabac ainsi que des corrélats neurologiques de la consommation de tabac (dans les régions du cerveau associées à la prise de décision et au contrôle des impulsions).
>
> Divers facteurs dans l'environnement proximal de l'adolescent peuvent accroître le risque de fumer. Par exemple, la présence d'un fumeur dans le foyer accroît le risque de tabagisme chez les mineurs, de même que la présence d'un fumeur au sein d'un groupe de pairs. Il apparaît que les femmes sont plus sensibles à l'influence des pairs, mais l'influence des pairs pour tous les individus dépendra du statut de ces pairs au sein du réseau social du fumeur potentiel, de l'opinion de sa famille sur le tabagisme et des croyances individuelles quant aux coûts et bénéfices du tabagisme ainsi que d'autres facteurs individuels, proximaux et environnementaux.
>
> Parmi les exemples de corrélats au niveau environnemental, il convient de signaler le prix et la réglementation de l'achat: il a été constaté que la hausse du prix des cigarettes par la réglementation des pouvoirs publics était un moyen efficace de réduire la demande chez les fumeurs mineurs, et que la sensibilisation des commerçants aux restrictions concernant les ventes aux mineurs et l'application plus stricte des lois interdisant la vente aux mineurs étaient associées à une réduction du tabagisme chez les mineurs.

Ibid., paragraphes 53 à 55. (notes de bas de page omises)

[1915] Rapport McKeganey (pièces DOM-105, CUB-72), page 15.

[1916] Rapport McKeganey (pièces DOM-105, CUB-72), pages 20 à 22.

[1917] Rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-76), page 428. (références omises)

l'adolescence (entre 18 et 25 ans) est particulièrement importante pour le développement en ce qui concerne le comportement tabagique, puisque c'est au cours de cette période de la vie que culminent de nombreux comportements à risque, y compris les taux de consommation de drogues, de tabagisme, de comportement à risque au volant et de sexualité à risque.[1918]

7.710. Le Directeur du Service de santé publique des États-Unis, en formulant ces observations, fait référence (entre autres choses) aux travaux antérieurs du professeur Steinberg.[1919] Dans son rapport de 2015, l'USIOM, parvenant à des conclusions semblables à celles du Directeur du Service de santé publique des États-Unis sur les mobiles de l'initiation au tabagisme, fait également référence aux recherches du professeur Steinberg.[1920] Dans son rapport d'expert élaboré pour le compte du Honduras et de la République dominicaine en l'espèce, le professeur Steinberg expose le "modèle dominant" de la prise de risque chez l'adolescent, le "déséquilibre de maturation" ou modèle de "systèmes doubles". Selon ce modèle:

> [l]a plus grande prise de risque à l'adolescence est une conséquence *naturelle* de la maturation asynchrone de deux systèmes cérébraux différents: un "système de récompense" (parfois désigné par l'expression "système de traitement incitatif" ou "système socioémotionnel"), qui réagit aux émotions, aux récompenses et à la nouveauté, et un "système de contrôle cognitif," qui est essentiel pour le contrôle des impulsions, la régulation des émotions et la prise de décision planifiée. En résumé, d'après le modèle de "systèmes doubles", le système de traitement incitatif devient particulièrement actif au début de l'adolescence, soit peu de temps après la puberté, et cette activité pousse l'adolescent à rechercher des sensations permettant d'obtenir des récompenses immédiates, mais elle se produit avant que le système de contrôle cognitif soit suffisamment mature pour procurer l'indispensable maîtrise de soi. La combinaison d'un système de traitement incitatif très réactif et d'un système de contrôle cognitif encore immature aboutit à la prise de risque.[1921]

7.711. Le professeur Steinberg identifie trois ensembles de facteurs de risque en matière de tabagisme durant l'adolescence: les caractéristiques psychologiques qui prédisposent les individus à fumer[1922], les influences interpersonnelles qui encouragent et renforcent le tabagisme[1923] et un contexte communautaire dans lequel le tabagisme est considéré comme normal et les cigarettes sont facilement disponibles et abordables.[1924] Cela l'amène à penser que le comportement des adolescents est fortement influencé par les relations qu'ils ont avec leurs pairs et par leur désir intense d'avoir l'approbation de ces derniers, qui se manifeste par l'adoption de comportements que les adolescents associent à l'âge adulte, comme fumer. Le professeur Steinberg fait valoir que, "[e]n raison du mode de fonctionnement du cerveau chez l'adolescent, il y a un attrait intrinsèque pour les comportements qui sont excitants, perçus comme gratifiants et censés recueillir l'approbation de ses pairs".[1925] Il conclut que l'intérêt des adolescents pour le tabagisme vient principalement de l'acte de fumer lui-même et de son influence sur l'approbation des pairs et le statut social, et non d'autres facteurs comme l'emballage. Il ajoute qu'il est improbable que la modification de l'emballage du tabac contrecarre la motivation principale qui pousse à chercher l'approbation de ses pairs.[1926]

7.712. L'expert de l'Australie, le professeur Slovic, convient avec le professeur Steinberg que le taux élevé de prise de risque à l'adolescence est le résultat naturel de la maturation asynchrone de deux systèmes cérébraux: un système de récompense qui réagit aux émotions et aux plaisirs immédiats et un système de contrôle cognitif essentiel pour le contrôle des impulsions, la régulation des émotions et la prise de décision planifiée.[1927] Il précise que "[l]e système de

[1918] Rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-76), page 428.
[1919] Rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-76), page 428.
[1920] Rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232), pages 3-2 à 3-8.
[1921] Rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6), paragraphe 19. (italique dans l'original)
[1922] Rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6), paragraphe 36.
[1923] Rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6), paragraphes 37 et 38.
[1924] Rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6), paragraphe 39.
[1925] Rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6), paragraphe 52.
[1926] Rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6), paragraphe 53.
[1927] Rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 21. Voir aussi les paragraphes 107 à 111. Le professeur Slovic fait également référence aux rapports des professeurs Viscusi, Mitchell et McKeganey dans

récompense prend une place importante peu après la puberté mais [qu']il faut attendre l'âge adulte pour que le système de contrôle soit totalement développé", et que cet "asynchronisme fait que les jeunes sont particulièrement sensibles aux récompenses, aux conséquences immédiates d'une décision et à l'influence des pairs".[1928] En outre, l'"immaturité des régions du cerveau associées au contrôle cognitif pousse les adolescents à agir sans réfléchir et à ne pas établir ni réaliser de plans". Le professeur Slovic fait valoir que l'"[e]xpérience consistant à fumer est probablement la manifestation d'une tendance générale à rechercher de nouvelles expériences et à prendre des risques de façon impulsive pour découvrir de nouvelles sensations et s'amuser entre amis".[1929]

7.713. Un autre expert de l'Australie, le docteur Biglan, fait également référence aux travaux antérieurs du professeur Steinberg dans le contexte de ses arguments selon lesquels chez les adolescents, la consommation de tabac est motivée par des préoccupations liées à leur intégration parmi leurs pairs et par des niveaux plus élevés de recherche de sensations, de prise de risque, de rébellion ainsi que d'anxiété et de dépression incitant au tabagisme.[1930] Le docteur Biglan note également qu'à l'entrée dans l'âge adulte, la tendance à adopter des niveaux élevés de prise de risque peut diminuer, mais pas encore aux niveaux qui seront atteints plus tard[1931], et que les jeunes adultes restent préoccupés par l'acceptation sociale et que ces préoccupations peuvent affecter les niveaux de solitude, de dépression et de honte.[1932]

7.714. Compte tenu des descriptions faites plus haut, nous observons une certaine constance dans les éléments de preuve qui nous ont été présentés pour ce qui est des mobiles de l'initiation au tabagisme, y compris les facteurs développementaux influençant la mesure dans laquelle ces mobiles peuvent conduire à l'initiation au tabagisme chez les adolescents et les jeunes adultes.

7.715. En dépit de cette convergence, nous notons également l'observation du Directeur du Service de santé publique des États-Unis selon laquelle "[c]hez les adolescents et les jeunes adultes, fumer des cigarettes est un comportement multidéterminé influencé par des combinaisons uniques et redondantes de facteurs biologiques, psychosociaux et environnementaux".[1933] L'USIOM déclare également que "[l]a consommation de tabac est le résultat d'une interaction complexe et dynamique de multiples facteurs développementaux, sociaux et environnementaux convergents" et que "[b]on nombre de ces facteurs sont liés au développement, l'adolescence et le début de l'âge adulte étant une période de vulnérabilité clé en ce qui concerne la consommation de tabac et l'évolution vers la dépendance à la nicotine".[1934]

7.716. Le professeur Steinberg note que, bien que les adolescents soient plus susceptibles d'adopter un comportement à risque que les enfants ou les adultes, seule une minorité d'adolescents fument du fait des différences individuelles de personnalité et de disponibilité[1935] –

---

son propre examen des "[f]acteurs affectifs expérimentaux liés au besoin des jeunes en matière d'excitation et d'approbation des pairs, ainsi qu'à d'autres influences sociales". Voir *ibid.*, paragraphes 50, 88 à 104 et 115 à 120.

[1928] Rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 21. Voir aussi les paragraphes 107 à 111.

[1929] Rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 21. Voir aussi les paragraphes 107 à 111.

[1930] Rapport Biglan (pièce AUS-13), paragraphes 15 à 19.

[1931] Rapport Biglan (pièce AUS-13), paragraphe 20.

[1932] Rapport Biglan (pièce AUS-13), paragraphes 21 à 24.

[1933] Rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-76), page 428.

[1934] Rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232), page 3 à 1. Le professeur Heckman souscrit à ce point de vue et déclare ce qui suit:

> Au cours des dernières décennies, des spécialistes de nombreuses disciplines, y compris les neurosciences, la psychologie, la sociologie, la politique de santé et l'économie, ont largement étudié l'engagement des jeunes et des adultes dans divers comportements à risque, dont le tabagisme. Les nombreuses études sur le tabagisme et l'initiation chez les jeunes, issues de ces recherches, n'ont permis d'identifier aucun facteur unique qui expliquerait totalement le comportement tabagique chez les jeunes. Il existe un consensus selon lequel de nombreuses influences complexes et interactives interviennent dans le tabagisme des jeunes.

Rapport Heckman (pièce UKR-144), paragraphe 18. Voir aussi le rapport Mitchell (pièce UKR-154), paragraphe 52.

[1935] Rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6), paragraphe 42.

"[d']une manière générale, plus un individu présente de facteurs de risque, plus il sera susceptible de fumer".[1936]

7.717. Par conséquent, les éléments de preuve indiquent que divers experts et institutions partagent le même point de vue concernant les facteurs qui peuvent, individuellement ou de façon conjuguée, avoir un effet sur l'initiation de la consommation de produits du tabac chez les jeunes, mais il y a aussi un avis partagé selon lequel il n'y a pas un facteur unique qui détermine ce comportement.

7.718. Ni les rapports des divers organismes de santé publique mentionnés plus haut, ni les rapports d'expert qui nous ont été présentés n'identifient l'emballage du tabac comme un mobile de l'initiation au tabagisme de la même façon qu'ils mentionnent les autres facteurs d'initiation identifiés plus haut.[1937] Toutefois, nous ne considérons pas que l'Australie fait valoir que l'emballage du tabac est un facteur indépendant qui motive l'initiation à la consommation de tabac. Elle fait plutôt valoir que l'emballage joue un rôle en influençant certains des facteurs qui sont des mobiles de l'initiation au tabagisme.[1938] Spécifiquement, elle fait valoir que l'emballage du tabac est une forme de marketing qui influence le comportement tabagique en générant des perceptions positives des produits du tabac, y compris en communiquant aux jeunes que fumer les produits de la marque les aidera à satisfaire des besoins psychologiques particuliers.[1939]

7.719. Par conséquent, ce qui est en cause n'est pas de savoir si l'emballage du tabac *pousse* les adolescents et les jeunes adultes à commencer à fumer ou constitue en soi un mobile indépendant de l'initiation au tabagisme. En fait, notre examen devrait se concentrer sur le point de savoir si les éléments de preuve qui nous ont été présentés donnent à penser que l'emballage du tabac a une influence sur l'interaction complexe des facteurs qui sont considérés comme motivant l'initiation au tabagisme, y compris chez les jeunes, de sorte qu'il pourrait avoir une influence sur la décision de fumer. Cela est exprimé très clairement par l'USIOM, à propos de la publicité et de la promotion en général:

> La question n'est pas "la publicité et la promotion sont-elles *les* causes de l'initiation chez les jeunes?" mais plutôt "la plupart des éléments de preuve donnent-ils à penser que les caractéristiques de la publicité et de la promotion tendent à encourager les jeunes à fumer?"[1940]

7.720. De même, la question dont nous sommes saisis en l'espèce est de savoir si les éléments de preuve qui nous ont été présentés donnent à penser que les caractéristiques de l'emballage du tabac peuvent avoir une incidence sur les facteurs qui motivent l'initiation au tabagisme, y compris chez les jeunes. Nous examinons cette question ci-après.

Influence de l'emballage sur les mobiles de l'initiation au tabagisme

7.721. Comme il est indiqué plus haut, les experts des plaignants font valoir en substance qu'il vaut mieux considérer la consommation de tabac chez les adolescents (y compris, ce qui est le plus pertinent, l'initiation) dans le contexte des comportements à haut risque que les adolescents adoptent souvent du fait de leur développement neurologique, comme l'usage de stupéfiants et la consommation d'alcool. Le professeur Viscusi fait valoir que les mobiles de ces comportements sont très semblables car ils ont trait à l'influence des pairs, au contexte familial, y compris l'influence des parents et des frères et sœurs, à l'environnement scolaire et au niveau

[1936] Rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6), paragraphe 35. (références omises) Voir aussi le rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphes 275 et 276.
[1937] Voir le rapport McKeganey (pièces DOM-105, CUB-72), pages 16 et 41.
[1938] Australie, première communication écrite, paragraphe 60.
[1939] Australie, première communication écrite, paragraphes 60 à 102.
[1940] Rapport de 1994 de l'USIOM, chapitre. 4 (pièce AUS-78), page 131. Le rapport conclut ce qui suit: "[l]a réponse est oui, ce qui constitue une base suffisante pour agir, même en l'absence d'une chaîne de causalité précise et définitive." *Ibid.* À cet égard, nous notons que le professeur Azjen semble convenir qu'un ensemble complexe de facteurs motivent l'initiation au tabagisme. Voir le rapport Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-3), paragraphe 92; le contre-rapport Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-5), paragraphe 205. Nous sommes donc surpris que tous deux considèrent néanmoins que l'Australie est tenue de démontrer qu'il y a un lien de causalité direct entre l'emballage du tabac et l'initiation au tabagisme.

socioéconomique.[1941] Le professeur Mitchell fait valoir que l'on trouve une explication du comportement à risque dans les approches développementales de la prise de décision chez l'adolescent, qui constatent que, bien que les adolescents possèdent la faculté de raisonner de façon logique sur des résultats, ils sont plus susceptibles d'être attentifs aux récompenses immédiates qu'aux coûts futurs pouvant résulter de l'adoption d'un comportement à risque, au moment même où leur désir de nouvelles sensations et expériences s'accroît.[1942]

7.722. Le professeur Steinberg précise que les jeunes fument parce que l'acte de fumer lui-même confère l'approbation des pairs et le sentiment d'être adulte puisqu'il s'agit d'une activité réservée aux adultes, et que la marque qu'ils choisissent n'a pas d'importance.[1943] Autrement dit, selon lui, la gratification attendue du tabagisme est inhérente à l'acte de fumer lui-même et, par conséquent, "[i]l est hautement improbable qu'un adolescent qui a envie d'essayer de fumer refuse une cigarette que lui offre un ami en raison de l'emballage dans lequel la cigarette lui est offerte".[1944] Le professeur Steinberg précise que le comportement à risque des adolescents, y compris fumer, découle de leur désir de rechercher l'approbation de leurs pairs et qu'il est improbable que la modification de l'emballage contrecarre ces motivations.[1945]

7.723. Le professeur Steinberg fait également valoir que l'identification de la marque des produits du tabac est moins importante pour les adolescents en raison de la façon dont les jeunes obtiennent des cigarettes – à savoir auprès de leurs amis, "souvent sans nécessairement voir le paquet dans lequel elles ont été vendues".[1946] Il fait valoir que l'effet de l'identification de la marque peut seulement être pertinent "dans un monde où des paquets de marque sont disponibles", étant donné qu'"à première vue, il est hautement improbable" que "la valeur branchée additionnelle apportée par l'emballage [soit] si importante que les gens ne fumeront pas si les paquets de cigarettes qu'ils achètent portent une identification de la marque moins importante que l'identification actuelle".[1947] Il ajoute qu'il serait facile pour les fumeurs mineurs soucieux de projeter une image particulière de personnaliser l'emballage des cigarettes qu'ils fument.[1948]

7.724. Comme nous l'avons noté, l'expert de l'Australie, le professeur Slovic, partage l'avis du professeur Steinberg sur un certain nombre d'aspects importants concernant le développement neurologique des adolescents, leur prise de risque, leur expérimentation du tabac et leur sensibilité aux gratifications et à l'influence de leurs pairs.[1949] Ce qui les oppose, c'est que le professeur Slovic fait valoir que la "façon [dont le professeur Steinberg] qualifie[] la prise de risque chez les jeunes est en réalité un argument solide en faveur de l'emballage neutre".[1950]

7.725. Le professeur Slovic se réfère à "l'importance de l'affect pour éclairer les jugements, les décisions et toutes les formes de comportement motivé". Il emploie le terme "affect" pour désigner la qualité spécifique de ce qui est "bon" ou "mauvais", qui peut "a) être ressentie comme une sensation (en ayant conscience ou non) et b) délimiter une qualité positive ou négative d'un stimulus". Il note que "[l]es réactions affectives surviennent de façon rapide et automatique".[1951] L'utilisation de ces sentiments peut être qualifiée d'"heuristique d'affect" et, selon lui, la plupart des comportements de prise de risque sont motivés par l'affect plutôt que par une analyse délibérative des probabilités quantitatives ou des statistiques.[1952] Le professeur Slovic précise ce qui suit:

> Bien que l'analyse soit évidemment importante dans de nombreuses circonstances, l'utilisation de l'affect et des émotions est une façon plus rapide, plus facile et plus efficace de naviguer dans un monde complexe, incertain et parfois dangereux … De

[1941] Rapport Viscusi (pièce UKR-8), paragraphe 113. Voir aussi le rapport Heckman (pièce UKR-144), paragraphes 19 à 29.
[1942] Rapport Mitchell (pièce UKR-154), paragraphe 25.
[1943] Rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6), page 4 et paragraphes 31, 52 et 53.
[1944] Rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6), paragraphes 31 et 53.
[1945] Rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6), paragraphe 53.
[1946] Rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6), paragraphes 55, 56 et 59.
[1947] Rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6), paragraphe 57.
[1948] Rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6), paragraphe 58.
[1949] Rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 107.
[1950] Rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 21. Voir aussi *ibid.*, paragraphes 107 à 111.
[1951] Rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 27.
[1952] Rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 27.

nombreux théoriciens ont attribué à l'affect un rôle direct et de premier plan dans l'inspiration d'un comportement. Selon Epstein:

> Le système expérimental est supposé être étroitement associé à l'expérience de l'affect … qui renvo[ie] à des sentiments subtiles dont les individus n'ont souvent pas conscience. Lorsqu'une personne réagit à un événement important sur le plan émotionnel … le système expérimental parcourt automatiquement ses banques de mémoire à la recherche d'événements connexes, y compris les émotions qui les accompagnent. … Si les sentiments activés sont agréables, ils inspirent des actions et des pensées qui devraient reproduire les sentiments. Si les sentiments sont désagréables, ils inspirent des actions et des pensées qui devraient éviter les sentiments.[1953]

7.726. En ce qui concerne l'initiation au tabagisme, le professeur Slovic fait référence aux éléments de preuve provenant des données de l'enquête et de l'industrie du tabac qui, selon lui, indiquent que ce sont "les forces expérimentales et affectives, plutôt qu'une prise de décision analytique, [qui] amènent de nombreux jeunes à commencer à fumer, un comportement qu'ils considèrent plus tard comme une erreur".[1954] S'agissant de la publicité et de la promotion du tabac, il estime qu'une variété considérable de publicités et d'autres promotions du tabac ont été conçues pour associer des images positives et des affects positifs à l'acte de fumer. En outre, poursuit-il, les signaux affectifs provenant de l'environnement social exercent une forte influence sur le comportement tabagique (par exemple, passer un bon moment entre amis et éviter le risque d'être désapprouvé par ses pairs sont des exemples de facteurs sociaux dans lesquels l'affect ou la pensée expérimentale domine toute propension à penser de façon analytique ou délibérative).[1955] Ainsi, le professeur Slovic fait valoir que les fabricants de tabac investissent des ressources considérables dans le développement des paquets pour faire en sorte qu'ils soient attrayants pour les jeunes et que le sentiment inspiré par les images de marque et les associations puissent exercer sur les comportements de fortes influences qui ne sont pas consciemment reconnues.[1956] Il critique donc la communication du professeur Steinberg parce qu'elle n'"examine pas le rôle des milliards de dollars consacrés à un marketing sophistiqué qui crée le cachet qui amène le jeune individu, incité par le système de récompense correspondant au stade précoce de maturation de son cerveau, à envisager de fumer et son ami à lui offrir une cigarette dans un environnement où il est socialement attrayant de fumer".[1957] Il fait également valoir que le professeur Steinberg "oublie d'envisager la restriction de la disponibilité des marques et d'autres images commerciales conçues pour exploiter la vulnérabilité de cerveaux immatures en renforçant l'attrait émotionnel des produits du tabac".[1958]

7.727. Un autre expert de l'Australie, le docteur Biglan, partage également l'avis du professeur Steinberg selon lequel l'acte de fumer est important pour les jeunes nouvellement initiés du fait de "ce qu'il dit aux pairs et à l'adolescent lui-même"[1959] et selon lequel "avant de devenir dépendants, leurs motivations principales portent sur la satisfaction de besoins psychosociaux comme l'acceptation par leurs pairs et un sentiment de popularité, d'amusement et d'excitation".[1960] Il explique en outre que l'entrée dans l'âge adulte est également affectée par des préoccupations liées à l'acceptation sociale et à l'attachement social.[1961] Sur cette base, il indique que "lorsque les jeunes ont, ou aspirent à avoir, une image d'eux-mêmes qui correspond à l'image qu'ils se font d'un fumeur, ils sont plus susceptibles de chercher à fumer ou de devenir fumeurs",

[1953] Rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 31 (faisant référence à Epstein, S. (1994). Integration of the cognitive and the psychodynamic unconscious. *American Psychologist, 49*, page 716, non versé au dossier des présentes procédures).
[1954] Rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 46.
[1955] Rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 60. Voir aussi *ibid.*, paragraphe 90.
[1956] Rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphes 101 et 102.
[1957] Rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 111.
[1958] Rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 114.
[1959] Rapport Biglan (pièce AUS-13), paragraphe 157 (citant le rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6, page 4)).
[1960] Rapport Biglan (pièce AUS-13), paragraphe 157.
[1961] Rapport Biglan (pièce AUS-13), paragraphe 21.

et que les jeunes qui sont à la marge des groupes sociaux d'appartenance sont plus susceptibles d'être rebelles et de prendre des risques.[1962]

7.728. Le docteur Biglan renvoie à des études qui, d'après ce qu'il explique, "montrent que l'image qu'ont les jeunes des fumeurs a une influence importante sur leur tabagisme, et que ceux qui ont, ou aspirent à avoir, une telle image ou qui trouvent cette image attrayante seront plus susceptibles de fumer", et que, dans ce contexte, fumer peut être un moyen d'être accepté socialement.[1963] Spécifiquement, le fait de commencer à fumer une marque particulière "peut apparaître comme un geste utile, dans la mesure où la marque est effectivement associée dans leur esprit à l'acceptation sociale et à des attributs sociaux tels que l'autonomie, la maturité et la robustesse".[1964] Les besoins psychologiques qui induisent les jeunes à fumer "incluent la projection d'une image masculine ou féminine positive, la réduction de la détresse psychologique, la rébellion et la recherche de sensations"; les adolescents pour lesquels ces besoins sont grands sont plus susceptibles de fumer, les fabricants de tabac cherchent à associer leurs marques à la satisfaction d'un ou de plusieurs de ces besoins, et les marques populaires chez les jeunes associent leurs marques à la satisfaction d'un ou de plusieurs de ces besoins.[1965]

7.729. Pour le docteur Biglan, la question de savoir si les paquets de marque sur le marché discret de l'Australie inciteront les jeunes à commencer à fumer et à continuer dépend de la question de savoir si les caractéristiques des paquets de marque exercent le même type d'influence que les autres caractéristiques du marketing:

> [C]ommuniquent-ils aux jeunes que la marque et les fumeurs d'une marque possèdent les caractéristiques sociales auxquelles ils aspirent, comme le style, la popularité, l'enthousiasme et le charme? Incitent-ils les jeunes à croire que les gens populaires fument des produits de cette marque? Les jeunes trouvent-ils le paquet de marque attrayant? Les paquets communiquent-ils que les cigarettes de marque seront faciles à fumer? Qu'elles auront un goût agréable? Que l'on pourra facilement arrêter de fumer? Dans la mesure où ils ont ces effets-là sur les jeunes, les paquets de marque ne constituent alors qu'une autre facette du marketing et nous pouvons nous attendre à ce qu'ils incitent les jeunes à essayer de fumer ou à continuer.[1966]

7.730. Nous notons le désaccord entre les experts concernant la question de savoir si ces éléments pousseraient un adolescent ou un jeune adulte à commencer à fumer pour l'acte de fumer lui-même, ou si l'identification des marques ajoute quelque chose de plus qui est *indépendant* de l'acte de fumer. Comme cela a déjà été noté, selon le professeur Slovic, l'identification de la marque ajoute bel et bien quelque chose de plus, à savoir "le cachet qui amène le jeune individu, incité par le système de récompense correspondant au stade précoce de maturation du cerveau, à envisager de fumer et son ami à lui offrir une cigarette dans un environnement où il est socialement attrayant de fumer".[1967]

7.731. Nous rappelons les constatations que nous avons formulées plus haut, selon lesquelles l'emballage de marque peut agir comme un outil publicitaire ou promotionnel en ce qui concerne les produits du tabac, ainsi que les éléments de preuve qui nous ont été présentés, en particulier les déclarations émanant de l'industrie du tabac elle-même indiquant que l'identification de la marque sur les produits du tabac, y compris l'emballage, peut générer certaines perceptions positives en relation avec le produit dans l'esprit du consommateur. Nous avons également noté que l'utilisation de caractéristiques de conception d'emballage particulières, telle que comme les couleurs, les éléments graphiques, la texture, la typographie, les mécanismes d'ouverture et les formes, a été décrite comme faisant partie intégrante de l'utilisation de l'identification des marques sur les paquets de tabac pour la vente au détail, en vue de créer une image de marque et des associations positives avec les produits.[1968]

[1962] Rapport Biglan (pièce AUS-13), paragraphes 29 et 30.
[1963] Rapport Biglan (pièce AUS-13), paragraphes 26 à 32.
[1964] Rapport Biglan (pièce AUS-13), paragraphe 32. (référence omise)
[1965] Rapport Biglan (pièce AUS-13), paragraphe 33 (faisant référence à la monographie n° 19 concernant la lutte antitabac de l'Institut national du cancer (pièce AUS-77); et rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-76).
[1966] Rapport Biglan (pièce AUS-13), paragraphe 77.
[1967] Rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 111.
[1968] Voir plus haut les paragraphes 7.660 à 7.663.

7.732. En outre, il ressort d'un certain nombre de documents de l'industrie, mentionnés dans les présentes procédures, que ces efforts d'identification de la marque, y compris tels qu'ils s'appliquent à l'emballage, visent à créer des images qui seraient censées agir, entre autres, sur les perceptions de la fonction de la consommation de tabac décrites plus haut auxquelles il a été déterminé que les adolescents et les jeunes étaient particulièrement sensibles.

7.733. Un "mémoire de recherche et de planification" de RJ Reynolds décrit donc, entre autres choses, les effets psychologiques du tabagisme, qu'il identifie comme une "identification au groupe", un "soulagement du stress et de l'ennui", une "amélioration de l'image de soi" et une "expérimentation".[1969] Il examine ensuite l'"image que devrait avoir une nouvelle marque destinée au marché des jeunes" et précise que les "facteurs relatifs à l'image d'un produit" devraient "mettre en avant l'implication, la solidarité et l'appartenance au groupe, dont l'une des valeurs premières est l'individualité", "être nettement perçus comme un mécanisme contribuant à soulager le stress, la tension, l'embarras, l'ennui, etc.", "être associés à l'idée d'indépendance et à un esprit audacieux, différent, adulte, ou toute autre chose valorisée individuellement", "être perçus comme une sorte de nouvelle expérience, quelque chose qui éveille une certaine curiosité et suppose un certain défi", "se distinguer des marques établies utilisées par le groupe des plus de 30 ans et peut-être même par le groupe des plus de 25 ans" et "[d]oivent acquérir un caractère "branché" propre au groupe des "jeunes""; et "ne pas être perçus comme une marque "saine"".[1970]

7.734. D'autres éléments de preuve se rapportant au marketing de marques spécifiques, présentés ou mentionnés dans les présentes procédures, illustrent le rôle du marketing des marques, y compris par le biais de l'emballage, pour transmettre le type d'images et de perceptions auxquelles les jeunes sont réputés être sensibles et qui ont été identifiées plus haut comme contribuant à l'initiation au tabagisme. Par exemple:

- Un document intitulé "Note d'information sur l'emballage" élaboré pour la marque Benson & Hedges, note qu'"il est essentiel que le paquet lui-même génère le niveau optimal de modernité, d'image juvénile et d'attrait auprès des consommateurs fumeurs adultes de moins de 30 ans".[1971] Il indique que l'un des "avantage[s] essentiel[s] pour le

[1969] Mémoire de 1973 de RJ Reynolds (pièce AUS-69), pages 6 à 8. Le mémoire notait que le marketing des cigarettes "ne devrait en aucun cas inciter les non-fumeurs à commencer à fumer", mais reconnaissait qu'"un grand nombre, voire la plupart, "des 21 ans et moins" deviendr[aient] inévitablement fumeurs et [se verraient] offrir la possibilité d'utiliser nos marques". *Ibid.*, page 1. Le mémoire indique ensuite que, "[p]our celui qui ne fume pas encore et l'"apprenti", les effets physiques du tabagisme sont largement inconnus, inutiles ou sont en fait assez déplaisants, voire gênants". Il poursuit en indiquant que "[l]es effets psychologiques attendus ou qui en découlent sont, dans une large mesure, les raisons qui poussent les non-fumeurs à essayer de fumer et constituent une motivation suffisante durant la période d'"apprentissage" pour que l'"apprenti" persévère malgré le déplaisir et la gêne physiques ressentis pendant cette période". *Ibid.*, page 2. Le mémoire indique ce qui suit:

> Les marques conçues pour les fumeurs débutants devraient mettre l'accent sur les effets psychologiques désirables du tabagisme, en évoquant aussi les effets physiques désirables qu'il faut en attendre plus tard. Heureusement, il devrait ensuite être possible d'axer la promotion des cigarettes sur le fumeur débutant et de la rendre en même temps attrayante pour le fumeur confirmé. Les données et les grandes lignes figurant dans le tableau I peuvent ensuite servir de base pour arriver à certaines spécifications concernant de nouvelles marques "jeunes" et déterminer comment il conviendrait de les promouvoir.

Ibid., page 4. Ces "effets psychologiques" ont été définis dans le document comme étant une "identification au groupe" (c'est-à-dire "participer, partager, se conformer, etc."), un "soulagement du stress et de l'ennui" (c'est-à-dire "gagner du temps, s'interrompre valablement, surmonter des moments et des situations embarrassantes, avoir quelque chose à faire, etc."), une "amélioration de l'image de soi" (c'est-à-dire "s'identifier à des personnes appréciées, audacieuses, sophistiquées, libres de leurs choix, adultes, etc.") et une "expérimentation" (c'est-à-dire "essayer quelque chose de nouveau, expérimenter, etc."). *Ibid.*, pages 6 à 8.

[1970] Mémoire de 1973 de RJ Reynolds (pièce AUS-69), page 9. Il note en outre que le "nom et l'apparence du produit deviendront ici essentiels pour établir l'image désirée". *Ibid.*, page 10. Il illustre cela en notant que "le nom choisi devrait avoir un double sens" ou être "un nom évoquant des réactions différentes, mais désirables, de différents groupes d'âge". Il illustre cela par une référence au "thème du western" de Marlboro, qui "propose l'indépendance, l'air pur, les grands espaces et la liberté au groupe des jeunes, tout en évoquant le "bon vieux temps", le travail acharné, les bons contre les méchants, etc., pour la génération d'âge mur". *Ibid.*, page 10.

[1971] British American Tobacco, Note d'information de 2001 sur l'emballage (pièce AUS-23), page 1.

consommateur" est qu'il "[d]iffuse positivement les valeurs personnelles, émotionnelles d'un "esprit passionné" à l'intérieur et à l'extérieur".[1972] Il mentionne ensuite que "Benson & Hedges incarne un esprit réellement passionné: en exprimant l'idée qu'il faut être fort pour obtenir ce que l'on veut dans la vie[;] en favorisant les vraies émotions de l'esprit humain[;] en encourageant activement le contact personnel entre passionnés du monde entier[;] et en bénéficiant d'une réputation de qualité qui constitue le fondement de son attitude confiante et progressiste".[1973]

- Un document de Philip Morris datant de 1990, intitulé "Commercialiser de nouveaux produits dans un environnement restrictif", présente "un concept d'emballage innovant qui projette une apparence masculine jeune et différente".[1974] En outre, il mentionne les "marques non traditionnelles" comme étant une "idée d'un nouveau produit", avec pour "marché cible" les "jeunes adultes urbains européens et les marques qui les attirent/reflètent leur style de vie actuel".[1975]En ce qui concerne l'idée d'un produit de "recharge", la présentation note que la notion de recharge "modifie le rituel de fumer" avec "le contenant définitif: un boîtier exclusif de conception innovante qui est l'expression de l'identité personnelle" et "rend[rait] le produit plus acceptable socialement".[1976] Quant à l'idée d'un produit "fait sur mesure", il est noté qu'"aujourd'hui, les consommateurs cherchent à s'épanouir et choisissent consciemment des produits qui sont en adéquation avec leur style de vie personnel".[1977]

- Un document de Philip Morris datant de 1992, intitulé "Possibilités d'innovation en matière d'emballage" associe la "valeur de la nouveauté" aux expressions suivantes: "avoir l'air différent", "je souhaite quelque chose de différent", "a l'air plus contemporain; d'aujourd'hui; des années 1990", "me donne l'impression d'être important(e), que ma marque fait attention à moi", "crée un attrait visuel", "attire l'attention des autres (jalousie)", "renouvelle l'attention que je porte à ce que j'ai entre les mains", "ravive l'attachement, l'enthousiasme que j'ai pour ma marque" et "si je paye le prix normal, je devrais obtenir quelque chose de créatif, d'excitant, de différent".[1978]

- L'auteur d'un document de 2000 concernant les cigarettes Alpine de Philip Morris a noté que les "fumeurs de ce produit [étaient] considérés" comme "[s]ophistiqués", "[s]ensibles à la mode", des "[a]dultes plus jeunes", "[c]onfiants", "[e]xtravertis/sociables", "[p]lus comme moi", "[p]lus populaires" et "[a]ssez novateurs".[1979]

- Un autre document élaboré en 1994 pour Philip Morris présente une analyse de la fumeuse de cigarettes Alpine et de "[c]e … qu'elle [veut]", dans laquelle il est fait référence: à une "[i]mage sociale haut de gamme et féminine" (précisée dans les termes suivants: "[s]ophistication", "[r]éussite équilibrée en tant que femme", et il est noté que "[c]e sont le filtre et le paquet blancs qui produisent ce résultat") et à une "gratification émotionnelle" (précisée dans les termes suivants: "[r]alentir, reprendre le contrôle et reprendre confiance"; "[a]voir l'air et se sentir belle").[1980] Sous le titre "Repositionnement de la marque Alpine pour les années 1990", il est fait état d'une "[t]ransition vers l'image de la princesse", assimilée à une image "[p]lus douce, moins

[1972] British American Tobacco, Note d'information de 2001 sur l'emballage (pièce AUS-23), page 2.
[1973] British American Tobacco, Note d'information de 2001 sur l'emballage (pièce AUS-23, page 2. La note publicitaire identifie en outre le "caractère de la marque" comme étant "substance intérieure et style extérieur[;] confiance intérieure et réussite extérieure[;] imaginaire intérieur et expressivité extérieure[;] détermination intérieure et réalisation extérieure[;] réconfort intérieur et générosité extérieure[;] motivation intérieure et optimisme extérieur[;] passion intérieure et énergie extérieure[;] fierté intérieure et joie extérieure[;] qualité intérieure et réputation extérieure". *Ibid.*, page 2.
[1974] Philip Morris, "Marketing New Products in a Restrictive Environment", Marketing Meeting, Naples, Florida (June 1990), Bates No. 2044762173/2364, (Philip Morris, Réunion commerciale de 1990) (pièce AUS-96), page 12.
[1975] Philip Morris, Réunion commerciale de 1990 (pièce AUS-96), page 24.
[1976] Philip Morris, Réunion commerciale de 1990 (pièce AUS-96), pages 29 et 31.
[1977] Philip Morris, Réunion commerciale de 1990 (pièce AUS-96), page 33.
[1978] Philip Morris, Possibilités d'innovation en matière d'emballage (pièce AUS-95), page 3.
[1979] Philip Morris, Cigarettes Alpine (pièce AUS-107), page 12.
[1980] Colmar Brunton, Présentation créative concernant Alpine (pièce AUS-108), pages 9 et 10. (caractères gras et italique omis)

déterminée (équilibre), moins masculine, un peu plus rêveuse".[1981] Pour ce qui est de l'emballage et des styles de polices de caractères, il est indiqué qu'"[i]déalement, on souhaiterait un croisement entre [l]a modernité décontractée et branchée de Squiggles" et "[l']image de qualité raffinée de Double Line".[1982]

- Un "livre blanc" pour l'élaboration d'une publicité Camel indique ce qui suit: l'"image de CAMEL qui existe actuellement sur le marché (à savoir, les perceptions de la marque et non celles de la publicité) inclut des aspects qui correspondent étroitement aux désirs des jeunes hommes adultes et qui cadrent bien avec ce que CAMEL a toujours défendu".[1983] Ces aspects incluaient l'"indépendance", "ne pas suivre le mouvement", "vivre selon ses propres idées", "défendre des idées", "ne pas craindre d'exprimer sa personnalité", "apprécier d'être différent" et "ne pas se satisfaire de l'ordinaire".[1984]

- L'Australie présente également un document de Philip Morris intitulé "Test du nom/paquet à angles arrondis Virginia Slims", qui donne les résultats d'une étude de recherche quantitative concernant une proposition de modification de l'emballage de Virginia Slims.[1985] Il y est noté que, dans le cadre des entretiens réalisés dans 15 centres commerciaux où étaient testés différents designs de paquet, le "paquet à angles arrondis modifié "plein arôme" et le paquet à angles arrondis "léger" étaient plus susceptibles d'être associés à des attributs d'image positifs tels que "innovant", "paquet que mes amis pourraient avoir entre leurs mains", "sophistiqué" et "prix raisonnable"".[1986]

- Dans un test de paquet pour Merit de Philip Morris, en vue de "redynamiser la marque Merit", des recherches ont été effectuées dans le but de recueillir des réactions face à des paquets de remplacement pour différentes variantes de la marque. L'étude indique que les recherches visaient "à déterminer l'attrait relatif de chaque paquet pour les fumeurs de la marque Merit et de marques concurrentes et à connaître les attributs de l'image et du produit communiqués par chaque paquet".[1987] Parmi les trois variantes, trois emballages de remplacement ont été classés en fonction d'un éventail de perceptions, y compris la question de savoir si le paquet était "[p]our des fumeurs de mon âge", "[avait] une apparence nouvelle redynamisée", "[u]n aspect élégant", "[a]ccrocheur", "[a]ttrayant", "[de] grande qualité", "[p]ouvait devenir populaire chez les [jeunes adultes fumeurs]", était "[p]our quelqu'un comme moi", "[m]oderne/contemporain", "[u]n paquet que j'aimerais avoir entre les mains", "[à] la mode", "[b]ranché/tendance", "[e]nnuyeux/terne", "[g]énérique", "[p]eu attrayant" et "[d']aspect bon marché".[1988]

- Dans une étude pour RJ Reynolds concernant le groupe de marques Salem, il était demandé aux participants d'indiquer la mesure dans laquelle, selon eux, diverses déclarations décrivaient des marques particulières, y compris si la marque était: "audacieuse et dynamique"; "allait dans le bon sens"; "intrigante"; "prometteuse"; "progressiste"; et "destinée aux fumeurs jeunes adultes urbains". Il leur était également demandé si la marque "[reflétait] une attitude qui [leur] plai[sait]", "[donnait] une impression mystique" et s'ils "[l]a recommanderaient à leurs amis adultes fumeurs".[1989]

- Une présentation marketing de Philip Morris de 1990 concernant la marque Longbeach indique qu'"[u]ne partie des raisons du succès de la marque ont été identifiées dans des

[1981] Colmar Brunton, Présentation créative concernant Alpine (pièce AUS-108), page 11.
[1982] Colmar Brunton, Présentation créative concernant Alpine (pièce AUS-108), page 19.
[1983] Livre blanc pour l'élaboration d'une publicité Camel (pièce AUS-197), page 3.
[1984] Livre blanc pour l'élaboration d'une publicité Camel (pièce AUS-197), page 3.
[1985] Philip Morris, Test du nom/paquet à angles arrondis Virginia Slims (pièce AUS-168), page i.
[1986] Philip Morris, Test du nom/paquet à angles arrondis Virginia Slims (pièce AUS-168), pages i et iv. Les cigarettes plein arôme contenues dans le "paquet à angles arrondis modifié étaient nettement plus susceptibles d'être décrites comme "légères" que celles des paquets à angles arrondis transposés directement et des paquets constitués de boîtiers normalisés". Parmi les noms examinés pour le paquet à angles arrondis, "Sleek Box et Contour Box étaient considérés comme étant plus attrayants et appropriés d'une manière générale" et "correspondaient à des attributs d'image plus favorables, notamment "stylé", "innovant", "contemporain", "unique", "d'aspect élégant" et "sophistiqué"". *Ibid*., page v.
[1987] Philip Morris, Test du paquet Merit (pièce AUS-170), page i.
[1988] Philip Morris, Test du paquet Merit: rapport final (pièce AUS-170), page 16.
[1989] RJ Reynolds, Étude Salem A&A (pièce AUS-171), page 95.

> recherches qualitatives" et qu'"[i]l a été constaté que son emballage et sa publicité projetaient une personnalité à laquelle aspiraient de nombreux fumeurs de cigarettes bon marché, en particulier l'air de liberté, d'évasion, de douceur qu'elle exprime et sa valeur de marque véritablement grand public".[1990]

7.735. Ces éléments de preuve nous indiquent que l'industrie du tabac et ses organismes de marketing considèrent que l'emballage du tabac (y compris le libellé, le design, la forme et d'autres caractéristiques) peut communiquer un large éventail d'images qui non seulement se rapportent aux caractéristiques du produit mais projettent également des images concernant son consommateur, par exemple, modernité[1991], image juvénile[1992], "substance intérieure et style extérieur", "confiance intérieure et réussite extérieure"[1993], "une expression de l'identité personnelle"[1994], ""[c]onfiant", "[e]xtraverti/sociable", "[p]lus populaire"[1995], peut "mettre en avant l'implication, la solidarité et l'appartenance au groupe"[1996]; "individualité"[1997]; une façon de "soulager le stress, la tension, l'embarras, l'ennui, etc."[1998]; "être associé[] à l'idée d'indépendance et à un esprit audacieux, différent, adulte, ou toute autre chose valorisée individuellement"[1999]; "être perçu[] comme une sorte de nouvelle expérience, quelque chose qui éveille une certaine curiosité et suppose un certain défi"[2000]; donner au consommateur "l'impression d'être important(e)"[2001]; peut "attire[r] l'attention des autres (jalousie)"[2002]; entraîner une "gratification émotionnelle"[2003]; susciter une façon d'"[a]voir l'air et [de] se sentir belle"[2004]; la "[g]ai[eté], l'aventure sociale et l'effort"[2005]; donner l'impression d'avoir du "style"[2006], d'être "[u]nique"[2007], "[b]ranché" ou "tendance"[2008]; "[t]raditionnel"[2009]; "[a]ncien"[2010]; "fort/robuste"[2011], "à la mode"[2012], de "paraître cher"[2013], de "paraître bon marché"[2014], "précieux"[2015], "audacieu[x] et dynamique"; "intrigant[]"; "prometteu[r]"; "progressiste"[2016]; et exprimer l'idée d'"indépendance"[2017], de "ne pas suivre le mouvement"[2018], de "vivre selon ses propres idées"[2019],

[1990] Philip Morris, Présentation commerciale de 1990 (pièce AUS-544), page 18.
[1991] British American Tobacco, Note d'information de 2001 sur l'emballage (pièce AUS-23), pages 1 et 2; Philip Morris, Possibilités d'innovation en matière d'emballage (pièce AUS-95), page 12; et Philip Morris, Test du paquet Merit (pièce AUS-170), page 16.
[1992] British American Tobacco, Note d'information de 2001 sur l'emballage (pièce AUS-23), page 1.
[1993] British American Tobacco, Note d'information de 2001 sur l'emballage (pièce AUS-23), page 2.
[1994] Philip Morris, Réunion marketing de 1990 (pièce AUS-96), page 29.
[1995] Philip Morris, Cigarettes Alpine (pièce AUS-107), page 12.
[1996] Mémoire de 1973 de RJ Reynolds (pièce AUS-69), page 9.
[1997] Mémoire de 1973 de RJ Reynolds (pièce AUS-69), page 9.
[1998] Mémoire de 1973 de RJ Reynolds (pièce AUS-69), page 9.
[1999] Mémoire de 1973 de RJ Reynolds (pièce AUS-69), page 9.
[2000] Mémoire de 1973 de RJ Reynolds (pièce AUS-69), page 9.
[2001] Philip Morris, Possibilités d'innovation en matière d'emballage (pièce AUS-95), page 3.
[2002] Philip Morris, Possibilités d'innovation en matière d'emballage (pièce AUS-95), page 3.
[2003] Colmar Brunton, Présentation créative concernant Alpine (pièce AUS-108), page 10.
[2004] Colmar Brunton, Présentation créative concernant Alpine (pièce AUS-108), page 10. Voir aussi Philip Morris, Test du paquet New Parliament (pièce AUS-169), page 13.
[2005] Colmar Brunton, Présentation créative concernant Alpine (pièce AUS-108), page 10.
[2006] Philip Morris, Test du nom/paquet à angles arrondis Virginia Slims (pièce AUS-168), page v; Philip Morris, Test du paquet New Parliament (pièce AUS-169), page 13; et Philip Morris, Test du paquet Merit (pièce AUS-170), pages 16 et 17.
[2007] Philip Morris, Test du paquet New Parliament (pièce AUS-169), page 13.
[2008] Philip Morris, Test du paquet New Parliament (pièce AUS-169), page 13; et Philip Morris, Test du paquet Merit (pièce AUS-170), pages 16 et 17.
[2009] Philip Morris, Test du paquet New Parliament (pièce AUS-169), page 13; et Philip Morris, Test du paquet Merit (pièce AUS-170), pages 16 et 17.
[2010] Philip Morris, Test du paquet New Parliament (pièce AUS-169), pages 13, 41 et 42.
[2011] Philip Morris, Test du paquet New Parliament (pièce AUS-169), page 41.
[2012] Philip Morris, Test du paquet New Parliament (pièce AUS-169), page 41; et Philip Morris, Test du paquet Merit (pièce AUS-170), pages 16 et 17.
[2013] Philip Morris, Test du paquet New Parliament (pièce AUS-169), pages 41 et 42.
[2014] Philip Morris, Test du paquet New Parliament (pièce AUS-169), page 41.
[2015] Philip Morris, Test du paquet New Parliament (pièce AUS-169), pages 41 et 42.
[2016] RJ Reynolds, Étude Salem A&A (pièce AUS-171), page 95.
[2017] Livre blanc pour l'élaboration d'une publicité Camel (pièce AUS-197), page 3.
[2018] Livre blanc pour l'élaboration d'une publicité Camel (pièce AUS-197), page 3.
[2019] Livre blanc pour l'élaboration d'une publicité Camel (pièce AUS-197), page 3.

de "défendre des idées"[2020], de "ne pas craindre d'exprimer sa personnalité"[2021], d'"apprécier d'être différent"[2022], de "ne pas se satisfaire de l'ordinaire"[2023]; de "liberté"[2024], et d'"évasion".[2025]

7.736. Ces éléments de preuve nous indiquent que les designers d'innovations pour l'emballage de l'industrie du tabac sont conscients du pouvoir de l'identification des marques, y compris du design et des autres éléments de l'emballage, pour susciter certaines réactions dans l'esprit des consommateurs et conférer à ces produits des images auxquelles le consommateur potentiel voudrait être associé. Spécifiquement, les éléments de preuve susmentionnés donnent à penser que l'emballage du tabac vise à représenter des images et des associations attrayantes pour le consommateur du point de vue de *ce que le paquet dit de lui* et de l'*image du propriétaire que ces paquets transmettent ou suscitent*. À cet égard, nous partageons l'avis ci-après du professeur Fong:

> La différenciation des produits est essentielle pour l'emballage du tabac, en ce sens qu'elle augmente l'attrait au moyen du design du paquet (graphique et structurelle) dont le but est de rendre les produits du tabac attrayants et agréables à l'œil d'un point de vue esthétique et d'engendrer des perceptions des *caractéristiques de qualité et des caractéristiques d'identité et de personnalité* positives du produit, ainsi que des perceptions du goût positives.[2026]

7.737. Les avis des experts et les documents de l'industrie du tabac, résumés plus haut, fournissent des éléments de preuve indiquant que les images et les messages transmis par l'emballage du tabac sont de nature à pouvoir faire croire que la consommation de tabac peut satisfaire certains besoins, ou créer certaines associations avec le consommateur. En outre, comme il est indiqué plus haut, il est reconnu que les jeunes et les jeunes adultes sont particulièrement vulnérables en ce qui concerne l'initiation à la consommation de tabac dans les cas où ils pensent que cette consommation peut satisfaire ces besoins. Considérés conjointement, les éléments de preuve qui nous ont été présentés étayent donc le point de vue selon lequel l'image et les associations pouvant être conférées aux produits du tabac par leur emballage sont de nature à faire croire que leur consommation attribuera certaines qualités au consommateur, et selon lequel les adolescents sont particulièrement vulnérables pour ce qui est d'agir sur la base de ces croyances, du fait de la nature des processus de prise de décision chez l'adolescent, comme il est résumé plus haut.[2027]

7.738. Nonobstant cette observation, nous notons les arguments des plaignants selon lesquels l'incidence de cette identification de la marque et les associations positives qu'elle peut générer sont limitées à la demande secondaire (par opposition à la demande primaire).[2028] Le Honduras décrit cette distinction de la façon suivante:

> Comme l'a observé le professeur Winer, pour évaluer les effets des marques sur la demande d'un produit, il est essentiel de tenir compte de la distinction entre demande primaire et demande secondaire. La demande primaire désigne la demande totale de produits au sein d'une industrie ou d'une catégorie de produits. Sur le marché des cigarettes, la demande primaire est le volume de cigarettes que les consommateurs achètent pour l'ensemble des marques. La demande secondaire est [une] mesure de la demande pour une marque particulière sur un marché. Sur le marché des

[2020] Livre blanc pour l'élaboration d'une publicité Camel (pièce AUS-197), page 3.
[2021] Livre blanc pour l'élaboration d'une publicité Camel (pièce AUS-197), page 3.
[2022] Livre blanc pour l'élaboration d'une publicité Camel (pièce AUS-197), page 3.
[2023] Livre blanc pour l'élaboration d'une publicité Camel (pièce AUS-197), page 3.
[2024] Philip Morris, Présentation marketing de 1990 (pièce AUS-544), page 18.
[2025] Philip Morris, Présentation marketing de 1990 (pièce AUS-544), page 18.
[2026] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 165. (pas d'italique dans l'original)
[2027] Nous notons également que les éléments de preuve mentionnés aux paragraphes 7.732 à 7.736 indiquent que cette influence peut être créée par la marque, mais aussi par divers autres éléments de conception, y compris, par exemple, les couleurs et les formes. En outre, ces couleurs et ces formes étaient encore autorisées avant l'introduction des mesures TPP et pouvaient donc encore, selon nous, communiquer ces mêmes messages. Voir aussi le rapport Biglan (pièce AUS-13), figure 6; États-Unis c. Philip Morris (pièce AUS-71), paragraphe 2653 (citant le rapport de 1994 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis); et le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), paragraphes 3.1 à 3.6.
[2028] Honduras, première communication écrite, paragraphes 448 à 454; et deuxième communication écrite, paragraphe 646. Voir aussi Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 208 et 209; et République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 683.

> cigarettes, la demande secondaire désigne les volumes de consommation d'une marque spécifique, par exemple Dunhill, Marlboro, etc.[2029]

7.739. À propos de cette distinction et du rôle du marketing en ce qui concerne les demandes primaire et secondaire, les plaignants mentionnent les rapports d'expert des professeurs Winer et Steenkamp. Le professeur Winer fait valoir que, sur un marché mature comme celui des cigarettes, l'"identification des marques n'affecte pas la demande primaire ni la taille du marché mais affecte la demande secondaire, les choix des consommateurs sur le marché".[2030] À son avis, la principale raison pour laquelle l'identification des marques est plus efficace en tant que moyen pour générer la demande secondaire sur un marché mature est que les consommateurs connaissent déjà le produit, et les avantages et désavantages qu'ils en perçoivent, et peuvent être des clients réguliers expérimentés.[2031] Sur ce marché, les communications relatives à la marque aident les concurrents à accroître leurs parts aux dépens des autres participants de l'industrie, et non à informer les consommateurs de l'existence du produit.[2032] Le professeur Winer ajoute que la majorité des consommateurs peuvent ne pas souhaiter changer de marque, mais le fait que certains consommateurs le font est une forte incitation pour les marques à lutter pour conserver ou accroître leur part, de sorte que "[l]e changement ou la menace d'un changement constitue l'essence d'un marché compétitif car les marques doivent s'efforcer d'améliorer le produit, service et/ou valeur qu'elles proposent pour croître ou, tout au moins, pour protéger leur part et continuer d'être rentables et d'assurer un rendement à leurs actionnaires".[2033] Le professeur Winer mentionne un certain nombre d'études et note que, "puisque les campagnes publicitaires ne font pas augmenter la demande primaire globale dans les industries matures, les caractéristiques de l'emballage de marque ne peuvent certainement pas faire augmenter la demande globale, surtout dans un contexte où les risques pour la santé sont connus et où l'environnement est fortement opposé au tabac", en particulier compte tenu de l'absence de soutien des autres "contextes promotionnels habituels", quels qu'ils soient.[2034]

7.740. Le professeur Steenkamp, bien que rejetant l'idée que l'emballage de marque soit un instrument publicitaire spécifique, fait valoir que, si l'emballage a une certaine fonction publicitaire, l'effet de la publicité sur la demande primaire[2035] est surestimé.[2036] Il examine un certain nombre d'études économétriques sur l'élasticité publicitaire pour examiner la mesure dans laquelle les augmentations des dépenses publicitaires pour le tabac affectent la demande de produits du tabac. Concluant que la publicité a, au mieux, un effet négligeable sur la demande primaire, il indique ensuite que les fabricants font néanmoins de la publicité pour accroître les ventes intermarques, contribuer à la différenciation des marques, percevoir un prix plus élevé pour leurs marques et créer des obstacles à l'entrée de nouveaux concurrents.[2037]

7.741. L'Australie invoque les rapports d'expert des professeurs Chaloupka et Tavassoli pour contester ces assertions. Spécifiquement, le professeur Chaloupka étudie divers rapports élaborés,

---

[2029] Honduras, première communication écrite, paragraphe 450 (faisant référence au rapport Winer (pièce UKR-9), paragraphe 28). Voir aussi République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 683 (faisant référence au rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-5), paragraphe 115; et le rapport Winer (pièce UKR-9), page 32). Le Honduras et la République dominicaine ont tous deux invoqué le rapport Winer (pièce UKR-9). Voir Honduras, communication au Groupe spécial du 8 juillet 2015; et République dominicaine, réponses aux questions du Groupe spécial après la première réunion de fond, paragraphe 1.

[2030] Rapport Winer (pièce UKR-9), paragraphe 29.

[2031] Rapport Winer (pièce UKR-9), paragraphe 29.

[2032] Rapport Winer (pièce UKR-9), paragraphe 30.

[2033] Rapport Winer (pièce UKR-9), paragraphe 31.

[2034] Rapport Winer (pièce UKR-9), paras 32 à 34.

[2035] Le professeur Steenkamp emploie également l'expression "demande de catégorie".

[2036] Rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-5), paragraphe 90.

[2037] Rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-5), paragraphes 90 à 112. Nous notons également l'argument du professeur Neven selon lequel, d'un point de vue économique, l'identification de la marque en tant que type particulier de stratégie marketing peut, en premier lieu, rendre les consommateurs plus enclins à payer pour un type de produit particulier; et, en second lieu, les rendre plus enclins à acheter une *marque* particulière dans ce groupe de produits. Le professeur Neven fait valoir que, d'une manière générale, les mesures de marketing sont plus susceptibles d'avoir des effets d'expansion du marché lorsqu'un produit est nouveau et que les consommateurs sont encore relativement peu informés de ses caractéristiques, et tout au long du cycle de vie d'un produit, les éléments de l'identification de la marque relatifs à l'expansion du marché (demande primaire) tendent à devenir moins importants et sont remplacés par des effets de prise de parts de marché (demande secondaire). Lorsque les produits "sont matures, l'identification de la marque peut en fait n'avoir pratiquement plus aucune valeur pour l'expansion du marché". Rapport Neven (pièce UKR-3) (RSC), pages 20 à 25. Voir aussi le contre-rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-14), paragraphes 73 à 80.

entre autres, par le Directeur du Service de santé publique des États-Unis, l'USIOM et l'Institut national du cancer des États-Unis en ce qui concerne le rôle de la publicité et de la promotion sur la consommation de tabac (et spécifiquement l'initiation), et reproche aux experts des plaignants de ne pas tenir compte de ces renseignements. Il critique également les bases sur lesquelles ces experts formulent leurs conclusions concernant les effets de la publicité.[2038] Le professeur Tavassoli fait valoir que la publicité peut être efficace pour stimuler la demande primaire dans les catégories matures et que les effets au niveau de la marque peuvent affecter les perceptions des catégories de produits dans leur ensemble et peuvent donc affecter la demande primaire.[2039]

7.742. L'Australie se réfère à des documents internes de l'industrie du tabac, aux constatations du tribunal de district des États-Unis pour le district de Columbia dans l'affaire États-Unis c. Philip Morris, ainsi qu'à des rapports du Directeur du Service de santé publique des États-Unis, de l'Institut national du cancer des États-Unis, de l'USIOM et de l'OMS pour étayer l'idée qu'un lien de causalité a été établi entre le marketing du tabac et sa consommation, y compris l'initiation à la consommation de tabac.[2040]

7.743. Nous prenons note des études économétriques mentionnées par le professeur Steenkamp et suggérant "au mieux une incidence négligeable" de la publicité sur la demande primaire de produits du tabac.[2041] Cependant, nous notons également la capacité limitée des éléments de preuve économétriques fondés sur des données agrégées de détecter des augmentations de la consommation résultant d'augmentations de la publicité, comme le laisse entendre l'analyse de la Banque mondiale, citée par le professeur Chaloupka, qui l'a corédigée.[2042] Par conséquent, nous jugeons approprié de tenir également dûment compte des autres éléments de preuve pertinents dont nous disposons, qui peuvent éclairer l'incidence potentielle des éléments d'identification de la

[2038] Rapport Chaloupka sur la santé publique (pièce AUS-9), paragraphes 57 à 88.
[2039] Rapport Tavassoli (pièce AUS-10), paragraphes 42 à 53.
[2040] Australie, première communication écrite, paragraphes 62 à 65.
[2041] À cet égard, nous notons également que les plaignants ont présenté ces arguments subsidiairement à leur affirmation principale selon laquelle on ne pouvait pas considérer que l'emballage agissait comme de la publicité.
[2042] Voir le rapport Chaloupka sur la santé publique (pièce AUS-9), paragraphe 79 (citant Jha et Chaloupka 1999 (pièce AUS-51), pages 49 et 50):

> Ces études peuvent être trompeuses pour les raisons suivantes. Premièrement, la théorie économique laisse entendre que la publicité aura une incidence marginale décroissante sur la demande; cela veut dire que, si la publicité pour un produit augmente, les consommateurs réagiront de moins en moins à la publicité additionnelle et, finalement, la publicité n'aura plus du tout d'effet sur eux. La publicité dans l'industrie du tabac se situe à un niveau relativement élevé, approximativement 6% des recettes des ventes, soit un taux d'environ 50% supérieur à celui de l'industrie moyenne. Ainsi, toute augmentation de la consommation pouvant découler d'une augmentation de la publicité sera probablement très limitée et difficile à détecter. Cela ne signifie pas que sans publicité, la consommation serait nécessairement aussi élevée qu'avec de la publicité – cela signifie seulement que l'incidence marginale d'une augmentation de la publicité est négligeable. Deuxièmement, les données qui enregistrent l'incidence de la publicité sur les ventes présentent habituellement des niveaux d'agrégation très élevés, à savoir pour des périodes relativement longues, pour tous les annonceurs, dans tous les médias, et souvent pour de grandes populations. Toute modification subtile qui pourrait apparaître à un niveau plus désagrégé de l'analyse est donc cachée. Dans des études utilisant des données moins agrégées, les chercheurs trouvent plus d'éléments de preuve indiquant un effet positif de la publicité sur la consommation, mais ces études sont onéreuses et chronophages et, par conséquent, rares.

Nous notons également l'exemple de "Tropicana" que le professeur Steenkam présente à l'appui de son argument selon lequel les effets d'une modification de l'emballage se limitent à la demande secondaire. Le professeur Steenkamp explique que, dans le cas de la marque "Tropicana", la modification de l'apparence du paquet a amené certains consommateurs à se tourner vers d'autres marques, ce qui, d'après ce qu'il laisse entendre, indique que l'incidence de cette modification concerne la demande secondaire et non la demande primaire du produit (du jus d'orange, en l'occurrence). (Voir le rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-5), paragraphes 58 et 59.) Nous notons toutefois que, dans ce cas, les circonstances étaient très différentes par rapport à l'application d'un emballage uniforme à toutes les marques: dans cet exemple, des produits concurrents étaient toujours des consommateurs, dans leur emballage familier, et certains se sont tournés vers ces autres marques. Comme le professeur Steenkamp le reconnaît, il s'agit d'un cas très différent de celui de l'emballage neutre du tabac, dans lequel *toutes* les marques sont neutres et il n'est pas possible de se tourner vers un autre produit qui n'aurait pas été affecté par la même modification de l'emballage.

marque figurant sur l'emballage du tabac sur la demande et la consommation de produits du tabac.

7.744. À cet égard, les éléments de preuve qui nous ont été présentés indiquent clairement qu'il faut continuellement recruter de nouveaux fumeurs pour maintenir la demande primaire de produits du tabac à un niveau qui assurera la pérennité de l'industrie et "remplacer" ceux qui cessent de consommer le produit parce qu'ils y ont renoncé ou qu'ils sont morts. Comme le Directeur du Service de santé publique des États-Unis l'a observé:

> Les jeunes sont un marché qui revêt une importance stratégique pour l'industrie du tabac. Étant donné que la plupart des fumeurs fument leur première cigarette avant l'âge de 18 ans, les jeunes sont la principale source de nouveaux consommateurs pour l'industrie du tabac, qui doit chaque année remplacer les nombreux consommateurs qui arrêtent de fumer et les nombreux consommateurs qui meurent de maladies liées au tabagisme.[2043]

7.745. Les éléments de preuve indiquent en outre que les jeunes adultes fumeurs sont une cible essentielle du marketing des marques étant donné qu'ils présentent un degré élevé de fidélité à leur premier choix de marque. L'industrie du tabac a reconnu que ce groupe d'âge présentait un degré élevé de fidélité au premier choix de marque.[2044] En effet, elle a noté que "le vieillissement des jeunes adultes fumeurs, conjugué à leur fidélité à la marque, garantit la croissance d'une marque pour des décennies", de sorte que "[l]e succès futur de toute marque de cigarettes résulte de sa capacité d'attirer les jeunes adultes fumeurs, qui ont entre 18 et 24 ans" et que "les fumeurs qui ont entre 18 et 24 ans déterminent les tendances futures de l'industrie du tabac".[2045] De fait, comme l'a noté l'Institut national du cancer des États-Unis:

> Pour réussir, une marque de tabac doit attirer les jeunes fumeurs qui, idéalement (du point de vue du fabricant), passent par une série d'étapes qui vont de l'expérimentation, à la fidélité à une marque particulière et à une augmentation de la consommation à mesure qu'ils vieillissent et deviennent des fumeurs adultes. Comme il y a chaque jour environ 4 000 adolescents, âgés de 12 à 17 ans, qui commencent à fumer des cigarettes, les premières années revêtent une importance cruciale pour ce qui est d'aider les jeunes adultes fumeurs à choisir une marque pour la vie, et donc d'aider les fabricants de tabac à accroître la part de marché totale de la marque.[2046]

7.746. Compte tenu de ces éléments, nous souscrivons à l'évaluation faite par le professeur Tavassoli selon laquelle "[l]a question fondamentale, sur le plan de l'adoption d'un produit, n'est pas de savoir si une catégorie est ou non mature, mais si un consommateur est nouveau dans la catégorie".[2047] Les éléments de preuve mentionnés plus haut indiquent qu'il est essentiel que de nouveaux consommateurs soient recrutés pour fumer afin d'assurer la pérennité de l'industrie, et que les jeunes revêtent une importance stratégique à cet égard étant donné que l'adolescence représente l'âge auquel l'initiation a généralement lieu[2048] et qu'ils présentent un degré élevé de fidélité à la marque tout au long de leur parcours de consommateur de tabac.

7.747. Compte tenu de ce qui précède, nous ne sommes pas convaincus que l'incidence de l'identification de la marque des produits du tabac, et les associations positives qu'elle peut susciter, se limitent à la demande secondaire, comme les plaignants le font valoir. Par conséquent, nous ne sommes pas non plus convaincus que les éléments de preuve qui nous ont été présentés,

---

[2043] Rapport de 1994 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis, résumé analytique (pièce AUS-73), page 8. Voir aussi le rapport Tavassoli (pièce AUS-10), paragraphe 50 (indiquant que la "demande primaire dépend également de la capacité d'attirer de nouveaux consommateurs sans lesquels elle se contractera à long terme"); et le rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-76), page 541.

[2044] Voir le livre blanc pour l'élaboration d'une publicité Camel (pièce AUS-197), page 1.

[2045] Livre blanc pour l'élaboration d'une publicité Camel (pièce AUS-197), page 1. (soulignage omis)

[2046] Monographie n° 19 concernant la lutte antitabac de l'Institut national du cancer (pièce AUS-77), page 159.

[2047] Rapport Tavassoli (pièce AUS-10), paragraphe 52.

[2048] Rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-76), page 134; rapport de 1994 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce CUB-66), page 51. Voir aussi le rapport de 1994 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis, résumé analytique (pièce AUS-73), page 9.

pris dans leur ensemble, démontrent, comme les plaignants le font valoir, que l'emballage du tabac ne pourrait pas jouer un rôle en influençant la décision de fumer, et spécifiquement dans l'initiation au tabagisme, en particulier chez les adolescents et les jeunes adultes, du fait des perceptions positives et de l'attrait du produit associé que cet emballage crée.

7.748. Nous notons en outre qu'une partie des éléments de preuve qui nous ont été présentés donnent à penser que l'âge de l'initiation des fumeurs de gros cigares roulés à la main est sensiblement plus élevé que celui des fumeurs de cigarettes.[2049] Cuba fait référence à un sondage en ligne sur le marché australien du cigare (le "rapport Vision One")[2050], dans lequel il est constaté que la majorité des fumeurs de gros cigares roulés à la main commencent une fois adulte. D'après ce rapport, dans l'échantillon, l'âge moyen de l'initiation à la consommation de gros cigares roulés à la main était de 31,1 ans en Australie, comparé à 17,7 ans pour l'initiation à la cigarette, et que l'âge modal de l'initiation aux gros cigares roulés à la main était de 30 ans en Australie, comparé à 18 ans pour l'initiation à la cigarette.[2051,] Cuba ajoute qu'une analyse statistique des résultats du rapport Vision One montre que seulement 2% des fumeurs de gros cigares roulés à la main ont commencé à fumer ces gros cigares régulièrement avant l'âge de 18 ans, et seulement 30% avant l'âge de 24 ans.[2052] Les données et l'analyse figurant dans le rapport de 2014 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis indiquent que la consommation de cigares chez les jeunes et les adolescents a continué de suivre un modèle semblable.[2053]

7.749. Cuba note que le rapport Vision One reconnaît que les données sur l'initiation à la cigarette qui y sont collectées ne sont pas nécessairement représentatives de la population qui fume des cigarettes en Australie, étant donné que ce rapport examinait un sous-ensemble de cette population, à savoir les fumeurs actuels de gros cigares roulés à la main ayant déjà fumé des cigarettes régulièrement.[2054] Par conséquent, elle s'appuie également sur des statistiques concernant l'initiation, présentées par le rapport de 1994 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis, pour montrer les mêmes modèles de comportement en ce qui concerne les fumeurs de cigarettes.[2055] Selon ce rapport, en ce qui concerne l'âge de l'initiation, les données montrent que, alors que 53% des individus ayant déjà fumé des cigarettes quotidiennement avaient commencé à le faire avant d'avoir 18 ans, seulement 2% des individus fumant actuellement de gros cigares roulés à la main avaient commencé à le faire régulièrement au même âge. À 29 ans, la quasi-totalité (98,1%) des individus ayant déjà fumé des cigarettes quotidiennement avaient commencé à fumer tandis que moins de la moitié (49%) des individus fumant actuellement de gros cigares roulés à la main avaient commencé à fumer régulièrement ces produits.[2056]

7.750. Cuba ajoute que les fumeurs de gros cigares roulés à la main sont sensiblement plus âgés que les fumeurs de cigarettes.[2057] Parmi les personnes interrogées dans l'enquête Vision One (qui, dans leurs réponses, ont toutes déclaré fumer actuellement de gros cigares roulés à la main

[2049] Cuba, première communication écrite, paragraphe 244.

[2050] Rapport Vision One (pièce CUB-79), paragraphe 11 (mentionné dans Cuba, première communication écrite, paragraphe 245 et suivants).

[2051] Cuba, première communication écrite, paragraphe 246 (faisant référence au rapport Vision One (pièce CUB-79), paragraphes 14 et 15, graphiques 2 et 3). En outre, Cuba fait valoir que le rapport Vision One montre une pente forte et marquée dans l'initiation à la cigarette à mesure que l'âge progresse et une inflexion plus modérée dans l'initiation à la consommation de gros cigares, ce qui reflète la constatation selon laquelle, parmi les personnes interrogées dans le sondage ayant déjà fumé des cigarettes régulièrement, 80% ont commencé avant l'âge de 19 ans, tandis qu'un pourcentage analogue de fumeurs de gros cigares roulés à la main (69%) n'avaient pas commencé à fumer ces gros cigares régulièrement avant l'âge de 20 à 39 ans. Voir aussi Cuba, première communication écrite, paragraphe 247 (faisant référence au rapport Vision One (pièce CUB-79), paragraphe 16, graphique 4).

[2052] Cuba, première communication écrite, paragraphe 248 (faisant référence au rapport Vision One (pièce CUB-79), paragraphe 17). Il convient de comparer cela au fait qu'un peu plus de la moitié (52%) de ceux qui ont déjà fumé des cigarettes ont commencé à le faire régulièrement avant l'âge de 18 ans, tandis que la quasi-totalité (92%) d'entre eux ont commencé à le faire régulièrement avant l'âge de 24 ans.

[2053] Voir le rapport de 2014 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-37), page 735.

[2054] Cuba, première communication écrite, paragraphe 249 (faisant référence au rapport Vision One (pièce CUB-79), paragraphe 18).

[2055] Cuba, première communication écrite, paragraphe 249 (faisant référence au rapport de 1994 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce CUB-66)).

[2056] Cuba, première communication écrite, paragraphe 250 (faisant référence au rapport de 1994 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce CUB-66), paragraphes 19 à 22, graphique 6).

[2057] Cuba, première communication écrite, paragraphe 251.

régulièrement), seulement 5% avaient entre 18 et 25 ans, tandis que la majorité (47,1%) avaient entre 35 et 54 ans (et 66,9% avaient 35 ans ou plus).[2058] Par contre, parmi les personnes interrogées dans l'enquête de 2013 de l'État de Victoria en matière de tabagisme et de santé (VSHS), dont 86,7% fumaient des cigarettes fabriquées en usine et seulement 2,6% ne fumaient pas de cigarettes, 26,1% avaient entre 18 et 29 ans, 42,2% avaient entre 30 et 49 ans et 31,7% avaient 50 ans ou plus.[2059]

7.751. D'après Cuba, la tranche des âges plus avancés auxquels a lieu l'initiation des consommateurs de gros cigares roulés à la main est significative compte tenu de ce que l'on sait de l'initiation au tabagisme.[2060] Le rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis a conclu que les efforts de prévention du tabagisme devraient être concentrés sur les jeunes car la quasi-totalité de la consommation de tabac commence dans l'enfance et à l'adolescence (88% des fumeurs adultes fumant quotidiennement déclarent avoir commencé à fumer avant l'âge de 18 ans)[2061], et le rapport Chantler a également conclu que la "plupart des fumeurs deviennent dépendants lorsqu'ils sont enfants ou jeunes adultes".[2062]

7.752. Par conséquent, Cuba conclut que, comme les gros cigares roulés à la main sont rarement fumés par des jeunes, et puisque les fumeurs plus âgés sont nettement moins susceptibles d'être sensibles à l'emballage neutre, il est peu probable que la réglementation de l'apparence de 25% de la face avant de l'emballage d'un gros cigare roulé à la main apporte une quelconque contribution supplémentaire à la réduction des niveaux d'initiation en Australie pour les gros cigares roulés à la main.[2063] Cuba note que les propositions législatives dans l'Union européenne et au Royaume-Uni reflètent ces réalités démographiques.[2064] Elle fait valoir que cela doit avoir été fondé sur des données collectées par l'Office des statistiques nationales du Royaume-Uni, qui montraient qu'en 2011, alors que 18% des personnes ayant entre 16 et 19 ans fumaient des cigarettes, seulement 0,2% de ce groupe d'âge fumaient des cigares, et qu'en juin 2014, "presque tous les fumeurs de cigares [avaient] … plus de 25 ans".[2065]

7.753. En réponse, l'Australie signale que les propres éléments de preuve de Cuba indiquent que 30% des fumeurs de gros cigares roulés à la main ont commencé à fumer avant l'âge de 24 ans[2066] et que près de la moitié de l'ensemble des fumeurs de gros cigares roulés à la main

[2058] Cuba, première communication écrite, paragraphe 251 (faisant référence au rapport Vision One (pièce CUB-79), paragraphe 9 a) ii) et appendice I).

[2059] Cuba, première communication écrite, paragraphe 251 (faisant référence à Le tabac en Australie 2012, extraits CUB (pièce CUB-13), chapitre 1, page 3 (méthodes), page 5 (tableau 1) et page 6 (analyse)). Il s'agissait d'une enquête par téléphone réalisée auprès d'adultes de plus de 18 ans résidant dans l'État australien de Victoria, où réside un peu moins du quart de la population australienne.

[2060] Cuba, première communication écrite, paragraphe 252.

[2061] Cuba, première communication écrite, paragraphe 252 (faisant référence au rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis, extraits CUB (pièce CUB-26), pages 3 et 8.

[2062] Cuba, première communication écrite, paragraphe 252 (faisant référence au rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), paragraphe 6.11.

[2063] Cuba, première communication écrite, paragraphe 254.

[2064] Cuba, première communication écrite, paragraphe 255. La proposition de révision de la directive sur les produits du tabac de l'Union européenne permet actuellement aux États membres de l'Union européenne d'exempter divers produits du tabac autres que les cigarettes, y compris les cigares de tous types, des prescriptions imposant des mises en garde sanitaires explicites agrandies et restreignant l'utilisation de certains arômes, étant donné que ces produits "sont principalement consommés par des individus plus âgés, alors que cette proposition vise essentiellement à réglementer les produits du tabac de manière à ce qu'ils n'incitent pas les jeunes à s'initier au tabagisme". Cuba, première communication écrite, paragraphe 255 (faisant référence à European Commission, "Questions & Answers: New Rules for Tobacco Products", Memo/14/134 (26 February 2014) (pièce CUB-38)). De même, le document relatif à la consultation publique concernant la proposition du Royaume-Uni visant à introduire une réglementation imposant un emballage normalisé des produits du tabac explique que la réglementation proposée n'est pas destinée à couvrir les cigares, classés comme un "produit du tabac spécialisé" "du fait de leur faible taux de consommation, en particulier chez les jeunes". Cuba, première communication écrite, paragraphe 255 (faisant référence à UK Department of Health, "Consultation on the Introduction of Regulations for Standardised Packaging of Tobacco Products", June 2014 (pièce CUB-67), paragraphe 5.12).

[2065] Cuba, première communication écrite, paragraphe 255 (faisant référence à UK Department of Health, "Consultation on the Introduction of Regulations for Standardised Packaging of Tobacco Products", June 2014 (pièce CUB-67), paragraphe 5.10, qui fait référence au site Web de l'Office des statistiques nationales (2013), Opinions and Lifestyle Survey, Smoking Habits Amongst Adults, 2012).

[2066] Australie, première communication écrite, paragraphe 160 (faisant référence à Cuba, première communication écrite, paragraphe 248).

interrogés pour le rapport Vision One, commandé par Cuba, avaient commencé à fumer ces produits dans leur vingtaine.[2067] Elle ajoute que, si l'on ajoute les taux d'initiation correspondant à d'autres cigares, comme les petits cigares et les cigarillos, les cigares ne sont plus l'apanage des "fumeurs masculins traditionnels". En fait, les cigares sont de plus en plus associés à un statut haut de gamme, au luxe, à la richesse, à la sophistication et au style, et ces dernières années, l'image des fumeurs de cigares s'est adaptée pour refléter l'évolution du marché de la consommation.[2068] Cela inclut des innovations comme la mise en vente d'étuis à cigare exclusifs, des emballages aux couleurs vives "utilisant des feuilles d'aluminium pour garantir la fraîcheur" et la présentation dans des boîtes très colorées.[2069] L'Australie ajoute que les consommateurs gardent souvent ces boîtes à cigares spécialisées, qu'ils exposent longtemps après les avoir achetées[2070], et que l'industrie du tabac est tout à fait consciente de l'importance de l'emballage du produit pour les cigares.[2071]

7.754. Les éléments de preuve qui nous ont été présentés donnent donc à penser qu'il existe certaines différences d'âge et certaines différences démographiques qui pourraient réduire la pertinence de l'initiation des jeunes pour la consommation de cigares, en particulier les gros cigares roulés à la main, par rapport à celle de l'initiation des jeunes à la consommation de cigarettes.[2072] Cependant, comme le signale l'Australie, les données présentées par Cuba ne laissent pas entendre que la consommation de gros cigares roulés à la main serait inexistante chez les jeunes et les adolescents ou que l'initiation des jeunes serait totalement dénuée de pertinence dans le contexte des cigares, y compris les gros cigares roulés à la main. Cela est souligné par les éléments de preuve qui nous ont été présentés sur l'importance accordée par certains consommateurs à l'emballage des cigares et les politiques de marketing correspondantes pour les cigares des fabricants de tabac que l'Australie mentionne. En particulier, celle-ci a présenté des éléments de preuve indiquant que le marketing des cigares comportait également l'utilisation d'images. Dans une étude publiée qu'elle invoque, les auteurs font valoir que les augmentations de la consommation de cigares observées à la fin des années 1990 sont dues à l'"image positive et améliorée de la consommation de cigares" découlant de publications sur les cigares comme *Cigar Aficionado* et d'une visibilité et d'une consommation accrues chez les célébrités, et que la consommation de cigares est représentée comme "jeune, indépendante, dynamique, rebelle et souvent féminine".[2073] Cette assertion est étayée par une autre étude publiée présentée par l'Australie, qui décrit la promotion des cigares par le rappeur américain Snoop Dogg et la compare à d'autres campagnes publicitaires pour des cigarettes qui ciblaient les "jeunes hommes afro-américains et exploitaient la popularité du genre musical hip-hop pour vendre des cigarettes".[2074]

7.755. Ces éléments donnent à penser que les images se rapportant à l'identification de la marque des cigares sont à même d'être utilisées pour susciter un comportement chez les adolescents d'une façon semblable à celle qui a été observée dans le contexte des cigarettes. Nous ne sommes donc pas convaincus que l'emballage des cigares ne pourrait pas jouer un rôle en influençant la décision de commencer à consommer des cigares, en particulier chez les adolescents et les jeunes adultes, du fait des perceptions positives et de l'attrait du produit associé que cet emballage crée. Plus généralement, en raison de l'importance reconnue de l'identification de la

[2067] Australie, première communication écrite, paragraphe 160 (faisant référence à Cuba, première communication écrite, paragraphe 250).

[2068] Australie, première communication écrite, paragraphe 160 (faisant référence à Wenger *et al.* 2001 (pièce AUS-182), page 279; et Jamner 1999 (pièce AUS-183), page 188).

[2069] Australie, première communication écrite, paragraphe 82 (faisant référence à Swedish Match, New Launch on Game (pièce AUS-99), page 5; Swedish Match, New Products (pièce AUS-100), page 23; et Swedish Match, Cigars for a Trend-Conscious Generation (pièce AUS-101), page 10).

[2070] Australie, première communication écrite, paragraphe 82 (faisant référence à Miller *et al.* 2015 (pièces AUS-102, DOM-315), page 4).

[2071] Australie, première communication écrite, paragraphe 82 (faisant référence à Swedish Match, 2013 Annual Report (pièce AUS-103), page 9).

[2072] Nous notons que le Directeur du Service de santé publique des États-Unis a donné en référence des données sur l'initiation aux cigares aux États-Unis qui montraient une baisse chez les adolescents mais une augmentation chez les jeunes adultes hispaniques entre 2006 et 2010. Voir le rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-76), page 149.

[2073] Jamner 1999 (pièce AUS-183), page 188.

[2074] A. Richardson, O. Ganz et D. Vallone, "The Cigar Ambassador: How Snoop Dogg uses Instagram to Promote Tobacco Use", Tobacco Control, Vol. 23 (2014) (pièce AUS-180), page 80.

marque pour les cigares[2075], nous ne voyons rien qui permette de supposer que l'emballage des cigares ne serait pas apte à contribuer à l'attrait des produits, d'une façon semblable à celle qui a été observée pour les cigarettes, de sorte qu'une réduction des possibilités d'utiliser les images de marque, du fait de l'emballage neutre des cigares, serait également apte à réduire leur attrait.

7.756. Nonobstant ces conclusions, nous admettons l'observation formulée en particulier par le professeur Ajzen selon laquelle l'effet de "transmission" des perceptions du produit, en l'espèce les produits du tabac, aux attitudes à l'égard de ce produit et, finalement, aux décisions en matière d'achat, n'est pas automatique. Spécifiquement, en ce qui concerne l'emballage neutre du tabac, nous ne voyons rien qui permette de supposer qu'une incidence sur les résultats proximaux, y compris une réduction de l'attrait des produits du tabac, entraînerait *dans tous les cas* un changement dans les comportements tabagiques. De fait, nous ne considérons pas qu'il s'agit là de l'hypothèse sous-tendant la conception et la structure des mesures TPP. En fait, comme il a été indiqué plus haut, nous croyons comprendre que l'hypothèse sous-tendant le fonctionnement des mesures TPP est qu'au moins une partie des consommateurs seront influencés dans leurs comportements tabagiques et découragés de commencer à fumer, si l'attrait des produits du tabac est réduit au moyen de l'emballage neutre du tabac, en combinaison avec d'autres mesures de lutte antitabac en place en Australie. Le fait que cette mesure est, de par sa conception, un élément d'un éventail plus large de mesures de lutte antitabac conçues pour agir sur divers aspects du processus complexe et multifacette intervenant dans la décision de se mettre à fumer – y compris les restrictions de la publicité et de la promotion des produits du tabac[2076] et les campagnes de marketing social[2077] – est compatible avec cette interprétation.

Sevrage tabagique et récidive

7.757. Les plaignants font également valoir que les mesures TPP ne sont pas capables d'influencer les autres comportements tabagiques qu'elles ciblent, à savoir le sevrage tabagique et la récidive. Le Honduras fait valoir que les mesures TPP "sont fondamentalement inappropriées pour avoir un quelconque effet sur le comportement des fumeurs actuels ou des anciens fumeurs".[2078] La République dominicaine fait valoir qu'"il n'y a pas d'éléments de preuve crédibles étayant la position de l'Australie selon laquelle les mesures concernant l'emballage neutre pourraient contribuer au sevrage tabagique".[2079] Cuba estime que "l'emballage du tabac n'est pas un facteur important pour encourager le sevrage ou empêcher la récidive".[2080] L'Indonésie affirme qu'"il est hautement improbable que [les mesures TPP] aient un effet notable sur le nombre de personnes qui arrêtent de fumer"[2081] et que le "potentiel de [l'emballage neutre] d'avoir un jour un effet notable sur la prévalence du tabagisme est purement conjectural".[2082] L'Australie répond que, dans le contexte du sevrage et de la récidive, l'emballage du tabac "joue un rôle important" en "produisant un signal et un rappel visuels pour les fumeurs qui ont arrêté de fumer ou qui tentent de le faire".[2083]

7.758. Nous examinons donc ensuite les éléments de preuve qui nous ont été présentés concernant les mobiles du sevrage tabagique et de la récidive ainsi que la question de savoir si, comme les plaignants le font valoir, ces mobiles ne pourraient pas être affectés par l'emballage neutre des produits du tabac.

7.759. Le Honduras et Cuba invoquent un rapport d'expert du docteur Satel, qui affirme que les individus qui fument (comme les consommateurs de drogue en général) ont tendance à privilégier l'obtention de bénéfices à court terme au détriment de la protection de leurs intérêts à long terme (ce qu'elle désigne par la "sous-estimation")[2084], et que l'emballage neutre n'affecterait pas le

[2075] Voir Cuba, réponse à la question n° 29 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial).
[2076] Voir plus haut la section 2.2.2.
[2077] Voir plus haut le paragraphe 2.71 et plus loin la section 7.2.5.6.4.
[2078] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 705.
[2079] Honduras, première communication écrite, paragraphe 442
[2080] Cuba, première communication écrite, paragraphe 214.
[2081] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 413.
[2082] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 420.
[2083] Australie, première communication écrite, paragraphe 87.
[2084] Rapport Satel (pièce UKR-7), paragraphes 22 et 23. Le docteur Satel fait référence à une propension à la "sous-estimation" et à "une tendance cognitive à l'autosatisfaction dans le présent".

phénomène de sous-estimation.[2085] Le docteur Satel indique qu'"[e]n l'absence de préoccupations spécifiques concernant les conséquences négatives, d'une motivation pour arrêter et d'une confiance dans sa propre capacité de le faire, aucun élément de preuve ne donne à penser que l'emballage neutre contribuera véritablement à faire pencher la balance en faveur de l'arrêt du tabac".[2086] Le docteur Satel examine les "signaux conditionnés" pour fumer[2087], qui font référence à un "stimulus – comme la substance elle-même (la cigarette, son odeur) ou son contenant (le paquet) – qui provoque une envie de fumer parce que le lien entre le stimulus et les effets positifs de fumer a été étroitement établi par l'expérience antérieure".[2088] Selon elle, "[c]ette forme d'apprentissage représente un conditionnement pavlovien classique" de sorte que le paquet, le cendrier ou le briquet lui-même peuvent donner envie de fumer. Elle ajoute que "[d]ans le cadre d'un système d'emballage neutre, un paquet brun neutre – par opposition à un paquet de marque – deviendra simplement le signal visuel normal pour un fumeur".[2089] Elle soutient donc que, s'il est correct de dire que les fumeurs et les anciens fumeurs peuvent réagir à la vue d'un paquet ou d'un étalage de cigarettes par une envie d'en acheter, "il est peu probable que l'emballage neutre atténue cette envie", puis qu'"il y aurait vraisemblablement une substitution du signal conditionné et que le paquet neutre prendrait simplement la signification de l'ancien paquet de marque".[2090] En ce qui concerne la récidive, le docteur Satel affirme que ce comportement est déterminé par des "[é]vénements épisodiques", tels qu'un divorce, l'initiation au tabagisme d'un partenaire et des conflits avec les autres, en tant que facteurs de risque, et que la pression économique, la précarité de l'emploi, des relations sociales avec des personnes qui fument et des possibilités limitées de repos et de détente rendent ceux qui ont arrêté vulnérables à la récidive.[2091] Elle ajoute que les éléments de prévision de la récidive incluent également les préoccupations liées au poids et l'absence d'un sentiment d'efficacité personnelle. Ainsi, selon elle, lorsque des ex-fumeurs récidivent, "ils peuvent avoir envie de retrouver le plaisir et les avantages de fumer qu'ils regrettent".[2092] Le docteur Satel indique qu'il n'y a pas d'éléments de preuve convaincants indiquant que le design du paquet joue un rôle important dans l'incitation à recommencer à fumer[2093], et que l'apparence du paquet lui-même ne "joue aucun rôle dans l'ensemble des facteurs entremêlés qui motivent les patients à rester non-fumeurs et à entreprendre un sevrage".[2094] Dans la mesure où un paquet de cigarettes sert de signal pour prendre une cigarette, le paquet neutre agirait également comme un rappel, puisqu'il obtiendrait le statut de signal conditionné.[2095]

7.760. Dans un rapport d'expert présenté par le Honduras et la République dominicaine, le professeur Fischer fait valoir que la dépendance au tabac déclenche une libération répétée et importante de dopamine qui se produit en présence de signaux liés (ou de "stimuli environnementaux précédemment associés au tabagisme").[2096] Selon elle, cette association, par le biais d'un conditionnement pavlovien ou classique, grandit "jusqu'au point où l'exposition aux stimuli environnementaux associés au comportement peuvent induire une forte envie de prendre la drogue (c'est-à-dire, l'état de manque)".[2097] Elle note que cela peut être affecté, entre autres, par l'état de manque induit par un signal.[2098] En ce qui concerne l'emballage en tant que signal déclenchant l'envie de fumer, le professeur Fischer formule trois affirmations. Premièrement, elle affirme que le lien entre signaux, état de manque et comportement tabagique est "bien plus faible que ce à quoi on pourrait s'attendre"[2099], étant donné que "le seul fait que les signaux puissent induire un état de manque ne signifie pas nécessairement que l'état de manque pousse à l'adoption d'un comportement tabagique effectif".[2100] Deuxièmement, elle allègue qu'il y a un grand degré de variation dans la mesure où différents signaux démontrent leur capacité à induire un état de manque, que les éléments de preuve attestent clairement d'une hiérarchie entre les

[2085] Rapport Satel (pièce UKR-7), paragraphe 25.
[2086] Rapport Satel (pièce UKR-7), paragraphe 33.
[2087] Rapport Satel (pièce UKR-7), paragraphe 37.
[2088] Rapport Satel (pièce UKR-7), paragraphe 38.
[2089] Rapport Satel (pièce UKR-7), paragraphe 39.
[2090] Rapport Satel (pièce UKR-7), paragraphe 42.
[2091] Rapport Satel (pièce UKR-7), paragraphe 34.
[2092] Rapport Satel (pièce UKR-7), paragraphe 34.
[2093] Rapport Satel (pièce UKR-7), paragraphes 34 à 36.
[2094] Rapport Satel (pièce UKR-7), paragraphes 44.
[2095] Rapport Satel (pièce UKR-7), paragraphes 39.
[2096] Rapport Fischer (pièce DOM/HND-7), paragraphe 34.
[2097] Rapport Fischer (pièce DOM/HND-7), paragraphe 34.
[2098] Rapport Fischer (pièce DOM/HND-7), paragraphe 35.
[2099] Rapport Fischer (pièce DOM/HND-7), paragraphe 64.
[2100] Rapport Fischer (pièce DOM/HND-7), paragraphes 68 et 69.

signaux à cet égard[2101] et que "des éléments de preuve indiquent que le paquet de cigarettes était le plus faible d'une série de signaux proximaux établis".[2102] Troisièmement, elle soutient que, dans le cadre de l'emballage neutre du tabac, "les fumeurs verront uniquement qu'une forme de signal déclenchant l'envie de fumer sera remplacée par une autre".[2103] Elle précise que le paquet neutre acquerra très rapidement le statut de signal de l'ancien paquet, par le même processus de conditionnement classique, de sorte que "même si certaines caractéristiques de l'apparence du signal peuvent avoir changé, sa capacité fondamentale d'agir comme un signal – qui découle de son association avec les cigarettes et le comportement tabagique – restera la même".[2104] Le professeur Fischer estime que, si des cigarettes "essentiellement génériques" peuvent afficher un caractère remarquable, alors "il n'y a aucune raison pour que les paquets neutres ne puissent pas eux aussi être très remarquables sans images de marque"[2105], et que les paquets neutres ne fonctionneraient pas différemment des autres signaux génériques ayant une forte contingence (comme les cigarettes, cendriers, allumettes et la fumée de tabac ambiante). À son avis, du fait que "tous les paquets se ressemblent", les paquets neutres pourraient avoir une contingence plus forte que les paquets de marque car un paquet neutre serait le seul qui serait associé au tabagisme par tous les fumeurs à tout moment.[2106] Le professeur Fischer examine également la récidive et identifie les facteurs qui lui sont communément associés comme incluant l'affect (humeur) négatif, une plus grande dépendance à la nicotine et des symptômes de sevrage.[2107] Elle signale que des échantillons cliniques indiquent que la récidive peut être prédite par la présence de symptômes de sevrage et de niveaux plus élevés de dépendance à la nicotine; un affect (humeur) négatif; un plus jeune âge au moment de la tentative d'arrêter; des antécédents de troubles psychiatriques comorbides, y compris des troubles de l'anxiété, une dépression et une schizophrénie, passés ou actuels; et l'absence de maladies liées au tabac.[2108] Elle note également qu' au niveau de la population, la récidive a été associée à la présence de symptômes de sevrage et de tentatives d'arrêter ayant récemment échoué; à un affect négatif; à un niveau de base de dépendance à la nicotine plus élevé; au genre; à un niveau socioéconomique plus bas; à un statut social personnel plus bas; et à des situations de stress intense après une période de faible stress.[2109] Elle indique en outre que l'incapacité des recherches actuelles d'identifier invariablement des facteurs associés à la récidive tabagique pouvant être traités "souligne la nature individuelle et complexe du processus de sevrage tabagique".[2110]

7.761. L'Australie présente un rapport d'expert du docteur Brandon, qui affirme qu'en ce qui concerne la "sensibilité au signal conditionné", les stimuli varient dans leur capacité de devenir des stimuli conditionnés effectifs selon qu'ils se produisent près du stimulus inconditionné dans l'espace et dans le temps ("proximité spatio-temporelle"), qu'ils seront décelables et attireront l'attention du sujet ("caractère remarquable") et qu'ils seront appariés de manière fiable, avec relativement peu de cas non appariés de survenue du stimulus conditionné ou du stimulus inconditionné sans l'autre ("forte contingence").[2111] En appliquant ces critères, le professeur Brandon indique que les paquets de cigarettes sont presque toujours présents immédiatement avant qu'un individu fume (proximité); l'identification des marques est conçue pour attirer l'attention des consommateurs et rester dans leur mémoire (caractère remarquable); et il y a un appariement quasi parfait entre le fait de tenir un paquet et celui de fumer (contingence).[2112] Il note que "[c]'est un argument raisonnable" de dire que les paquets neutres

[2101] Rapport Fischer (pièce DOM/HND-7), paragraphe 71.
[2102] Rapport Fischer (pièce DOM/HND-7), paragraphe 73.
[2103] Rapport Fischer (pièce DOM/HND-7), paragraphe 76.
[2104] Rapport Fischer (pièce DOM/HND-7), paragraphe 77.
[2105] Contre-rapport Fischer (pièce DOM/HND-11), paragraphes 23 à 25.
[2106] Contre-rapport Fischer (pièce DOM/HND-11), paragraphes 26 à 28.
[2107] Rapport Fischer (pièce DOM/HND-7), paragraphe 19.
[2108] Rapport Fischer (pièce DOM/HND-7), paragraphe 55.
[2109] Rapport Fischer (pièce DOM/HND-7), paragraphe 56.
[2110] Rapport Fischer (pièce DOM/HND-7), paragraphe 58.
[2111] Rapport Brandon (pièce AUS-15), paragraphe 42. Le professeur Brandon fait également valoir que, dans le contexte du tabac, la privation de nicotine et la possibilité de fumer sont des conditions dont on a montré qu'elles renforçaient les réponses conditionnées aux signaux liés au tabagisme. Rapport Brandon (pièce AUS-15), paragraphe 44. Voir aussi Australie, première communication écrite, paragraphes 97 à 100.
[2112] Rapport Brandon (pièce AUS-15), paragraphe 59. Le professeur Brandon note également que le fumeur choisit habituellement d'allumer une cigarette après l'apparition des premiers symptômes de sevrage de la nicotine, qui commencent dans les 30 minutes suivant la dernière cigarette, et que les plus fortes réponses conditionnées sont constatées lorsque le fumeur sait qu'il a la possibilité de fumer. Il fait valoir que ces facteurs "qui amplifient les réponses conditionnées chez les fumeurs sont aussi systématiques avec les paquets de cigarettes" étant donné que les fumeurs "fument habituellement après une période de privation de

pourraient acquérir le statut de signal conditionné, mais ajoute qu'il y "a des raisons de croire que l'emballage neutre serait un signal conditionné moins efficace qu'un emballage avec indication de la marque complète".[2113] Spécifiquement, "[a]lors que la proximité ne changerait pas avec l'emballage neutre, [le caractère remarquable et la contingence] pourraient changer".[2114] Le docteur Brandon précise que "[l']emballage brun foncé terne avec un petit texte normalisé est conçu pour être moins remarquable qu'un emballage du tabac avec indication de la marque complète" et que, en outre, "l'étroite contingence entre le fait de voir sa propre marque et le fait de fumer sera probablement réduite".[2115] En ce qui concerne la récidive, il note qu'elle a été "appariée de manière fiable" avec la présence d'autres fumeurs, la consommation d'alcool, le stress et des états d'humeur négative, "entre autres [situations]", et que ces observations corroborent les éléments de preuve concernant la réponse au signal pour ce qui est de la motivation à fumer.[2116] Sur la base de ce lien avec la réponse au signal, l'analyse du docteur Brandon concernant le comportement de récidive est pour l'essentiel faite dans le contexte du sevrage, comme il est résumé plus haut.

7.762. En ce qui concerne ces éléments de preuve, nous notons, premièrement, que bien qu'ils soient identifiés dans l'article 3 2) de la Loi TPP comme des comportements distincts censés être affectés par le biais du fonctionnement des mécanismes spécifiques énoncés à l'article 3 1), le sevrage et la récidive sont examinés ensemble par toutes les parties et par les experts dont elles invoquent les rapports.

7.763. Deuxièmement, nous notons qu'il y a certaines différences entre les descriptions des mobiles du sevrage tabagique que font les docteurs Satel et Brandon et celle que fait le professeur Fischer. Cependant, nous notons également qu'ils se rejoignent en ce qui concerne la chimie du cerveau à la base du conditionnement classique, ou pavlovien, et admettent que cela est applicable dans le contexte de la dépendance aux produits du tabac.[2117] Ils conviennent également que, dans ce contexte, un signal peut être suffisant pour provoquer une réaction dans le cerveau du fumeur dépendant – ni les plaignants, ni l'Australie, ni leurs experts respectifs ne contestent que la réponse aux signaux est l'un des nombreux facteurs qui peuvent influencer la capacité d'un fumeur d'arrêter de fumer, ou la capacité de celui qui a arrêté récemment de ne pas récidiver[2118], même s'ils contestent bien la force de cette relation.[2119] Enfin, il apparaît également que les parties, par l'intermédiaire de leurs experts, conviennent que l'emballage du tabac peut constituer un signal pour la consommation de produits du tabac, dans la mesure où il réunit bon nombre des éléments qui sont communs aux signaux.[2120]

7.764. La différence de vue entre les experts des parties concerne la question de savoir si l'adoption des paquets de tabac neutres en Australie aura une quelconque influence sur les éléments qui font de l'emballage du tabac un signal et diminuera donc l'aptitude du paquet à "produi[re] un signal et un rappel visuels pour les fumeurs qui ont arrêté de fumer ou qui tentent de le faire".[2121] À cet égard, comme il est indiqué plus haut, le docteur Brandon indique que "parmi les caractéristiques essentielles d'un fort stimulus conditionné" on trouve la proximité spatio-temporelle, le caractère remarquable et une forte contingence.[2122] La divergence fondamentale entre les experts des parties à cet égard porte sur le caractère remarquable et la contingence – en particulier, la question de savoir si les paquets neutres sont susceptibles d'être

nicotine, pendant les premiers stades du sevrage de la nicotine" et "verront probablement leur paquet pendant qu'ils seront dans cet état". Il estime que "le paquet de cigarettes – à moins de savoir qu'il est vide – indique également que fumer est à portée de main". Rapport Brandon (pièce AUS-15), paragraphes 45 et 59.

[2113] Rapport Brandon (pièce AUS-15), paragraphes 76 et 88.

[2114] Rapport Brandon (pièce AUS-15), paragraphes 76 et 88.

[2115] Rapport Brandon (pièce AUS-15), paragraphes 76 et 88.

[2116] Rapport Brandon (pièce AUS-15), paragraphe 49.

[2117] Rapport Satel (pièce UKR-7), paragraphes 38 et 39; rapport Fischer (pièce DOM/HND-7), paragraphe 34 (et d'une manière générale la partie E); et rapport Brandon (pièce AUS-15), paragraphes 39 à 41.

[2118] Rapport Satel (pièce UKR-7), paragraphe 38; rapport Fischer (pièce DOM/HND-7), paragraphe 49; et rapport Brandon (pièce AUS-15), paragraphes 46 à 52.

[2119] Rapport Satel (pièce UKR-7), paragraphes 44 à 46; rapport Fischer (pièce DOM/HND-7), parties F et H; et rapport Brandon (pièce AUS-15), paragraphe 83.

[2120] Rapport Satel (pièce UKR-7), paragraphe 39; rapport Fischer (pièce DOM/HND-7), partie I; et rapport Brandon (pièce AUS-15), paragraphes 60 à 69.

[2121] Australie, première communication écrite, paragraphe 87.

[2122] Rapport Brandon (pièce AUS-15), paragraphe 42.

moins remarquables et moins contingents, et donc moins efficaces en tant que signal que les paquets de marque.[2123]

7.765. En ce qui concerne le caractère remarquable, le docteur Brandon estime que "[l']emballage brun foncé terne avec un petit texte normalisé est conçu pour être moins remarquable qu'un emballage du tabac avec indication de la marque complète".[2124] Il ajoute ce qui suit:

> En réalité, l'objectif absolu de l'identification complète de la marque et la raison qu'a l'industrie du tabac (et toute autre industrie de produits de consommation) d'utiliser des marques et des logos, est d'attirer l'attention du consommateur et d'associer le produit à la marque. Ainsi, une marque efficace est, par définition, remarquable. On voit mal pourquoi l'industrie du tabac s'opposerait à l'emballage neutre si elle estimait véritablement que les consommateurs ne prêtent pas attention à ses marques et logos complets et ne les associent pas aux effets immédiats de renforcement dus à la nicotine.[2125]

7.766. Cette idée est reproduite dans un rapport d'expert du professeur Tavassoli, présenté par l'Australie, dans lequel celui-ci fait valoir que les mesures TPP peuvent réduire le caractère remarquable de l'emballage du tabac (c'est-à-dire réduire l'attention qui lui est accordée). Le professeur Tavassoli estime que l'attention sert à sélectionner l'information nécessaire et/ou qui influencera les appréciations ultérieures, de sorte que les spécialistes du marketing font tout leur possible pour contrôler l'attention des consommateurs dans les environnements d'achat, en utilisant un emballage aux couleurs vives et d'autres techniques permettant d'attirer leur attention pour les inciter à considérer les offres de produits. Il note que "[l]es couleurs sont particulièrement importantes pour les spécialistes du marketing car elles permettent de capter l'attention". Il ajoute que, sur le marché discret des produits du tabac de l'Australie (et avant l'introduction des mesures TPP), le caractère remarquable de l'emballage d'un produit ne pouvait pas être effectif au point de vente mais pouvait déclencher la consommation après l'achat.[2126]

7.767. Le professeur Fischer estime quant à elle que la comparaison du caractère remarquable relatif entre les paquets de tabac de marque et les paquets de tabac neutres ne tient pas compte du fait que les paquets neutres australiens sont "dominés par une grande mise en garde sanitaire", de sorte qu'il y a une possibilité limitée que le caractère remarquable diffère à cause de la différence résiduelle des images de marque.[2127] Le professeur Steenkamp fait de même valoir que l'absence de mises en garde sanitaires explicites dans les exemples utilisés par le professeur Tavassoli (entre autres) revient à faire abstraction du message négatif transmis par la mise en garde sanitaire explicite sur les paquets australiens.[2128]

7.768. À propos de ces arguments, nous notons que les experts des plaignants n'ont pas contesté la description de l'Australie concernant la notion de caractère remarquable, qui fait référence au niveau d'attention accordée (dans ce contexte) à l'emballage du tabac. En outre, au moins une partie des experts des plaignants ont reconnu la capacité des caractéristiques de l'emballage du tabac, telle que les couleurs ou les graphiques, spécifiquement examinées par le professeur Tavassoli, d'avoir un certain degré de caractère remarquable[2129]; par contre, ils contestent l'effet que ces éléments de marque peuvent avoir compte tenu de la présence simultanée et du caractère remarquable des mises en garde sanitaires explicites (dont ils font valoir qu'elles transmettent, en définitive, un "message dominant" qu'est "très négatif"[2130]) et du rôle d'autres facteurs connus pour affecter le sevrage et la récidive d'une manière générale.[2131] À cet égard, nous notons que l'argument du professeur Fischer est que, compte tenu de ces mises en garde sanitaires explicites, il y a une "*possibilité limitée* que le caractère remarquable diffère à

[2123] Voir le rapport Fischer (pièce DOM/HND-7), paragraphe 66; et le contre-rapport Brandon (pièce AUS-534), paragraphe 24.
[2124] Rapport Brandon (pièce AUS-15), paragraphe 76.
[2125] Contre-rapport Brandon (pièce AUS-534), paragraphe 25.
[2126] Rapport Tavassoli (pièce AUS-10), paragraphe 101.
[2127] Contre-rapport Fischer (pièce DOM/HND-11), paragraphe 21.
[2128] Contre-rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-14), paragraphes 42 et 43.
[2129] Voir le contre-rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-14), paragraphe 40, reconnaissant le rôle de l'"utilisation saisissante de couleurs ou de graphiques" que le professeur Tavassoli examine en tant que facteur du caractère remarquable du paquet.
[2130] Contre-rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-14), section 2.3.2.
[2131] Contre-rapport Fischer (pièce DOM/HND-11), paragraphe 21.

cause de la différence résiduelle des images de marque"[2132], et que le professeur Steenkamp met l'accent sur l'*effet relatif* des messages positifs et des messages négatifs transmis par les parties de l'emballage du tabac couvertes par la marque et par celles qui sont dominées par une mise en garde sanitaire explicite (respectivement) compte tenu des différences de taille de ces parties sur les faces du paquet, et non sur l'*existence* tant de messages positifs que de messages négatifs.[2133]

7.769. Ces éléments de preuve nous donnent à penser que l'utilisation de caractéristiques visuelles, telles que les couleurs ou les logos, est considérée comme pouvant en principe avoir une incidence sur le caractère remarquable d'un paquet et que le caractère remarquable d'un paquet est un élément de sa force en tant que signal conditionné. La question qui se pose est en fait de savoir dans quelle mesure le caractère remarquable du paquet, et par conséquent son aptitude à agir comme un signal, pourrait au moins être *réduite* par la suppression de ces caractéristiques sur les parties de l'emballage du tabac non couvertes par les prescriptions de mises en garde sanitaires explicites. À cet égard, même si nous convenons que la taille des mises en garde sanitaires explicites réduit la partie du paquet sur laquelle les attributs de la marque peuvent être utilisés pour assurer le caractère remarquable, par rapport à un paquet sans ces grandes mises en garde sanitaires explicites, nous ne sommes pas convaincus que les plaignants aient démontré que ce contexte serait de nature à empêcher totalement que les attributs de la marque contribuent au caractère remarquable du paquet et à son aptitude à agir comme un signal.

7.770. Nous notons également l'assertion du docteur Brandon selon laquelle les paquets de tabac neutres auraient une "contingence" plus faible et seraient également, par extension, un signal plus faible que les paquets de tabac de marque. Le docteur Brandon décrit la contingence dans ce contexte comme se rapportant à la mesure dans laquelle le stimulus conditionné (le paquet) et le stimulus inconditionné (la cigarette) sont "appariés de manière fiable", en ce sens qu'il y a relativement peu de cas non appariés de survenue du stimulus conditionné ou du stimulus inconditionné sans l'autre.[2134] Il décrit la façon dont la cigarette elle-même est appariée de manière fiable avec le tabagisme, et note qu'il y a également un appariement quasi-parfait entre le fait de tenir un paquet et le fait de fumer.[2135] Ailleurs dans son rapport, il indique qu'il y a une contingence entre "le fait de voir sa propre marque et le fait de fumer".[2136] En réponse, le professeur Fischer estime, sur la base d'un article de 1995 du docteur Brandon, que celui-ci:

> admet qu'il y a une forte contingence (une "forte corrélation avec l'apport de nicotine") entre le fait de fumer et les signaux proximaux génériques, tels que les cigarettes, les cendriers, les allumettes et la fumée de tabac ambiante. Imaginez des cigarettes et des paquets neutres. Un fumeur verra des cigarettes dans au moins autant de situations qu'il voit des paquets neutres. Le professeur Brandon admet, dans son rapport et dans son article de 1995 que, bien que les cigarettes soient visibles partout, elles sont un signal conditionné fort, si ce n'est le plus fort.[2137]

7.771. Le docteur Brandon ne traite pas cette affirmation dans son deuxième rapport. Toutefois, il estime, dans un contexte différent, que l'idée selon laquelle les cigarettes sans marque ou portant une marque minime peuvent être des signaux puissants de fumer n'indique pas que l'identification de la marque est sans conséquence mais qu'en fait les cigarettes maximisent le facteur de contingence associé au conditionnement classique.

7.772. Globalement, ces éléments de preuve donnent à penser que la présence d'éléments de marque sur l'emballage du tabac peut accroître la contingence du paquet et du tabagisme (c'est-à-dire la mesure dans laquelle ils sont appariés), de sorte que la suppression de ces éléments d'identification de la marque serait en fait à même de réduire cette contingence et donc de diminuer l'aptitude du paquet à agir comme un signal conditionné. En même temps, néanmoins, nous notons que le propre expert de l'Australie, le docteur Brandon, reconnaît que "[c]'est un argument raisonnable" de dire que les paquets neutres acquerraient eux-mêmes le statut de signal conditionné, et que les autres éléments génériques peuvent aussi agir comme des signaux conditionnés. Cela donne à penser qu'il est reconnu, que sur un marché dans lequel seuls

[2132] Contre-rapport Fischer (pièce DOM/HND-11), paragraphe 21. (pas d'italique dans l'original)
[2133] Contre-rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-14), paragraphes 36 à 39.
[2134] Rapport Brandon (pièce AUS-15), paragraphe 42.
[2135] Rapport Brandon (pièce AUS-15), paragraphe 59.
[2136] Rapport Brandon (pièce AUS-15), paragraphe 76.
[2137] Contre-rapport Fischer (pièce DOM/HND-11), paragraphe 27.

des paquets neutres sont disponibles et dans lequel les paquets neutres sont les seuls paquets universellement associés au tabagisme par tous les fumeurs à tout moment, la suppression de l'aptitude des éléments d'identification de la marque à agir comme des signaux sur le paquet n'empêcherait pas que le paquet lui-même continue d'agir, au moins dans une certaine mesure, comme un signal conditionné, dans la mesure où il est reconnu qu'il est étroitement apparié/associé avec l'acte de fumer.

7.773. Nous relevons également les éléments de preuve qui nous ont été présentés et qui soulignent la nature dépendogène des autres produits du tabac, tels que les cigares.[2138] Nous notons à cet égard que l'étude Parr *et al.* 2011b examine les perceptions de la "facilité d'arrêter de fumer" pour ce qui est des cigares et des cigarillos. Elle constate que les cigarillos présentés dans un paquet neutre étaient perçus comme ceux que l'on pouvait "le plus facilement arrêter de fumer"[2139], ce qui était "déterminé par la faible désirabilité du paquet [neutre]".[2140] En ce qui concerne les cigares haut de gamme, elle conclut que "[p]our les deux types de fumeurs de cigares, la nécessité d'"arrêter" de fumer" était assez peu perçue[2141] mais constate des différences à cet égard "en fonction des produits et des publics visés":

> Par exemple, alors que les fumeurs moins réguliers de cigares haut de gamme avaient l'impression que l'emballage neutre réduisait nettement l'attrait de ces produits et les rendait bien moins appropriés pour des occasions spécifiques (comme des cadeaux à offrir) et étaient donc plus susceptibles d'arrêter, les fumeurs réguliers de cigares haut de gamme dans une large mesure ne se sentaient pas affectés par l'emballage neutre et n'étaient donc pas susceptibles d'arrêter à cause de cet emballage.[2142]

7.774. Sur la base de ce qui précède, globalement, nous ne sommes pas convaincus que les plaignants aient démontré que l'emballage neutre des produits du tabac, y compris les cigares, n'est pas capable d'influencer le sevrage tabagique ou la récidive en agissant sur l'aptitude du paquet à agir comme un signal conditionné appelant à fumer, et donc d'affecter l'aptitude des fumeurs à arrêter de fumer ou l'aptitude des individus à rester non-fumeurs.

7.775. Dans le même temps, comme dans le contexte de l'initiation, nous admettons l'observation selon laquelle l'effet de "transmission" des perceptions du produit, en l'espèce les produits du tabac, aux attitudes à l'égard de ce produit et, finalement, aux décisions en matière d'achat, n'est pas automatique. Dans le contexte du sevrage et de la récidive, tant le professeur Ajzen (pour les plaignants) que le professeur Slovic (pour l'Australie) soulignent les difficultés d'arrêter de fumer[2143]; le professeur Ajzen qualifie cette difficulté de facteur de "contrôle comportemental" qui, selon lui, est le meilleur élément de prévision des intentions d'arrêter dans le cadre du concept de la théorie du comportement planifié.[2144] Le professeur Ajzen en conclut qu'"[é]tant donné que la corrélation empirique intention-comportement est relativement faible, on s'attendrait à ce que ces changements puissent ne pas modifier le comportement effectif, même si les recherches devaient

[2138] Voir Cigares: faits et chiffres (pièce AUS-34) ("Les cigares contiennent les mêmes composés dépendogènes, toxiques et cancérigènes que les cigarettes, et ne sont pas un produit de remplacement sans danger. En fait, un seul gros cigare peut contenir autant de tabac qu'un paquet entier de cigarettes.").

[2139] D'après Parr *et al*. 2011b, "[s']agissant de la mesure de la facilité d'arrêter de fumer, il n'y avait pas de cohérence évidente dans la manière dont les différents paquets étaient classés en fonction de la facilité d'arrêter de fumer qui était perçue et le paquet [neutre] était considéré comme celui qui contenait les cigarillos qu'on pouvait le plus facilement arrêter de fumer. Ce résultat semblait influencé par diverses interprétations de la question, comme observé dans le cas des fumeurs de tabac à rouler." Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24(50)), page 9.

[2140] Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24(50)), page 11.

[2141] "Ils ne se considéraient pas eux-mêmes comme "dépendants" de leur habitude de fumer comme ils percevaient la "dépendan[ce]" des fumeurs de cigarettes. Puisque la "dépendance" n'était pas perçue, il n'y avait pas non plus de nécessité d'arrêter. Les deux types de fumeurs de cigares percevaient également peu les risques pour la santé, quels qu'ils soient, en lien avec leur consommation de cigares, ce qui contribuait encore à l'absence de perception de la nécessité d'arrêter. Étant donné que la plupart d'entre eux ne fumaient pas quotidiennement, mais plutôt de façon hebdomadaire ou une fois tous les 15 jours, ils n'avaient pas non plus l'impression que la fréquence de leur consommation justifiait de se soucier des conséquences pour la santé ou de la nécessité d'arrêter." Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24(50)), page 10.

[2142] Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24(50)), page 10.

[2143] Rapport Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-3), paragraphes 102 à 104; et rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphes 53 à 55.

[2144] Voir, d'une manière générale, le rapport Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-3), paragraphes 96 à 104.

montrer que l'emballage neutre fait baisser les intentions de fumer ou augmenter les intentions d'arrêter".[2145]

7.776. Comme nous l'avons noté dans le contexte de l'initiation, nous ne considérons pas que l'hypothèse sous-tendant la conception et la structure des mesures TPP est qu'une incidence sur les résultats proximaux, y compris une réduction de l'aptitude du paquet à agir comme un signal conditionné après l'introduction de l'emballage neutre du tabac, serait censée *dans tous les cas* entraîner un changement dans les comportements tabagiques. En fait, comme il a été indiqué plus haut, nous croyons comprendre que l'hypothèse sous-tendant le fonctionnement des mesures TPP est qu'au moins une partie des consommateurs seraient influencés dans leurs comportements tabagiques et plus enclins à arrêter (ou peu enclins à récidiver, selon le cas) si l'aptitude du paquet de tabac à agir comme un signal conditionné est réduite au moyen de l'emballage neutre du tabac. Le fait que cette mesure est, de par sa conception, un élément d'un ensemble de mesures de lutte antitabac conçues pour agir sur divers aspects du processus complexe et multifacette intervenant dans la décision de fumer, y compris les restrictions de la publicité et de la promotion des produits du tabac[2146] et les restrictions de la vente des produits du tabac (y compris les restrictions au point de vente)[2147] – est compatible avec cette interprétation.

Conclusion

7.777. Compte tenu de ce qui précède, nous ne sommes pas convaincus que les plaignants aient montré que les mesures TPP ne seraient pas capable de réduire l'attrait des produits du tabac et de contribuer ainsi à l'objectif de l'Australie d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits.

7.778. Nous constatons plutôt que des éléments de preuve crédibles, émanant de sources reconnues, ont été présentés, selon lesquels l'emballage neutre des produits du tabac peut réduire leur attrait en minimisant l'aptitude de diverses caractéristiques d'identification de la marque à créer des associations positives avec les produits du tabac qui pourraient avoir une influence sur les comportements tabagiques, y compris l'initiation au tabagisme, le sevrage et la récidive.

7.779. En outre, nous rappelons que nous disposons également d'éléments de preuve concernant l'application effective des mesures TPP depuis leur entrée en vigueur, y compris des études empiriques traitant spécifiquement de l'incidence de l'emballage neutre sur l'attrait des produits du tabac, qui seront examinés plus loin dans la section 7.2.5.3.6 et auxquels il sera accordé un poids approprié. Nous ne cherchons donc pas à formuler, à ce stade de notre analyse, une quelconque conclusion générale concernant l'incidence des mesures TPP sur l'attrait des produits du tabac et la mesure dans laquelle toute réduction de cet attrait découlant des mesures TPP contribue à l'objectif de l'Australie d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits.

7.2.5.3.5.3 Deuxième mécanisme: incidence des mesures TPP sur l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites

7.780. Comme il est indiqué plus haut, le deuxième "mécanisme" par lequel les mesures TPP sont censées contribuer à la réalisation de leur objectif est l'"accro[issement] [de] l'efficacité des mises en garde sanitaires sur l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac", qui, à son tour, est censé influencer les comportements tabagiques et contribuer ainsi à la réduction de la consommation de produits du tabac et de l'exposition à ces produits.

7.781. Les plaignants contestent l'aptitude des mesures TPP à avoir un effet sur ce "mécanisme". L'Australie répond que les mesures TPP augmentent l'attention visuelle accordée aux mises en garde sanitaires, rendent ces mises en garde plus importantes et plus remarquables[2148], augmentent les perceptions relatives à leur crédibilité et à leur sérieux et renforçent leur

[2145] Rapport Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-3), paragraphe 105.
[2146] Voir plus haut la section 2.2.2.
[2147] Voir plus haut la section 2.2.4.
[2148] Australie, première communication écrite, paragraphes 176 à 179.

rappel.[2149] Elle affirme en outre que l'augmentation de l'efficacité des mises en garde sanitaires affecte les intentions et le comportement des consommateurs.[2150]

Principaux arguments des parties

7.782. Le Honduras fait valoir qu'il n'y aucune base permettant à l'Australie de considérer que l'emballage neutre "renforcera la visibilité des mises en garde sanitaires explicites figurant sur le paquet"[2151] qui "sont bien visibles". Il ajoute que des "éléments de preuve empiriques démontrent que les adolescents australiens ont bien conscience des risques pour la santé associés au tabagisme et que, en tout état de cause, leur décision de fumer est motivée par d'autres facteurs, comme la pression des pairs, le point de savoir s'ils sont à la recherche de sensations fortes et s'ils réagissent à des stimuli-récompenses".[2152] Il fait valoir que, lorsqu'ils font l'expérience de fumer, la plupart des adolescents ne voient probablement même pas un paquet de tabac puisqu'ils obtiennent des cigarettes auprès de leurs amis, généralement lorsque la cigarette est déjà sortie du paquet.[2153] Il fait référence à un rapport d'expert élaboré par le professeur Viscusi, dans lequel celui-ci fait valoir que l'augmentation de l'efficacité des mises en garde n'a de conséquence sur le comportement que si les consommateurs ont un déficit d'information et ne jugent pas les mises en garde existantes crédibles.[2154] Le Honduras fait référence à l'observation du professeur Viscusi selon laquelle les Australiens sont conscients des risques et de ce qu'ils signifient pour eux-mêmes, et selon laquelle il est hautement improbable qu'une augmentation de la taille ou de l'importance des mises en garde aura une quelconque influence sur les comportements tabagiques ou les perceptions des consommateurs concernant les conséquences pour la santé.[2155]

7.783. Le Honduras mentionne le rapport d'expert du professeur Steinberg, qui remet en question les politiques visant à sensibiliser davantage les adolescents aux risques du tabagisme pour la santé, en faisant référence aux recherches récentes qui démontrent que les adolescents australiens ont bien conscience des risques du tabagisme et comprennent ces risques, et qu'"il est difficile d'imaginer en quoi l'introduction de l'emballage neutre pourrait – même conceptuellement – renforcer cette sensibilisation".[2156] Il estime également que "ces politiques ne tiennent pas compte du fait que la décision d'un adolescent de se livrer à une activité potentiellement dangereuse est fondée non seulement sur les *risques perçus* de cette activité mais aussi sur ses *avantages perçus* et qu'elle est largement influencée par les caractéristiques psychologiques particulières de cet adolescent ainsi que par son environnement émotionnel et social".[2157]

7.784. La République dominicaine fait valoir que les publications TPP "n'évaluent pas l'effet de l'emballage neutre sur les paquets portant une mise en garde sanitaire explicite dominante sur 75% de la surface".[2158] Elle estime qu'une grande mise en garde sanitaire explicite laisse peu d'espace disponible pour l'identification de la marque, qui aura probablement une incidence faible, voire nulle, sur les résultats mesurés dans les études TPP. Elle estime que, "plus fondamentalement, l'image dominante négative résultant d'une grande mise en garde sanitaire explicite aura également une incidence sur ces résultats".[2159]

7.785. La République dominicaine estime en outre que les adolescents continueront d'adopter un comportement tabagique, même lorsqu'il est "parfaitement clair [qu'ils] ont conscience des risques du tabagisme et comprennent ces risques et qu'ils savent que cela a des conséquences néfastes pour la santé à long terme".[2160] Par conséquent, elle estime, en faisant référence au rapport d'expert du professeur Steinberg, que "même s'il était démontré que l'emballage neutre accroît l'importance des mises en garde sanitaires (ce qui en fait ne semble pas être le cas d'après les

[2149] Australie, première communication écrite, paragraphes 180 à 181.
[2150] Australie, première communication écrite, paragraphes 182 à 186.
[2151] Honduras, première communication écrite, paragraphe 419.
[2152] Honduras, première communication écrite, paragraphe 419.
[2153] Honduras, première communication écrite, paragraphe 419.
[2154] Honduras, première communication écrite, paragraphe 419, note de bas de page 349.
[2155] Honduras, première communication écrite, paragraphe 419, note de bas de page 349.
[2156] Honduras, première communication écrite, paragraphe 417 (faisant référence au rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6), paragraphe 44).
[2157] Honduras, première communication écrite, paragraphe 417.
[2158] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 608 et 609.
[2159] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 610.
[2160] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 695

recherches récentes), cela n'aurait … pas d'influence sur l'expérimentation, ou la consommation, de produits du tabac chez les adolescents".[2161]

7.786. Cuba fait valoir qu'il "[s]uffirait de jeter un coup d'œil à n'importe quelle [mise en garde sanitaire explicite] australienne actuelle pour réfuter l'allégation [de l'Australie]" concernant l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites.[2162] Notant que la mise en garde sanitaire explicite couvre 75% de la face avant du paquet (dans le cas de l'emballage des cigarettes) et qu'elle "est conçue pour avoir un impact et retenir l'attention des consommateurs", Cuba fait valoir que, en raison de l'"importance et [de] la conception efficace" de ces mises en garde sanitaires explicites, il n'est "pas plausible de laisser entendre que les consommateurs de produits du tabac en Australie ne les remarqueront pas ou que l'emballage neutre retiendra opportunément l'attention distraite des consommateurs australiens qui, d'une manière ou d'autre, ne remarquent effectivement pas ces mises en garde".[2163] Cuba fait référence à une étude de 2013 dans laquelle il est "reconnu que les constatations formulées dans les publications se rapportant à l'allégation de l'efficacité des [mises en garde sanitaires explicites] sont "mitigées""[2164] ainsi qu'à un rapport d'expert élaboré par le professeur Viscusi, qui conclut que "[l]es constatations formulées dans les études examinées … ne fournissent aucune base permettant de conclure que les paquets neutres rendent les mises en garde plus efficaces". Elle fait également référence à un rapport dans lequel il est constaté que, lorsque la mise en garde sanitaire explicite couvre 75% de la surface du paquet, elle "se remarque" dans la même mesure sur un emballage neutre et sur un emballage de marque.[2165] Cuba fait également référence à l'examen par le professeur Viscusi d'une étude de 2011 qui "a conclu que, "[e]n tenant compte des publications existantes, il [était] plausible que l'emballage neutre augmente le caractère remarquable et l'incidence des mises en garde sanitaires chez ceux pour qui l'habitude de fumer n'[était] pas encore établie"".[2166] Cuba signale que les auteurs "admettent "ne pas très bien savoir si une plus grande attention visuelle accordée aux mises en garde sanitaires se traduira par des différences effectives dans le comportement tabagique à l'égard des cigarettes"".[2167]

7.787. Cuba estime que, en tout état de cause, une plus grande attention accordée aux mises en garde sanitaires n'implique pas nécessairement que des changements notables se produiront dans les taux de tabagisme en Australie.[2168] Selon elle, "[i]l n'y a aucune base permettant de conclure que l'attention accordée à la mise en garde sanitaire figurant sur un paquet de marque est insuffisante pour que les informations nécessaires en matière de risque soient transmises", et "[r]ien dans les publications ne laisse entendre le contraire".[2169] Elle fait valoir, par référence aux conclusions du professeur Viscusi, qu'une action visant à sensibiliser davantage aux risques peut avoir un effet cumulatif faible, voire nul, sur le comportement tabagique en Australie, étant donné que la très grande majorité de la population est déjà consciente des risques pertinents.[2170]

7.788. Cuba fait référence au rapport de l'expert de l'Australie, le professeur Tavassoli, et considère que sa conclusion selon laquelle l'emballage peut accroître la demande primaire en freinant l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites est indéfendable. Elle précise qu'il n'y a aucun élément de preuve permettant de montrer que sans l'emballage neutre les mises en garde sanitaires explicites seront moins efficaces ou moins visibles. Selon Cuba, l'apparition d'une marque sur les 25% restants de la partie avant du paquet n'aura "aucun effet notable sur

[2161] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 695.
[2162] Cuba, première communication écrite, paragraphe 223.
[2163] Cuba, première communication écrite, paragraphe 223. Voir aussi Cuba, première communication écrite, paragraphe 349.
[2164] Cuba, première communication écrite, paragraphe 224 (faisant référence à Stead *et al.* 2013 (pièce CUB-58)).
[2165] Cuba, première communication écrite, paragraphe 224 (faisant référence à Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24(50)), d'après l'examen figurant dans le rapport Viscusi (pièce UKR-8), paragraphe 96).
[2166] Cuba, première communication écrite, paragraphe 225 (faisant référence à Munafò *et al.* 2011 (pièces AUS-199, JE-24(47)), page 1508).
[2167] Cuba, première communication écrite, paragraphe 225 (faisant référence à Munafò *et al.* 2011 (pièces AUS-199, JE-24(47)), page 1509).
[2168] Cuba, première communication écrite, paragraphe 226 (faisant référence à Munafò *et al.* 2011 (pièces AUS-199, JE-24(47)), page 1509, tableau 1). Voir aussi Cuba, première communication écrite, paragraphe 349.
[2169] Cuba, première communication écrite, paragraphe 226 (faisant référence au rapport Viscusi (pièce UKR-8), paragraphe 71).
[2170] Cuba, première communication écrite, paragraphe 227.

l'appréciation que les consommateurs auront des risques de la consommation de tabac pour la santé.[2171]

7.789. Les arguments de l'Indonésie concernant la question de savoir si les mesures TPP accroissent l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites se rapportent à des éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre et sont examinés plus loin dans la section 7.2.5.3.6.1.[2172]

7.790. L'Australie fait valoir que les "[é]tudes sur l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites indiquent que celle-ci peut être considérablement réduite par la distraction créée par la conception du paquet". Elle soutient que les "[é]léments de l'emballage rivalisent avec les étiquettes de mise en garde sanitaire, en détournant l'attention des consommateurs des mises en garde sanitaires prescrites, et qu'ils affectent aussi défavorablement les perceptions des consommateurs concernant les risques de graves conséquences de la consommation de tabac sur la santé".[2173]

7.791. L'Australie ne partage pas l'avis des plaignants selon lequel les Australiens sont parfaitement informés des risques du tabagisme pour la santé. Faisant référence au rapport d'expert du professeur Slovic, l'Australie fait valoir que la "connaissance des risques est "un concept à plusieurs niveaux" et que, dans les études sur les Australiens, il a été constaté que même s'ils étaient parfois "conscients" que fumer pouvait entraîner des conséquences néfastes pour la santé, les individus ne disposaient toutefois même pas des connaissances de base sur la nature et la gravité de ces conséquences".[2174] Cela est "en outre accentué par ce que le professeur Slovic appelle les "biais d'optimisme", selon lesquels ceux qui manifestent une certaine conscience des risques du tabagisme pour la santé pensent souvent que cela s'applique davantage aux autres qu'à eux-mêmes".[2175] Selon l'Australie, "une prise de décision éclairée et rationnelle exige des niveaux de connaissance des risques de la consommation de tabac plus approfondis que ceux dont disposent actuellement de nombreux Australiens".[2176]

7.792. L'Australie ajoute qu'elle a amélioré les connaissances des risques du tabagisme dans la population australienne avec l'introduction des mises en garde sanitaires explicites, mais que cette mesure à elle seule n'est pas suffisante pour garantir que les Australiens soient parfaitement informés des risques de la consommation de tabac. Selon elle, l'identification de la marque et la conception du paquet des produits du tabac "peuvent exercer de fortes influences sur le comportement, qui peuvent ne pas être reconnues consciemment par un individu mais peuvent influencer sa compréhension et ses perceptions des risques du tabagisme".[2177] L'Australie soutient que, en ce qui concerne les produits du tabac autres que les cigarettes, il y a une aggravation de la perception erronée des risques, étant donné que les cigares sont perçus comme un "produit de remplacement sans danger" parce qu'ils sont considérés comme étant plus naturels et moins nocifs que les cigarettes, bien que les niveaux de concentration de la nicotine qu'ils libèrent soient comparables à ceux des cigarettes et du tabac sans fumée.[2178] Elle fait valoir que les mesures TPP ont été "conçues pour normaliser les éléments du paquet qui suppriment la perception des risques et pour faire en sorte que les mises en garde figurant sur les paquets soient à la fois remarquables et présentées de manière à influencer les perceptions des consommateurs et leur comportement tabagique. Elle souligne que "chez les adolescents, l'expérimentation du tabagisme a généralement lieu sans prise en compte consciente des risques" et ajoute que, "même chez les fumeurs dépendants, l'identification de la marque et les conceptions de l'emballage peuvent détourner leur

[2171] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 307.
[2172] Voir Indonésie, réponse à la question n° 46 du Groupe spécial; et observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 170 du Groupe spécial.
[2173] Australie, première communication écrite, paragraphe 169.
[2174] Australie, première communication écrite, paragraphe 171 (faisant référence au rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 96).
[2175] Australie, première communication écrite, paragraphe 171 (faisant référence au rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 92).
[2176] Australie, première communication écrite, paragraphe 171. (note de bas de page omise)
[2177] Australie, première communication écrite, paragraphe 172 (faisant référence au rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 102).
[2178] Australie, première communication écrite, paragraphe 173 (faisant référence à la monographie n° 9 concernant la lutte antitabac (pièces AUS-33, DOM-149).

attention des mises en garde sanitaires qui figurent sur les paquets, ou carrément les décrédibiliser".[2179]

7.793. L'Australie ajoute également qu'elle a adopté des "[c]ombinaisons optimales" entre la taille des mises en garde sanitaires explicites et l'emballage neutre du tabac, à la suite de vérifications et des recommandations formulées dans le cadre de recherches commandées et que, de ce fait, les mesures TPP accroissent l'efficacité des mises en garde sanitaires en augmentant l'attention visuelle qui leur est accordée, en rendant ces mises en garde plus importantes et plus remarquables, en supprimant la distraction créée par l'identification de la marque, en augmentant les perceptions relatives à la crédibilité et au sérieux de ces mises en garde; et en renforçant leur rappel chez les consommateurs pour leur faire mieux comprendre les effets de la consommation de tabac sur la santé.[2180]

7.794. L'Australie estime que le poids de l'ensemble des éléments de preuve "montre clairement que l'emballage neutre du tabac confère plus de relief aux mises en garde sanitaires, en particulier lorsqu'il est combiné à l'augmentation de la taille des mises en garde sanitaires explicites".[2181] Cela tient en grande partie à ce que l'interférence et la concurrence visuelles des images de marque sont considérablement réduites.[2182] Selon l'Australie, "[d]e solides éléments de preuve donnent à penser que, du fait de la réduction de l'image positive véhiculée par l'identification de la marque et l'emballage innovant des produits du tabac, tant ceux qui consomment des produits du tabac que ceux qui n'en consomment pas seront bien plus susceptibles de réfléchir aux renseignements transmis par les mises en garde sanitaires, ce qui permettra aux consommateurs de mieux comprendre les graves conséquences de la dépendance au tabac et de la consommation de tabac".[2183]

7.795. L'Australie estime en outre que, du fait de l'élimination de la concurrence et de l'interférence entre les mises en garde sanitaires et les images positives véhiculées sur l'emballage du tabac, et par cet emballage, il est probable que l'emballage neutre du tabac renforcera la crédibilité et le sérieux des messages contenus dans les mises en garde sanitaires.[2184] De même, "il a également été constaté que [les mesures TPP] renforçaient le rappel des mises en garde sanitaires figurant sur les paquets neutres chez les consommateurs, par rapport au rappel des mises en garde sanitaires figurant sur les paquets non neutres".[2185] L'Australie estime que *tout* renforcement du rappel des mises en garde sanitaires, de leur crédibilité et/ou de leur sérieux contribuera à neutraliser les associations positives véhiculées par la conception du paquet, y compris l'image de marque.[2186]

7.796. L'Australie fait également valoir que ces éléments de preuve démontrent qu'une efficacité accrue des mises en garde sanitaires influence les consommateurs potentiels de façon à les décourager de commencer à fumer des produits du tabac et les consommateurs actuels à renoncer au tabac.[2187]

Analyse du Groupe spécial

7.797. Pour commencer, nous notons que la question dont nous sommes saisis n'est pas de savoir si les mises en garde sanitaires explicites constituent une mesure de lutte antitabac efficace, que

[2179] Australie, première communication écrite, paragraphe 174 (faisant référence au Livre blanc pour l'élaboration d'une publicité Camel (pièce AUS-197)).
[2180] Australie, première communication écrite, paragraphe 175.
[2181] Australie, première communication écrite, paragraphe 176.
[2182] Australie, première communication écrite, paragraphe 176.
[2183] Australie, première communication écrite, paragraphe 178.
[2184] Australie, première communication écrite, paragraphe 180 (faisant référence au rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 336).
[2185] Australie, première communication écrite, paragraphe 180 (faisant référence à Beede et Lawson (pièces AUS-202, JE-24(6)); et à Al-hamdani 2013 (pièces AUS-203, JE-24(1))).
[2186] Australie, première communication écrite, paragraphe 181.
[2187] Australie, première communication écrite, paragraphe 182. L'Australie développe cet argument pour ce qui est des éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre des mesures TPP en ce qui concerne les réactions des consommateurs aux mises en garde sanitaires explicites. Australie, première communication écrite, paragraphes 183 et 184 (faisant référence à Wakefield *et al.* 2015 (pièces AUS-206, DOM-306); à Dunlop *et al.* 2014 (pièces AUS-207, HND-132, DOM-199); au rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 432; et à Miller *et al.* 2015 (pièces AUS-102, DOM-315)). Ces éléments de preuve seront examinés plus loin dans la section 7.2.5.3.6.

ce soit en principe ou dans la forme agrandie prescrite en Australie par la *Norme d'information 2011 en matière de concurrence et de consommation (tabac)* (Cth)[2188] (Norme d'information), mise en œuvre en même temps que les mesures TPP.[2189]

7.798. Nous notons à cet égard que les mises en garde sanitaires explicites sont reconnues en tant que mesure de lutte antitabac légitime au titre de la FCTC. L'article 11 1) b) de la FCTC dispose que chaque partie adoptera et appliquera des mesures efficaces pour faire en sorte que "chaque paquet ou cartouche de produits du tabac et toutes les formes de conditionnement et d'étiquetage extérieurs de ces produits portent également des mises en garde sanitaires décrivant les effets nocifs de la consommation de tabac et [puissent] inclure d'autres messages appropriés". Cette disposition indique en outre que ces mises en garde "peuvent se présenter sous la forme de dessins ou de pictogrammes ou inclure de tels dessins ou pictogrammes".[2190] Les Directives concernant l'article 11 de la FCTC indiquent ce qui suit:

> Beaucoup de gens dans le monde n'ont pas pleinement conscience du risque de morbidité et de mortalité prématurée qu'entraînent la consommation de tabac et l'exposition à la fumée du tabac, ou comprennent mal ou sous-estiment ce risque. Il a été démontré que la présence de mises en garde sanitaires et de messages bien conçus sur les conditionnements des produits du tabac est un moyen d'un bon rapport coût/efficacité pour sensibiliser le public aux dangers de la consommation de tabac et un moyen efficace pour réduire la consommation de tabac. Des mises en garde sanitaires et des messages efficaces ainsi que d'autres mesures concernant le conditionnement et l'étiquetage des produits du tabac sont des éléments clés d'une approche globale et intégrée de la lutte antitabac.[2191]

7.799. En fait, le Honduras et l'Indonésie font remarquer leurs propres prescriptions nationales en ce qui concerne les mises en garde sanitaires et l'utilisation de ces mises en garde sur les produits du tabac sur leurs territoires respectifs.[2192]

7.800. Nous notons également que le paragraphe 46 des Directives concernant l'article 11 de la FCTC indique que l'adoption des mesures concernant l'emballage neutre[2193] "pourrait conférer plus de relief et d'efficacité aux mises en garde sanitaires et aux messages, en empêchant que la forme de conditionnement ne détourne l'attention des consommateurs et en faisant échec aux techniques de design employées par l'industrie du tabac pour tenter de faire croire que certains produits sont moins nocifs que d'autres".[2194]

7.801. Le point de désaccord porte sur la question de savoir si les mesures TPP peuvent accroître l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites en Australie, comme le prévoit l'article 3 2) de la Loi TPP et, de ce fait, avoir une incidence sur les comportements tabagiques et contribuer à l'objectif de l'Australie d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation des produits du tabac et l'exposition à ces produits.

7.802. La Loi TPP, en identifiant l'"accro[issement] [de] l'efficacité des mises en garde sanitaires [explicites] sur l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac" comme étant l'un des

---

[2188] Norme d'information (pièces AUS-128, JE-8).

[2189] Voir plus haut la section 2.2.1.

[2190] FCTC (pièces AUS-44, JE-19), article 11 1) b) et article 11 1) b) v), respectivement.

[2191] Directives concernant l'article 11 de la FCTC, FCTC/COP/3(10) (pièce JE-20), annexe, paragraphe 3. Ces directives traitent des mises en garde sanitaires, entre autres, aux paragraphes 7 à 31.

[2192] Honduras, première communication écrite, paragraphe 115 (faisant référence à Republica de Honduras, Ley Especial para el Control del Tabaco, Decreto 92-2010, Diario Oficial Num. 32, 296 (21 August 2010) (pièce HND-24)); et Indonésie, première communication écrite, paragraphe 6 (faisant référence à Australian Broadcasting Corporation News, "Indonesia Pushes for Graphic Health Warnings on Cigarette Packs", (25 June 2014), disponible à l'adresse suivante: http://www.abc.net.au/news, consultée le 27 septembre 2015 (pièce IDN-1)).

[2193] Nous rappelons que ces mesures sont décrites comme étant celles qui visent à "limiter ou interdire l'utilisation de logos, de couleurs, d'images de marque ou de textes promotionnels sur les conditionnements hormis le nom de la marque et celui du nom du produit imprimés avec des caractères normaux et dans une couleur standardisée". Voir les Directives concernant l'article 11 de la FCTC, FCTC/COP/3(10) (pièce JE-20), annexe, paragraphe 46.

[2194] Voir les Directives concernant l'article 11 de la FCTC, FCTC/COP/3(10) (pièce JE-20), annexe, paragraphe 46.

"mécanismes" par lesquels les mesures TPP contribueront à leur objectif, ne précise pas la façon dont le terme "efficacité" doit être interprété dans ce contexte.

7.803. Nous notons à cet égard que les Directives concernant l'article 11 de la FCTC indiquent, sous le titre "Définition de prescriptions efficaces en matière de conditionnement et d'étiquetage", que:

> Des mises en garde sanitaires et messages bien conçus font partie de la gamme des mesures efficaces pour faire connaître les risques sanitaires et faire diminuer la consommation de tabac. Les faits montrent que l'efficacité des mises en garde sanitaires et des messages *augmente lorsqu'ils sont plus visibles*. Par rapport aux mises en garde de taille réduite ne comportant que du texte, *les mises en garde de plus grande taille avec des images ont plus de chances d'être remarquées, de mieux faire connaître les risques pour la santé, d'avoir un impact émotionnel plus fort et d'inciter davantage les consommateurs de tabac à réduire ou abandonner leur consommation*. D'autre part, les mises en garde plus grandes assorties d'images ont plus de chances de conserver leur efficacité dans le temps et sont particulièrement efficaces pour faire connaître les effets pour la santé à des personnes peu instruites, aux enfants et aux jeunes. *Parmi les autres éléments qui renforcent l'efficacité figurent le fait que les mises en garde sanitaires et les messages sont placés sur les faces principales et au sommet des faces principales, l'utilisation de couleurs plutôt que du noir et blanc, l'obligation de faire figurer simultanément plusieurs mises en garde sanitaires et messages, et la révision périodique de ces derniers*.[2195]

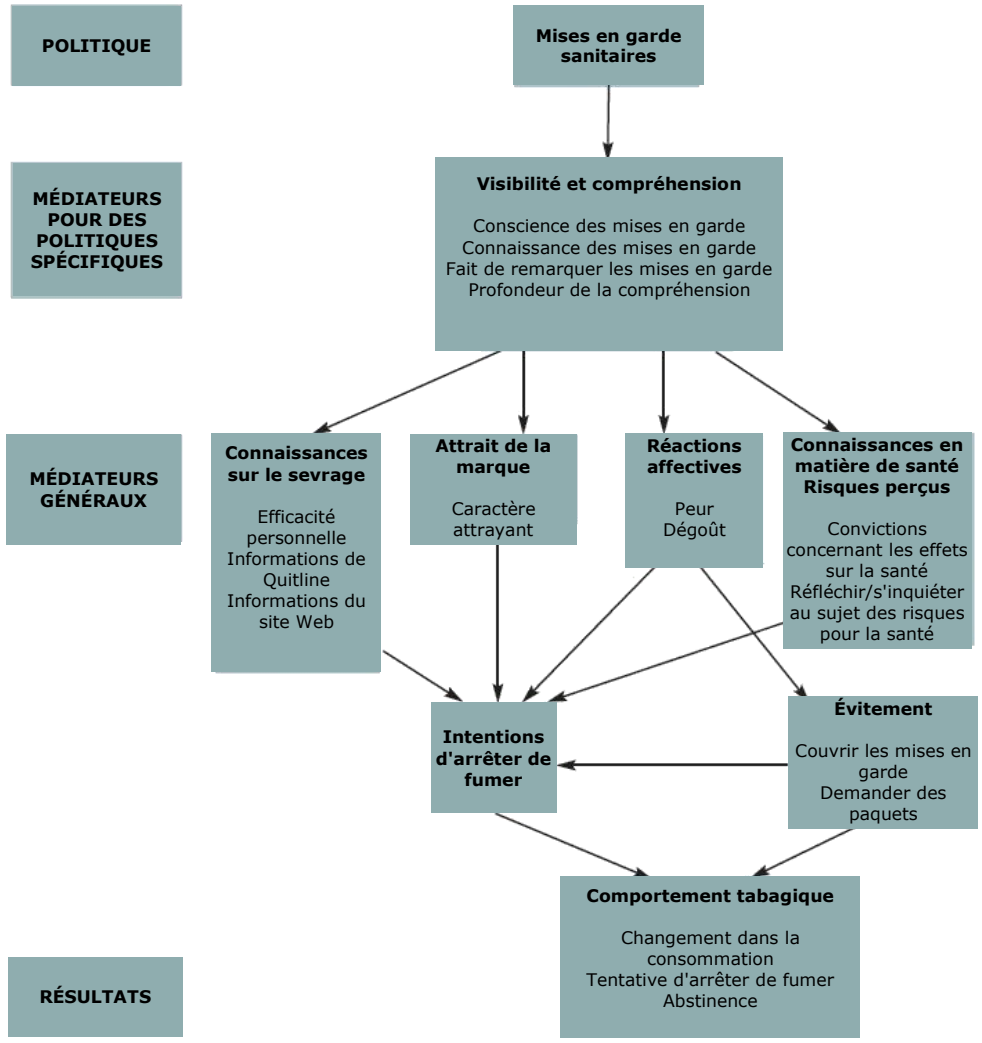
7.804. Nous croyons comprendre que ce passage indique que l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites peut être déterminée par référence à leur importance, qui affecte leur relief, leur aptitude à communiquer les risques pour la santé et à provoquer une réaction émotionnelle, et la motivation des fumeurs à arrêter de fumer ou à réduire leur consommation. Il est également reconnu que l'emplacement, l'apparence et la teneur des mises en garde sanitaires explicites sont pertinents pour l'efficacité de celles-ci.

7.805. L'expert de l'Australie, le professeur Chaloupka, décrit un modèle conceptuel de cheminement, au moyen duquel les mises en garde sanitaires explicites aboutiraient en fin de compte à des réductions de la prévalence du tabagisme, qui "met l'accent sur l'importance du caractère remarquable et du traitement des mises en garde sanitaires, qui affecte l'incidence de celle-ci sur les risques perçus et d'autres connaissances en matière de santé, l'attrait de la marque et les réactions émotionnelles, qui favorisent tous les intentions d'arrêter de fumer et d'autres changements dans le comportement tabagique, ce qui entraînera finalement une augmentation des tentatives d'arrêter de fumer, des baisses de la consommation et la réussite du sevrage".[2196] Le professeur Chaloupka décrit ce modèle de la façon suivante:

[2195] Directives concernant l'article 11 de la FCTC, FCTC/COP/3(10) (pièce JE-20), annexe, paragraphe 7. (pas d'italique dans l'original)

[2196] Rapport Chaloupka sur la santé publique (pièce AUS-9), paragraphe 89, Figure 5.

Figure 14: Cadre conceptuel élaboré par le professeur Chaloupka pour évaluer les politiques relatives aux mises en garde sanitaires



Source: Rapport Chaloupka sur la santé publique (pièce AUS-9), page 71.

7.806. Ce modèle identifie les connaissances sur le sevrage, l'attrait de la marque, les réactions affectives et les connaissances en matière de santé/perceptions des risques, comme étant des facteurs pertinents pour l'évaluation de l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites. Ces facteurs sont censés influencer les intentions d'arrêter de fumer (ou, s'agissant des réactions affectives, l'évitement) et, en fin de compte, les comportements tabagiques. Il apparaît qu'il y a un degré de compatibilité élevé entre ce modèle et les éléments énoncés dans les Directives concernant l'article 11 de la FCTC qui ont une influence sur l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites. En outre, nous notons que ce cadre conceptuel a été approuvé par le Centre international de recherche sur le cancer (CIRC), établi par l'OMS, dans un manuel sur la lutte antitabac intitulé *Methods for Evaluating Tobacco Control Policies* (méthodes pour l'évaluation des politiques de lutte antitabac)[2197] (manuel de 2008 du CIRC).

7.807. Nous notons que, dans une évaluation de l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites en Australie datant de 2008, commandée par le DHA australien, les questions posées aux participants visaient à déterminer le caractère remarquable et la compréhension des mises en

[2197] Manuel de 2008 du CIRC (pièces AUS-602, DOM-368), page 296. Nous notons que ce rapport contient "les vues et les opinions d'un groupe de travail du CIRC sur les méthodes pour l'évaluation des politiques de lutte antitabac", auquel participaient les professeurs Chaloupka et Fong. Il est également noté dans ce rapport que "[d']autres variables psychosociales, comme les règles et les croyances sociales concernant l'industrie du tabac, pourraient également être ajoutées à ce modèle". *Ibid.*, page 298.

garde sanitaires, leurs connaissances sur le sevrage, leurs réactions affectives face aux mises en garde sanitaires explicites ainsi que leurs connaissances des effets sur la santé et leur perception des risques associés à la consommation de tabac.[2198] La mesure de ces éléments par le biais de ces questions est compatible avec les éléments identifiés comme étant pertinents dans la FCTC et par le professeur Chaloupka.[2199]

7.808. Nous notons en outre que les plaignants n'ont pas directement traité la pertinence de ces éléments pour l'évaluation de l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites. L'expert des plaignants, le professeur Viscusi, fait valoir que "[l]'augmentation de l'efficacité des mises en garde, mesurée par "le rappel, l'attention, le sérieux et la crédibilité", n'a de conséquence sur le comportement que si les consommateurs ont actuellement un déficit d'information et ne jugent pas les mises en garde existantes crédibles" ce qui, selon ce qu'il fait valoir, n'est pas établi par les études qu'il critique dans son rapport.[2200] Il fait valoir que "la question de savoir si les paquets neutres amélioreront l'efficacité des mises en garde pour ce qui est des croyances au sujet des risques dépend de l'étendue des connaissances qu'ont les individus sur les risques du tabagisme et de la mesure dans laquelle la présence des mises en garde sur les paquets neutres plutôt que sur les paquets ordinaires modifiera ces croyances au sujet des risques".[2201] Les déclarations du professeur Viscusi à cet égard donnent à penser que, même s'il considère qu'ils n'ont pas toujours de conséquences sur le comportement, il ne laisse pas entendre que "le rappel … le sérieux et la crédibilité" des mises en garde sanitaires explicites, ainsi que l'"attention" qui leur est accordée, ne sont pas pertinents aux fins de la compréhension de l'efficacité de ces mises en garde.

7.809. Par ailleurs, nous notons que ni les plaignants ni leurs experts, ne semblent contester l'idée que l'effet des mises en garde sanitaires explicites sur les connaissances en matière de santé et/ou les perceptions des risques est également pertinent – en effet, le fait que les plaignants axent une grande partie de leur argumentation sur l'idée que les connaissances en matière de santé et les perceptions des risques sont déjà d'un niveau élevé en Australie (et qu'on ne peut pas les améliorer davantage en renforçant l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites, comme nous l'indiquons dans la section suivante) donne à penser qu'ils ne contestent pas la pertinence de ces éléments.

7.810. D'après ce que nous croyons en comprendre, ce que les plaignants contestent en substance c'est l'aptitude des mesures TPP à avoir une incidence sur les facteurs qui affectent l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites, y compris leur visibilité et leur relief (compte tenu en particulier de la taille des mises en garde sanitaires explicites en Australie), leur aptitude à renforcer la sensibilisation aux risques (dont les plaignants font valoir qu'elle est déjà très élevée en Australie) et, en conséquence, leur aptitude à avoir une incidence sur les comportements tabagiques en renforçant l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites. Nous examinons chacun de ces points l'un après l'autre.

Incidence de l'emballage neutre sur le caractère remarquable et le traitement des mises en garde sanitaires explicites

7.811. Le Honduras fait valoir qu'il n'y a aucune base permettant à l'Australie de considérer que l'emballage neutre renforcera la visibilité des mises en garde sanitaires explicites figurant sur le paquet.[2202] La République dominicaine fait valoir en particulier que les publications TPP n'évaluent pas l'effet de l'emballage neutre du tabac sur les paquets dont 75% de la surface est recouverte par une mise en garde sanitaire explicite dominante.[2203] Cuba estime que les mises en garde sanitaires explicites sur 75% de la surface sont "conçues pour avoir un impact et retenir l'attention des consommateurs" et que, "[e]n raison de l'importance et [de] la conception efficace de ces mises en garde sanitaires explicites, il n'est pas plausible de laisser entendre que les consommateurs de produits du tabac en Australie ne les remarqueront pas ou que l'emballage

[2198] Shanahan et Elliott 2008 (pièce CUB-15), pages 196 à 224.
[2199] Voir plus haut les paragraphes 7.798 à 7.804 et 7.806.
[2200] Rapport Viscusi (pièce UKR-8), paragraphe 21.
[2201] Rapport Viscusi (pièce UKR-8), paragraphe 22. Le professeur Steinberg se réfère également aux connaissances préexistantes des adolescents australiens concernant les risques de la consommation de tabac. Voir le rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6), paragraphe 44.
[2202] Honduras, première communication écrite, paragraphe 419.
[2203] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 608.

neutre retiendra opportunément l'attention distraite des consommateurs australiens qui, d'une manière ou d'autre, ne remarquent effectivement pas ces mises en garde".[2204]

7.812. L'Australie répond qu'une partie des études étayent l'opinion contraire selon laquelle les produits du tabac présentés dans un paquet neutre augmenteront l'attention visuelle accordée aux mises en garde sanitaires, rendant de ce fait ces mises en garde plus importantes et plus remarquables.[2205] Elle fait en outre valoir que les mesures TPP augmentent les perceptions au sujet de la crédibilité et du sérieux des mises en garde sanitaires et renforçent leur rappel.[2206] Elle fait également valoir que ces effets sont présents à la fois chez les adultes et chez les jeunes.[2207]

7.813. Les éléments de preuve qui nous ont été présentés en ce qui concerne l'incidence de l'emballage neutre du tabac sur l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites incluent certaines études qui appartiennent à l'ensemble des publications mentionnées plus haut sous le nom de "publications TPP", ainsi que des éléments de preuve se rapportant à l'application des mesures TPP depuis leur entrée en vigueur. Dans la présente section, nous nous concentrons sur les éléments de preuve concernant la conception et la structure des mesures TPP, du point de vue de leur aptitude à contribuer à l'objectif de l'Australie de réduire la consommation des produits du tabac et l'exposition à ces produits en augmentant l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites. Nous examinons les éléments de preuve pertinents qui se rapportent à l'*application* des mesures TPP, y compris les éléments de preuve concernant leur effet sur l'augmentation de l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites, plus loin dans la section 7.2.5.3.6.1.[2208]

7.814. L'expert de l'Australie, le professeur Fong, identifie un certain nombre d'études qui se rapportent à la fois à l'incidence des éléments d'identification de la marque, en tant que source potentielle d'un détournement de l'attention des mises en garde sanitaires explicites, et à l'incidence prévue de l'emballage neutre du tabac sur le caractère remarquable, la visibilité et le relief des mises en garde sanitaires explicites, y compris l'attention visuelle qui leur est accordée, leur traitement cognitif et leur rappel. Sur la base de ces études, il estime qu'"il est raisonnable de considérer que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac renforcera l'efficacité des mises en garde sanitaires figurant sur l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac, y compris des cigarettes et des cigares".[2209] Dans un autre rapport d'expert présenté par l'Australie, M. Biglan, mentionnant bon nombre de ces mêmes études ainsi que certaines autres présentées en l'espèce, conclut que "pour un vaste ensemble de mesures, de populations étudiées (pays, fumeurs/non-fumeurs, ou adolescents/adultes), de chercheurs et de variations du paquet, l'incidence des mises en garde sanitaires est plus forte lorsqu'il n'y a pas d'attributs de la marque sur les paquets".[2210] Les rapports d'expert des professeurs Samet, Tavassoli et Slovic, présentés

[2204] Cuba, première communication écrite, paragraphe 223. Voir aussi Indonésie, première communication écrite, paragraphe 13; et deuxième communication écrite, paragraphes 186 et 187.

[2205] Australie, première communication écrite, paragraphes 176 à 179.

[2206] Australie, première communication écrite, paragraphes 180 et 181.

[2207] Australie, première communication écrite, paragraphes 177 et 179 (faisant référence à Gallopel-Morvan *et al.* 2010 (pièce AUS-176); à Environics 2008a (pièces AUS-179, JE-24(19)); à Moodie et Mackintosh 2013 (pièces AUS-185, JE-24(43)); et à Mays *et al.* 2015 (pièce AUS-201)).

[2208] L'Indonésie axe ses arguments concernant l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites sur des éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre. Voir Indonésie, réponse à la question n° 146 du Groupe spécial; et observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 170 du Groupe spécial, paragraphe 47.

[2209] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphes 355 et 356. La conclusion du professeur Fong fait suite à sa description des résultats d'une partie des études versées au dossier des présentes procédures, y compris celles ayant été examinées dans les articles suivants: Moodie *et al.* 2011 (pièces AUS-155, JE-24(44)); Moodie et Mackintosh 2013 (pièces AUS-185, JE-24(43)); CBRC 1992 (pièces AUS-198, JE-24(13)); d'Avernas *et al.* 1997 (pièce AUS-144); McCool *et al.* 2012 (pièce JE-24(41)); Van Hal *et al.* 2012 (pièces AUS-161, JE-24(60)); Munafò *et al.* 2011 (pièces AUS-199, JE-24(47)); Maynard *et al.* 2013 (pièces AUS-200, JE-24(40)); Northrup et Pollard 1995 (pièce JE-24(48)); Gallopel-Morvan *et al.* 2010 (pièce AUS-176); Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24(50)); Beede et Lawson 1992 (pièces AUS-202, JE-24(6)); Al-hamdani 2013 (pièces AUS-203, JE-24(1)); Germain *et al.* 2010 (pièces AUS-154, JE-24(25)); Goldberg *et al.* 1999 (pièces AUS-209, JE-24(27)); Environics 2008a (pièces AUS-179, JE-24(19)); Environics 2008b (pièce JE-24(18)); Borland *et al.* 2009a (pièce AUS-210); Borland *et al.* 2009b (pièce AUS-211); Hammond *et al.* 2007 (pièce AUS-212); Borland 1997 (pièce AUS-213); Partos *et al.* 2013 (pièce AUS-204); Borland et Hill 1997 (pièce AUS-208); Hammond *et al.* 2006 (pièce AUS-190); et McCaul *et al.* 2006 (pièce AUS-205). Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphes 314 à 354.

[2210] Rapport Biglan (pièce AUS-13), paragraphe 175. La conclusion de M. Biglan fait suite à son examen des résultats des études décrites dans les articles suivants, entre autres: Beede et Lawson 1992 (pièces AUS-202, JE-24(6)); Borland *et al.* 2013 (pièces AUS-136, JE-24(9)); Environics 2008a

par l'Australie, font également référence à certaines études dans le contexte de leurs assertions selon lesquelles l'emballage neutre du tabac renforcent le relief et le caractère remarquable des mises en garde sanitaires explicites et modifie l'attention accordée aux risques de la consommation de tabac; une partie de ces études ont été versées au dossier des présentes procédures.[2211]

7.815. Nous notons que, dans ce contexte[2212], l'Australie et ses experts ont présenté et mentionné un certain nombre d'études indiquant que l'*attention visuelle* accordée aux mises en garde sanitaires explicites augmentait en présence de l'emballage neutre.[2213]

7.816. Cinq[2214] de ces articles sont critiqués dans chacun des examens effectués par Kleijnen Systematic Reviews[2215], par le professeur Inman *et al.*[2216] et par le professeur Klick[2217]; et l'un d'eux est critiqué uniquement par le professeur Inman *et al.* et par le professeur Klick.[2218] Deux ne sont examinés dans aucun des trois examens des publications effectués par les plaignants.[2219] Les critiques des experts des plaignants concernant ces études particulières suivent largement les critiques qu'ils formulent à l'égard des publications TPP en général et que nous avons soulignées

(pièces AUS-179, JE-24(19)); Gallopel-Morvan *et al.* 2010 (pièce AUS-176); Germain *et al.* 2010 (pièces AUS-154, JE-24(25)); Goldberg *et al.* 1999 (pièces AUS-209, JE-24(27)); Hammond *et al.* 2013b (pièces AUS-158, JE-24(31)); Hammond *et al.* 2009 (pièces AUS-166, JE-24(29)); Hammond et Parkinson (pièce AUS-165); Hoek *et al.* 2011 (pièces AUS-148, JE-24(34)); Moodie *et al.* 2011 (pièces AUS-155, JE-24(44)); Rousu et Thrasher 2013 (pièces AUS-228, JE-24(54)); Thrasher *et al.* 2011 (pièces AUS-229, JE-24(58)); Wakefield *et al.* 2008 (pièces AUS-149, JE-24(62)). Voir le rapport Biglan (pièce AUS-13), paragraphe 174.

[2211] Rapport Samet (pièce AUS-7), paragraphe 125 (faisant référence à certains articles antérieurs à la mise en œuvre, y compris Hammond *et al.* 2013a, (AUS-177, JE-24(32)); et Arora *et al.* 2013 (pièce JE-24(2))); rapport Tavassoli (pièce AUS-10), paragraphes 109 à 119 (faisant référence à certains articles antérieurs à la mise en œuvre, y compris Maynard *et al.* 2013 (pièces AUS-200, JE-24(40)); Beede et Lawson 1992 (pièces AUS-202, JE-24(6)); et Goldberg *et al.* 1999 (pièces AUS-209, JE-24(27))); rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphes 84 à 99 (faisant référence à certains articles antérieurs à la mise en œuvre, y compris Hammond *et al.* 2006 (pièce AUS-190); Hammond *et al.* 2009 (pièces AUS-166, JE-24(29)); Wakefield *et al.* 2002 (pièces AUS-93, CUB-28); et Kennedy *et al.* 2012 (pièce AUS-192)).

[2212] Australie, première communication écrite, paragraphes 176 à 179.

[2213] Voir, par exemple, Rootman et Flay 1995 (pièces AUS-145, JE-24(53)), page 6 (constatant que 51% des étudiants sondés déclaraient qu'il était plus facile de voir la mise en garde sanitaire sur le paquet neutre, tandis que 29% considéraient qu'il était plus facile de la voir sur le paquet ordinaire et 20% déclaraient qu'il n'y avait pas de différences); d'Avernas *et al.* 1997 (pièce AUS-144), page 13 (indiquant que, lorsque les participants étaient confrontés à différents paquets montrant différentes combinaisons de mises en garde sanitaires explicites, de couleurs et d'identification de la marque, "les fumeurs quotidiens étaient bien plus nombreux à mentionner la mise en garde sanitaire figurant sur le paquet neutre (82%) que celle figurant sur le paquet ordinaire (62%)"); Gallopel-Morvan *et al.* 2010 (pièce AUS-176), tableau 1, page 8 (constatant que les jeunes Français qui comparaient quatre designs de paquets de cigarettes étaient plus susceptibles de remarquer la mise en garde sanitaire (écrite) en premier sur les designs sans marque, tandis que l'identification de la marque était plus susceptible d'être remarquée en premier pour les designs de marque); Munafò *et al.* 2011 (pièces AUS-199, JE-24(47)), page 1508 (constatant que, lorsqu'on suivait les mouvements oculaires en présence de paquets neutres et de paquets de marque, "chez les non-fumeurs et chez les fumeurs de cigarettes hebdomadaires (c'est-à-dire légers, non établis), l'emballage neutre augmentait l'attention visuelle dirigée vers les renseignements de mise en garde sanitaire et la détournait des renseignements relatifs à la marque", mais que "[c]et effet n'[était] pas observé chez les fumeurs de cigarettes quotidiens (c'est-à-dire établis)"); Maynard *et al.* 2013 (pièces AUS-200, JE-24(40)), page 417 ("reprodui[sant] largement et développ[ant]" les résultats de Munafò *et al.* 2011 (pièces AUS-199, JE-24(47))); McCool *et al.* 2012 (pièce JE-24(41)), page 1272 (indiquant que "[l]a très grande majorité des participants" interrogés dans le cadre de groupes de discussion semi-structurés "jugeaient les étiquettes de mise en garde apposées sur les paquets neutres plus efficaces, étant donné que "rien ne détourn[ait] votre attention des mises en garde""); Arora *et al.* 2013 (pièce JE-24(2)), page 4 (indiquant que 90% des participants à un sondage d'opinion réalisé en Inde déclaraient que l'emballage neutre augmenterait le relief et l'efficacité des mises en garde sanitaires sur les produits du tabac); et Borland *et al.* 2013 (pièces AUS-136, JE-24(9)). Voir aussi Australie, première communication écrite, paragraphes 176 à 179; le rapport Samet (pièce AUS-7), paragraphe 125; le rapport Tavassoli (pièce AUS-10), paragraphe 112; le rapport Biglan (pièce AUS-13), paragraphe 174; et le rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphes 314 à 322.

[2214] Rootman et Flay 1995 (pièces AUS-145, JE-24(53)); Munafò *et al.* 2011 (pièces AUS-199, JE-24(47)); Maynard *et al.* 2013 (pièces AUS-200, JE-24(40)); McCool *et al.* 2012 (pièce JE-24(41)); et Arora *et al.* 2013 (pièce JE-24(2)).

[2215] Examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4).

[2216] Rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3).

[2217] Rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6).

[2218] Borland *et al.* 2013 (pièces AUS-136, JE-24(9)).

[2219] d'Avernas *et al.* 1997 (pièce AUS-144); et Gallopel-Morvan *et al.* 2010 (pièce AUS-176).

plus haut; à savoir, l'(in)aptitude des plans de ces études à éclairer les relations causales en ce qui concerne le résultat mesuré (en l'espèce, l'attention visuelle accordée aux mises en garde sanitaires explicites); la présence de menaces pesant sur la validité interne, la validité externe et la validité de la construction des études, y compris la possibilité qu'il y ait des effets de demande et/ou des réponses socialement désirables; et le fait que les études ne mesurent pas le comportement tabagique.

7.817. Nous notons que six de ces huit études ont été examinées dans le rapport sur l'examen Stirling initial ou dans l'examen Stirling actualisé de 2013 qui a été réalisé ultérieurement[2220]; les trois études examinées dans le rapport de l'examen Stirling initial ont obtenu une note de qualité "moyenne" (même s'il était considéré que l'élément concernant le groupe de discussion de Rootman et Flay 1995 était de qualité "médiocre").[2221] Considérant les études pertinentes dans leur ensemble, l'examen Stirling a conclu (entre autres choses) que "les études donn[aient] à penser que l'emballage neutre [avait] tendance à renforcer … l'attention accordée aux [mises en garde sanitaires]".[2222] En outre, cinq de ces études ont été examinées dans le rapport Chantler; l'une d'elles a obtenu un score de 5 sur 6 (indiquant une qualité élevée/un risque de biais faible)[2223] et les quatre autres ont obtenu un score soit de 4[2224] soit de 4,5[2225] sur 6 (indiquant une qualité modérée/des biais modérés).[2226] S'agissant des études qualitatives, l'examinateur a conclu, entre autres choses, que l'"[e]mballage neutre augment[ait] la visibilité/l'importance des mises en garde sanitaires".[2227]

7.818. Par conséquent, globalement, ce groupe d'études concernant l'attention visuelle accordée aux mises en garde sanitaires explicites en présence de l'emballage neutre a obtenu des notes favorables dans les examens Stirling et Chantler. En fait, nous notons à cet égard l'observation de Cuba, citant un rapport d'expert élaboré par le professeur Viscusi, selon laquelle "[i]l s'agit "*presque d'une tautologie*" de dire que le regard est plus attiré par une mise en garde sanitaire explicite sur un paquet neutre, où il y aura inévitablement moins à lire que sur un paquet de marque".[2228]

7.819. En outre, l'expert de l'Australie, le professeur Fong, analyse l'incidence du fait de ne *pas* réglementer l'apparence de l'emballage du tabac sur l'efficacité des mises en garde sanitaires

[2220] L'examen Stirling initial a examiné Rootman et Flay 1995 (pièce JE-24(53)); Munafò *et al.* 2011 (pièces AUS-199, JE-24(47)); et Gallopel-Morvan *et al.* 2010 (pièce AUS-176). Examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), pages 27, 30 et 36. L'examen Stirling actualisé de 2013 a examiné Maynard *et al.* 2013 (pièces AUS-200, JE-24(40)); Borland *et al.* 2013 (pièces AUS-136, JE-24(9)); et McCool *et al.* 2012 (pièce JE-24(41)). Examen Stirling actualisé de 2013 (pièces AUS-216, CUB-60), pages 15 et 16.

[2221] Examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), pages 27, 30 et 36.

[2222] Examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), page 52. Voir aussi l'examen Stirling actualisé de 2013 (pièces AUS-216, CUB-60), pages 5 et 7. "Les constatations de ces … études … donnent à penser que l'emballage neutre: … améliorerait le caractère remarquable des mises en garde sanitaires sur les paquets …". *Ibid.*, page 2.

[2223] Voir le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe D, page 54 (en ce qui concerne Borland *et al.* 2013 (pièces AUS-136, JE-24(9))). Nous notons que, dans le rapport Chantler, les mises en garde sanitaires explicites ne sont pas identifiées comme étant l'un des principaux résultats de cette étude. *Ibid.*

[2224] Voir le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe D, page 51 (en ce qui concerne Gallopel-Morvan *et al.* 2010 (pièce AUS-176)).

[2225] Voir le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe D, pages 51 et 54; et annexe E, page 61 (en ce qui concerne Munafò *et al.* 2011 (pièces AUS-199, JE-24(47)); Maynard *et al.* 2013 (pièces AUS-200, JE-24(40)); et McCool *et al.* 2012 (pièce JE-24(41))).

[2226] Rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe D, page 49.

[2227] Voir aussi le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe E, page 57.

[2228] Cuba, première communication écrite, paragraphe 225 (italique dans l'original; notes de bas de page omises) (citant le rapport Viscusi (pièce UKR-8), paragraphe 74). Faisant référence à Munafò *et al.* 2011, le rapport Viscusi indique qu'"[u]ne constatation majeure de l'étude est que, pour les fumeurs quotidiens, il n'y a pas eu le moindre effet lié au fait de voir des paquets neutres au lieu des paquets ordinaires." Rapport Viscusi (pièce UKR-8), paragraphe 75. L'étude pertinente a constaté qu'une "[a]nalyse de la variance indiquait qu'il y avait plus de mouvements oculaires (c'est-à-dire une plus grande attention visuelle) dirigés vers les mises en garde sanitaires en comparaison avec les renseignements relatifs à la marque sur les paquets neutres par rapport aux paquets de marque", comme cela a été "observé chez les non-fumeurs et chez les fumeurs hebdomadaires, mais pas chez les fumeurs quotidiens", et a conclu que "[c]hez les non-fumeurs et chez les fumeurs de cigarettes non quotidiens, il appar[aissait] que l'emballage neutre augment[ait] l'attention visuelle dirigée vers les renseignements de mise en garde sanitaire et la détournait des renseignements relatifs à la marque." Munafò *et al.* 2011 (pièces AUS-199, JE-24(47)), page 1505. Voir aussi l'examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), page 55; et Maynard *et al.* 2013 (pièces AUS-200, JE-24(40)).

explicites, en se référant, entre autres choses, à l'étude Borland *et al.* 2013[2229] qui "a montré qu'une forme de paquet biseautée détourn[ait] plus l'attention des mises en garde qu'un paquet normalisé, et qu'il était également constaté que d'autres designs de paquets non normalisés, qui [étaient] interdits dans le cadre des [mesures TPP], détournaient l'attention des mises en garde".[2230] L'Australie conclut à cet égard en citant la déclaration du professeur Fong selon laquelle "de solides éléments de preuve indiquent que, du fait de la réduction de l'image positive créée par les paquets de cigarettes de marque, tant les fumeurs que les non-fumeurs se concentreront davantage sur l'image négative des mises en garde sanitaires et seront plus susceptibles de réfléchir aux informations sur les risques transmises par celles-ci".[2231]

7.820. L'Australie et en particulier son expert, le professeur Fong, indiquent et présentent en outre certaines études à l'appui de l'affirmation selon laquelle l'emballage neutre du tabac accroît le *traitement cognitif des mises en garde*[2232] ainsi que le *rappel des mises en garde sanitaires explicites*[2233], et renforce *le sérieux et la crédibilité des mises en garde sanitaires explicites*.[2234] Le

[2229] Borland *et al.* 2013 (pièces AUS-136, JE-24(9)). Nous notons que cette étude a d'abord été publiée en ligne en 2011, avant la mise en œuvre des mesures TPP. Elle a identifié une relation entre les formes des paquets et le détournement de l'attention des mises en garde sanitaires. Les participants aux études ont jugé que le paquet, dans sa forme normalisée, détournait moins l'attention des mises en garde sanitaires que les paquets biseautés et arrondis. *Ibid.*, page 99. Nous notons que cette étude a utilisé des mises en garde sanitaires explicites couvrant 30% et 70% de la surface des paquets.

[2230] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 309 (faisant référence à Borland *et al.* 2013 (pièces AUS-136, JE-24(9)). Nous notons que, dans ce contexte, le professeur Fong se réfère également à une étude de Moodie et Ford (2011) et à la déclaration qu'elle contient selon laquelle "non seulement l'emballage permet aux sociétés de l'industrie du tabac d'améliorer les offres promotionnelles en montrant des designs et des innovations, établissant souvent une nouvelle norme pour les produits de consommation, mais l'attention est ainsi détournée des mises en garde sanitaires". Voir *ibid*., paragraphe 312 (citant Moodie et Ford 2011 (pièces AUS-189, JE-24(42)), page 175). Nous notons que Moodie et Ford 2011 (pièces AUS-189, JE-24(42)), n'ont pas vérifié cet effet.

[2231] Australie, première communication écrite, paragraphe 179 (citant le rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 341).

[2232] Voir, par exemple, Moodie et Mackintosh 2013 (pièces AUS-185, JE-24(43)), page 6 (indiquant que lorsque les participants d'Écosse fumaient des cigarettes provenant d'un paquet neutre factice pendant une semaine, puis des cigarettes provenant de leur propre paquet pendant une semaine, les mises en garde obtenaient des notes globales qui ne différaient pas entre les paquets neutres et les paquets ordinaires des participants mais étaient jugées comme étant lues plus attentivement sur le paquet neutre que sur les propres paquets des participants et comme faisant davantage réfléchir lorsqu'elles apparaissaient sur le paquet neutre, par rapport aux propres paquets des participants). Voir aussi Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24(50)) qui, comme le note le professeur Fong, indique que "[d]ans le cas d'une mise en garde sanitaire explicite couvrant 75% de la surface du paquet, l'emballage neutre avait une incidence additionnelle limitée sur le relief des mises en garde sanitaires pour le tabac à rouler et les cigarillos/petits cigares". Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24(50)), pages 11 et 47; et rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 320.

[2233] Australie, première communication écrite, paragraphe 180 et note de bas de page 345 (faisant référence à Beede et Lawson 1992 (pièces AUS-202, JE-24(6)); et Al-hamdani 2013 (pièces AUS-203, JE-24(1))). Selon Beede et Lawson 1992, il a été constaté que, chez les étudiants, le rappel de la présence des mises en garde sanitaires était plus important pour les paquets neutres des États-Unis que pour les paquets de marque des États-Unis, mais qu'aucune différence notable n'a été observée pour les paquets néo-zélandais plus familiers. Beede et Lawson 1992 (pièces AUS-202, JE-24(6)), page 317. Al-Hamdani 2013 a constaté que sur les quatre paquets montrés aux participants les deux paquets portant le moins de renseignements relatifs à l'identification de la marque obtenaient les pourcentages les plus élevés pour ce qui était du rappel correct des mises en garde sanitaires explicites, et que les non-fumeurs (82%) étaient plus susceptibles que les fumeurs (60,4%) de se rappeler correctement la mise en garde sanitaire exacte. Al-hamdani 2013 (pièces AUS-203, JE-24(1)), page 73.

L'expert de l'Australie, le professeur Fong, se réfère à des études qui "faisaient état de résultats mitigés quant aux différences liées au rappel, entre les paquets de cigarettes neutres et ceux de marque, selon le message spécifique de la mise en garde". Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 333 (faisant référence à Goldberg *et al.* 1995 (pièces AUS-221, JE-24(26)) et Goldberg *et al.* 1999 (pièces AUS-209, JE-24(27))). Dans Goldberg *et al.* 1995, il est indiqué que, dans les rappels sans aide, la mise en garde ("Fumer peut vous tuer") était retenue par 44% des adolescents lorsqu'elle figurait sur les paquets de marque et par 50% des adolescents lorsqu'elle figurait sur le paquet neutre. C'était la seule mise en garde dont se rappelait un "nombre significatif" de sujets. Dans les rappels avec aide, deux sur les trois mises en garde utilisées étaient rattachées avec plus de succès à la marque sur laquelle elles figuraient par ceux qui avaient vu le paquet de marque, tandis que pour la troisième mise en garde, 50% des individus exposés aux paquets de marque, et 50% de ceux qui avaient été exposés aux paquets neutres, étaient capables de rattacher avec succès la mise en garde à la marque sur laquelle elle figurait. Goldberg *et al.* 1995 (pièces AUS-221, JE-24(26)), page 107. Dans une étude ultérieure, Goldberg *et al.* 1999, les auteurs ont indiqué que le rappel des mises en garde sanitaires figurant sur deux des trois paquets faisant l'objet de l'étude était meilleur lorsque les sujets étaient exposés aux paquets de cigarettes neutres. Dans un cas, le rappel de la mise en garde était moins bon lorsque

professeur Fong (outre ses conclusions concernant l'attention visuelle accordée aux mises en garde sanitaires explicites exposées plus haut) formule la conclusion suivante: "[s]ur la base des éléments de preuve disponibles, … il est raisonnable de considérer que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac renforcera l'efficacité des mises en garde sanitaires figurant sur l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac, y compris des cigarettes et des cigares."[2235]

7.821. Le champ de l'examen et de la critique des publications TPP fait par les plaignants recoupe celui des études invoquées par l'Australie en relation avec l'incidence des mesures TPP sur l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites, sans être identique. Vingt-six des 67 articles examinés entre l'examen Stirling initial et l'examen Stirling actualisé de 2013 ont mesuré les incidences sur les mises en garde sanitaires explicites (y compris le rappel, le traitement cognitif, le sérieux et la crédibilité ainsi que l'attention visuelle accordée aux mises en garde sanitaires explicites figurant sur les paquets neutres, qui ont été examinés plus haut) d'après l'"incidence sur les mises en garde sanitaires explicites" considérée en tant que "type[] de constatation[]" ou "principa[l] résultat[ ]", comme cela a été déterminé dans l'examen Stirling initial[2236] ou le rapport Chantler.[2237] Globalement, 20 de ces articles ont aussi été examinés dans 1 ou plusieurs des 3 examens des publications effectués par les plaignants, à savoir le projet d'examen par les pairs, l'examen systématique Kleijnen et/ou l'examen mené par le professeur Klick. L'Australie a invoqué directement 15 de ces articles au cours des présentes procédures, comme l'illustre leur présentation en tant que pièces au Groupe spécial.[2238] Dans ce contexte, elle mentionne également un certain nombre d'autres articles n'ayant pas été examinés dans l'un des trois examens des publications TPP présentés par les plaignants.[2239]

---

celle-ci figurait sur les paquets neutres. Les auteurs ont imputé cette différence à la teneur de la mise en garde sanitaire. Goldberg *et al.* 1999 (pièces AUS-209, JE-24(27)), page 1434. Le professeur Fong se réfère également à Northrup et Pollard 1995 et à Germain *et al.* 2010. Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 332. Dans Northrup et Pollard 1995, les auteurs ont constaté que le rappel des mises en garde sanitaires ne variait pas selon le type d'emballage neutre utilisé (blanc par rapport à blanc cassé), et que le rappel de la mise en garde sanitaire n'était pas renforcé par l'utilisation d'un emballage neutre. Cependant, le rappel des mises en garde sanitaires figurant sur l'emballage neutre était meilleur chez les fumeurs légers et chez les fumeurs quotidiens. Northrup et Pollard 1995 (pièce JE-24(48)), pages 28 à 30. Selon Germain *et al.* 2010, il n'a pas été constaté de différence en ce qui concerne la capacité des participants de se rappeler la mise en garde sanitaire explicite exacte entre les individus qui avaient vu un paquet neutre avec une mise en garde sanitaire explicite sur 30% de la surface et ceux qui avaient vu un paquet neutre avec une mise en garde sanitaire explicite sur 80% de la surface. Germain *et al.* 2010 (pièces AUS-154, JE-24(25)), page 390.

[2234] Voir Northrup et Pollard 1995 (pièce JE-24(48)), tableau 8, page 18 (constatant que les étudiants sondés étaient plus susceptibles de dire que sur les paquets neutres les mises en garde sanitaires paraissaient plus sérieuses); Moodie *et al.* 2011 (pièces AUS-155, JE-24(44)), page 369 (constatant que les fumeurs portant leurs cigarettes dans leur paquet ordinaire et ceux qui les portaient dans des répliques de paquets neutres, pendant la période couverte par l'étude, globalement, ne faisaient pas une évaluation différente s'agissant du relief, du sérieux et de la crédibilité des mises en garde); Moodie et Mackintosh 2013 (pièces AUS-185, JE-24(43)), page 370 (constatant, dans une étude analogue à Moodie *et al.* 2011 (pièces AUS-155, JE-24(44)), qu'il n'y avait pas de différence notable du point de vue de la perception du sérieux ou de la crédibilité des mises en garde sanitaires dans une comparaison entre les paquets neutres et les paquets de marque). Nous notons également que, dans le contexte relatif au sérieux et à la crédibilité des mises en garde sanitaires explicites, l'Australie fait référence à Beede et Lawson 1992 (pièces AUS-202, JE-24(6) et à Al-hamdani 2013 (pièces AUS-203, JE-24(1)) en ce qui concerne le rappel des mises en garde figurant sur les paquets neutres chez les consommateurs. Australie, première communication écrite, paragraphe 180 et note de bas de page 345. Nous avons mentionné ces études plus haut dans la note de bas de page 2232.

[2235] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 355.

[2236] Examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), tableau 4.1.

[2237] Rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe D, pages 50 à 55, et annexe E, pages 60 à 62.

[2238] Voir le tableau A: Articles inclus dans les principaux examens des publications TPP et/ou dans la pièce JE-24, à la fin des présents rapports. Voir aussi l'examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), tableau 4.1; et le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe D, pages 50 à 55, et annexe E, pages 60 à 62. Nous notons que l'Australie a également présenté et invoqué un article tiré d'une lettre d'information rédigé par les mêmes chercheurs, et dont il apparaît qu'il examine la même étude, qu'un article évaluant l'incidence de l'emballage neutre du tabac sur les mises en garde sanitaires explicites, et examiné par l'examen Stirling et chacun des trois examens des publications TPP effectués par les plaignants. Comparer Northrup et Pollard 1995 (pièce JE-24(48)), avec la lettre d'information de l'ISR (pièce AUS-146).

[2239] Voir, par exemple, Gallopel-Morvan *et al.* 2010 (pièce AUS-176); d'Avernas *et al.* 1997 (pièce AUS-144); Hammond *et al.* 2007 (pièce AUS-212); Hammond *et al.* 2006 (pièce AUS-190); et Borland *et al.* 2009b (pièce AUS-211).

7.822. Nous notons également que, sur les 20 articles qui mesuraient l'incidence de l'emballage neutre du tabac sur les mises en garde sanitaires explicites examinés à la fois dans l'examen Stirling, ou l'examen Stirling actualisé de 2013, et dans 1 ou plusieurs des 3 examens des publications TPP effectués par les plaignants, 12 ont été inclus dans l'examen Stirling initial et ont reçu des notes de qualité. Huit ont obtenu une note de qualité "moyenne", tandis que quatre ont reçu une note "moyenne" pour l'aspect lié à l'enquête de l'étude correspondante et une note "médiocre" pour l'aspect lié aux groupes de discussion de l'étude correspondante.[2240] Seize des 20 articles ont également obtenu des notes de qualité dans le rapport indépendant Chantler. Quatre d'entre eux ont obtenu une note comprise entre 5 et 6 (indiquant une qualité élevée/un risque de biais faible), tandis que dix ont obtenu une note comprise entre 3 et 4,5 (indiquant une qualité modérée/des biais modérés) et deux une note de 2 (indiquant une qualité médiocre/un risque de biais élevé).[2241]

7.823. En ce qui concerne le caractère remarquable des mises en garde sanitaires, l'examen Stirling a conclu ce qui suit, sur la base des éléments de preuve qui y ont été examinés:

- Globalement, les études donnent à penser que l'emballage neutre a tendance à renforcer le rappel des mises en garde sanitaires, l'attention qui leur est accordée ainsi que la perception de leur sérieux et de leur crédibilité.

- Il apparaît que les constatations sont modérées par le type, la taille et l'emplacement des mises en garde sanitaires utilisées.

- Une seule étude a examiné les différences entre les sous-groupes et a indiqué que les non-fumeurs et les fumeurs hebdomadaires pouvaient accorder plus d'attention aux mises en garde figurant sur les paquets neutres que les fumeurs quotidiens.[2242]

7.824. En ce qui concerne les cigares, nous relevons certaines des observations formulées dans Parr *et al.* 2011b traitant du caractère remarquable des mises en garde sanitaires explicites sur les étuis à cigare en présence de l'emballage neutre. Alors que les fumeurs réguliers et expérimentés de cigares haut de gamme "ignoraient les étuis [à cigare neutres]"[2243], les fumeurs moins réguliers de cigares haut de gamme[2244] "ont eu une réaction plus forte face à l'étui neutre", en particulier à la mise en garde sanitaire explicite[2245]:

> Lorsqu'on leur a présenté l'étui neutre, ils ont dit avoir l'impression que les étuis avaient considérablement perdu de leur attrait et de leur attractivité. Ils ont dit avoir

[2240] Voir le tableau A: Articles inclus dans les principaux examens des publications TPP et/ou dans la pièce JE-24, à la fin des présents rapports. Voir aussi l'examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), tableau 4.1.

[2241] Voir le tableau A: Articles inclus dans les principaux examens des publications TPP et/ou dans la pièce JE-24, à la fin des présents rapports. Voir aussi le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe D, pages 50 à 55, et annexe E, pages 60 à 62. Nous notons également que Gallopel-Morvan *et al.* 2010 (pièce AUS-176), qui n'a pas été examiné dans le cadre des examens des publications effectués par les plaignants, s'est vu attribuer une note "moyenne" dans l'examen Stirling et une note de 4 dans le rapport Chantler. Voir l'examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), page 27; et le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe D, page 51.

[2242] Examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), page 52.

[2243] Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24(50)), page 40. Même si les "fumeurs réguliers de cigares avaient effectivement l'impression que l'étui neutre aurait une incidence sur leur plaisir d'acheter et sur l'attrait de la consommation de cigares en général, ils avaient le sentiment que les buralistes et les vendeurs de cigares deviendraient de ce fait des lieux moins attrayants et moins accueillants pour s'arrêter et faire leurs achats. Certains ont déclaré que cela pourrait les conduire à faire leurs achats en ligne." *Ibid.*, page 41.

[2244] "Les fumeurs moins réguliers ont déclaré que pour l'heure l'achat des cigares faisait partie du rituel et du plaisir qui accompagnaient leur consommation. Ils ont déclaré que le "dévoilement" des cigares au cours d'un événement social constituait l'un des moments forts du processus. Un certain nombre de personnes interrogées ont déclaré qu'elles accordaient une attention particulière aux étuis et à l'emballage et dépensaient souvent plus que d'ordinaire pour impressionner des invités, des amis ou offrir des cigares en cadeaux. Le sentiment était que l'étui neutre faisait disparaître cet aspect de la consommation de cigares, souvent cité comme un mobile essentiel de leurs comportements tabagiques." Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24(50)), page 41.

[2245] Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24(50)), page 41.

> le sentiment qu'une partie d l'"amusement" avait disparu. L'élément qui ressortait le plus était la taille de la mise en garde sanitaire qu'il n'était pas possible d'éviter.[2246]

7.825. Globalement, les éléments de preuve qui nous ont été présentés donnent donc à penser que certaines études, émanant de sources compétentes et examinées favorablement dans le cadre d'examens externes, étayent l'affirmation selon laquelle l'emballage neutre des produits du tabac renforcerait l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites. En particulier, ils donnent à penser que, en présence de l'emballage neutre, les mises en garde sanitaires explicites figurant sur les produits du tabac sont jugées plus faciles à voir, se remarquent plus, sont perçues comme étant plus crédibles et plus sérieuses, captent une plus grande attention visuelle[2247], sont moins sujettes au détournement de l'attention du fait de la présence d'autres éléments de l'emballage, sont lues plus attentivement et font davantage réfléchir. Nous notons également l'existence d'éléments de preuve mitigés en ce qui concerne la question de savoir si l'emballage neutre du tabac renforce le rappel de la mise en garde sanitaire explicite ou affecte la question de savoir si les mises en garde sanitaires explicites sont perçues comme étant plus sérieuses et plus crédibles. À cet égard, nous notons la description faite par l'expert de l'Australie, le professeur Samet, selon laquelle les études qu'il examine "concordent pour montrer que l'emballage neutre réduit l'attrait des cigarettes du paquet et renforce la sensibilisation aux mises en garde graphiques figurant sur le paquet"[2248], bien que "[l]es éléments de preuve ne soient pas aussi nombreux en ce qui concerne l'effet de l'emballage neutre sur le caractère remarquable des mises en garde sur le paquet".[2249]

7.826. Nonobstant les éventuelles limitations de ces études, considérées individuellement ou dans leur ensemble, nous disposons également d'éléments de preuve concernant l'application effective des mesures TPP depuis leur entrée en vigueur, y compris des études empiriques traitant spécifiquement de l'incidence de l'emballage neutre du tabac sur l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites. Il faudrait accorder à ces éléments de preuve un poids approprié dans notre évaluation. Nous les examinons plus loin dans la section 7.2.5.3.6.1 et, par conséquent, nous ne cherchons pas à tuer, à ce stade de notre analyse, une quelconque conclusion générale concernant l'incidence des mesures TPP sur l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites.

7.827. Gardant cette conclusion à l'esprit, nous examinons à présent si l'on peut s'attendre à ce qu'une augmentation de l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites affecte les croyances au sujet des risques et la sensibilisation aux risques en Australie, ce qui est contesté par les plaignants.

Aptitude de l'emballage neutre à accroître l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites en améliorant la sensibilisation aux risques et les croyances au sujet des risques

7.828. Comme il est indiqué plus haut[2250], il apparaît qu'il n'est pas contesté qu'une évaluation de l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites est, d'une manière générale, éclairée par leur aptitude à communiquer des informations sur les risques pour la santé et à rehausser ainsi les niveaux de sensibilisation aux risques. Les communications des plaignants à cet égard sont axées sur la possibilité que cette sensibilisation *augmente* en présence de l'emballage neutre, compte tenu en particulier des niveaux de connaissance existants des risques pour la santé qui découlent de la consommation de produits du tabac en Australie.

7.829. Le Honduras et Cuba font valoir que les Australiens, et en particulier les adolescents australiens, ont déjà une très bonne compréhension des risques associés au tabagisme et y sont très sensibilisés et que leur comportement tabagique n'est pas déterminé par cette compréhension et cette sensibilisation.[2251] Les plaignants s'appuient à cet égard sur un rapport d'expert élaboré

[2246] Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24(50)), page 41.

[2247] À cet égard, nous notons l'observation de Cuba selon laquelle il s'agit "*presque d'une tautologie*" de dire que le regard serait plus attiré par une mise en garde explicite sur un paquet neutre, "où il y aura inévitablement moins à lire que sur un paquet de marque". Cuba, première communication écrite, paragraphe 225 (italique dans l'original) (citant le rapport Viscusi (pièce UKR-8), paragraphe 74).

[2248] Rapport Samet (pièce AUS-7), paragraphe 128.

[2249] Rapport Samet (pièce AUS-7), paragraphe 129.

[2250] Voir plus haut les paragraphes 7.803 à 7.806.

[2251] Voir Honduras, première communication écrite, paragraphe 417; Cuba, première communication écrite, paragraphe 227.

par le professeur Viscusi[2252], qui fait valoir que l'augmentation de l'efficacité des mises en garde, mesurée par "le rappel, l'attention, le sérieux et la crédibilité"[2253], "n'a de conséquence sur le comportement que si les consommateurs ont actuellement un déficit d'information et ne jugent pas les mises en garde existantes crédibles", ce qui, selon ce qu'il fait valoir, n'est établi dans aucune des études à l'appui de l'emballage neutre du tabac.[2254] Il fait valoir que "la question de savoir si les paquets neutres amélioreront l'efficacité des mises en garde pour ce qui est des croyances au sujet des risques dépend de l'étendue des connaissances qu'ont les individus sur les risques du tabagisme et de la mesure dans laquelle la présence de mises en garde sur les paquets neutres plutôt que sur les paquets ordinaires modifiera ces croyances au sujet des risques".[2255]

7.830. L'Australie répond que la "connaissance des risques est "un concept à plusieurs niveaux" et que, dans les études sur les Australiens, il a été constaté que même s'ils étaient parfois "conscients" que fumer pouvait entraîner des conséquences néfastes pour la santé, les individus ne disposaient toutefois même pas des connaissances de base sur la nature et la gravité de ces conséquences".[2256]

7.831. Le professeur Viscusi examine un certain nombre d'études à l'appui de la conclusion selon laquelle l'emballage neutre du tabac accroît l'efficacité des mises en garde sanitaires en Australie et il énonce une série de préoccupations méthodologiques concernant ces études. En particulier, il indique la nécessité d'"évaluer attentivement les connaissances de base chez les personnes interrogées" pour ce qui est des croyances au sujet des risques, dans le but de pouvoir procéder à des comparaisons valables avec les croyances au sujet des risques qui sont générées après la présentation des mises en garde dans le cadre du paquet neutre.[2257] Il note qu'"[a]ucune des études existantes sur l'emballage neutre ne part de la détermination des croyances existantes au sujet des risques pour les comparer avec les croyances au sujet des risques qui découlent de l'emballage neutre".[2258] S'il n'y a pas une augmentation des croyances au sujet des risques, alors il n'est pas possible selon lui de conclure que les paquets neutres favorisent une meilleure compréhension des risques du tabagisme.[2259] Le professeur Viscusi fait valoir que l'emballage neutre ne fournit aucun nouveau message de mise en garde et qu'il n'y a pas d'éléments de preuve indiquant qu'on ne remarquait pas les nouvelles mises en garde avant l'utilisation de l'emballage neutre du tabac. Selon lui, les études sur le paquet neutre "n'évaluent pas le déficit d'information allégué que comblerait l'emballage neutre et n'examinent pas si la croyance des individus au sujet des risques change du fait de l'emballage neutre".[2260]

7.832. Le professeur Viscusi estime en outre que, dans le temps, "les progrès pouvant être réalisés par des efforts additionnels en matière de mises en garde diminueront progressivement à mesure que les individus deviendront mieux informés des risques du tabagisme"[2261] et que, "[l]orsque [c]es individus deviendront généralement conscients des risques majeurs posés par les cigarettes, comme le risque de mortalité et le risque de cancer du poumon, l'amélioration de la sensibilisation aux risques qui pourra être obtenue, le cas échéant, sera moins importante".[2262] Il examine les croyances au sujet des risques en Australie, notant que "[d]es éléments de preuve substantiels en Australie indiquent que les individus ne sont pas seulement conscients des risques mais également de ce qu'ils signifient pour eux-mêmes"[2263]; que "[m]ême avant l'adoption des mises en garde actuelles, à l'époque où des mises en garde antérieures étaient utilisées, les Australiens montraient qu'ils étaient très sensibilisés aux risques"[2264]; et que "[m]ême des sous-groupes de la population australienne dont on pourrait penser qu'ils sont difficiles à

[2252] Rapport Viscusi (pièce UKR-8) (sur lequel s'appuient le Honduras et Cuba).
[2253] Rapport Viscusi (pièce UKR-8), paragraphe 21 (faisant référence à l'examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), page ii).
[2254] Rapport Viscusi (pièce UKR-8), paragraphe 21.
[2255] Rapport Viscusi (pièce UKR-8), paragraphe 22.
[2256] Australie, première communication écrite, paragraphe 171.
[2257] Rapport Viscusi (pièce UKR-8), paragraphe 36 à 38.
[2258] Rapport Viscusi (pièce UKR-8), paragraphe 38.
[2259] Rapport Viscusi (pièce UKR-8), paragraphe 43.
[2260] Rapport Viscusi (pièce UKR-8), paragraphe 44.
[2261] Rapport Viscusi (pièce UKR-8), paragraphe 99.
[2262] Rapport Viscusi (pièce UKR-8), paragraphe 99. Voir aussi *ibid.*, paragraphes 101 à 104.
[2263] Rapport Viscusi (pièce UKR-8), paragraphe 104.
[2264] Rapport Viscusi (pièce UKR-8), paragraphe 105.

sensibiliser au moyen d'une politique de mises en garde très globale ont reçu les informations sur les risques".[2265]

7.833. Le Honduras mentionne également un rapport d'expert élaboré par le professeur Steinberg, dont le résumé figure plus haut[2266], et en particulier son argument selon lequel "il est parfaitement clair que les adolescents australiens ont conscience des risques du tabagisme et comprennent ces risques et qu'ils savent que cela a des conséquences néfastes pour la santé à long terme".[2267] Il fait valoir que "la sensibilisation des adolescents aux risques du tabagisme pour la santé est presque universelle (et qu'elle a été obtenue sans l'emballage neutre)", et qu'il est donc "difficile d'imaginer en quoi l'introduction de l'emballage neutre pourrait – même conceptuellement – renforcer cette sensibilisation".[2268]

7.834. L'expert de l'Australie, le professeur Slovic, estime que, contrairement à ce que pense le professeur Viscusi, bon nombre de gens n'ont pas une compréhension ni une appréciation adéquates des risques que comporte le tabagisme.[2269] Il fait valoir que les fumeurs débutants "pensent peu aux risques d'une manière consciente", "sont incités à adopter le comportement par les perspectives d'amusement, d'excitation et d'aventure" et "ne commencent à penser aux risques qu'après avoir commencé à fumer régulièrement, être devenus dépendants et avoir obtenu ce qui, pour eux, constitue de nouveaux renseignements ainsi qu'une meilleure appréciation des risques du tabagisme pour la santé".[2270] Le professeur Slovic ajoute qu'"[i]l n'y a pas d'éléments de preuve permettant de montrer que les adolescents, ou d'autres individus qui se mettent à fumer, ont une connaissance adéquate des nombreuses maladies causées par le tabagisme, ou l'expérience du cancer du poumon, d'une bronchopneumopathie chronique obstructive ou d'une insuffisance cardiaque congestive.[2271]

7.835. Le professeur Slovic fait en outre valoir que la publicité et la promotion du tabac, "dont le paquet fait partie", ont été "conçues pour jouer un rôle essentiel dans ce processus en exposant les jeunes à des quantités massives d'images positives associées au tabagisme". Il observe que ces images et la sensibilité affective ne sont jamais mentionnées par le professeur Viscusi comme étant des incitations à fumer.[2272] Le professeur Slovic laisse entendre que "[g]râce au mécanisme de l'heuristique d'affect, les sentiments positifs suppriment le sentiment de risque", de sorte que les mises en garde scientifiques ou statistiques sont ignorées ou sous-évaluées.[2273] Il considère que le professeur Viscusi "ne rend[] pas non plus compte du fait que la recherche a montré que la connaissance des risques découlant du tabagisme était un concept à plusieurs niveaux", avec à une "extrémité" "la conscience superficielle que le tabagisme est dangereux pour la santé", et une progression jusqu'à un "niveau 2" (à savoir, "savoir un peu comment et pourquoi il est dangereux de fumer"). Le professeur Slovic fait valoir qu'une prise de décision rationnelle exige une connaissance plus approfondie et que "les fumeurs sont peu nombreux à avoir cette connaissance plus approfondie, tirée de l'expérience" (dont il a été démontré qu'elle était en partie fournie par les mises en garde sanitaires explicites).[2274]

7.836. Dans un rapport d'expert présenté par l'Australie, M. Biglan fait également valoir que les adolescents ne sont pas parfaitement informés des risques du tabagisme[2275] et signale que les adolescents tant fumeurs que non-fumeurs sous-estimaient le taux de mortalité dû à ces maladies.[2276] Il fait en outre valoir que, lorsqu'ils ont contesté l'idée que l'emballage neutre affecte les perceptions des risques, les experts des plaignants n'ont examiné qu'une partie des publications empiriques sur l'incidence de l'emballage neutre[2277] et, dans le cas du professeur Viscusi, ont formulé une critique comportant "des inexactitudes et des présentations

[2265] Rapport Viscusi (pièce UKR-8), paragraphe 106.
[2266] Voir plus haut les paragraphes 7.710, 7.711, 7.722 et 7.723.
[2267] Rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6), paragraphe 44. Voir aussi le contre-rapport Steinberg (pièce DOM/HND-10), paragraphe 12.
[2268] Rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6), paragraphe 44.
[2269] Rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 90.
[2270] Rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphes 90 et 92.
[2271] Rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 91.
[2272] Rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 90.
[2273] Rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 93.
[2274] Rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 97.
[2275] Rapport Biglan (pièce AUS-13), paragraphe 166
[2276] Rapport Biglan (pièce AUS-13), paragraphe 166
[2277] Rapport Biglan (pièce AUS-13), paragraphes 167 à 169.

erronées" et ont fait abstraction de "la clarté avec laquelle [les études pertinentes] montr[aient] l'incidence de l'emballage neutre sur les perceptions des risques pour la santé".[2278] Examinant un certain nombre d'études, M. Biglan conclut que "pour un vaste ensemble de mesures, de populations étudiées (pays, fumeurs/non-fumeurs, ou adolescents/adultes), de chercheurs et de variations du paquet, l'incidence des mises en garde sanitaires est plus forte lorsqu'il n'y a pas d'attributs de la marque sur les paquets".[2279]

7.837. Nous croyons comprendre que les plaignants font valoir, en substance, que les niveaux de sensibilisation aux risques en Australie sont tels qu'il n'y a aucune perspective significative d'accroître les connaissances en matière de santé et/ou la perception des risques en Australie au moyen de mises en garde sanitaires explicites plus efficaces. Le professeur Viscusi laisse donc entendre que, "[l]orsque [c]es individus deviendront généralement conscients des risques majeurs posés par les cigarettes, comme le risque de mortalité et le risque de cancer du poumon, l'amélioration de la sensibilisation aux risques qui pourra être obtenue, le cas échéant, sera moins importante".[2280]

7.838. Nous notons qu'un certain nombre d'études présentées en tant qu'éléments de preuve dans les présentes procédures traitent du niveau de sensibilisation existant chez les Australiens en ce qui concerne les risques associés à la consommation de tabac et de la mesure dans laquelle les mises en garde sanitaires explicites renforcent cette sensibilisation. Par exemple, dans l'étude de Borland et Hill (1997)[2281], il a été constaté que les mises en garde sanitaires introduites en 1995 (avec la prescription imposant que les mises en garde sanitaires écrites couvrent au moins 25% de l'avant du paquet) ont permis d'atteindre des "niveaux de sensibilisation élevés … au moins chez les fumeurs"[2282], comme l'a reconnu le professeur Viscusi[2283], tout en notant également que les fumeurs qui n'étaient pas assez sensibilisés aux mises en garde pouvaient simplement "ne jamais les avoir remarquées".[2284] La même étude indique également que "[d]e nombreux fumeurs n'ont toujours pas une compréhension même rudimentaire des principaux constituants de la fumée du tabac ou de leurs effets potentiels sur la santé, même si, lors du suivi, les connaissances étaient légèrement meilleures", et qu'"[i]l était frappant de constater que les fumeurs étaient bien plus susceptibles d'admettre le caractère dépendogène du tabagisme que son caractère nocif, et qu'ils étaient bien plus nombreux à penser que le tabagisme était dépendogène qu'à penser que le tabagisme était agréable".[2285] Le même article note qu'"[i]l est vrai qu'en Australie pratiquement tout le monde a entendu parler des dangers du tabagisme (comme il peut être inféré des données figurant dans cet article) mais cela ne signifie pas que les gens connaissent et croient toutes les informations qui sont essentielles pour prendre des décisions rationnelles concernant le fait de fumer ou de ne pas fumer".[2286]

7.839. L'expert de l'Australie, le professeur Slovic, se réfère[2287] à une étude fondée sur des données recueillies en 2002 par le biais de l'enquête réalisée dans quatre pays dans le cadre du projet international d'évaluation de la lutte antitabac (projet ITC), qui montre qu'il y a un niveau de sensibilisation élevé en Australie s'agissant des diverses affections touchant les fumeurs, à la suite d'enquêtes téléphoniques comportant une aide au rappel de ces affections.[2288] Un rapport de

[2278] Rapport Biglan (pièce AUS-13), paragraphe 173.
[2279] Rapport Biglan (pièce AUS-13), paragraphe 175.
[2280] Rapport Viscusi (pièce UKR-8), paragraphe 99.
[2281] Borland et Hill 1997 (pièce AUS-208).
[2282] Borland et Hill 1997 (pièce AUS-208), page 324.
[2283] Rapport Viscusi (pièce UKR-8), paragraphe 105.
[2284] Borland et Hill 1997 (pièce AUS-208), page 324.
[2285] Borland et Hill 1997 (pièce AUS-208), page 324.
[2286] Borland et Hill 1997 (pièce AUS-208), page 324.
[2287] Rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 91.
[2288] Les enquêtes examinaient en particulier les connaissances relatives au cancer du poumon chez les fumeurs (94,3%), aux cardiopathies (88,7%), aux accidents vasculaires cérébraux (80,8%), au cancer du poumon chez les non-fumeurs (69,0%) et à l'impuissance (35,8%). Hammond *et al.* 2006 (pièce AUS-190), page iii21. Nous notons que le professeur Slovic mentionne également dans ce contexte une étude de Hammond *et al.* 2009 (pièces AUS-166, JE-24(29)), dans laquelle il était demandé à des participants du Royaume-Uni de comparer cinq paquets sur la base de la perception qu'ils en avaient du point de vue du goût, de l'apport en goudron, des risques pour la santé, de l'attractivité et soit de la facilité à arrêter de fumer (pour les fumeurs adultes) soit de la marque qu'ils choisiraient s'ils essayaient de fumer (pour les jeunes). Voir le rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 91. Étant donné que cette étude est basée au Royaume-Uni, nous sommes d'avis qu'elle n'est pas directement pertinente pour la question des niveaux existants de sensibilisation aux risques en Australie.

2009[2289], commandé par la DHA de l'Australie pour évaluer l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites figurant sur les produits du tabac, indique également qu'il y a, comme le note le professeur Viscusi[2290], un niveau de sensibilisation élevé au fait que certains risques pour la santé sont associés au tabagisme[2291] , même si les niveaux de rappel de la teneur des mises en garde, sans aide[2292] et avec aide[2293], étaient variables. Nous notons également une étude de marché mentionnée par le professeur Viscusi à l'appui de l'argument selon lequel les mises en garde sanitaires prescrites en 2011 (à savoir, avant leur agrandissement conformément à la Norme d'information) "sont efficaces, et les fumeurs et le grand public ont donc été informés des risques".[2294] Ce rapport note également que, "à quelques très rares exceptions près, toutes les personnes interrogées pouvaient aisément identifier parmi l'ensemble des mises en garde sanitaires en vigueur une mise en garde sanitaire spécifique qui appelait leur attention", qui "était souvent celle qu'ils évitaient d'acheter s'ils le pouvaient".[2295] Le professeur Steinberg, dans son rapport d'expert, mentionne également une étude du gouvernement de l'État de Victoria fondée sur les données de l'enquête de 2011 sur la consommation d'alcool, de tabac et de drogue chez les

[2289] Shanahan et Elliott 2008 (pièce CUB-15).

[2290] Rapport Viscusi (pièce UKR-8), paragraphe 105.

[2291] En particulier, l'étude indique qu'en Australie, 91% de l'ensemble des fumeurs sont en désaccord avec la déclaration suivante: "Je ne pense pas que fumer ait un quelconque effet négatif réel sur la santé"; que 88% des fumeurs sont d'accord avec la déclaration suivante: "Je pense qu'il est probable que fumer augmente effectivement le risque que j'aie un problème de santé"; et que 96% "sont en désaccord avec les déclarations selon lesquelles fumer ait un quelconque effet réel sur la santé". Shanahan et Elliott 2008 (pièce CUB-15), page 181).

[2292] Shanahan et Elliott 2008 (pièce CUB-15), page 66. Les personnes interrogées ont identifié la teneur des mises en garde selon des degrés différents; en particulier, elles se sont rappelé de ce qui suit: "fumer provoque le cancer de la bouche et de la gorge" (18%); "fumer – l'une des principales causes de décès" (18%); "fumer provoque des maladies vasculaires périphériques/la gangrène" (17%); "fumer provoque de l'emphysème" (9%); "fumer bouche vos artères" (5%); "ne faites pas respirer votre fumée aux enfants" (4%); "pour votre santé, arrêtez de fumer" (3%); "fumer provoque le cancer du poumon" (34%); "fumer nuit à la santé de l'enfant à naître" (29%); "fumer provoque des maladies cardiaques" (10%); "fumer rend aveugle" (4%); "fumer multiplie par deux votre risque d'accident vasculaire cérébral" (3%); "fumer rend dépendant" (2%); et "la fumée du tabac est toxique" (1%). *Ibid.*, page 66, tableau 15. Les résultats ont encore été désagrégés sur la base du statut des personnes interrogées en tant que fumeur, personne ayant récemment arrêté de fumer, non-fumeur et ex-fumeur. *Ibid*.

[2293] Shanahan et Elliott 2008 (pièce CUB-15), page 71. Les personnes interrogées ont identifié la teneur des mises en garde selon des degrés différents; en particulier, elles se sont rappelé de ce qui suit: "fumer bouche vos artères" (83%); "fumer provoque des maladies vasculaires périphériques/la gangrène" (83%); "fumer provoque le cancer de la bouche et de la gorge" (82%); "fumer provoque de l'emphysème" (81%); "fumer – l'une des principales causes de décès" (73%); "ne faites pas respirer votre fumée aux enfants" (69%); "pour votre santé, arrêtez de fumer" (63%); "fumer provoque le cancer du poumon" (94%); "fumer nuit à la santé de l'enfant à naître" (90%); "fumer rend dépendant" (89%); "fumer provoque des maladies cardiaques" (89%); "la fumée du tabac est toxique" (76%); "fumer multiplie par deux votre risque d'accident vasculaire cérébral" (64%); "fumer rend aveugle" (61%); "fumer vous expose à plus de 40 produits chimiques nocifs" (65%); "pour réduire le risque de développer une maladie chronique ou de mourir prématurément, arrêtez de fumer maintenant" (62%); et "ces produits chimiques endommagent les vaisseaux sanguins, les cellules du corps et le système immunitaire" (49%). Voir *ibid.*, page 71, tableau 18.

[2294] Rapport Viscusi (pièce UKR-8), paragraphe 105. Parr *et al.* 2011c corrobore cela dans la mesure où elle indique ce qui suit:

> Le comportement déclaré des fumeurs a démontré que les mises en garde sanitaires actuellement sur les paquets [étaient] quand même efficaces. Même si peu de fumeurs ont affirmé qu'ils avaient remarqué les mises en garde sanitaires actuelles ou qu'ils y avaient pensé, nombre d'entre eux ont admis avoir adopté des comportements particuliers, ce qui indiquait que les mises en garde avaient une certaine incidence. Beaucoup ont affirmé glisser le paquet dans quelque chose d'autre (un cache ou un contenant); vider le paquet et placer les cigarettes dans un autre contenant à emporter; et/ou demander aux détaillants des paquets avec des images qui les concernaient moins ou qui étaient moins explicites pour eux".

Parr *et al.* 2011c (pièces AUS-119, CUB-75), page 5.

[2295] Parr *et al.* 2011c (pièces AUS-119, CUB-75), page 25. Les auteurs font par ailleurs état de réactions mitigées face aux mises en garde, notant toutefois que "[l]es fumeurs ont affirmé qu'ils considéraient les mises en garde sanitaires comme présentant des cas extrêmes et rares, et répondaient d'une manière rationnelle, affirmant ne pas tenir compte des conséquences pour la santé du fait qu'il était peu probable que cela leur arrive" mais que, "même si les fumeurs les perce[vaient] comme des exemples extrêmes, elles les affectaient sur le plan émotionnel car elles attiraient l'attention sur des domaines de préoccupations potentielles en matière de santé dont ils restaient conscients".

élèves australiens du secondaire (ASSAD)[2296] qui montre des niveaux de sensibilisation élevés concernant diverses maladies spécifiques associées au tabagisme.[2297]

7.840. Ces éléments de preuve donnent globalement à penser que les Australiens ont un niveau de sensibilisation élevé quant au fait que le tabagisme augmente les risques de problèmes de santé d'une manière générale. Ils donnent également à penser qu'il y a un niveau élevé et, dans le cas de certaines affections, extrêmement élevé de sensibilisation pour certains risques spécifiques en matière de santé qui sont associés à la consommation de tabac, mais un niveau de sensibilisation nettement moins élevé pour ce qui est de certaines affections examinées dans les éléments de preuve.

7.841. Ces éléments de preuve indiquent en outre que les mises en garde sanitaires explicites ont été efficaces en Australie pour, entre autres choses, communiquer au public australien certains effets spécifiques de la consommation de tabac et, en particulier, améliorer la sensibilisation aux risques au-delà des risques "majeurs" de "mortalité … et de cancer du poumon …".[2298] Par exemple, nous notons une étude de 2012 dans laquelle il a été constaté que les fumeurs australiens exposés à une mise en garde sanitaire explicite avec le message "Fumer rend aveugle" étaient plus susceptibles d'indiquer, lorsqu'ils y étaient invités, que fumer rendait aveugle que les fumeurs du Canada, des États-Unis et du Royaume-Uni qui n'étaient pas exposés à cette même mise en garde.[2299] À cet égard, nous notons également que la date d'une grande partie des études décrites plus haut indique que celles-ci portent sur des périodes où les mises en garde sanitaires explicites en Australie étaient de tailles différentes et contenaient des messages différents.[2300]

7.842. Nous notons en outre que le manuel de 2008 du CIRC laisse entendre que "les niveaux de connaissance en matière de santé existants sont différents pour les fumeurs des différentes régions du monde", ce qui "a des conséquences sur le type de messages que doivent comporter les mises en garde".[2301] À cet égard, il indique à titre d'exemple que les "fumeurs australiens ont peut-être un niveau d'acquisition des connaissances de base en matière de santé relativement plus élevé que les fumeurs d'autres régions, ce qui peut expliquer la décision d'inclure une mise en garde relative aux "maladies vasculaires périphériques" sur les paquets".[2302]

7.843. Ces éléments de preuve nous donnent à penser que, dans le contexte du rôle joué par les mises en garde sanitaires explicites dans l'amélioration des connaissances en matière de santé et de la perception des risques, la teneur de ces mises en garde est légitimement éclairée par les

[2296] Rapport de 2011 sur l'ASSAD (pièce DOM-360).

[2297] Rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6), paragraphe 44. Le professeur Steinberg mentionne cette étude à l'appui de l'argument selon lequel "plus de 90% des 12-17 ans étaient d'accord ou tout à fait d'accord avec les déclarations selon lesquelles "fumer provoque le cancer du poumon" (97%), "fumer augmente le risque d'infarctus" (91%), "fumer nuit à la santé de l'enfant à naître" (93%) et "fumer provoque le cancer de la bouche" (95%), avec des pourcentages élevés pour un éventail d'autres maladies". L'étude note également que, avec une aide au rappel, ils sont d'accord ou tout à fait d'accord avec l'idée que fumer rend dépendant (86%), est l'une des principales causes de décès (75%), provoque des maladies des orteils et des doigts (87%), provoque de l'emphysème (84%), bouche les artères (83%), rend aveugle (52%), multiplie par deux le risque d'accident vasculaire cérébral (85%) et est toxique (80%). Rapport de 2011 sur l'ASSAD (pièce DOM-360), pages 110 et 111.

[2298] Voir, par exemple, Shanahan et Elliott 2008 (pièce CUB-15).

[2299] Kennedy *et al.* 2012 (pièce AUS-192).

[2300] Comme nous l'avons noté dans la section 2.2.1, des prescriptions concernant les mises en garde sanitaires pour le tabac ont été promulguées par tous les États et territoires australiens en 1973, et établissent des mises en garde sanitaires textuelles pour les cigarettes seulement. Des mesures ultérieures prises au niveau fédéral ont étendu la portée des mises en garde quant à leur forme (à savoir l'inclusion de mises en garde textuelles et illustrées/imagées), leur taille (c'est-à-dire en pourcentage de la surface du paquet), leur position (à savoir sur la face avant et/ou face arrière des paquets), aux modalités (c'est-à-dire la variation et la rotation du texte et des images) et à leur portée (à savoir l'application des prescriptions à d'autres catégories des produits du tabac). À partir du 1er mars 2006, des mises en garde sanitaires explicites ont été prescrites pour la quasi-totalité des produits du tabac – les paquets ordinaires devaient porter un message de mise en garde couvrant 25% de la face du paquet sur laquelle il était imprimé, et les messages explicatifs devaient couvrir un tiers de la face du paquet sur laquelle ils étaient imprimés. *Trade Practices (Consumer Product Information Standards) (Tobacco) Regulations 1994* (Cth) (pièce AUS-322), règle 11. La *Norme d'information 2011 en matière de concurrence et de consommation (tabac)* (Cth), qui énonce les prescriptions actuelles imposant des mises en garde sanitaires explicites couvrant 75%/90% de la surface et les déclarations explicatives, est entrée en vigueur le 1er janvier 2012. Voir la Norme d'information (pièces AUS-128, JE-8).

[2301] Manuel de 2008 du CIRC (pièces AUS-602, DOM-368), page 294.

[2302] Manuel de 2008 du CIRC (pièces AUS-602, DOM-368), page 294.

lacunes dans les connaissances au sein du pays pertinent, dans le but de remédier à ces lacunes. Nous ne sommes toutefois pas convaincus que l'existence d'un niveau relativement élevé de connaissances, ou de sensibilisation aux risques, en Australie implique que l'on ne pourrait pas rendre les mises en garde sanitaires explicites *plus* efficaces pour la réalisation de leur objectif consistant à renforcer ces connaissances ou cette sensibilisation aux risques. Il nous apparaît que ce point de vue ne serait défendable que si l'appréciation était faite au niveau le plus général (c'est-à-dire que les Australiens jugent que fumer est nocif et comporte des risques, ce qui, d'après ce que les éléments de preuve qui nous ont été présentés laissent entendre, est connu presque universellement) et si nous devions supposer que la nécessité d'informer les individus sur les risques pour la santé associés à la consommation de tabac dépend *uniquement* de l'étendue des connaissances générales existant déjà au sein du territoire pertinent.[2303] Il apparaît que, dans sa propre analyse, le professeur Viscusi reconnaît que cela n'est pas le cas lorsqu'il note que "[l]e fait que le public est bien informé ne signifie pas qu'il faudrait abandonner les efforts de mise en garde", étant donné que "[l]es nouvelles générations de fumeurs potentiels tireraient quand même avantage des informations, et que la suppression des mises en garde signifierait que les cigarettes sont devenues moins dangereuses".[2304] L'argument des plaignants concernant l'inaptitude de l'emballage neutre à améliorer l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites du fait des niveaux actuels de sensibilisation aux risques en Australie semblerait impliquer que l'efficacité de ces mises en garde ne pourrait être améliorée d'*aucune* façon valable, ou même que ces mises en garde ne seraient plus nécessaires en Australie, ce qui selon nous n'est pas ce que les plaignants laissent entendre.

7.844. Nous notons également que les éléments de preuve qui nous ont été présentés donnent à penser que le niveau de sensibilisation aux risques est moins élevé en ce qui concerne les cigares. Parr *et al.* 2011b concluent que "[d]ans leur attitude face aux cigares, les fumeurs de cigares haut de gamme différaient considérablement des fumeurs d'autres produits du tabac."[2305] Les deux types de fumeurs de cigares "percevaient [également] peu les risques pour la santé, quels qu'ils soient, en lien avec leur consommation de cigares", et "[é]tant donné que la plupart d'entre eux ne fumaient pas quotidiennement, mais plutôt de façon hebdomadaire ou une fois tous les 15 jours, ils n'avaient pas non plus l'impression que la fréquence avec laquelle ils fumaient justifiait de se soucier des conséquences pour la santé".[2306] Nous notons également les observations de l'Australie, qui ne sont pas contestées par les plaignants, quant à la nocivité plus importante d'un seul cigare par rapport à une seule cigarette[2307] et quant aux perceptions erronées

[2303] Shanahan et Elliott 2008 (pièce CUB-15), page 181. À cet égard, nous ne sommes pas non plus convaincus par la critique formulée par le professeur Viscusi à l'égard d'un certain nombre d'études concernant l'effet de l'emballage neutre des produits du tabac sur l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites, au motif qu'"[a]ucune des études existantes sur l'emballage neutre ne part de la détermination des croyances existantes au sujet des risques pour les comparer avec les croyances au sujet des risques qui découlent de l'emballage neutre". Voir le rapport Viscusi (pièce UKR-8), paragraphes 36 à 38, 43 et 44. Dans le même ordre d'idées, et comme cela a été indiqué dans le point "Des études TPP axées sur les résultats "autres que comportementaux"", plus haut dans la section 7.2.5.3.5.1, nous ne sommes pas convaincus que le fait que les publications TPP soient axées sur les "résultats proximaux" constitue en soi un défaut, dès lors que l'on considère que ces "résultats proximaux", y compris l'incidence de l'emballage neutre sur l'augmentation de l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites, forment seulement un élément de la "chaîne de causalité" du "modèle médiationnel" sous-tendant l'adoption des mesures. Voir plus haut les paragraphes 7.555 et 7.564. Nous ne sommes donc pas non plus convaincus par la critique du professeur Viscusi à cet égard. Voir le rapport Viscusi (pièce UKR-8), paragraphes 45 à 49.

[2304] Rapport Viscusi (pièce UKR-8), paragraphe 101.

[2305] Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24(50)), page 9.

[2306] Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24(50)), page 10. Parr et Ell 2011 constatent en outre ce qui suit:

> Les fumeurs de cigares haut de gamme perçoivent effectivement qu'il est probable que la consommation de cigares haut de gamme aura des effets sur la santé. Cependant, ces effets sont largement perçus comme étant négligeables par rapport à ceux de la consommation d'autres produits du tabac. Cela tient notamment aux raisons suivantes:
> - la consommation de tabac est perçue comme étant moins importante étant donné qu'elle n'est pas habituelle;
> - elle n'est pas perçue comme rendant physiquement dépendant; et
> - l'incidence sur les poumons n'est pas perçue comme étant aussi importante qu'avec la fumée de cigarette étant donné que la fumée n'est pas directement inhalée.

Parr et Ell 2011 (pièce CUB-41), page 27.

[2307] Australie, réponse à la question n° 13 du Groupe spécial (faisant référence à American Lung Association, "Cigars: Facts and Figures", <http://www.lung.org/stop-smoking/about-smoking/facts-

des risques réels liés aux cigares.[2308] En outre, nous notons la constatation formulée dans Parr *et al.* 2011b pour ce qui est des sacs de cigares présentés de façon neutre: "personne ne voulait être vu avec un sac portant une grande mise en garde sanitaire explicite, ou avoir à regarder soi-même ce sac. Celui-ci servait effectivement à rappeler les effets négatifs de leur consommation de cigares".[2309]

7.845. Compte tenu de ce qui précède, nous ne sommes pas convaincus que les plaignants aient montré que les niveaux existants de connaissance en matière de santé et de sensibilisation aux risques en Australie étaient tels qu'ils ne pouvaient pas être augmentés si les mises en garde sanitaires explicites étaient plus remarquables et donc plus à même de rehausser les niveaux de sensibilisation aux risques en ce qui concerne les risques pour la santé liés aux produits du tabac, en présence de l'emballage neutre.

7.846. Enfin, nous examinerons la mesure dans laquelle les plaignants ont démontré que, même si les mises en garde sanitaires explicites figurant sur les produits du tabac étaient jugées plus faciles à voir et plus remarquables, étaient perçues comme étant plus crédibles et plus sérieuses, captaient une plus grande attention visuelle et rehaussaient les niveaux de sensibilisation aux risques, cela pouvait, en tout état de cause, ne pas influencer les intentions d'arrêter de fumer et les comportements tabagiques.

Effet d'une augmentation de l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites au moyen de l'emballage neutre sur les intentions d'arrêter de fumer et les comportements tabagiques

7.847. Cuba fait valoir qu'une plus grande attention accordée aux mises en garde sanitaires n'implique pas nécessairement que des changements notables se produiront dans les taux de tabagisme en Australie, étant donné que même dans le cas des paquets de marque, les "observateurs font attention à la fois à la mise en garde sanitaire et aux éléments de conception de l'emballage".[2310] Elle fait en outre valoir que "même si [l']allégation [selon laquelle l'emballage neutre augmentera l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites] était vraie, parce que celui-ci permet de renforcer la sensibilisation aux risques, il ne peut avoir sur le comportement tabagique en Australie qu'un effet cumulatif faible, voire nul (étant donné que la très grande majorité de la population a déjà conscience des risques pertinents)".[2311] De même, le Honduras fait référence à l'observation du professeur Viscusi selon laquelle les Australiens sont conscients des risques et de ce qu'ils signifient pour eux-mêmes, et selon laquelle il est hautement improbable qu'une augmentation de la taille ou de l'importance de la mise en garde aura une quelconque influence sur les comportements tabagiques ou les perceptions des consommateurs concernant les conséquences pour la santé.[2312] La République dominicaine estime également, en faisant référence au rapport d'expert du professeur Steinberg, que "même s'il était démontré que l'emballage neutre accroît l'importance des mises en garde sanitaires (ce qui en fait ne semble pas être le cas d'après les recherches récentes), cela n'aurait … pas d'influence sur l'expérimentation, ou la consommation, de produits du tabac chez les adolescents".[2313]

7.848. L'Australie estime que les augmentations de l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites affectent les intentions et le comportement des consommateurs. Elle estime que les

---

figures/cigars.html> consulté le 30 janvier 2015, (Cigares: faits et chiffres) (pièce AUS-34)). Voir aussi Australie, première communication écrite, paragraphe 30 (faisant référence à US National Cancer Institute, "Fact Sheet: Cigar Smoking and Cancer", 27 octobre 2010, <http://www.cancer.gov/cancertopics/factsheet/Tobacco/cigars/>, consulté le 25 février 2015, (Fiche descriptive du NCI sur les cigares) (pièce AUS-40); rapport Samet (pièce AUS-7), paragraphes 75 à 77; et OMS/FCTC, mémoire d'*amicus curiae* (pièce AUS-42 (révisée))).

[2308] Voir Australie, première communication écrite, paragraphes 173 et 197, et plus haut la note de bas de page 2307. De même, il est noté dans Miller *et al.* 2015 que les "[c]igares et cigarillos étaient constamment considérés comme étant moins nocifs que les cigarettes et distincts des cigarettes, ce qui en somme est compatible avec la façon dont les cigares étaient positionnés." Miller *et al.* 2015 (pièces AUS-102, DOM-315), page 7. Voir aussi Australie, première communication écrite, paragraphe 173.

[2309] Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24(50)), page 43.

[2310] Cuba, première communication écrite, paragraphe 226 (faisant référence à Munafò *et al.* 2011 (pièces AUS-199, JE-24(47)), page 1509, tableau 1). Voir aussi Cuba, première communication écrite, paragraphe 349.

[2311] Cuba, première communication écrite, paragraphe 227.

[2312] Honduras, première communication écrite, paragraphe 419, note de bas de page 349.

[2313] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 695.

risques personnels de la consommation de tabac pour la santé constituent une incitation importante pour arrêter de consommer des produits du tabac pour les consommateurs, et que la combinaison des paquets neutres et des mises en garde sanitaires fait baisser les perceptions positives de la consommation de tabac et fait mieux comprendre que la consommation de tabac présente un risque pour la santé.[2314] L'Australie estime également que la réduction des éléments de conception sur l'emballage du tabac qui "détournent l'attention des mises en garde sanitaires (et des conséquences sérieuses et graves de la consommation de tabac) a déjà commencé à avoir l'effet souhaité d'un changement dans les attitudes, ce qui est susceptible d'encourager un comportement de sevrage".[2315]

7.849. Nous croyons comprendre que, d'après la conception et la structure sous-tendant le fonctionnement du deuxième mécanisme dans le cadre de la Loi TPP, au moins une partie des consommateurs seront influencés dans leurs comportements tabagiques si les mises en garde sanitaires explicites deviennent plus efficaces du fait de l'emballage neutre des produits du tabac, en combinaison avec d'autres mesures de lutte antitabac en place en Australie. Le professeur Fong décrit cela comme suit:

> Compte tenu de ma conclusion selon laquelle la mesure concernant l'emballage neutre du tabac augmenterait l'efficacité des mises en garde sanitaires figurant sur l'emballage pour la vente au détail de produits du tabac, *je considère également qu'il est raisonnable de conclure que cette augmentation de l'efficacité pourrait avoir des effets importants sur le comportement,* comme décourager les individus de commencer à fumer, ou de consommer des produits du tabac; les encourager à renoncer à fumer et à cesser de consommer des produits du tabac; et décourager la récidive chez ceux qui ont renoncé à fumer, ou qui ont cessé de consommer des produits du tabac.[2316]

7.850. Sur la base des éléments de preuve qui nous ont été présentés, nous ne voyons aucune base qui nous permettrait de supposer que, dans la mesure où l'emballage neutre du tabac rendrait les mises en garde sanitaires explicites plus efficaces en renforçant leur caractère remarquable et le traitement des informations sur les risques qu'elles transmettent, comme il est indiqué plus haut, cette efficacité accrue des mises en garde sanitaires explicites, conjointement avec d'autres mesures de lutte antitabac appliquées par l'Australie, ne pourrait pas affecter les comportements tabagiques.

7.851. Nous rappelons que les plaignants n'ont pas contesté le modèle conceptuel, décrit plus haut, pour l'évaluation de l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites, qui est exposé par le professeur Chaloupka et reproduit dans le manuel de 2008 du CIRC. Ce modèle associe des changements dans les connaissances sur le sevrage, l'attrait de la marque, les réactions affectives et les connaissances en matière de santé/perceptions des risques à des changements dans les intentions d'arrêter de fumer, l'évitement et le comportement tabagique ultérieur.[2317] Nous ne considérons pas non plus que les plaignants ont contesté l'aptitude des mises en garde sanitaires explicites à être efficaces en principe.[2318] En outre, l'Australie et ses experts, le professeur Fong et

[2314] Australie, première communication écrite, paragraphe 182.

[2315] Australie, première communication écrite, paragraphe 185. Les éléments de preuve se rapportant à l'application effective des mesures TPP sont examinés plus loin dans la section 7.2.5.3.6.

[2316] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 356. (pas d'italique dans l'original)

[2317] Voir plus haut la figure 14.

[2318] Nous notons que la République dominicaine fait valoir, sur la base de données postérieures à la mise en œuvre également examinées dans White *et al.* 2015a (pièces AUS-186, DOM-235), que les antécédents indiqués dans le modèle du professeur Chaloupka sont absents en Australie, comme c'est le cas pour certains comportements liés au tabagisme (comme tenter d'arrêter de fumer) et que, à ce titre, le cheminement ne peut pas être inféré. Voir République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 526 à 529. Comme il est noté, les éléments de preuve de l'Australie concernant la période postérieure à la mise en œuvre font l'objet de la section 7.2.5.3.6 plus loin. Nous notons également que la République dominicaine présente un certain nombre de critiques de l'étude du professeur Chaloupka (et d'autres) en ce qui concerne l'effet des mises en garde sanitaires explicites sur le comportement tabagique au Canada en 2005. Voir République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 530 à 535. Voir aussi le rapport Chaloupka sur la santé publique (pièce AUS-9); le contre-rapport Chaloupka (pièce AUS-582); le rapport IPE actualisé (pièce DOM-303), chapitre 6; et RJ Reynolds c. FDA (pièce DOM-317). Nonobstant ces critiques de l'étude du professeur Chaloupka, nous ne considérons pas que, dans sa communication, la République dominicaine conteste ou doute qu'il existe un lien entre les mises en garde sanitaires explicites et le comportement tabagique en soi.

M. Biglan, font référence à plusieurs études indiquant un effet des mises en garde sanitaires explicites sur le comportement tabagique.[2319]

7.852. Examinant tout d'abord les *intentions* d'arrêter de fumer, nous notons, comme il est décrit dans la figure 14, que celles-ci sont identifiées comme étant l'un des paramètres pertinents pour l'évaluation de l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites, en tant que précurseur des comportements tabagiques. L'Australie a présenté un certain nombre d'études sur la relation entre les changements dans le relief et le caractère remarquable des mises en garde sanitaires explicites ainsi que dans les réponses cognitives face à ces mises en garde, et les changements dans les intentions comportementales. Elle cite trois études qui laissent entendre qu'il y a une corrélation positive entre les mises en garde figurant sur le paquet et les intentions ou les tentatives d'arrêter de fumer.[2320] Elle fait également référence à une étude de 2009 qui a examiné spécifiquement

[2319] Ces études sont notamment les suivantes: Borland 1997 (pièce AUS-213) (constatant que les mises en garde les plus fréquemment remarquées étaient associées à un plus grand espacement des cigarettes et que l'espacement des cigarettes était prédictif des augmentations du sevrage); et Shanahan et Elliott 2008 (pièce CUB-15) (rapport pour le DHA du gouvernement australien). Shanahan et Elliott 2008 ont rendu compte d'une étude dans laquelle les personnes étaient interrogées par téléphone au moyen de questions orientées sur les effets comportementaux des mises en garde sanitaires. Chez les fumeurs, les mises en garde sanitaires étaient décrites comme aidant les fumeurs à moins fumer (36%), à tenter d'arrêter de fumer (43%) et à penser à arrêter de fumer (57%). Quarante-neuf % des fumeurs n'ont décrit aucun effet sur le comportement. Les personnes ayant récemment arrêté de fumer ont déclaré que les mises en garde sanitaires les avaient aidées à moins fumer (62%), à tenter d'arrêter (64%) et à penser à arrêter de fumer (75%), à arrêter de fumer (62%); et à ne pas récidiver (55%). Dans le questionnaire orienté, les personnes ayant récemment arrêté de fumer (53%) et les ex-fumeurs (11%) ont identifié les "Mises en garde sanitaires des paquets de cigarettes – Illustrations" comme un facteur qui les avait aidés à décider d'arrêter de fumer, tandis que les personnes ayant récemment arrêté de fumer (44%) et les ex-fumeurs (14%) ont également identifié les "Mises en garde sanitaires figurant sur les paquets de cigarettes – Texte" comme un facteur qui les avait aidés à décider d'arrêter de fumer. À propos de la raison principale pour arrêter de fumer, 2% des personnes ayant récemment arrêté de fumer ont mentionné le texte et 1% les illustrations). Voir *ibid.*, pages 118 à 122. L'expert de l'Australie, M. Biglan, se réfère également à une étude de 2011 qui a utilisé une enchère expérimentale pour estimer les différences dans la demande qui étaient associées à différents formats d'étiquettes de mise en garde sanitaire et à différents formats de paquets (y compris l'emballage neutre). Rapport Biglan (pièce AUS-13), paragraphes 102, 103 et 174 (faisant référence à Thrasher *et al.* 2011 (pièces AUS-229, JE-24(58)); et à Rousu et Thrasher 2013 (pièces AUS-228, JE-24(54))). Dans Thrasher *et al.* 2011, il a été constaté que l'offre moyenne pour les paquets avec une mise en garde imagée était inférieure à l'offre moyenne pour le paquet de contrôle (sur lequel apparaissait une mise en garde qui ne comportait que du texte sur 50% d'un côté du paquet) et que l'offre moyenne pour le paquet avec une mise en garde sanitaire imagée était encore plus faible dans le cas du paquet neutre sans marque. Thrasher *et al.* 2011 (pièces AUS-229, JE-24(58)). Un article distinct traitant de la même étude a cherché à estimer le pourcentage de fumeurs des États-Unis qui diminueraient leur demande de paquets de cigarettes avec des mises en garde sanitaires explicites et avec un emballage neutre. Les auteurs ont indiqué que 45% des participants faisaient une offre moins élevée pour un paquet avec une mise en garde sanitaire imagée que pour un paquet avec une étiquette de mise en garde textuelle sur sa face avant, et que 64% faisaient une offre moins élevée pour un paquet neutre avec une étiquette imagée que pour un paquet avec une étiquette de mise en garde textuelle sur sa face avant. Rousu et Thrasher 2013 (pièces AUS-228, JE-24(54)). Les auteurs de ces deux études font valoir que l'utilisation d'une méthode de ce type fondée sur des enchères "peut être préférable à des techniques d'évaluation hypothétique comme des expériences de choix hypothétiques ou des enchères hypothétiques" en raison des conséquences monétaires immédiates et de la réduction des biais pouvant exister lorsqu'il est demandé aux consommateurs de faire des évaluations hypothétiques. Thrasher *et al.* 2011 (pièces AUS-229, JE-24(58)), page 42. Voir aussi Rousu et Thrasher 2013 (pièces AUS-228, JE-24(54)), page 171.

[2320] Une étude de 2007 a examiné le comportement tabagique par référence à des variables incluant les tentatives d'arrêter de fumer au cours de l'année précédente et l'intention d'arrêter de fumer, et a constaté que les mises en garde qui étaient plus susceptibles d'être remarquées et lues (les mises en garde examinées dans cette étude étaient les mises en garde du Royaume-Uni) étaient également plus susceptibles d'amener les fumeurs à penser à arrêter de fumer, à penser aux risques du tabagisme pour la santé, et les avaient dissuadés, de fumer une cigarette, par comparaison avec les fumeurs d'autres pays. Hammond *et al.* 2007 (pièce AUS-212), page 207. Une enquête par téléphone couvrant quatre pays avait pour objet d'examiner les variations dans les connaissances des fumeurs concernant les risques du tabagisme et l'incidence des mises en garde figurant sur le paquet. Les auteurs ont constaté, entre autres choses, qu'un niveau plus élevé de connaissances en matière de santé était positivement corrélé avec le fait de prévoir d'arrêter de fumer, et que la probabilité de prévoir d'arrêter de fumer était plus grande chez les fumeurs qui admettaient que fumer avait sur la santé les effets identifiés dans le rappel assisté et augmentait de façon linéaire avec le nombre total d'effets sur la santé indiqués. Hammond *et al.* 2006 (pièce AUS-190). Une autre étude utilisant des données provenant de ces quatre mêmes pays a examiné de manière prospective l'incidence des mises en garde sanitaires sur la pratique du sevrage. En particulier, sur un total de cinq vagues, les auteurs ont utilisé les réactions face aux mises en garde sanitaires qui étaient recueillies pour une vague en vue de prédire la

l'effet de différentes mises en garde sanitaires en Australie (au moment de l'étude, la mise en garde sanitaire explicite utilisée couvrait 30% de l'avant et 90% de l'arrière du paquet), au Canada (utilisant une mise en garde sanitaire explicite couvrant 50% de l'avant et de l'arrière du paquet) et au Royaume-Uni (utilisant une mise en garde textuelle couvrant 30% de l'avant et 40% de l'arrière du paquet) sur des variables, y compris "deux réponses comportementales": l'espacement des cigarettes et l'évitement des mises en garde. L'étude a indiqué que les personnes interrogées en Australie déclaraient éviter davantage les mises en garde que celles interrogées au Canada et au Royaume-Uni, mais qu'il n'y avait pas de différence notable entre les personnes interrogées au Canada et en Australie, ou entre celles interrogées en Australie et au Royaume-Uni, pour ce qui était de l'espacement des cigarettes.[2321] Les auteurs ont également signalé que les "prédicteurs les plus forts d'un arrêt ultérieur du tabagisme" – qu'ils identifiaient comme étant des réponses cognitives et l'espacement des cigarettes – indiquaient que les mises en garde australiennes généraient des réponses cognitives plus fortes et une tendance à espacer davantage les cigarettes que les mises en garde utilisées au Royaume-Uni qui ne comportaient que du texte.[2322] Nous notons que ces études ne sont pas critiquées dans les rapports Kleijnen *et al.*, Inman *et al.* ou Klick. Nous notons également qu'elles ne sont pas critiquées par le professeur Viscusi dans son évaluation plus générale des études concernant l'effet de l'emballage neutre sur les mises en garde sanitaires explicites.

7.853. En ce qui concerne les *comportements tabagiques effectifs*, nous avons noté dans notre analyse antérieure de la relation entre attitudes et comportement[2323] que le corpus de recherches étaient consacré à l'étude de la corrélation entre les attitudes, les intentions et les comportements, et que les parties reconnaissaient toutes, par référence à ces recherches, que la force de la corrélation entre attitudes et comportements dans un contexte donné était affectée par l'interaction de multiples facteurs.[2324] Nous avons également constaté, dans ce contexte, qu'il était reconnu que les comportements tabagiques étaient influencés par un large éventail de facteurs.

7.854. Dans le contexte de notre analyse de l'effet des modifications de l'attrait des produits du tabac sur les comportements tabagiques, nous avons noté que nous ne considérions pas que l'hypothèse sous-tendant la conception et la structure des mesures TPP était qu'une réduction de l'attrait des produits du tabac serait censée *dans tous les cas* entraîner un changement dans les comportements tabagiques.[2325] De même, nous ne voyons aucune base permettant de supposer qu'il est nécessaire de postuler que les mises en garde sanitaires explicites rendues plus efficaces par les changements dans les connaissances sur le sevrage, l'attrait des marques, les réactions affectives et les connaissances en matière de santé/perceptions des risques affectent systématiquement les intentions d'arrêter de fumer et modifient ultérieurement le comportement tabagique pour établir qu'une efficacité accrue des mises en garde sanitaires explicites du fait de l'introduction de l'emballage neutre du tabac pourrait contribuer à faire baisser la consommation des produits du tabac et l'exposition à ces produits. Comme il est indiqué plus haut, nous croyons comprendre que le raisonnement sous-tendant la structure et le fonctionnement des mesures TPP est qu'au moins une partie des consommateurs seront influencés dans leurs comportements tabagiques, si les mises en garde sanitaires explicites deviennent plus efficaces du fait de l'emballage neutre du tabac, en combinaison avec d'autres mesures de lutte antitabac mises en place en Australie. Par conséquent, nous examinons l'effet de mises en garde sanitaires explicites plus efficaces sur les comportements tabagiques pertinents que sont l'initiation, le sevrage et la récidive, comme l'article 3 2) de la Loi TPP le précise.

---

pratique du sevrage pour la vague suivante. Les auteurs ont examiné le caractère remarquable des mises en garde et les réponses cognitives (à savoir penser à la nocivité et à l'arrêt du tabac, espacer les cigarettes et éviter les mises en garde) en tant que prédicteurs des tentatives d'arrêter de fumer et des sevrages réussis chez ceux qui avaient essayé (mesurés comme étant un mois d'abstinence continue, se répétant pour les quatre transitions d'une vague à l'autre). Les auteurs ont déterminé que chacun de ces indices était fortement corrélé positivement avec le fait de tenter d'arrêter de fumer dans la vague d'enquête suivante, même s'il n'y avait pas de modèles de réussite constants. Ils ont également indiqué que les réponses cognitives et l'espacement des cigarettes étaient des prédicteurs constants des tentatives d'arrêter de fumer pour toutes les transitions d'une vague à l'autre dans lesquelles ils étaient mesurés (même si l'ampleur de l'effet était réduite lorsque les intentions d'arrêter de fumer étaient vérifées). Borland *et al.* 2009b (pièce AUS-211), pages 669 à 672.

[2321] Borland *et al.* 2009a (pièce AUS-210), page 360.

[2322] Borland *et al.* 2009a (pièce AUS-210), page 361.

[2323] Voir "Relation entre attitudes et comportements" plus haut dans la section 7.2.5.3.5.2.

[2324] Voir Ajzen, Health Psychology Review 2014 (pièce HND-134), pages 3 et 4.

[2325] Voir plus haut le paragraphe 7.756.

7.855. S'agissant de l'initiation, nous notons l'argument du Honduras selon lequel la décision de fumer des adolescents, qui "ont bien conscience des risques pour la santé associés au tabagisme", est motivée par la pression des pairs et le point de savoir s'ils sont à la recherche de sensations fortes et s'ils réagissent à des stimuli-récompenses.[2326] Cet argument concorde plus généralement avec les arguments formulés par tous les plaignants en relation avec les facteurs qui déterminent le comportement tabagique chez les adolescents.[2327]

7.856. Dans notre examen du comportement tabagique chez les adolescents, plus haut, nous avons noté une certaine constance dans les éléments de preuve qui nous ont été présentés pour ce qui est des mobiles de l'initiation au tabagisme, y compris les facteurs développementaux influençant la mesure dans laquelle ces mobiles peuvent conduire à l'initiation au tabagisme chez les adolescents et les jeunes adultes (avec une référence particulière à la prise de risques chez les adolescents, aux récompenses à court terme, à l'absence d'une prise en compte adéquate des risques et au besoin d'obtenir l'approbation des pairs).[2328] Nous avons également conclu que les éléments de preuve indiquaient que les images et les messages transmis par l'emballage du tabac étaient de nature à pouvoir faire croire aux adolescents et aux jeunes adultes que l'initiation à la consommation de tabac pouvait satisfaire certains besoins, et qu'il était reconnu que les jeunes et les jeunes adultes étaient particulièrement vulnérables aux actions compulsives provoquées par ces besoins. Considérés conjointement, les éléments de preuve qui nous ont été présentés étayent donc le point de vue selon lequel l'image et les associations conférées aux produits du tabac par leur emballage sont de nature à exploiter les vulnérabilités auxquelles les adolescents en particulier sont exposés, en raison de la nature de leurs processus de prise de décision, comme il est résumé plus haut.[2329]

7.857. Conformément à ces conclusions, dans le contexte de la question en cause – celle de savoir si l'on pouvait s'attendre à ce que les mises en garde sanitaires explicites, rendues plus efficaces par l'emballage neutre, affectent les comportements tabagiques – nous rappelons en particulier que l'expert des plaignants, le professeur Steinberg, et l'expert de l'Australie, le professeur Slovic, s'accordent sur le fait que "les jeunes ne sont pas attentifs aux informations sur les risques".[2330] En ce sens, l'éventualité que l'emballage neutre du tabac puisse renforcer l'attention visuelle accordée aux mises en garde sanitaires explicites, ou accroître leur relief, peut ne pas, en elle-même et à elle seule, être suffisante pour vaincre les impulsions comportementales de recherche de récompense chez les adolescents pour qui l'impulsion est un facteur qui domine la prise de décision.

7.858. Nous notons toutefois l'examen du professeur Tavassoli concernant la notion d'"attention sélective", et en particulier l'idée que le cerveau humain n'est pas capable de traiter de nombreux éléments qui peuvent attirer l'attention simultanément et concurremment.[2331] Dans ce contexte, le professeur Tavassoli examine les études de Maynard *et al.* 2012 ainsi que de Beede et Lawson 1992, indiquées plus haut, en ce qui concerne l'indication fournie par l'oculométrie selon laquelle les mises en garde sanitaires explicites figurant sur les paquets neutres attiraient plus l'attention que celles figurant sur les paquets de marque et selon laquelle le rappel des mises en garde était également meilleur lorsqu'elles n'étaient pas en concurrence avec des images de marque.[2332] Le professeur Tavassoli examine également le concept de "concurrence des buts", à propos duquel il fait valoir que "la valeur perçue d'un produit repose sur la perception de son aptitude à satisfaire des buts de consommation".[2333] Il fait valoir que l'"accessibilité d'un but peut aussi être influencée par l'activation ou l'accessibilité d'autres buts", étant donné que "le fait de rendre un but accessible n'augmentera pas seulement l'incidence de celui-ci sur le comportement, mais cela diminuera l'incidence des buts non liés ou contradictoires", parce que "l'esprit des individus a du mal à envisager des buts multiples, et si l'un d'entre eux gagne en importance, les autres sont inhibés".[2334] Le professeur Tavassoli déclare que la recherche sur la concurrence des buts montre

[2326] Honduras, première communication écrite, paragraphe 419.
[2327] Voir "Initiation au tabagisme" plus haut dans la section 7.2.5.3.5.2.
[2328] Voir plus haut les paragraphes 7.709 à 7.714.
[2329] Voir plus haut le paragraphe 7.737.
[2330] Rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 110 (faisant référence au rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6)).
[2331] Rapport Tavassoli (pièce AUS-10), paragraphes 110 à 113.
[2332] Rapport Tavassoli (pièce AUS-10), paragraphe 112 (faisant référence à Maynard *et al.* 2013 (pièces AUS-200, JE-24(40)); et à Beede et Lawson 1992 (pièces AUS-202, JE-24(6)), respectivement).
[2333] Rapport Tavassoli (pièce AUS-10), paragraphes 114 et 115.
[2334] Rapport Tavassoli (pièce AUS-10), paragraphe 116.

"qu'il y a une différence entre la question de savoir si les individus ont des connaissances et la mesure dans laquelle ces connaissances influencent ce qu'ils font dans une situation donnée".[2335] À cet égard, il fait valoir que la concurrence des buts "n'exige pas que les mises en garde sanitaires explicites modifient les croyances des consommateurs sur les avantages qu'il y a à ne pas fumer pour la santé"; en fait, "l'emballage neutre du tabac peut accroître l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites en permettant que celles-ci activent plus efficacement des croyances déjà ancrées à des moments critiques, c'est-à-dire en limitant l'activation de buts concurrents inhibant momentanément le but de rester en bonne santé".[2336]

7.859. En réponse à cet argument, Cuba fait valoir que l'apparition d'une marque sur les 25% restants de l'avant du paquet n'aura aucun effet notable sur l'appréciation que les consommateurs auront des risques de la consommation de tabac pour la santé.[2337]

7.860. Selon nous, les arguments du professeur Tavassoli, considérés par rapport au contexte plus large des facteurs reconnus pour influencer les comportements tabagiques que nous avons examinés dans des parties antérieures de notre analyse, y compris l'initiation au tabagisme chez les adolescents, donnent à penser que la suppression des éléments de marque pouvant amener les adolescents à associer les produits du tabac à des images et à des récompenses positives (sur la base desquelles ils seraient enclins à agir, comme il est indiqué plus haut), supprimerait, ou tout au moins réduirait notablement, la concurrence (à la fois du point de vue de l'attention et entre les différents buts) entre le message négatif véhiculé par la mise en garde sanitaire explicite et les éléments de marque du paquet. Il apparaît que cette conclusion est compatible avec le modèle du professeur Chaloupka pour comprendre le fonctionnement des mises en garde sanitaires explicites, et en particulier l'influence que celles-ci peuvent avoir sur l'attrait global du produit[2338], en ce sens que, en présence de l'emballage neutre du tabac, le *seul* message communiqué par l'emballage est la mise en garde sanitaire explicite et aucune association avec des récompenses n'est communiquée. À cet égard, bien que nous acceptions que les connaissances des risques ne seront pas toujours un facteur incitatif suffisant du comportement des adolescents, nous ne sommes toutefois pas convaincus que la suppression des éléments d'identification de la marque, dont nous avons constaté qu'ils communiquaient des messages qui en appelaient au comportement de recherche de récompenses des adolescents, ne pourrait pas accroître l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites en supprimant les éléments attrayants susceptibles de concurrencer les mises en garde sanitaires explicites et de détourner l'attention de ces mises en garde.

7.861. Pour ce qui est du sevrage et de la récidive, nous rappelons l'examen effectué par les parties, y compris dans le cadre des rapports de leurs experts (dans ce contexte, il s'agit des rapports présentés par Mme Satel, M. Brandon et le professeur Fischer qui sont les plus pertinents) en ce qui concerne les mobiles de sevrage et de récidive. Comme nous l'avons indiqué, une grande partie des examens concernant le sevrage et la récidive effectués par les experts se rapportent à la mesure dans laquelle l'absence d'identification de la marque sur les produits du tabac influence la question de savoir si l'emballage du tabac peut agir comme un stimulus conditionné et, par conséquent, inhiber le sevrage ou encourager la récidive. Ces experts n'ont pas examiné spécifiquement l'effet de mises en garde sanitaires explicites plus efficaces sur le sevrage et la récidive. Nous notons cependant que ces trois experts[2339] conviennent tous que les préoccupations concernant les effets de la consommation de tabac sur la santé sont un facteur qui est associé à des tentatives d'arrêter de fumer réussies et/ou au sevrage.[2340] Cela est compatible

[2335] Rapport Tavassoli (pièce AUS-10), paragraphe 117.
[2336] Rapport Tavassoli (pièce AUS-10), paragraphe 117.
[2337] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 307.
[2338] Voir plus haut les paragraphes 7.805 et 7.806.
[2339] Voir le rapport Satel (pièce UKR-7), paragraphes 26 et 33; le rapport Fischer (pièce DOM/HND-7), paragraphe 50; et le rapport Brandon (pièce AUS-15), paragraphe 79.
[2340] Mme Satel identifie les "prédicteurs généraux du sevrage" suivants: la motivation à arrêter de fumer (qui est influencée par l'immédiateté des préoccupations en matière de santé); un réseau familial et amical apportant soutien et encouragements; et le sentiment d'efficacité personnelle du fumeur (c'est-à-dire le degré de confiance permettant de rester abstinent après avoir arrêté de fumer). Rapport Satel (pièce UKR-7), paragraphes 21 à 33. Le professeur Fischer fait valoir que les tentatives d'arrêter de fumer réussies sont associées à des variables comme la motivation, l'efficacité personnelle, une dépendance moins forte à la nicotine et des tentatives d'arrêter de fumer antérieures, un plus jeune âge, une consommation de cigarettes moins élevée et des préoccupations en matière de santé liées au tabagisme. Elle associe le sevrage tabagique avec des facteurs incluant la motivation, l'efficacité personnelle, une dépendance moins forte à la nicotine et des tentatives d'arrêter de fumer antérieures, un âge plus avancé, le sexe masculin, un revenu plus élevé, une consommation d'alcool moins élevée, des avantages pour la santé attendus plus faibles, le niveau d'instruction

avec l'observation du professeur Slovic selon laquelle "[a]vec l'expérience, les risques pour la santé et les autres conséquences néfastes du tabagisme sont devenus manifestes et ont représenté une motivation majeure pour arrêter de consommer des cigarettes".[2341] Nous notons également qu'un rapport d'expert élaboré par le professeur McKeganey, sur lequel s'appuie la République dominicaine, identifie un certain nombre d'études qui énoncent les facteurs associés au sevrage, dont font partie les préoccupations en matière de santé et la sensibilisation aux conséquences du tabagisme pour la santé.[2342] Le professeur Fong mentionne également le rapport du professeur McKeganey et observe que les "facteurs tels que les préoccupations relatives à la nocivité du tabagisme pour la santé, une consommation moins élevée et une plus grande motivation à arrêter de fumer sont des prédicteurs importants du sevrage".[2343]

7.862. Ces éléments de preuve donnent à penser que ces experts ont des vues convergentes sur le rôle des préoccupations concernant les effets des produits du tabac sur la santé en tant que facteur associé à la motivation d'arrêter de fumer et au sevrage. Cela est compatible avec le modèle conceptuel exposé par le professeur Chaloupka, et approuvé par le CIRC, en ce qui concerne l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites, qui identifie les connaissances en matière de santé et les risques perçus en tant que médiateur sur lequel les mises en garde sanitaires explicites sont censées avoir une incidence, et affecter ainsi les intentions d'arrêter de fumer et, en fin de compte, les comportements tabagiques. Cela est également compatible avec les études versées au dossier des présentes procédures[2344], l'une de ces études étant également mentionnée par le professeur Slovic.[2345] En outre, les études résumées plus haut indiquent qu'il y a des éléments de preuve publiés qui étayent l'existence d'un lien, pour au moins *une partie des fumeurs*, entre le relief des mises en garde sanitaires explicites et le fait de penser à arrêter de fumer[2346]; le fait de penser aux risques du tabagisme pour la santé et la dissuasion de fumer une cigarette[2347]; que les niveaux des connaissances en matière de santé sont corrélés avec les prévisions d'arrêter de fumer[2348]; et que le caractère remarquable des mises en garde et les réponses cognitives sont corrélées avec les espacements des cigarettes et les tentatives d'arrêter de fumer.[2349] Ces éléments de preuve, considérés conjointement, donnent donc à penser que le type d'incidence que l'on attend de l'emballage neutre sur l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites, à savoir une plus grande sensibilisation aux préoccupations en matière de santé associées au tabagisme, fait partie des facteurs reconnus comme ayant une influence sur la motivation à arrêter de fumer et l'arrêt de la consommation des produits du tabac. En outre, comme il a été observé plus haut, nous ne considérons pas que les plaignants contestent l'aptitude des mises en garde sanitaires explicites en général à avoir une incidence sur le niveau de sensibilisation aux risques pour la santé associés à la consommation des produits du tabac, ou la pertinence de cette sensibilisation pour la motivation à arrêter et le sevrage.

7.863. Compte tenu de ce qui précède, nous ne sommes pas convaincus que les plaignants aient démontré qu'il ne pouvait pas y avoir de corrélation entre l'augmentation de l'efficacité d'une mise en garde sanitaire explicite (mesurée par les changements dans les connaissances sur le sevrage, l'attrait de la marque, les réactions affectives et les connaissances en matière de santé/perceptions des risques) et les changements dans les intentions d'arrêter de fumer ou les comportements tabagiques, y compris l'initiation et le sevrage.

---

et une initiation au tabagisme à un âge plus avancé. Le professeur Fischer note dans sa description que cette liste n'est pas exhaustive. Rapport Fischer (pièce DOM/HND-7), paragraphes 18, 19, 50 et 51. L'article sur lequel s'appuie le professeur Fischer dans ce contexte identifie également les préoccupations en matière de santé comme étant un facteur incitatif commun pour les tentatives d'arrêter de fumer. Voir Hyland *et al.* 2006 (pièce AUS-226), page iii83. M. Brandon indique qu'il considère que les variables identifiées par le professeur Fischer sont "toutes raisonnables", bien qu'elles "n'incluent que des caractéristiques distales et stables, excluant les variables proximales, environnementales et phasiques". Rapport Brandon (pièce AUS-15), paragraphe 79.

[2341] Rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 52.

[2342] Rapport McKeganey (pièces DOM-105, CUB-72), pages 24 à 27.

[2343] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 588.

[2344] Voir, par exemple, Partos *et al.* 2013 (pièce AUS-204) et McCaul 2006 (pièce AUS-205). Aucune de ces études n'apparaît dans les examens des publications effectués par les plaignants.

[2345] Rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 52.

[2346] Hammond *et al.* 2007 (pièce AUS-212).

[2347] Borland *et al.* 2009b (pièce AUS-211).

[2348] Hammond *et al.* 2006 (pièce AUS-190).

[2349] Borland *et al.* 2009a (pièce AUS-210); et Borland 1997 (pièce AUS-213).

7.864. S'agissant de la récidive, Mme Satel estime qu'elle peut être précipitée par le stress et les sentiments négatifs qui se manifestent généralement dans les heures précédant la récidive[2350], et que des "[é]vénements épisodiques" (tels qu'un divorce, l'initiation au tabagisme d'un partenaire et des conflits avec les autres) … et … la pression économique, la précarité de l'emploi, des relations sociales avec des personnes qui fument et des possibilités limitées de repos et de détente rendent ceux qui ont arrêté vulnérables à la récidive.[2351] Le professeur Fischer estime que les échantillons cliniques indiquent qu'il y a plusieurs prédicteurs de la récidive en matière de tabagisme, dont la présence de symptômes de sevrage et de niveaux plus élevés de dépendance à la nicotine; un affect (humeur) négatif; un plus jeune âge au moment de la tentative d'arrêter; des antécédents de troubles psychiatriques comorbides, y compris des troubles de l'anxiété, une dépression et une schizophrénie, passés ou actuels; et l'absence de maladies liées au tabac.[2352] Elle note que, au niveau de la population, la récidive a été associée à la présence de symptômes de sevrage et de tentatives de sevrage ayant récemment échoué; à un affect négatif; à un niveau de base de dépendance à la nicotine plus élevé; au genre; à un niveau socioéconomique plus faible; à un statut social personnel plus bas; et à des situations de stress intense après une période de faible stress.[2353] Il apparaît que l'expert de l'Australie, M. Brandon, partage l'avis du professeur Fischer, notant que ces facteurs sont "tou[s] raisonnables", même s'il ajoute qu'ils "n'incluent que des caractéristiques distales et stables, excluant les variables proximales, environnementales et phasiques".[2354]

7.865. Il semble donc être admis que ces événements "épisodiques" peuvent conduire à la récidive et donnent à penser que la question de savoir si un fumeur récidive dépend au moins en partie de celle de savoir si l'influence de l'effet de l'événement épisodique est suffisante pour vaincre l'incitation créée par le facteur, quel qu'il soit, qui avait en premier lieu amené un fumeur donné à arrêter de fumer. Cela est étayé par des études versées au dossier des présentes procédures. Par exemple, l'examen des publications effectué dans McCaul *et al.* 2006 a identifié les préoccupations en matière de santé en tant que facteur de motivation essentiel pour arrêter de fumer dans presque toutes les études examinées, et a laissé entendre que la motivation ou les stratégies de sevrage incluaient la construction, par les fumeurs, de systèmes leur rappelant les conséquences du tabagisme sur la santé afin de pouvoir, entre autres, poursuivre une tentative de sevrage réussie et renouveler leurs tentatives pour ceux qui ont récidivé.[2355] En outre, les données d'enquête recueillies entre 2002 et 2009 auprès de fumeurs en Australie, au Canada, au Royaume-Uni et aux États-Unis, analysées dans Partos *et al.* 2013, ont permis de constater que l'observation fréquente des mises en garde sanitaires chez les ex-fumeurs était associée à une récidive plus importante un an plus tard mais que cet effet disparaissait lorsque les auteurs avaient fait des vérifications concernant les envies irrépressibles de fumer et l'efficacité personnelle. Les auteurs ont également indiqué que les participants qui indiquaient que les mises en garde sanitaires rendaient "beaucoup" plus probable le fait de rester abstinent étaient moins susceptibles d'avoir récidivé un an après.[2356]

7.866. Ces éléments de preuve nous donnent à penser que, du fait qu'elles influencent la mesure dans laquelle les mises en garde sanitaires explicites figurant sur les produits du tabac sont jugées plus faciles à voir et plus remarquables, sont perçues comme étant plus crédibles et plus sérieuses, captent une plus grande attention visuelle chez les non-fumeurs et les fumeurs hebdomadaires, sont moins sujettes au détournement de l'attention du fait de la présence d'autres éléments de l'emballage, sont lues plus attentivement et font davantage réfléchir, les mesures TPP pourraient avoir une incidence sur les facteurs qui déterminent le sevrage (y compris, en particulier, les préoccupations concernant les effets de la consommation de tabac sur la santé). Cependant, en formulant cette observation, nous notons que nous disposons de nettement moins d'éléments de preuve en ce qui concerne l'incidence des mises en garde sanitaires explicites, y compris celles qui ont été rendues plus efficaces par l'emballage neutre, sur la prévention de la récidive.

7.867. Compte tenu de ce qui précède, nous ne sommes pas convaincus que les plaignants aient montré que les améliorations de l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites apportées par

[2350] Rapport Satel (pièce UKR-7), paragraphe 34.
[2351] Rapport Satel (pièce UKR-7, paragraphe 34.
[2352] Rapport Fischer (pièce DOM/HND-7), paragraphe 55.
[2353] Rapport Fischer (pièce DOM/HND-7), paragraphe 56.
[2354] Rapport Brandon (pièce AUS-15), paragraphe 79.
[2355] Voir McCaul 2006 (pièce AUS-205), page 53.
[2356] Voir Partos *et al.* 2013 (pièce AUS-204).

les mesures TPP ne pouvaient pas également être associées à des changements dans les comportements tabagiques, et en particulier à l'initiation au tabagisme et au sevrage.

Conclusion

7.868. Compte tenu de ce qui précède, nous ne sommes pas convaincus que les plaignants aient montré que les mesures TPP ne seraient pas capables d'accroître l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et de contribuer ainsi à l'objectif de l'Australie d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits.

7.869. Nous constatons plutôt que des éléments de preuve crédibles, émanant de sources reconnues, ont été présentés, selon lesquels l'emballage neutre des produits du tabac pouvait accroître le caractère remarquable des mises en garde sanitaires explicites, en permettant que celles-ci soient plus faciles à voir, qu'elles se remarquent plus et soient perçues comme étant plus crédibles et plus sérieuses. Nous ne sommes pas convaincus que les plaignants aient démontré que ces effets ne pouvaient pas se produire en Australie du fait de l'application de mises en garde sanitaires explicites de grande taille en même temps que les mesures TPP, ou que les niveaux existants de sensibilisation aux risques en Australie rendraient inutile tout effort additionnel en vue de renforcer cette sensibilisation et d'affecter ainsi les croyances au sujet des risques. Nous ne sommes pas non plus convaincus, à la lumière des éléments de preuve qui nous ont été présentés, qu'on ne pourrait pas s'attendre à ce que des mises en garde sanitaires explicites qui seraient plus visibles, qui se remarqueraient plus et qui seraient perçues comme étant plus crédibles et plus sérieuses, aient une incidence sur les comportements tabagiques, y compris l'initiation, le sevrage et la récidive.

7.870. En outre, nous rappelons que nous disposons également d'éléments de preuve concernant l'application effective des mesures TPP depuis leur entrée en vigueur, y compris des études empiriques traitant spécifiquement de l'incidence de l'emballage neutre sur l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites, qui seront examinés plus loin dans la section 7.2.5.3.6.1, et auxquels il sera accordé un poids approprié. Nous ne cherchons donc pas à formuler, à ce stade de notre analyse, une quelconque conclusion générale concernant l'incidence des mesures TPP sur l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et la mesure dans laquelle une quelconque modification de cette efficacité a contribué à l'objectif de l'Australie d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits.

7.2.5.3.5.4 Troisième mécanisme: diminuer l'aptitude du paquet à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme

7.871. Comme il est indiqué plus haut, le troisième "mécanisme" par lequel les mesures TPP sont censées contribuer à la réalisation de leur objectif est la "diminu[tion] [de] l'aptitude du paquet à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme", qui, à son tour, est censée influencer les comportements tabagiques et contribuer ainsi à la réduction de la consommation de produits du tabac et de l'exposition à ces produits.

7.872. Les plaignants contestent l'aptitude des mesures TPP à contribuer à l'objectif de l'Australie au moyen de ce "mécanisme". Leur contestation découle en partie de la critique qu'ils ont formulée à l'égard des publications TPP, examinée plus haut dans la section 7.2.5.3.5.1, dans laquelle ils contestent la pertinence et la fiabilité de la base d'éléments de preuve sous-tendant la conception et la structure des mesures, qui inclut des études qui visaient à mesurer l'incidence de l'emballage neutre sur l'aptitude de l'emballage du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme. En outre, les plaignants font valoir que les mesures TPP n'apportent aucune contribution à la réduction de la prévalence en empêchant l'utilisation d'emballages trompeurs parce que le cadre réglementaire actuel de l'Australie est capable d'empêcher, et empêche effectivement, que l'emballage induise les consommateurs en erreur.

7.873. L'Australie répond que les mesures TPP, en diminuant l'aptitude des produits du tabac à induire les consommateurs en erreur quant à la nocivité relative des marques, ou des types de produits, contribueront à décourager les individus de commencer à fumer et à les encourager à cesser de consommer du tabac. Elle fait valoir que lorsque les consommateurs sont parfaitement informés des risques réels et des conséquences graves de la consommation de tabac, ils sont plus susceptibles d'adopter un comportement de renoncement au tabagisme.

7.874. L'Australie mentionne un certain nombre d'études antérieures à la mise en œuvre des mesures TPP (y compris les éléments de preuve tirés du corps d'études examinées plus haut sous le nom de publications TPP) et des éléments de preuve concernant l'application des mesures TPP depuis leur entrée en vigueur. Dans la présente section, nous nous concentrons sur la conception et la structure des mesures, en ce qui concerne leur capacité de diminuer l'aptitude du paquet à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme et de contribuer ainsi à l'objectif de l'Australie d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits.

7.875. Nous examinons l'*application* des mesures TPP, et en particulier les éléments de preuve relatifs à l'effet de ces mesures sur les résultats "proximaux" (dont fait partie la diminution de l'aptitude du paquet à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme), plus loin dans la section 7.2.5.3.6.1.

Principaux arguments des parties

7.876. Le Honduras affirme que les mesures TPP semblent être fondées sur l'hypothèse que la partie du paquet qui n'est pas occupée par les grandes mises en garde sanitaires explicites pourrait induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme ou de la consommation de produits du tabac.[2357] Il rappelle son argument selon lequel "il n'y a pas de lien réel et concret entre les comportements tabagiques (à savoir l'initiation au tabagisme, le sevrage ou la récidive) et l'emballage du tabac" et selon lequel "fumer est un comportement très complexe, qui n'est pas influencé par l'emballage du tabac".[2358] Il fait également valoir que, néanmoins, le rapport de l'expert du Honduras et de la République dominicaine, M. Shavin, "démontre que l'utilisation de toute caractéristique de conception de l'emballage (y compris de l'emballage du tabac) susceptible de tromper les consommateurs ou de les induire en erreur pourrait, si des éléments de preuve appropriés étaient présentés, être traitée efficacement dans le cadre des structures juridiques et administratives existantes en Australie".[2359] Le Honduras fait valoir que les articles 29 et 33 de la Loi australienne sur la consommation (Loi ACL) sont adéquats et suffisamment larges pour répondre à la préoccupation selon laquelle l'emballage du tabac peut "induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme ou de la consommation de produits du tabac". Il se réfère à la déclaration de M. Shavin affirmant qu'une indication selon laquelle les produits du tabac ne sont pas aussi nocifs que ce qu'ils sont en réalité "pourrait être qualifiée d'indication fausse ou trompeuse en ce qui concerne: i) "une "norme" ou la "qualité" d'un produit", les ""caractéristiques de fonctionnement" d'un produit" au sens de l'article 29, "et/ou … la "nature" et les "caractéristiques" des produits au sens de l'article 33".[2360] Le Honduras explique en outre qu'il doit y avoir un *lien de causalité* entre le comportement et le résultat.[2361] Il ajoute que cette possibilité doit être évaluée en relation avec la catégorie particulière de personnes auxquelles s'adresse l'indication et qui, selon les allégations, sont affectées par le comportement contesté, et que les juges doivent examiner l'intégralité de toutes les indications constitutives du message, au lieu de se concentrer sur l'un des éléments spécifiques qu'il contient.[2362] Selon le Honduras, dans le contexte de l'emballage du tabac, cela signifie qu'"il est erroné d'évaluer si l'emballage pourrait induire les consommateurs en erreur quant aux effets des produits du tabac sur la santé, ou par ailleurs quant à leur désirabilité, en n'examinant que les marques isolément, sans prendre en

[2357] Honduras, première communication écrite, paragraphe 518.
[2358] Honduras, première communication écrite, paragraphe 519.
[2359] Honduras, première communication écrite, paragraphe 520. Le Honduras précise que, comme l'indique M. Shavin, quatre articles de la Loi australienne sur la consommation (Loi ACL) réglementent les comportements trompeurs ou de nature à induire en erreur – l'article 18 ("une disposition générale qui établit une interdiction générale d'adopter, dans les échanges ou le commerce, "un comportement qui est trompeur ou de nature à induire en erreur, ou susceptible de l'être""); l'article 29 (qui contient des interdictions spécifiques des types d'indications fausses ou trompeuses); et les articles 33 et 34 ("qui visent les produits et les services, respectivement, et disposent qu'une personne ne doit pas, dans les échanges ou le commerce, adopter un comportement "qui est susceptible d'induire le public en erreur quant à la nature, … aux caractéristiques … d'un quelconque produit""). Honduras, première communication écrite, paragraphe 521 (faisant référence à D. Shavin, "Prohibitions Against Misleading and Deceptive Conduct Pursuant to the Australian Consumer Law and the Australian Competition & Consumer Commission's History of Effective Enforcement Thereof", 4 October 2014, (rapport Shavin) (pièce DOM/HND-1), paragraphes 18 à 22; et à *Competition and Consumer Act 2010* (Cth), extraits (pièce HND-66), articles 29 1) a) et 29 1) g)).
[2360] Honduras, première communication écrite, paragraphe 523.
[2361] Honduras, première communication écrite, paragraphe 524.
[2362] Honduras, première communication écrite, paragraphe 524.

considération les effets de toutes les caractéristiques de conception dans leur contexte, y compris les mises en garde sanitaires explicites".[2363]

7.877. Le Honduras estime que la Commission australienne de la concurrence et de la consommation (ACCC) est chargée, entre autres choses, d'enquêter sur d'éventuelles infractions aux dispositions relatives à la concurrence et à la protection des consommateurs de la Loi australienne, et qu'elle a appliqué strictement la Loi de l'Australie contre les comportements trompeurs ou de nature à induire en erreur. Il fait référence à la description de M. Shavin concernant des "exemples spécifiques de procédures d'exécution engagées avec succès par l'ACCC à l'encontre de sociétés de l'industrie du tabac, de distributeurs et de détaillants", y compris l'action qu'elle a engagée avec succès contre la promotion, par certaines sociétés de l'industrie du tabac, de marques avec les inscriptions "légère", "ultralégère", "douce", "ultradouce" ou "à faible teneur en goudron", ce qui, d'après l'ACCC, avait pour effet d'induire les consommateurs en erreur quant aux dangers du tabagisme.[2364]

7.878. Selon le Honduras, cela "démontre qu'il y a un cadre juridique et administratif global et solide en Australie pour faire face à tout comportement trompeur ou de nature à induire en erreur, y compris dans le contexte de l'emballage pour la vente au détail de tabac"; et que "les autorités australiennes chargées de l'application de la Loi ACL contre ces comportements (à savoir l'ACCC) ont agi avec succès et diligence à l'encontre des sociétés de l'industrie du tabac, des distributeurs et des détaillants, lorsque des éléments de preuve crédibles indiquaient que les sociétés visées par l'enquête avaient en fait accompli des actes trompeurs ou de nature à induire en erreur".[2365] Cela "montre que les mesures concernant l'emballage neutre sont superflues" et qu'"[e]lles ne contribueront pas à l'objectif de l'Australie de réduire la prévalence du tabagisme en éliminant les éléments trompeurs ou de nature à induire en erreur, selon les allégations, qui figurent sur l'emballage du tabac".[2366]

7.879. La République dominicaine fait valoir que les mesures TPP n'ont pas contribué à réduire toute consommation de tabac qui résulterait de l'emballage trompeur étant donné que l'ACCC peut intervenir pour interdire l'emballage de nature à induire en erreur et le fait déjà en pratique. En particulier, la République dominicaine estime que l'"Australie a mis en place depuis de nombreuses années un système réglementaire très efficace pour lutter contre l'emballage trompeur, et [que] les mesures [TPP] n'ont apporté aucune contribution à cette capacité préexistante permettant de réduire toute consommation de tabac qui résulterait de cet emballage trompeur".[2367]

7.880. La République dominicaine s'appuie sur un rapport d'expert élaboré par David Shavin QC, qui "explique comment la Commission australienne de la concurrence et de la consommation ("ACCC") a utilisé le système de protection des consommateurs préexistant, et établi de longue date, pour empêcher que les consommateurs ne soient induits en erreur par l'emballage, ou d'une autre manière, y compris pour les produits du tabac".[2368] M. Shavin conclut que les mesures TPP n'apporteront aucune contribution au-delà de celle du système et des mécanismes qui existaient déjà en Australie (et qui existent toujours) pour réduire le risque que l'emballage du tabac induise les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme[2369], étant donné que l'utilisation de toute caractéristique de conception sur l'emballage du tabac susceptible de tromper les consommateurs ou de les induire en erreur pourrait, si des éléments de preuve appropriés étaient présentés, être traitée comme étant un comportement trompeur ou de nature à induire en erreur dans le cadre de la législation australienne.[2370] La République dominicaine fait valoir que les

[2363] Honduras, première communication écrite, paragraphe 524 (faisant référence au rapport Shavin (pièce DOM/HND-1), paragraphes 49 à 53).

[2364] Honduras, première communication écrite, paragraphe 529. Le Honduras explique que, du fait de l'action de l'ACCC, les sociétés se sont engagées, entre autres choses, à cesser ces activités et à fournir des fonds pour une campagne de sensibilisation des consommateurs.

[2365] Honduras, première communication écrite, paragraphe 529.

[2366] Honduras, première communication écrite, paragraphe 529. Voir aussi Honduras, déclaration finale à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 10.

[2367] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 725.

[2368] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 726 (faisant référence au rapport Shavin (pièce DOM/HND-1), page 9).

[2369] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 726 (faisant référence au rapport Shavin (pièce DOM/HND-1), paragraphe 15).

[2370] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 727 (faisant référence au rapport Shavin (pièce DOM/HND-1), paragraphe 13). La République dominicaine fait référence à l'article 29 de la Loi ACL ainsi qu'à l'article 18, ce dernier étant "… une obligation connexe, bien que plus générale, disposant

dispositions de la Loi ACL sont "suffisamment générales pour répondre à l'une des préoccupations fondamentales de la *Loi* [TPP] – à savoir que l'emballage du tabac peut "induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme ou de la consommation de produits du tabac"".[2371] Elle fait en outre référence à la communication de M. Shavin selon laquelle l'interdiction énoncée dans la Loi ACL qui vise les actes trompeurs ou de nature à induire en erreur a été interprétée de façon large et "crée de fortes incitations à prendre des dispositions à l'encontre de l'emballage et d'autres actes susceptibles d'induire les consommateurs en erreur, du fait de la capacité de l'ACCC, ou des parties privées, d'engager des actions donnant lieu à l'imposition de pénalités civiles ou de sanctions pénales pour violation".[2372] La République dominicaine estime que l'Australie dispose déjà du pouvoir d'empêcher toute aptitude de l'emballage du tabac à "induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme ou de la consommation de produits du tabac", et fait bon usage de ce pouvoir par le biais des enquêtes et des mesures d'exécutions de l'ACCC".[2373] Ainsi, selon la République dominicaine, "la Loi [TPP] ne contribue pas à l'objectif de réduire la consommation de tabac en empêchant que des renseignements trompeurs figurent sur l'emballage du tabac, étant donné qu'il n'était pas nécessaire de compléter le système existant en Australie".[2374]

7.881. Cuba fait valoir que l'allégation selon laquelle l'emballage neutre diminue l'aptitude de l'emballage à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme ne peut pas justifier les mesures TPP.[2375] Elle précise qu'elle "ne conteste pas qu'il est possible que des caractéristiques de conception et des renseignements figurant sur l'emballage pour la vente au détail de produits du tabac communiquent des renseignements trompeurs quant à la nocivité ou la nocivité relative associée à la consommation de ces produits".[2376] Cependant, Cuba estime que l'allégation de l'Australie à cet égard "ne fonctionne comme une justification pour les mesures [TPP] que si l'on admet l'hypothèse de vaste portée selon laquelle l'intégralité des caractéristiques de conception figurant sur l'emballage d'un produit du tabac sont de nature à induire en erreur".[2377] Elle ajoute que si, comme elle le soutient, seul un sous-ensemble de caractéristiques de conception peut être classé comme étant de nature à induire en erreur alors la réponse réglementaire appropriée consiste à prescrire que les fabricants concernés suppriment de l'emballage des produits tout contenu de nature à induire en erreur de ce type. Cuba fait valoir que les mécanismes existants dans le cadre de la législation australienne permettent d'obtenir ce résultat.[2378] Elle estime en revanche que, "en interdisant toutes les caractéristiques de conception et en proscrivant l'inclusion d'un large éventail de renseignements (y compris des éléments inoffensifs comme l'IG Habanos et le sceau de garantie de la République de Cuba)", l'Australie a "imposé une restriction trop large qui va au-delà de ce qui est nécessaire pour obtenir tous les avantages possibles en matière de santé publique".[2379] Selon Cuba, cette "approche indifférenciée

qu'une personne "ne doit pas, dans les échanges ou le commerce, adopter un comportement qui est trompeur ou de nature à induire en erreur, ou susceptible de l'être"". République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 728 (faisant référence à la Loi ACL (pièce DOM-110)).

[2371] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 729 (citant le rapport Shavin (pièce DOM/HND-1), paragraphe 23). Par exemple, "une indication explicite ou implicite selon laquelle les produits du tabac ne sont pas aussi nocifs que ce qu'ils sont en réalité pourrait être qualifiée d'indication fausse ou trompeuse en ce qui concerne: "une "norme" ou la "qualité" ou la "nature" d'un produit au sens du sous-article 29 1) a)" et, par ailleurs, cette indication pourrait être qualifiée d'indication fausse ou trompeuse en ce qui concerne les "caractéristiques de fonctionnement" d'un produit, au sens du sous-article 29 1) g) de la Loi ACL. *Ibid*.

[2372] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 730 et 731.

[2373] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 735. République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 732 (faisant référence au rapport Shavin (pièce DOM/HND-1), et au rapport Shavin sur le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphes 73 et 74). De même, il est fait référence aux enquêtes de l'ACCC concernant des "allégations selon lesquelles l'utilisation de ces descriptifs constituaient des actions trompeuses ou de nature à induire en erreur en violation de la législation australienne sur la protection des consommateurs, ce qui a abouti à ce que les trois plus grandes sociétés de l'industrie du tabac prennent des engagements juridiquement exécutoires pour, entre autres choses, cesser d'utiliser ces descriptifs et contribuer à hauteur de 9 millions de dollars australiens au financement d'une campagne de sensibilisation des consommateurs". République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 733.

[2374] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 735.

[2375] Cuba, première communication écrite, paragraphe 350.

[2376] Cuba, première communication écrite, paragraphe 229.

[2377] Cuba, première communication écrite, paragraphe 229.

[2378] Cuba, première communication écrite, paragraphe 229 (faisant référence au rapport Heydon (pièce UKR-11).

[2379] Cuba, première communication écrite, paragraphe 230.

est disproportionnée compte tenu des solutions de rechange dont l'Australie dispose".[2380] Elle déclare en résumé que la réponse réglementaire appropriée n'est pas l'emballage neutre mais une prescription imposant aux fabricants concernés de supprimer de l'emballage des produits tout contenu de nature à induire en erreur de ce type et que la législation australienne contient déjà cette prescription.[2381] En outre, Cuba fait valoir qu'"[a]ucune des études évaluant cette question ne traite de l'effet de toute perception erronée des risques sur le comportement tabagique effectif".[2382]

7.882. L'Indonésie fait valoir que, "sur le plan factuel", si l'Australie considère qu'une police de caractères spécifique actuellement utilisée par une marque enregistrée est trompeuse pour les consommateurs, l'ACCC a le pouvoir existant de radier ces marques mais n'a engagé aucune action de ce type à ce jour.[2383]

7.883. L'Australie répond que, lorsqu'il est associé à des innovations en matière d'emballage permettant de détourner l'attention des mises en garde sanitaires, l'emballage d'un produit du tabac contribue à induire les consommateurs en erreur quant aux graves conséquences de la consommation de ces produits pour la santé.[2384] Elle ajoute que "[c]es perceptions erronées ont été aggravées par les tentatives délibérées de l'industrie du tabac de commercialiser certains types de marques de produits du tabac comme étant "moins dangereux" que d'autres, en créant des cigarettes "légères" ou "à faible teneur en goudron", auparavant commercialisées en tant que cigarettes possédant un arôme moins marqué et libérant moins de produits chimiques nocifs que les cigarettes ordinaires".[2385] L'Australie estime qu'"[u]n ensemble important d'éléments de preuve montre que les [mesures TPP], en limitant la possibilité d'utiliser la conception, les couleurs et les innovations de structure de l'emballage au moyen de sa normalisation, diminuent l'aptitude de l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac à induire les consommateurs en erreur (en particulier les jeunes consommateurs) quant à la nocivité de ces produits".[2386]

7.884. L'Australie fait référence à diverses études concernant l'utilisation de certaines couleurs[2387] et fait valoir que, en utilisant des couleurs pour transmettre certaines significations, la conception des paquets des produits du tabac continue de renforcer des perceptions erronées au sujet de l'idée que certaines marques ou certains types de tabac sont moins nocifs que d'autres.[2388]

7.885. L'Australie estime que, bien que l'accord conclu entre l'ACCC et l'industrie du tabac en Australie en 2006 ait abouti au retrait des descriptifs tels que "doux", "extra-doux" et "léger", l'industrie du tabac "a continué d'utiliser une variété de couleurs pour lui permettre d'exprimer certaines associations notamment concernant le goût, l'âpreté et l'intensité des produits".[2389] L'expert de l'Australie, le professeur Tavassoli, note que des tactiques analogues ont été utilisées dans d'autres juridictions, où *Pall Mall Filter* (Pall Mall Filtre) et *Pall Mall Lights* (Pall Mall Légères) sont devenues *Pall Mall Red* (Pall Mall Rouge) et *Pall Mall Blue* (Pall Mall Bleu) *respectivement.* Il se peut donc que l'interdiction des descriptifs trompeurs "n'ait été que partiellement efficace, sur la base de la signification associée acquise par les couleurs".[2390] De cette manière, "la conception et les couleurs du paquet utilisées pour les produits "légers" ou "à faible teneur en goudron" ont été

[2380] Cuba, première communication écrite, paragraphe 230.
[2381] Cuba, première communication écrite, paragraphes 350 et 351; et deuxième communication écrite, paragraphe 48.
[2382] Cuba, première communication écrite, paragraphes 350 et 351; et deuxième communication écrite, paragraphe 48.
[2383] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 183.
[2384] Australie, première communication écrite, paragraphe 187.
[2385] Australie, première communication écrite, paragraphe 188.
[2386] Australie, première communication écrite, paragraphe 188.
[2387] Australie, première communication écrite, paragraphe 189. L'Australie fait également référence à une étude ayant "constaté que les fumeurs de marques de couleurs or, argent, bleu ou violet étaient plus susceptibles de croire que leur propre marque pourrait être "un peu moins nocive" par rapport aux fumeurs de marques de couleurs rouge ou noir", et à des "études [ayant] constaté que le bleu, l'or et le blanc étaient souvent utilisés pour exprimer la douceur, alors que les couleurs plus sombres et plus prononcées étaient réputées renvoyer à des arômes forts". *Ibid*. (faisant référence à Mutti *et al.* 2011 (pièce AUS-217); à Difranza *et al.* 2003 (pièce AUS-92); à Wakefield *et al.* 2002 (pièces AUS-93, CUB-28); à la monographie n° 19 concernant la lutte antitabac (pièce AUS-77); et à Parr *et al.* 2011a (pièces AUS-117, JE-24(49))).
[2388] Australie, première communication écrite, paragraphe 189.
[2389] Australie, première communication écrite, paragraphe 190.
[2390] Australie, première communication écrite, paragraphe 190.

une composante importante de la stratégie globale destinée à faire croire à tort aux consommateurs que certaines marques ou types de produits étaient moins nocifs".[2391]

7.886. L'Australie estime que les documents de l'industrie du tabac "décrivent clairement l'utilisation que [celle-ci] fait des couleurs et des nuances afin de créer des perceptions selon lesquelles le produit est moins fort"[2392], et que la recherche qu'elle a elle-même commandée "a confirmé des constatations antérieures, concluant que les paquets aux couleurs plus sombres étaient réputés contenir des cigarettes plus "nocives pour la santé" et "auxquelles il [était] plus difficile de renoncer"" et que ceux aux couleurs plus claires étaient réputés contenir des cigarettes moins "nocives pour la santé" et "auxquelles il [était] plus facile de renoncer".[2393] L'Australie ajoute que l'emballage brun foncé terne, choisi pour la mise en œuvre des mesures TPP, était considéré comme contenant des produits du tabac auxquels il était plus difficile de renoncer et qui étaient très nocifs pour la santé.[2394] Elle affirme que "[d]es conceptions de paquets inédites et créatives, outre des formes, des styles d'ouverture et des filtres particuliers, ont été utilisées pour différencier, dans l'esprit des consommateurs, des marques et des types de produits sur la base de leur nocivité".[2395] Cela est illustré par les paquets étroits du type "parfumé" qui, selon ce que fait valoir l'Australie, sont présentés comme un accessoire de mode et non comme un risque pour la santé; par les petits paquets contenant des cigarettes "super fines" qui, d'après ce qu'elle soutient, sont présentés comme impliquant des niveaux plus faibles de dépendance; et par les paquets plus masculins qui, selon ce qu'elle fait valoir, évoquent un caractère plus puissant ou plus intense.[2396]

7.887. L'Australie fait valoir que l'emballage neutre supprime les caractéristiques de conception et de structure de l'emballage des produits du tabac qui induisent les consommateurs en erreur, et réduit les fausses croyances concernant la nocivité des types, des marques ou des variantes de produits, en normalisant la structure du paquet.[2397] Elle ajoute que d'autres caractéristiques du produit, comme la couleur du papier manchette, diffusent aussi l'idée que des produits particuliers sont moins nocifs dans l'esprit des consommateurs.[2398] En outre, l'Australie fait valoir que l'effet trompeur de l'emballage est également évident pour tous les types de produits du tabac, et qu'une étude réalisée sur son territoire concernant l'effet de l'emballage neutre du tabac sur les cigares a établi un lien entre la normalisation de la structure du paquet et de sa conception pour ce qui est des couleurs et la perception selon laquelle les produits contenus dans un emballage neutre étaient plus nocifs.[2399]

7.888. L'Australie fait en outre valoir qu'en réduisant l'attrait des marques et des catégories de produits et en réglementant la conception et la structure des paquets, l'emballage neutre contribue à réduire les fausses croyances des consommateurs concernant la "nocivité relative" de types, de marques et de variantes de produits du tabac.[2400] Elle fait valoir que les mesures TPP diminuent l'aptitude du paquet de tabac à induire les consommateurs et les consommateurs potentiels (et en particulier les jeunes) en erreur en prescrivant l'utilisation du brun foncé terne pour tous les emballages des produits du tabac qui, selon la communication de l'Australie, supprime l'effet des couleurs et des caractéristiques de conception sur les perceptions de la nocivité pour les adultes fumeurs et non-fumeurs, les jeunes et les jeunes femmes), et en normalisant les conceptions des paquets.[2401]

7.889. L'Australie fait également valoir que l'emballage neutre du tabac réduit les possibilités que les consommateurs soient induits en erreur quant aux risques que des produits individuels présenteraient pour la santé, ce qui "est particulièrement pertinent dans le cas des produits du

[2391] Australie, première communication écrite, paragraphe 191.
[2392] Australie, première communication écrite, paragraphe 191.
[2393] Australie, première communication écrite, paragraphe 192.
[2394] Australie, première communication écrite, paragraphe 192.
[2395] Australie, première communication écrite, paragraphe 194.
[2396] Australie, première communication écrite, paragraphe 194.
[2397] Australie, première communication écrite, paragraphe 193.
[2398] Australie, première communication écrite, paragraphe 194.
[2399] Australie, première communication écrite, paragraphe 195 (faisant référence à Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24(50)).
[2400] Australie, première communication écrite, paragraphe 196.
[2401] Australie, première communication écrite, paragraphe 196.

tabac autres que les cigarettes, qui restent systématiquement considérés comme étant moins nocifs et comme étant distincts des cigarettes".[2402]

7.890. L'Australie conclut que, "en diminuant l'aptitude du paquet de tabac à induire en erreur, la mesure concernant l'emballage neutre du tabac fonctionne conjointement avec d'autres politiques de lutte antitabac, comme les efforts de sensibilisation du public et les mises en garde sanitaires, pour continuer à informer les consommateurs de la nocivité de tous les types de produits du tabac et pour encourager les comportements de sevrage", ce qui "contribue directement aux objectifs de santé publique de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac, tels qu'ils sont énoncés dans le cadre du sous-article 3 1) de la Loi TPP".[2403]

7.891. L'Australie ne conteste pas que "la Loi ACL *pourrait* être utilisée pour appliquer" ce mécanisme, même si celle-ci "n'est pas tout à fait aussi efficace pour réaliser cet objectif que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac".[2404] Elle précise que "[l]'emballage neutre du tabac a empêché que tout paquet de nature à induire en erreur soit distribué sur le marché australien depuis sa mise en œuvre intégrale en décembre 2012", alors que "le recours aux procédures au titre de la Loi ACL pour restreindre l'utilisation d'un emballage de nature à induire en erreur impliquerait: une approche au cas par cas et des coûts importants ainsi qu'une issue incertaine, même dans les circonstances où l'Australie dispose de nombreux éléments de preuve permettant de démontrer que des techniques d'emballage particulières sont de nature à induire en erreur".[2405]

Analyse du Groupe spécial

7.892. Les plaignants considèrent que la Loi ACL prévoit déjà un mécanisme juridique qui est suffisant pour répondre à toute préoccupation que l'Australie pourrait avoir en ce qui concerne la question de savoir si l'emballage du tabac peut induire les consommateurs en erreur, et qui permet de retirer du marché tout emballage ayant un tel effet, de sorte que les mesures TPP ne seraient pas à même d'apporter une contribution à ce mécanisme outre ce que la Loi ACL permet déjà de réaliser. L'Australie répond que les mesures TPP diminuent l'aptitude du paquet à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme et, ce faisant, sont plus efficaces que la Loi ACL pour empêcher que les Australiens soient induits en erreur.

7.893. À ce stade de notre analyse, la question dont nous sommes saisis est de savoir si la structure, la conception et le fonctionnement des mesures TPP sont tels que celles-ci auraient la capacité de diminuer l'aptitude de l'emballage du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme, et de contribuer ainsi à l'objectif de l'Australie d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits.

7.894. Nous examinons d'abord les éléments de preuve en relation avec la capacité de l'emballage neutre de diminuer l'aptitude de l'emballage du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs des produits du tabac, nonobstant l'existence d'un cadre réglementaire en Australie qui vise à remédier à ces effets. À la lumière des arguments des plaignants selon lesquels on ne pourrait s'attendre à aucune diminution *additionnelle* du fait des mesures TPP compte tenu du cadre juridique préexistant en Australie visant à empêcher les pratiques de nature à induire en erreur, nous examinons également si la présence de ce cadre juridique implique qu'aucun avantage additionnel ne pouvait être obtenu à cet égard avec l'introduction des mesures TPP.

[2402] Australie, première communication écrite, paragraphe 197.

[2403] Australie, première communication écrite, paragraphe 200. L'Australie fait valoir, par référence au rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 52, que les mesures TPP auront "probablement" les effets suivants: i) les "fumeurs actuels de marques ordinaires (non légères) préoccupés par leur santé pourront être plus susceptibles de comprendre et de penser que les cigarettes légères ne sont pas moins nocives et pourront donc être plus susceptibles d'arrêter de fumer au lieu de passer des cigarettes ordinaires aux cigarettes légères"; ii) les "fumeurs actuels fumant déjà des cigarettes légères pourront être plus susceptibles de comprendre et de penser que leur propre marque n'est pas moins nocive et pourront donc être encouragés à arrêter de fumer"; et iii) les "non-fumeurs pourront être moins susceptibles de commencer à fumer et les fumeurs débutants pourront être moins susceptibles d'évoluer vers un tabagisme plus fréquent et plus important parce qu'ils sont plus susceptibles de comprendre et de penser que certaines marques ne sont pas moins nocives que d'autres et qu'il n'y a aucun avantage pour la santé à fumer une marque de cigarettes légères par rapport à une marque ordinaire". Australie, première communication écrite, paragraphe 199.

[2404] Australie, première communication écrite, paragraphe 731.

[2405] Australie, première communication écrite, paragraphe 731.

7.895. Nous notons qu'une partie des arguments des plaignants, et en particulier certains arguments de Cuba, sont formulés du point de vue de la question de savoir si l'emballage neutre constitue une réponse réglementaire "appropriée" ou "disproportionnée" pour traiter l'aptitude des paquets de tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme. À ce stade de notre analyse, toutefois, nous nous limitons à un examen de la capacité des mesures TPP de diminuer l'aptitude du paquet à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme, et de contribuer ainsi à l'objectif de l'Australie de réduire la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits. Selon nous, cette question est distincte de la question de savoir si une contribution équivalente pourrait être apportée par d'autres moyens susceptibles d'être moins restrictifs pour le commerce. Nous notons à cet égard que les plaignants, ailleurs dans leurs communications, ont proposé, en tant que solution de rechange raisonnablement disponible pour remplacer les mesures TPP, que l'Australie adopte un "mécanisme de contrôle préalable" concernant l'emballage du tabac, qui serait administré par l'ACCC, afin d'évaluer les caractéristiques individuelles de l'emballage du tabac avant qu'un paquet soit mis sur le marché australien. Nous examinerons cette solution de rechange proposée plus loin dans la section 7.2.5.6.5, dans le contexte de notre "analyse comparative" au titre de l'article 2.2.

Question de savoir si les mesures TPP peuvent, de par leur conception, diminuer l'aptitude de l'emballage du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme

7.896. Les plaignants ne présentent pas d'arguments détaillés, outre ceux qui ont été examinés plus haut dans la section 7.2.5.3.5.1, en ce qui concerne la question de savoir si la conception des mesures TPP est telle que celles-ci peuvent diminuer l'aptitude de l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme[2406], y compris dans le contexte spécifique australien où une mise en garde sanitaire explicite couvre 75% de la face avant du paquet.

7.897. L'Australie fait référence à des rapports du Directeur du Service de santé publique des États-Unis et de l'Institut national du cancer des États-Unis, à des documents de l'industrie du tabac, à des articles publiés et à certaines études empiriques à l'appui de son argument selon lequel l'élimination des couleurs contribue à diminuer l'aptitude du paquet à induire les consommateurs en erreur[2407], selon lequel l'emballage neutre supprime les caractéristiques de conception et de structure de l'emballage des produits du tabac qui induisent les consommateurs en erreur[2408] et selon lequel la diminution de l'aptitude du paquet à induire en erreur affecte les intentions et le comportement des consommateurs.[2409] L'expert de l'Australie, le professeur Fong, identifie en outre un certain nombre d'études publiées avant l'adoption des mesures TPP, dont il fait valoir qu'elles indiquent que "de solides éléments de preuve donnent à penser que la mesure concernant l'emballage neutre aura pour effet de diminuer l'aptitude de l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme ou de la consommation de produits du tabac".[2410] L'un des autres experts de l'Australie, M. Samet, se référant à plusieurs de ces mêmes études ainsi qu'à d'autres ayant été versées au dossier des présentes procédures, conclut qu'"il est raisonnable d'affirmer qu'une réduction de l'exposition à l'image de marque fera baisser la consommation de cigarettes au profit de la santé publique", et que les avantages prévus découleraient des conséquences de l'emballage neutre en ce qui concerne "l'attrait des produits, le caractère remarquable des mises en garde *et la prévention d'une utilisation fallacieuse de l'emballage par l'industrie du tabac*".[2411]

7.898. Les plaignants examinent une partie de ces études empiriques dans le contexte de leur critique des publications TPP. Comme il est indiqué plus haut, ils ont présenté des critiques individuelles à l'égard d'études spécifiques et font également valoir que les publications TPP dans leur ensemble présentent de graves vices de méthode et n'ont pas la rigueur scientifique et l'objectivité requises pour constituer une base d'éléments de preuve fiable en vue d'une

[2406] Nous notons que Cuba reconnaît que l'emballage du tabac peut, en principe, communiquer des renseignements trompeurs aux consommateurs quant à la nocivité, ou la nocivité relative associée à la consommation de produits du tabac. Cuba, première communication écrite, paragraphe 229.
[2407] Australie, première communication écrite, paragraphes 189 à 192.
[2408] Australie, première communication écrite, paragraphes 193 à 195.
[2409] Australie, première communication écrite, paragraphes 196 à 200.
[2410] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 413.
[2411] Rapport Samet (pièce AUS-7), paragraphe 132. (pas d'italique dans l'original)

intervention des pouvoirs publics de cette sorte.[2412] L'Australie s'appuie sur un certain nombre d'articles qui ne faisaient pas partie du projet d'examen par les pairs, de l'examen systématique Kleijnen et/ou du rapport Klick sur les publications TPP à l'appui de son assertion selon laquelle les mesures empêcheront que l'emballage du tabac puisse induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme.[2413]

7.899. L'Australie fait spécifiquement référence aux conclusions de l'examen Stirling et de l'examen Stirling actualisé de 2013 à l'appui de ses arguments. Globalement, 26 des articles inclus dans l'examen Stirling, ou l'examen Stirling actualisé de 2013, et dans le projet d'examen par les pairs, dans l'examen systématique Kleijnen et/ou le rapport Klick sur les publications TPP se rapportent à l'emballage neutre du tabac et à l'aptitude des paquets de marque à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme, comme cela a été indiqué dans l'examen Stirling et/ou par les examinateurs indépendants du rapport Chantler. L'Australie s'est appuyée directement sur 19 de ces articles au cours des présentes procédures, comme l'illustre leur présentation en tant que pièces au Groupe spécial.[2414]

7.900. Nous notons également que 23 des 26 articles inclus dans l'examen Stirling, ou l'examen Stirling actualisé de 2013, et dans le projet d'examen par les pairs, dans l'examen systématique Kleijnen et/ou le rapport Klick sur les publications TPP se rapportent à l'emballage neutre et à l'aptitude des paquets de marque à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme, comme cela a été indiqué dans l'examen Stirling et/ou le rapport Chantler, et ont été versés au dossier des présentes procédures.[2415] Seize de ces 23 articles ont été inclus dans le rapport de l'examen Stirling initial et se sont vus attribuer des notes de qualité. Il a été déterminé que l'un d'entre eux[2416] était de qualité "élevée" et que 15[2417] étaient de qualité "moyenne".[2418] En outre, l'ensemble des 23 articles ont été évalués dans le rapport Chantler; 14[2419] ont obtenu une note comprise entre 5 et 6 (indiquant une qualité élevée/un risque de biais faible), et les

[2412] Voir Honduras, première communication écrite, paragraphes 455 à 517; République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 551 à 659; et Cuba, première communication écrite, paragraphes 169 à 185.

[2413] Voir, entre autres choses, Mutti *et al.* 2011 (pièce AUS-217); Difranza *et al.* 2003 (pièce AUS-92); Wakefield *et al.* 2002 (pièces AUS-93, CUB-28); Labrecque *et al.* 2013 (pièce AUS-218); Hammond et Parkinson 2009 (pièce AUS-165); Miller *et al.* 2015 (pièces AUS-102, DOM-315); DeSantis et Morgan 2003 (pièce AUS-220); Borland *et al.* 2009a (pièce AUS-210); Borland *et al.* 2009b (pièce AUS-211); Hammond *et al.* 2007 (pièce AUS-212); Borland 1997 (pièce AUS-213); et Brose *et al.* 2014 (pièces AUS-263, JE-24(11)).

[2414] Voir le tableau A: Articles inclus dans les principaux examens des publications TPP et/ou dans la pièce JE-24, à la fin des présents rapports. Nous avons utilisé les titres des colonnes attribués à la fois par le rapport Chantler et l'examen Stirling, à savoir "Perceptions de la nocivité et de l'intensité", pour identifier les articles qui mesurent l'incidence de l'emballage neutre sur l'aptitude d'un paquet à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme. Nous notons en outre que l'examen Stirling n'a pas identifié les "perceptions de la nocivité et de l'intensité" comme étant un "type de constatation" en ce qui concerne l'une des 26 études, à savoir Van Hal *et al.* 2012 (pièces AUS-161, JE-24(60)). Nous avons pris en compte cette étude étant donné que les examinateurs du rapport Chantler ont effectivement considéré que les "perceptions de la nocivité et de l'intensité" étaient l'un des "principaux résultats figurant" dans cette étude.

[2415] Voir plus haut la note de bas de page 2413.

[2416] Moodie et Ford 2011 (pièces AUS-189, JE-24(42)).

[2417] Hammond *et al.* 2009, (AUS-166, JE-24(29)); Moodie *et al.* 2011 (pièces AUS-155, JE-24(44)); Hammond *et al.* 2013b (pièces AUS-158, JE-24(31)); Wakefield *et al.* 2008 (pièces AUS-149, JE-24(62)); Doxey et Hammond 2011 (pièces AUS-156, JE-24(17)); Hammond *et al.* 2011 (pièces AUS-157, JE-24(30)); Germain *et al.* 2010 (pièces AUS-154, JE-24(25)); Moodie *et al.* 2012 (pièces AUS-174, JE-24(45)); Gallopel-Morvan *et al.* 2012 (pièces AUS-152, JE-24(23)); Gallopel-Morvan *et al.* 2013 (pièces AUS-162, JE-24(24)); Bansal-Travers *et al.* 2011 (pièces AUS-150, JE-24(3)), White 2011 (pièce AUS-173); Environics 2008a (pièces AUS-179, JE-24(19)); Environics 2008b (pièce JE-24(18)); et Van Hal *et al.* 2012 (pièces AUS-161, JE-24(60)).

[2418] Voir l'examen Stirling (pièce AUS-140, HND-130, CUB-59), tableau 4.1, pages 25 à 37.

[2419] Hammond *et al.* 2009, (AUS-166, JE-24(29)); Hammond *et al.* 2013b (pièces AUS-158, JE-24(31)); Wakefield *et al.* 2008 (pièces AUS-149, JE-24(62)); Doxey et Hammond 2011 (pièces AUS-156, JE-24(17)); Hammond *et al.* 2011 (pièces AUS-157, JE-24(30)); Germain *et al.* 2010 (pièces AUS-154, JE-24(25)); Gallopel-Morvan *et al.* 2012 (pièces AUS-152, JE-24(23)); Moodie et Ford 2011 (pièces AUS-189, JE-24(42)); Bansal-Travers *et al.* 2011 (pièces AUS-150, JE-24(3)); White 2011 (pièce AUS-173); Wakefield *et al.* 2012 (pièces AUS-557, JE-24(63)); Ford *et al.* 2013a (pièces AUS-137, JE-24(20)); Wakefield *et al.* 2013 (pièces AUS-184, JE-24(64)); et Borland et Savvas 2013b (pièces AUS-175, JE-24(10)).

9 restants[2420] ont obtenu une note comprise entre 3 et 4,5 (indiquant une qualité modérée/des biais modérés).[2421]

7.901. Sur la base de l'évaluation qu'il contient, y compris du fait qu'il indique que toutes les études examinées sont soit de qualité élevée soit de qualité moyenne, l'examen Stirling a conclu que:

- l'emballage neutre pouvait réduire les perceptions erronées concernant la nocivité relative des différentes marques;
- les couleurs des paquets affectaient les perceptions de la nocivité et de l'intensité du produit; et, d'une manière générale, les paquets neutres étaient perçus comme étant plus nocifs que les paquets de marque s'ils étaient d'une couleur plus sombre, comme le brun, et, inversement, comme étant moins nocifs que les paquets de marque s'ils étaient d'une couleur plus claire, comme le blanc;
- l'utilisation sur les paquets neutres de descriptifs, tels que "or" ou "doux", était susceptible d'induire les consommateurs en erreur, comme c'est le cas sur les paquets de marque; et que
- d'une manière générale, les fumeurs étaient plus susceptibles d'avoir des perceptions erronées concernant la nocivité des paquets, tant de marque que neutres, que les non-fumeurs.[2422]

7.902. Par ailleurs, le rapport Chantler a conclu, entre autres choses, que l'emballage neutre du tabac aurait pour effet que les consommateurs "seraient moins portés à croire à tort que certaines marques sont meilleures pour la santé que d'autres et que, par conséquent, les mises en garde sanitaires s'appliquent moins à elles".[2423] Nous ne sommes pas convaincus que ces conclusions soient dans leur intégralité invalidées du fait de la présence des mises en garde sanitaires explicites agrandies, qui ont été adoptées en même temps que les mesures TPP.[2424] Nous notons à cet égard que l'Australie a présenté des éléments de preuve indiquant que même un nombre réduit d'éléments d'identification de la marque étaient aptes à communiquer des renseignements aux consommateurs, y compris en présence de grandes mises en garde sanitaires explicites.[2425]

7.903. Nous notons en outre l'observation de l'Australie selon laquelle empêcher que le paquet puisse induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme "est particulièrement pertinent dans le cas des produits du tabac autres que les cigarettes, qui restent systématiquement considérés comme étant moins nocifs et comme étant distincts des cigarettes".[2426] Cette assertion au sujet de ces produits est compatible avec les observations figurant dans Parr *et al.* 2011b en ce qui concerne les cigares et les cigarillos[2427]; avec les données de l'Australie, du Canada, du Royaume-Uni et des États-Unis examinées dans O'Connor *et al.*[2428]; et avec la pratique adoptée historiquement par l'industrie, comme il est documenté dans Kostygina *et al.* 2014, consistant à "laiss[er] entendre [que] les cigares sont meilleurs pour votre santé que les cigarettes et vous les apprécierez davantage".[2429]

7.904. Compte tenu de ce qui précède, nous ne sommes pas convaincus que les plaignants aient démontré que les mesures TPP, de par leur conception, ne seraient pas à même de diminuer l'aptitude de l'emballage du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme.

[2420] Moodie *et al.* 2011 (pièces AUS-155, JE-24(44)); Moodie *et al.* 2012 (pièces AUS-174, JE-24(45)); Gallopel-Morvan *et al.* 2013 (pièces AUS-162, JE-24(24)); Environics 2008a (pièces AUS-179, JE-24(19)); Environics 2008b (pièce JE-24(18)); Ford *et al.* 2013b (pièce JE-24(21)); McCool *et al.* 2012 (pièce JE-24(41)); Van Hal *et al.* 2012 (pièces AUS-161, JE-24(60)); et Scheffels et Saebo 2013 (pièce JE-24(56)).

[2421] Rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe D, pages 50 à 55, et annexe E, pages 60 à 62.

[2422] Examen Stirling (pièce AUS-140, HND-130, CUB-59), page 58.

[2423] Rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), page 31.

[2424] Voir plus haut les paragraphes 7.617 à 7.620 et 7.660

[2425] Voir plus haut le paragraphe 7.660, note de bas de page 1812.

[2426] Australie, première communication écrite, paragraphe 198.

[2427] Voir la note de bas de page 2305.

[2428] Voir O'Connor *et al.* 2007 (pièce AUS-196).

[2429] Kostygina *et al.* 2014 (pièce AUS-181), page 2.

Question de savoir si les mesures TPP ont la capacité de diminuer l'aptitude de l'emballage du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme, compte tenu de la capacité préexistante pour le faire au titre de la Loi ACL

7.905. Comme il est noté plus haut, les plaignants font valoir que la Loi ACL existante de l'Australie est suffisante pour traiter tout aspect trompeur de l'emballage du tabac et que les mesures TPP n'augmenteront donc pas cette capacité. Le Honduras fait donc valoir que "l'utilisation de toute caractéristique de conception de l'emballage (y compris l'emballage du tabac) susceptible de tromper les consommateurs ou de les induire en erreur pourrait, si des éléments de preuve appropriés étaient présentés, être traitée efficacement dans le cadre de" la Loi ACL.[2430] La République dominicaine fait de même valoir que les mesures TPP "n'ont apporté aucune contribution à [la] capacité préexistante permettant de réduire toute consommation de tabac qui résulterait [d'un] emballage trompeur".[2431] Cuba fait valoir que la "réponse réglementaire appropriée" consiste à "prescrire que les fabricants concernés suppriment de l'emballage des produits [tout] contenu de nature à induire en erreur", et que la législation australienne contient déjà cette prescription".[2432] L'Indonésie fait valoir que "si l'Australie considère qu'une police de caractères spécifique actuellement utilisée par une marque enregistrée est trompeuse pour les consommateurs, [l'ACCC] a le pouvoir existant de radier ces marques mais n'a engagé aucune action de ce type à ce jour".[2433] À cet égard, les plaignants s'appuient sur des rapports d'expert séparés, élaborés par M. Heydon et M. Shavin.

7.906. L'Australie estime que certaines couleurs peuvent communiquer des impressions concernant la nocivité *relative* de certains produits du tabac, et en particulier perpétuer une association entre certaines couleurs et des descriptifs tels que "léger" ou "doux", qui ne sont plus utilisés en Australie du fait de l'accord conclu entre l'industrie du tabac et l'ACCC en 2006.[2434] Elle formule une observation analogue en ce qui concerne les formes des paquets, par référence aux paquets étroits du type "parfumé" qui … sont présentés comme un accessoire de mode et non comme un risque pour la santé; aux petits paquets contenant des cigarettes "super fines" qui … sont présentés comme impliquant des niveaux plus faibles de dépendance; et aux paquets plus masculins qui … évoquent un caractère plus puissant ou plus intense".[2435]

7.907. Nous avons conclu dans des parties antérieures de notre analyse que ces éléments de la conception des paquets, entre autres, avaient la capacité de transmettre un éventail de perceptions concernant les produits du tabac, y compris en présence des mises en garde sanitaires explicites obligatoires de l'Australie, et d'influer sur l'attrait des produits du tabac et l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites (mesurée par l'attention accordée à ces mises en garde, leur traitement cognitif, les perceptions de leur sérieux et de leur crédibilité ou leur rappel), de sorte qu'on pourrait s'attendre à ce qu'en les supprimant cela réduise la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits. La question dont nous sommes saisis dans le contexte présent est de savoir si, dans la mesure où l'on peut s'attendre à ce qu'elles diminuent l'aptitude de l'emballage du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme (comme nous l'avons conclu, il n'a pas été démontré par les plaignants que cela ne pouvait pas se produire), on peut s'attendre à ce que les mesures TPP le fassent dans une plus large mesure que ce qu'il était déjà possible de faire au titre de la Loi ACL.

7.908. Nous prenons note de la discussion, par le biais des rapports d'expert de M. Heydon pour les plaignants[2436], et de MM. Finkelstein et Sims pour l'Australie[2437], au sujet de la mesure dans laquelle la Loi ACL peut être utilisée pour répondre aux préoccupations relatives soit à l'incidence de l'emballage du tabac sur l'attrait des produits du tabac soit à l'efficacité des mises en garde

[2430] Honduras, première communication écrite, paragraphe 520.
[2431] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 725.
[2432] Cuba, première communication écrite, paragraphe 350.
[2433] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 183.
[2434] Australie, première communication écrite, paragraphes 190 à 192 (faisant référence, entre autres choses, au rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphes 4.4 à 4.15).
[2435] Australie, première communication écrite, paragraphe 194. (notes de bas de page omises)
[2436] Voir le rapport Heydon (pièce UKR-11), page 2 (invoqué par Cuba et l'Indonésie: voir Cuba, communication au Groupe spécial du 13 juillet 2015; et Indonésie, communication au Groupe spécial du 8 juillet 2015).
[2437] Voir le rapport Finkelstein (pièce AUS-21), paragraphes 67 à 72; le rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphes 5.3 à 5.8.

sanitaires explicites. Cependant, la question spécifique dont nous sommes saisis est de savoir si, au moyen des mesures TPP, l'Australie peut escompter réduire davantage (c'est-à-dire au-delà de ce qui peut être possible au titre de la Loi ACL) la mesure dans laquelle l'emballage du tabac peut répondre à la préoccupation exprimée dans le *troisième mécanisme* de la Loi TPP, à savoir que les consommateurs soient induits en erreur quant aux effets nocifs des produits du tabac.

7.909. À cet égard, M. Heydon estime dans son rapport d'expert que la *Loi de 2010 sur la concurrence et la consommation* (Cth) (Loi CCA) de l'Australie, et en particulier la Loi ACL, "contient de nombreuses dispositions réglementant l'emballage trompeur et de nature à induire en erreur des produits, y compris des produits du tabac", et qu'[i]l n'y a aucun élément du "comportement dont il est allégué qu'il est trompeur, et exclu par le régime contesté qui ne puisse faire l'objet d'un recours au titre de la Loi".[2438] L'expert du Honduras et de la République dominicaine, M. Shavin, conclut également que, "compte tenu des protections étendues des consommateurs qui sont prévues par la Loi ACL et de l'exécution des dispositions pertinentes par l'ACCC", le gouvernement australien "dispose déjà du pouvoir d'empêcher toute aptitude de l'emballage du tabac à "induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme ou de la consommation de produits du tabac"".[2439] L'expert de l'Australie, M. Sims, considère que, "au mieux, les dispositions relatives au comportement trompeur ou de nature à induire en erreur de la Loi ACL pourraient être utilisées uniquement en ce qui concerne le troisième objectif de la [Loi TPP], qui est de diminuer l'aptitude de l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme ou de la consommation de produits du tabac".[2440]

7.910. La déclaration de M. Sims indique que, dans la mesure où il apparaîtrait sur l'emballage du tabac certains éléments équivalant à un comportement induisant les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme, l'ACCC de l'Australie[2441] considère que la Loi ACL pourrait s'appliquer à l'égard de ces éléments, par le biais de ses pouvoirs d'exécution ou des diverses dispositions de cette loi en matière de sanctions et de recours. Cela est compatible avec le fait que l'Australie elle-même reconnaît que la Loi ACL pourrait être utilisée pour appliquer ce mécanisme, même si, selon elle, celle-ci "n'est pas tout à fait aussi efficace pour réaliser cet objectif que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac".[2442] La capacité de l'ACCC de répondre à des préoccupations en ce qui concerne le caractère trompeur de certains éléments d'identification de la marque figurant sur les produits du tabac est également confirmée par les exemples mentionnés à la fois par les plaignants et par l'Australie pour ce qui est de l'utilisation de termes tels que "douce" ou "légère".[2443]

7.911. Cependant, nous notons également les pouvoirs de l'ACCC pour faire exécuter la Loi ACL, comme il est indiqué dans la Loi ACL[2444] et précisé par MM. Shavin, Heydon et Sims.[2445] Comme

[2438] Rapport Heydon (pièce UKR-11), page 3.
[2439] Rapport Shavin (pièce DOM/HND-1), paragraphe 103.
[2440] Rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphe 5.8.
[2441] Dans son rapport, M. Sims, qui est le Président de l'ACCC, souligne que le rapport a été "élaboré par l'ACCC à la demande des gouvernements australiens en relation avec [les présentes procédures]". Rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphe 1.1.
[2442] Australie, première communication écrite, paragraphe 731.
[2443] MM. Shavin, Heydon, Finkelstein et Sims, ainsi que toutes les parties aux présentes procédures, font référence à l'enquête de l'ACCC sur les allégations selon lesquelles les sociétés de l'industrie du tabac avaient commis des infractions à la *Loi de 1974 sur les pratiques commerciales* (Cth) (qui a précédé la Loi ACL), incluant, en particulier, les comportements trompeurs ou de nature à induire en erreur ainsi que les fausses indications dans le cadre de la promotion des marques de cigarettes avec les inscriptions "légères", "ultralégères", "douces", "ultradouces" ou "à faible teneur en goudron", et sur la base de résultats de tests qui, selon les allégations, étaient artificiels et ne représentaient pas exactement l'exposition au goudron réelle d'un fumeur fumant ces cigarettes. Cette enquête a démarré en 2001 et s'est terminée en 2005 lorsque l'ACCC a accepté les engagements ayant force exécutoire devant les tribunaux pris par chacune des trois sociétés de l'industrie du tabac concernées, conformément à l'article 87B de la *Loi de 1974 sur les pratiques commerciales* (Cth) (qui a précédé l'article 218 de la Loi ACL). Rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphes 4.4 et 4.13 à 4.15. Voir aussi le rapport Heydon (pièce UKR-11), pages 7 à 9; le rapport Finkelstein (pièce AUS-21), paragraphes 117 et 118; le rapport Shavin (pièce DOM/HND-1), paragraphe 96; Honduras, première communication écrite, paragraphe 527; République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 733; Cuba, première communication écrite, paragraphe 82; Indonésie, première communication écrite, paragraphes 70 à 72; et Australie, première communication écrite, paragraphe 190.
[2444] Loi ACL (pièce DOM-110), chapitre 5.
[2445] Voir, respectivement, le rapport Shavin (pièce DOM/HND-1), partie IV; le rapport Heydon (pièce UKR-11), pages 11 à 15; et le rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), partie 3.

l'explique M. Sims, l'ACCC a le pouvoir discrétionnaire de choisir les allégations d'incompatibilité avec la Loi ACL qu'elle examinera. M. Sims explique que l'ACCC ne peut pas examiner toutes les plaintes qu'elle reçoit au sujet du comportement des commerçants ou des entreprises, et qu'elle "exerce son pouvoir discrétionnaire pour que des ressources soient affectées à l'enquête et au règlement des affaires qui présentent globalement le plus d'avantages pour la concurrence et les consommateurs".[2446] En décrivant les facteurs qui influencent le pouvoir discrétionnaire de l'ACCC à cet égard, M. Sims note (entre autres choses) que celle-ci "évaluera toujours en priorité les questions relatives à la sécurité des produits susceptibles d'être gravement nocifs pour les consommateurs".[2447] Dans son examen de l'accord conclu entre l'ACCC et certaines sociétés de l'industrie du tabac en relation avec les descriptifs "douces" et "légères", M. Sims indique que le "fait qu'un accord a été conclu sans aucune reconnaissance de la responsabilité des sociétés de l'industrie du tabac en question est inhabituel et témoigne des difficultés rencontrées par l'ACCC dans cette enquête".[2448] Il note que des "ressources considérables" ont été investies dans cette affaire entre 2001 et 2005[2449], et souligne le coût et l'incertitude qui s'en seraient suivis si l'affaire avait ensuite fait l'objet d'une procédure judiciaire.[2450]

7.912. Nous ne souhaitons pas spéculer sur les coûts ou l'incertitude qui peuvent ou non résulter d'une procédure judiciaire nationale de cette nature. Cependant, nous observons effectivement que la question des actions que l'ACCC entreprend, en tant qu'autorité chargée de l'exécution de la Loi ACL, relève de son pouvoir discrétionnaire; de plus, nonobstant la priorité qu'elle peut accorder aux questions relatives à la sécurité des produits susceptibles d'être gravement nocifs pour les consommateurs[2451], nous notons que l'objet de la Loi CCA, dont la Loi ACL est une annexe, est, selon M. Shavin, énoncé dans l'article 2 de la Loi CCA comme étant d'"améliorer le bien-être des Australiens en développant la concurrence et un commerce équitable et en assurant la protection des consommateurs".[2452] Nous notons que l'article 2 de la Loi CCA lui-même ne nous a pas été présenté; cependant, il n'y a pas de désaccord entre les parties à cet égard – en effet, l'expert de l'Australie, M. Sims, estime que "les principaux objectifs de l'ACCC sont de maintenir et de développer la concurrence, de remédier aux défaillances du marché, de protéger les intérêts et la sécurité des consommateurs et de soutenir un commerce équitable sur les marchés".[2453] Bien que la description de M. Sims donne à penser que la protection des intérêts et de la sécurité des consommateurs figure parmi les objectifs de l'ACCC, il ne nous apparaît pas clairement qu'un emballage du tabac qui induit les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme ferait *dans tous les cas* l'objet d'une procédure d'exécution de l'ACCC. En fait, il semble inévitable que l'ACCC, avec un mandat aussi large, soit confrontée à des priorités concurrentes et, à ce titre, il n'est pas possible, selon nous, de présumer qu'elle peut en pratique intervenir sur le marché pour empêcher systématiquement que l'emballage du tabac induise les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs des produits du tabac.

7.913. Dans le même ordre d'idées, nous notons également que l'article 232 2) de la Loi ACL autorise l'ACCC, ou toute autre personne, à demander une injonction à l'égard d'un comportement, ou d'un comportement envisagé, susceptible d'enfreindre (entre autres choses) les dispositions de la Loi ACL relatives au comportement trompeur ou de nature à induire en erreur.[2454] MM. Shavin et Heydon font tous deux valoir qu'il n'est pas nécessaire qu'une personne démontre l'existence d'un lien spécial avec l'objet de la procédure, ou satisfasse par ailleurs aux

[2446] Rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphe 3.5.
[2447] Rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphe 3.9
[2448] Rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphe 4.13.
[2449] Rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphe 4.14.
[2450] Rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphe 4.15. À cet égard, M. Sims cite la déclaration suivante de celui qui était alors Président de l'ACCC:

> Si nous devions engager une procédure de cette nature, il faudrait faire voter l'attribution à cette procédure particulière d'une part substantielle du budget que nous consacrons aux contentieux. Cela aurait par la suite des répercussions importantes sur la capacité de l'ACCC de prendre en charge d'autres activités d'exécution relevant de sa compétence.

[2451] Rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphe 3.9.
[2452] Rapport Shavin (pièce DOM/HND-1), paragraphe 17.
[2453] Rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphe 3.3.
[2454] Loi ACL (pièce DOM-110), article 232.

règles relatives à "la qualité pour agir", avant d'être en droit de demander une injonction.[2455] M. Heydon ajoute en outre ce qui suit:

> Il est assez courant que l'application de la Loi australienne sur la consommation soit le fait, non pas des agents publics et des personnes subissant un préjudice direct du fait du comportement contesté, mais de personnes qui ne sont pas directement affectées par ce comportement. Par exemple, tout groupe de pression peut demander une injonction à l'encontre de tout emballage du tabac qu'il estime contraire à la Loi australienne sur la consommation. Il en est de même pour tout citoyen préoccupé par la question. La Loi australienne sur la consommation est donc dans une très large mesure une loi d'application automatique: son application ne dépend pas seulement des décisions des responsables publics.[2456]

7.914. Nonobstant l'étendue de la capacité de demander une injonction et le fait que l'octroi de cette dernière reste subordonné à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire (dans ce contexte, d'un groupe de pression ou d'un "citoyen préoccupé par la question") pour la demande d'une injonction à l'encontre d'une entité chargée de commercialiser des produits du tabac qui, selon les allégations, sont de nature à induire en erreur, l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire ne peut pas être assuré, en particulier étant donné que le requérant doit s'engager à payer tous dommages-intérêts consécutifs à l'octroi de l'injonction dans le cas où aucune injonction définitive ne serait accordée.[2457] Selon nous, il n'est donc pas possible de supposer que des individus ou des groupes d'intérêt, comme le laisse entendre M. Heydon, interviendraient sur le marché pour empêcher systématiquement que l'emballage du tabac induise les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs des produits du tabac.

7.915. En outre, les arguments des plaignants à cet égard ont pour implication que l'emballage des produits du tabac qui, selon les allégations, est à l'origine des indications trompeuses quant aux effets nocifs du tabagisme resterait sur le marché et continuerait de donner ces indications aux consommateurs, au moins jusqu'au moment où l'ACCC (ou tout autre requérant, dans le cas d'une injonction[2458]) demanderait et obtiendrait effectivement une ordonnance ou un engagement pour que le produit soit retiré du marché, ou que le comportement trompeur soit mis en conformité avec la Loi ACL.

7.916. Enfin, nous notons l'explication de l'Australie selon laquelle la normalisation des caractéristiques du paquet au moyen de l'emballage neutre, y compris l'adoption d'une couleur de fond unique pour les 25% de la surface du paquet non couverts par une mise en garde sanitaire explicite, empêche que des différences dans ces caractéristiques puissent avoir une quelconque incidence sur les perceptions de la nocivité *relative* de différents produits du tabac.[2459]

7.917. Compte tenu de ce qui précède, nous ne sommes pas convaincus que la suppression des éléments de l'emballage du tabac qui sont interdits par les mesures TPP ne pourrait pas diminuer l'aptitude de cet emballage à induire les consommateurs en erreur dans une plus large mesure que ce qu'il était déjà possible de faire dans le cadre de la Loi ACL et de son exécution par l'ACCC ou que, selon les mots de la République dominicaine, les mesures TPP "n'[aient] apporté aucune contribution à [la] capacité préexistante permettant de réduire toute consommation de tabac qui résulterait [d'un] emballage trompeur".[2460] En fait, selon nous, les mesures TPP remédient, à cet égard, aux lacunes réglementaires qui pourraient découler des limitations pratiques auxquelles l'ACCC est confrontée pour faire appliquer la Loi ACL.

[2455] Rapport Shavin (pièce DOM/HND-1), paragraphe 78.
[2456] Rapport Heydon (pièce UKR-11), page 12.
[2457] Rapport Heydon (pièce UKR-11), page 13; et rapport Finkelstein (pièce AUS-21), paragraphe 91.
[2458] Il est noté que des injonctions à l'encontre d'un comportement trompeur ou de nature à induire en erreur peuvent être accordées par un tribunal sur la base d'une demande de l'ACCC "ou de toute autre personne". Voir la Loi ACL (pièce DOM-110), article 232 2).
[2459] Australie, première communication écrite, paragraphe 187.
[2460] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 725.

Question de savoir si les mesures TPP, en diminuant l'aptitude de l'emballage du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme, affecteraient les comportements tabagiques

7.918. Les plaignants ont fait valoir, comme il est indiqué plus haut dans la section 7.2.5.3.5.1, que les éléments de preuve sous-tendant la conception et le fonctionnement des mesures TPP, ce qui inclut le fait d'empêcher que l'emballage du tabac induise les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme, n'évaluent pas l'incidence de l'emballage neutre sur les comportements tabagiques. Le Honduras fait valoir, dans le contexte de ce mécanisme, qu'il n'y a "pas de lien *réel et concret* entre les comportements tabagiques et l'emballage du tabac".[2461] Cuba soutient spécifiquement qu'aucune des études concernant l'incidence de l'emballage neutre sur l'aptitude du paquet à induire les consommateurs en erreur ne "traite l'effet de toute perception erronée des risques sur le comportement tabagique effectif".[2462] L'Australie fait valoir que la "diminution de l'aptitude des produits du tabac à induire les consommateurs en erreur quant à la nocivité relative des marques, ou des types de produits, implique que l'emballage neutre du tabac contribuera à décourager les individus de commencer à fumer et à les encourager à cesser de consommer du tabac", et que, "[l]orsque les consommateurs sont parfaitement informés des risques réels et des conséquences graves de la consommation de tabac, ils sont plus susceptibles d'adopter un comportement de renoncement au tabagisme".[2463]

7.919. Nous notons également qu'il y a beaucoup moins de discussions entre les experts des parties au sujet du lien entre l'aptitude du paquet à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme et les comportements tabagiques. Nous notons en particulier l'observation du professeur Fong selon laquelle "[l]es éléments de preuve directs établissant un lien entre l'emballage neutre et un changement dans le comportement, par le biais du mécanisme de réduction des perceptions erronées concernant les produits du tabac, ne sont pas solides", un facteur qu'il attribue aux "difficultés d'étudier ce lien avant la mise en œuvre de la mesure concernant l'emballage neutre".[2464]

7.920. En ce qui concerne l'initiation, nous rappelons l'exposé que nous avons fait dans des parties précédentes de notre analyse et, en particulier, le fait que l'expert des plaignants, le professeur Steinberg, et l'expert de l'Australie, le professeur Slovic, s'accordent à dire que "les jeunes ne sont pas attentifs aux informations sur les risques".[2465] Cependant, les éléments de preuve donnent également à penser qu'il y a une différence entre le fait que les adolescents ne sont pas attentifs aux informations sur les risques et le fait qu'on leur fait volontairement croire que consommer un produit du tabac plutôt qu'un autre change la nature du risque. Le professeur Fong décrit cela en ces termes:

> [L]es messages sur la légèreté peuvent également être utilisés pour cibler les non-fumeurs ou les fumeurs débutants vulnérables qui peuvent avoir des préoccupations en matière de santé relatives au fait de commencer à fumer. Certaines études laissent entendre que les jeunes peuvent commencer par fumer des cigarettes légères ou continuer de fumer ces cigarettes parce qu'ils les croient moins nocives. En outre, les jeunes pensent qu'en fumant des cigarettes légères il leur serait plus facile d'arrêter que s'ils fumaient des cigarettes ordinaires. Par ailleurs, de nombreux jeunes se croient moins exposés aux conséquences néfastes du tabagisme sur la santé en fumant des cigarettes plus légères. Il est raisonnable de conclure que ces effets pourraient augmenter la probabilité que les jeunes se mettent à fumer et que ceux qui fument continuent de fumer.[2466]

[2461] Honduras, première communication écrite, paragraphe 518. (italique dans l'original)
[2462] Cuba, première communication écrite, paragraphe 350 b).
[2463] Australie, première communication écrite, paragraphe 198.
[2464] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 421.
[2465] Rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 110 (faisant référence au rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6)).
[2466] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 379.

7.921. Le Directeur du Service de santé publique des États-Unis, l'Institut national du cancer des États-Unis et le professeur Fong font référence à la documentation émanant de l'industrie du tabac qui indique que cette dernière connaît et utilise cet effet.[2467]

7.922. À cet égard, nous notons l'argument du professeur Steinberg selon lequel "même s'ils connaissent les risques du tabagisme … les adolescents s'[y] adonnent quand même car … ils privilégient les récompenses à court terme au détriment des risques à long terme".[2468] Nous voyons une différence entre le fait de privilégier ces récompenses à court terme au détriment des risques à long terme et le fait d'être amenés à avoir une perception selon laquelle, pour certains produits du tabac, le risque à long terme est réduit voire inexistant. En fait, bien que le professeur Steinberg (et le professeur Viscusi entre autres) soutiennent que les jeunes sont fortement sensibilisés aux risques du tabagisme, et nonobstant notre observation selon laquelle il y a un niveau élevé et, dans le cas de certaines affections, extrêmement élevé de sensibilisation pour certains risques spécifiques en matière de santé qui sont associés à la consommation de tabac en Australie[2469], la perspective que des éléments de l'emballage puissent créer une perception selon laquelle certains risques sont réduits si l'on consomme certains produits du tabac semblerait favoriser le scénario décrit par le professeur Slovic:

> La recherche montre que les jeunes fumeurs, en tant que preneurs de risques cumulés, pensent qu'ils peuvent se permettre de fumer une certaine quantité de tabac avant que le risque s'installe. En résumé, les jeunes fumeurs sont nombreux à avoir tendance à croire que fumer la "cigarette suivante" présente peu de risques, voire aucun, pour leur santé ou qu'il y a un risque négligeable à fumer durant quelques années seulement. Ces jeunes espèrent fumer occasionnellement pendant une courte période puis arrêter avant d'en subir les méfaits réels. Le problème est la dépendance à la nicotine – un autre facteur qui n'est pas apprécié de façon adéquate par le mode de pensée fondé sur l'expérimentation. Comme il est noté plus haut, il est difficile, voire impossible, d'apprécier les envies irrépressibles et viscérales qui sont caractéristiques de la dépendance, à moins d'être sous leur emprise. L'"expérience" de ces envies est impossible à prévoir ou même à se rappeler avec exactitude. Les jeunes fumeurs finissent ainsi par fumer davantage, et pendant une période plus longue, que ce qu'ils avaient imaginé.[2470]

7.923. En fait, les éléments de preuve qui nous ont été présentés donnent à penser que la prédisposition des jeunes à ne pas être attentifs aux informations sur les risques[2471] est en réalité plus susceptible d'influencer leur comportement lorsque la perception des risques à long terme est limitée.

7.924. En ce qui concerne le sevrage, nous avons noté dans le contexte de l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites que les éléments de preuve qui nous avaient été présentés indiquaient que le sevrage tabagique pouvait être prédit par les préoccupations liées aux effets des produits du tabac sur la santé.[2472] Nous avons relevé plus haut les éléments de preuve qui nous avaient été présentés indiquant que l'emballage neutre du tabac pouvait réduire les perceptions erronées des consommateurs quant à la nocivité relative de différentes marques, les différentes perceptions de la nocivité créées par l'utilisation de différents éléments de conception (y compris les couleurs), et également les perceptions de la nocivité relative de différents produits du tabac (y compris les cigares). En outre, des éléments de preuve qui nous ont été présentés indiquent que, pour les fumeurs, la consommation des produits du tabac qu'ils perçoivent comme étant moins nocifs (y compris en raison de la perception créée par l'utilisation de descriptifs et d'éléments de l'emballage tels que les couleurs[2473]) est souvent une alternative ou un substitut au sevrage[2474], y

[2467] Rapport du Directeur du Service de santé publique des États-Unis de 2012 (pièce AUS-76), pages 531 et 532; NCI Tobacco Control Monograph No. 19 (pièce AUS-77), page 78; et rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 369.

[2468] Deuxième contre-rapport Steinberg (pièce DOM/HND-15), paragraphe 35.

[2469] Voir plus haut le paragraphe 7.840.

[2470] Rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 92 (citations dans le texte omises).

[2471] Rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphe 110 (faisant référence au rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6)).

[2472] Voir plus haut le paragraphe 7.866.

[2473] Rapport du Directeur du Service de santé publique des États-Unis de 2012 (pièce AUS-76), page 531.

compris parce qu'ils pensent qu'il est plus facile de renoncer à ces produits.[2475] Nous ne sommes donc pas convaincus que les plaignants aient démontré que les mesures TPP, en modifiant l'aptitude de l'emballage du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme, n'auraient pas d'effet sur le sevrage tabagique.

7.925. En ce qui concerne la récidive, nous notons qu'aucun examen détaillé ne nous a été présenté concernant la question de savoir si une diminution de l'aptitude de l'emballage du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs de la consommation de tabac empêcherait un comportement de récidive. Nous rappelons toutefois l'étude de McCaul *et al.* 2006, qui laissait entendre que, compte tenu du rôle des préoccupations en matière de santé en tant que facteur de motivation essentiel pour arrêter de fumer, cette motivation ou les stratégies de sevrage incluaient la construction, par les fumeurs, de systèmes leur rappelant les conséquences du tabagisme sur la santé afin de pouvoir, entre autres, poursuivre une tentative de sevrage réussie et renouveler leurs tentatives pour ceux qui avaient récidivé.[2476] En outre, comme nous l'avons noté, des éléments de preuve qui nous ont été présentés indiquent que, pour les fumeurs, la consommation des produits du tabac qu'ils perçoivent comme étant moins nocifs (y compris en raison de la perception créée par l'utilisation de descriptifs et d'éléments de l'emballage tels que les couleurs[2477]) est souvent une alternative ou un substitut au sevrage.[2478]

7.926. En fait, dans la mesure où la suppression des éléments d'identification de la marque peut empêcher que les paquets de tabac véhiculent l'idée que certains produits du tabac sont moins nocifs que d'autres, nous n'excluons pas que les mesures TPP pourraient garantir que ceux qui ont arrêté de fumer ne soient pas incités à croire à tort qu'il y a une consommation moins nocive des produits du tabac qui ne compromettrait pas leur motivation à arrêter de fumer pour des raisons de santé.

Conclusion

7.927. Compte tenu de ce qui précède, nous ne sommes pas convaincus que les plaignants aient démontré que les mesures TPP, de par leur conception, ne seraient pas à même de diminuer l'aptitude de l'emballage du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme. En outre, nous ne sommes pas convaincus qu'une telle contribution à la diminution de l'aptitude de l'emballage du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme ne pourrait rien ajouter à ce qui peut être obtenu au titre de la Loi ACL de l'Australie.

7.928. En outre, nous rappelons que nous disposons également d'éléments de preuve concernant l'application effective des mesures TPP depuis leur entrée en vigueur, y compris des éléments de preuve empiriques traitant spécifiquement de l'incidence de l'emballage neutre sur l'aptitude du paquet à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme, qui seront examinés plus loin dans la section 7.2.5.3.6, et auxquels il sera accordé un poids approprié. Nous ne cherchons donc pas à formuler, à ce stade de notre analyse, une conclusion générale concernant l'incidence des mesures TPP sur l'aptitude de l'emballage du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux risques du tabagisme pour la santé, et la mesure dans laquelle cela contribue à l'objectif de l'Australie d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits.

7.2.5.3.5.5 Conclusion générale concernant les éléments de preuve se rapportant à la conception, à la structure et au fonctionnement des mesures TPP

7.929. Globalement, l'examen que nous avons fait des éléments de preuve qui nous ont été présentés en ce qui concerne la conception, la structure et le fonctionnement prévu des mesures TPP ne nous convainc pas que, comme les plaignants le font valoir, ces mesures ne seraient pas à

[2474] NCI Tobacco Control Monograph No. 19 (pièce AUS-77), page 78. Voir aussi le rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphes 367 à 382.
[2475] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 377.
[2476] Voir McCaul *et al.* 2006 (pièce AUS-205), page 53.
[2477] Rapport du Directeur du Service de santé publique des États-Unis de 2012 (pièce AUS-76), page 531.
[2478] NCI Tobacco Control Monograph No. 19 (pièce AUS-77), page 78. Voir aussi le rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphes 367 à 382.

même de contribuer à l'objectif de l'Australie d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation des produits du tabac et l'exposition à ces produits, par le jeu du fonctionnement des mécanismes indiqués dans la Loi TPP, en combinaison avec d'autres mesures de lutte antitabac pertinentes appliquées par l'Australie.

7.930. En fait, notre examen des éléments de preuve pertinents donne à penser qu'il est reconnu que divers éléments d'identification de la marque peuvent être utilisés sur l'emballage du tabac pour exprimer certaines associations positives avec les produits, et qu'il existe un corpus de recherches qui visaient à étudier l'incidence de la *suppression* de ce type d'éléments, au moyen de l'emballage neutre des produits du tabac, sur les types de "résultats proximaux" qui sont à présent reflétés dans la Loi TPP. Bien qu'il y ait dans ce corpus de recherches des études individuelles pouvant présenter certaines limitations, nous ne sommes pas convaincus que les plaignants aient démontré que ces dernières étaient telles que ce corpus ne pouvait pas être réputé constituer des données scientifiques dignes de foi ou invoqué comme étant pertinent en ce qui concerne l'incidence prévue de l'emballage neutre du tabac sur les résultats mesurés, y compris la réduction de l'attrait des produits du tabac, l'augmentation de l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et la diminution de l'aptitude de l'emballage à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme.

7.931. Nous prenons également note du corpus de recherches consacrées à l'étude de la relation entre les perceptions des produits, les intentions et les comportements qui est mentionnée par les parties, y compris la reconnaissance que cette relation est complexe et peut être influencée par un éventail de facteurs dans un contexte donné. Nous notons en outre les éléments de preuve qui nous ont été présentés se rapportant aux mobiles des comportements tabagiques que les mesures TPP cherchent à influencer, à savoir l'initiation, le sevrage et la récidive. Globalement, bien que ces éléments de preuve indiquent clairement la complexité et la multiplicité des facteurs qui déterminent les comportements tabagiques, ils sont compatibles, selon nous, avec l'assertion sous-tendant la conception et la structure des mesures TPP selon laquelle les comportements pertinents peuvent être influencés par une réduction de l'attrait des produits du tabac ou par une meilleure prise de conscience et une meilleure compréhension des risques du tabagisme pour la santé, ou par les deux.

7.2.5.3.6 Éléments de preuve se rapportant à l'application des mesures TPP

7.932. Comme il est indiqué plus haut, les éléments de preuve qui nous ont été présentés concernant la contribution des mesures TPP à leur objectif incluent des éléments de preuve empiriques se rapportant à l'application de ces mesures depuis leur pleine entrée en vigueur en décembre 2012, que nous examinons dans la présente section.

7.933. Globalement, ces éléments de preuve concernent la période allant de l'entrée en vigueur des mesures, en décembre 2012, à septembre 2015, avec quelques variations de la période exacte couverte, selon les données utilisées. Les éléments de preuve empiriques dont nous disposons pour ce qui est du fonctionnement effectif des mesures TPP reflètent, par conséquent, une période d'application des mesures allant de quelques mois à un maximum de trois ans.

7.934. Bien que toutes les parties reconnaissent que ces éléments de preuve devraient jouer un rôle dans notre évaluation de la contribution des mesures à leur objectif, leurs avis diffèrent sur le poids qui doit être accordé à ces éléments, et sur le poids relatif qui doit être accordé, dans le cadre des éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre pertinents, aux éléments de preuve concernant les résultats "proximaux" et les résultats plus "distaux" des mesures.

7.935. La République dominicaine fait valoir que, après deux ans d'application, il s'est écoulé suffisamment de temps depuis la mise en œuvre du régime de l'emballage neutre de l'Australie afin d'observer l'efficacité de ce régime s'agissant des effets sur les comportements tabagiques en Australie. Elle fait valoir qu'il est raisonnable d'escompter que si les mesures TPP avaient dû faire baisser la prévalence du tabagisme et la consommation de tabac, cet effet pourrait être observé dès à présent.[2479] En examinant ces résultats, elle observe qu'il convient de souligner que les proposants de l'emballage neutre avaient prévu que la politique ferait baisser la consommation de

[2479] Voir, par exemple, République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 428.

tabac dans les deux ans.[2480] De même le Honduras fait valoir que des éléments de preuve empiriques fiables et probants démontrant l'absence d'une incidence effective de la mesure, plus de deux ans et demi après son introduction, sont disponibles et qu'ils doivent être privilégiés dans l'analyse.[2481]

7.936. L'Australie considère toutefois que, étant donné que les mesures ont été appliquées pendant une période limitée, l'utilité des données quantitatives à court terme est "limitée".[2482] Elle fait valoir que l'incidence de l'emballage neutre du tabac sur les taux de tabagisme sera plus prononcée à long terme, en raison du pouvoir de dépendance de la nicotine et de la nécessité qui en découle de faire de multiples tentatives pour arrêter de fumer avant de réussir. Elle explique que cela résulte également de l'incidence probable de la mesure sur l'initiation des jeunes, car les réductions dans l'initiation chez les jeunes ne seront probablement pas détectées dans les données nationales sur la prévalence et la consommation pendant un certain temps, étant donné que l'initiation chez les jeunes correspond à une petite fraction du tabagisme total.[2483] Deuxièmement, l'Australie fait valoir, en se référant à M. Biglan, que le rôle important que la commercialisation du tabac joue pour influencer l'initiation chez les jeunes est en partie fonction de sa capacité de créer des attitudes sociales et des attitudes des pairs positives face au tabagisme. Par conséquent, il faudra du temps avant que les enquêtes nationales rendent compte de l'incidence des mesures TPP sur le comportement d'une génération d'enfants jamais exposés à la promotion au moyen de l'emballage du tabac.[2484]

7.937. L'Australie considère donc que l'"approche la plus appropriée pour discerner les effets des [mesures TPP] aux premiers stades de [leur] introduction consistait à s'appuyer sur des expériences et des enquêtes qui étudiaient les mobiles de choix, les attitudes et finalement la manifestation des intentions comportementales"[2485] et qu'il est déraisonnable pour les plaignants de formuler des conclusions définitives concernant la réussite de l'emballage neutre du tabac uniquement sur la base des taux de prévalence du tabagisme si peu de temps après la mise en œuvre de la mesure.[2486]

7.938. Nous sommes conscients que, bien que notre tâche consiste à évaluer la contribution effective des mesures à leur objectif à la lumière des éléments de preuve dont nous disposons, nous devons tenir dûment compte de la possibilité que les effets de certaines mesures puissent se manifester à plus longue échéance et à l'avenir. Nous notons à cet égard l'observation de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Essence*, formulée dans le contexte de l'article XX g) du GATT de 1994, selon laquelle "dans le domaine de la conservation des ressources naturelles épuisables, il peut s'écouler beaucoup de temps, peut-être des années, avant que l'on puisse observer les effets attribuables à la mise en œuvre d'une mesure donnée".[2487] De même, il peut falloir du temps pour que certaines mesures visant à protéger la santé publique, y compris certaines mesures fondées sur les réponses comportementales aux changements attendus dans les croyances et les attitudes, comme c'est le cas en l'espèce, se concrétisent pleinement ou soient perceptibles dans les données pertinentes.

7.939. À cet égard, nous notons en particulier l'argument de l'Australie selon lequel l'incidence des mesures sur l'initiation au tabagisme ne peut se manifester pleinement que sur une période d'application plus longue, étant donné que celle-ci touche progressivement les générations futures qui n'ont été exposées à aucune forme d'identification des marques de tabac, sur l'emballage ou d'une autre manière. Nous notons également l'argument de l'Australie selon lequel le sevrage tabagique est connu pour nécessiter de multiples tentatives et selon lequel il est rendu plus difficile par la dépendance à la nicotine, de sorte que, même dans les cas où l'emballage neutre serait efficace pour atteindre les résultats proximaux prévus et aurait ainsi une influence sur les

[2480] Voir, par exemple, République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 50. Voir Pechey *et al.* 2013 (pièce JE-24(51)), page 5.
[2481] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 50.
[2482] Australie, réponse à la question n° 71 du Groupe spécial, paragraphe 194.
[2483] Voir, par exemple, Australie, première communication écrite, annexe E, paragraphe 12.
[2484] Australie, première communication écrite, annexe E, paragraphe 12.
[2485] Australie, première communication écrite, paragraphe 147.
[2486] Voir, par exemple, Australie, première communication écrite, annexe E, paragraphe 13.
[2487] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 24. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 153, note de bas de page 243.

intentions d'arrêter de fumer, la mise en œuvre de la décision d'arrêter de fumer peut prendre jusqu'à plusieurs années et nécessiter des tentatives répétées.[2488]

7.940. Nous jugeons ces considérations convaincantes et partageons l'avis de l'Australie selon lequel, dès lors que les mesures TPP reposent sur des évolutions des comportements tabagiques qui peuvent ne pas être immédiatement perceptibles ou mesurables, ou qui peuvent prendre du temps à se concrétiser dans les comportements effectifs, les données et les éléments de preuve se rapportant aux comportements tabagiques effectifs au début de la période d'application des mesures peuvent ne pas donner une image complète de l'étendue de la contribution des mesures à leur objectif et de l'étendue que cette contribution pourrait avoir à l'avenir selon les attentes. Nous considérons également que dans ce contexte, et compte tenu de la nature de la conception des mesures, comme cela a été mentionné dans les sections précédentes, les éléments de preuve empiriques disponibles se rapportant à l'incidence des mesures sur les résultats "proximaux", ainsi que les éléments de preuve se rapportant aux "résultats distaux" qui peuvent être des précurseurs des comportements tabagiques effectifs, peuvent éclairer utilement notre évaluation de la contribution effective des mesures TPP à leur objectif, conjointement aux éléments de preuve qui nous ont été présentés en ce qui concerne les comportements tabagiques effectifs depuis l'entrée en vigueur des mesures.

7.941. Nous notons en outre la communication des plaignants selon laquelle même si les mesures TPP produisaient des effets à court terme, ces effets subiraient rapidement une "usure". Dans ce contexte, les plaignants font référence à l'effet d'"usure" des messages publicitaires. Nous notons cependant que, comme l'observe l'Australie, les mesures TPP ne cherchent pas, en soi, à communiquer un message spécifique dont l'effet subirait une "usure" dans le temps, mais cherchent plutôt à *limiter* l'aptitude de l'emballage du tabac à exprimer des associations positives spécifiques au moyen des éléments d'identification de la marque.[2489] Par conséquent, nous ne sommes pas convaincus qu'il faudrait partir du principe que les exemples cités par les plaignants à cet égard sont pleinement transposables aux effets de l'emballage neutre sur les résultats comportementaux pertinents. Toutefois, dans les cas où cela est pertinent, des effets d'usure spécifiques sont examinés dans le contexte de l'analyse des éléments de preuve empiriques qui nous ont été présentés concernant l'application des mesures TPP.[2490]

7.942. Nous prenons également note des échanges détaillés des parties à propos de la valeur de précédent de l'expérience canadienne s'agissant de l'introduction de mises en garde sanitaires explicites et de l'évaluation de son efficacité dans le temps.[2491] Nous ne sommes toutefois pas convaincus qu'un examen détaillé des éléments de preuve concernant cette mesure fournirait une réponse concluante à la question dont nous sommes saisis en l'espèce, qui se limite à la détermination de la mesure dans laquelle on peut s'attendre à ce que les effets des mesures TPP soient perceptibles au moment de notre évaluation sur la base des éléments de preuve empiriques qui nous ont été présentés, et aux conséquences de cet examen sur les conclusions que nous pouvons formuler quant à la contribution des mesures TPP à leur objectif. En particulier, compte tenu de la complexité des facteurs en jeu, nous ne sommes pas convaincus que l'expérience des mises en garde sanitaires explicites dans le contexte canadien serait nécessairement directement transposable au contexte australien actuel en ce qui concerne l'introduction des mesures TPP.[2492] Néanmoins, gardant cet examen à l'esprit, nous sommes conscients des difficultés inhérentes à l'identification des données et des méthodes aptes à révéler les effets de mesures censées affecter des comportements à l'échelle de la population dans un environnement complexe, et de la

[2488] Voir Australie, première communication écrite, paragraphe 670; deuxième communication écrite, paragraphe 496; et réponse à la question n° 200 du Groupe spécial, paragraphes 323 à 326.

[2489] Nous notons toutefois que, dans la mesure où des messages spécifiques sont destinés à être communiqués par le paquet, ils sont contenus dans les mises en garde sanitaires explicites qui s'appliquent conjointement avec l'emballage neutre. Nous croyons comprendre que la raison d'être de la "rotation" de ces messages est précisément d'éviter le type d'effet d'"usure" identifié par les plaignants.

[2490] Voir les appendices A et B.

[2491] Voir, par exemple, Australie, première communication écrite, paragraphe 16; réponse à la question n° 200 du Groupe spécial, paragraphes 334 et 335; le rapport Chaloupka sur la santé publique, paragraphes 89 à 96; le rapport IPE actualisé (pièce DOM-303), section 6; et J. List, "A Further Consideration of the Empirical Evidence on the Effects of Australia's Tobacco Plain Packaging Legislation", 16 September 2015, (contre-rapport List) (pièce DOM/IDN-3), paragraphes 76 à 83.

[2492] Voir Australie, première communication écrite, annexe E, paragraphes 53 à 58; réponse à la question n° 11 du Groupe spécial; et le contre-rapport List (pièce DOM/IDN-3), paragraphe 80 (soulignant les difficultés liées aux comparaisons entre différentes juridictions).

nécessité de faire preuve de prudence lorsque nous cherchons à formuler des conclusions sur l'efficacité de ce type de mesures sur la base de renseignements relativement limités.

7.943. Compte tenu de ce qui précède, nous examinons les éléments de preuve qui nous ont été présentés en ce qui concerne l'application des mesures TPP en étant conscients que la période pour laquelle ces éléments de preuve relatifs à cette application sont disponibles peut avoir une incidence sur la nature et la portée des conclusions qui peuvent en être tirées. De plus, nous sommes conscients que la valeur probante de ces éléments de preuve peut également être affectée par d'autres facteurs, comme la qualité et la nature des données disponibles elles-mêmes.

7.944. Compte tenu de ce qui précède, nous examinons successivement ci-après:

a. les éléments de preuve qui nous ont été présentés en ce qui concerne les "résultats proximaux", à savoir, l'effet des mesures TPP sur les trois paramètres à la base des trois "mécanismes" reflétés dans la Loi TPP (attrait des produits du tabac, efficacité des mises en garde sanitaires explicites et aptitude du paquet à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs des produits du tabac);

b. les éléments de preuve qui nous ont été présentés en ce qui concerne les résultats liés à l'arrêt du tabac et d'autres résultats "distaux"; et

c. les éléments de preuve qui nous ont été présentés en ce qui concerne les comportements tabagiques, qui sont fondés sur la consommation et les volumes des ventes des produits du tabac et la prévalence du tabagisme, depuis l'entrée en vigueur des mesures TPP.

7.2.5.3.6.1 Incidence des mesures TPP sur les résultats "proximaux" (attrait des produits du tabac, efficacité des mises en garde sanitaires explicites et aptitude du paquet à induire en erreur)

7.945. Les parties ont présenté comme pièces un certain nombre d'études examinées par les pairs au sujet de l'incidence postérieure à la mise en œuvre des mesures TPP et des mises en garde sanitaires explicites agrandies sur des résultats proximaux autres que comportementaux, à savoir: i) la réduction de l'attrait des produits du tabac; ii) l'augmentation de l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites; et iii) la diminution de l'aptitude du paquet à induire les consommateurs en erreur quant à la nocivité du tabagisme.[2493] L'appendice A examine et analyse ces éléments de preuve, à la lumière des rapports d'expert pertinents présentés par les parties.

7.946. L'Australie estime que les études empiriques postérieures à la mise en œuvre disponibles concernant les résultats autres que comportementaux confirment que l'emballage neutre du tabac et les mises en garde sanitaires explicites agrandies ont atteint les objectifs suivants: i) réduire l'attrait, ii) accroître l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et iii) diminuer l'aptitude de l'emballage à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs des produits du tabac.[2494]

7.947. Sur la base de l'examen de ces articles examinés par les pairs, et dans certains cas de la nouvelle analyse des données utilisées dans ces articles, les plaignants font valoir que les mesures TPP n'ont pas eu les effets attendus sur les antécédents de comportement déclarés dans le cadre conceptuel australien des mesures TPP.[2495] En particulier, ils soutiennent que, au-delà des constatations évidentes selon lesquelles le paquet est moins attrayant sur le plan visuel et les individus remarquent plus souvent les mises en garde sanitaires explicites agrandies en premier, les éléments de preuve empiriques montrent que les politiques ont peu d'effets, voire aucun, sur

[2493] Certains de ces articles analysent aussi des variables plus distantes, telles que les croyances, les attitudes et les intentions à l'égard du tabagisme et du renoncement au tabac, ainsi que les tentatives d'arrêter de fumer. Ces articles sont également examinés dans l'appendice B des présents rapports.

[2494] Voir Australie, première communication écrite, paragraphes 201 à 205; et observation sur la réponse des plaignants à la question n° 146 du Groupe spécial, paragraphe 7.

[2495] Voir le rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-2); le deuxième rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-4); le contre-rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-6); le deuxième contre-rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-8); le contre-rapport supplémentaire Klick (pièce HND-122); et le deuxième contre-rapport supplémentaire Klick (pièce HND-165).

les antécédents de comportement. Ils allèguent en outre que les variables relatives aux croyances, aux attitudes et aux intentions à l'égard du tabagisme n'étaient presque pas du tout affectées par les mesures TPP.[2496] Cuba s'appuie entièrement sur un rapport présenté par la République dominicaine ainsi que sur un rapport présenté par l'Ukraine, en ce qui concerne les données postérieures à la mise en œuvre, l'analyse et les conclusions qui en sont tirées.[2497] Elle s'appuie également sur des rapports présentés par le Honduras et sur un rapport élaboré en lien avec la consultation menée au Royaume-Uni au sujet de l'introduction d'une réglementation sur l'emballage normalisé des produits du tabac.[2498]

7.948. En outre, les experts des plaignants estiment que certaines des études empiriques publiées concernant les mesures TPP de l'Australie donnent une image inexacte des éléments de preuve empiriques. Ils disent que certains de ces articles ne présentent pas les résultats relatifs à plus de la moitié de toutes les variables disponibles dans l'ensemble des données d'enquête, dont la très grande majorité n'étaient pas statistiquement significatives, ce qui donne à penser que l'emballage neutre n'a eu aucune incidence sur ces variables. Les plaignants soutiennent que les auteurs de certaines de ces études publiées n'ont pas non plus expliqué qu'un certain nombre des effets statistiquement significatifs indiqués avaient disparu à la fin de la première année de mise en œuvre des mesures TPP par l'Australie en raison d'effets d'usure. La République dominicaine et l'Indonésie reprochent en outre à ces articles de ne pas indiquer l'importance des effets statistiquement significatifs. Selon leurs experts, la plupart des effets statistiquement significatifs indiqués sont faibles, ce qui donne à penser que les mesures TPP ont peu d'importance pour modifier le comportement.[2499]

7.949. Quatre articles examinés par les pairs ont analysé empiriquement l'incidence des mesures TPP de l'Australie sur l'attrait des produits du tabac.[2500] Plusieurs de ces articles publiés ont utilisé différentes données d'enquête. La plupart de ces données couvrent les fumeurs adultes, à l'exception des données de l'enquête réalisée auprès d'élèves d'établissements du secondaire.[2501] La plupart de ces articles examinés par les pairs analysent uniquement les fumeurs de cigarettes, même si quelques ensembles de données de ces enquêtes incluent également des renseignements sur les fumeurs de cigares. Une seule étude examinée par les pairs analyse les résultats liés à l'attrait pour ce qui est des fumeurs de cigares et de cigarillos.[2502]

7.950. Sur la base des différents ensembles de données, cinq articles examinés par les pairs ont également étudié empiriquement l'incidence des mesures TPP de l'Australie sur l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites.[2503] Un rapport d'expert élaboré par le professeur Klick, et présenté par l'Ukraine, contient également une analyse de l'incidence des mesures TPP sur l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites.[2504]

7.951. Deux articles examinés par les pairs analysent empiriquement l'incidence des mesures TPP de l'Australie sur l'aptitude du paquet de produits du tabac à induire les consommateurs en erreur chez les fumeurs de cigarettes adultes et les adolescents, respectivement.[2505]

7.952. Ces éléments de preuve sont examinés et analysés en détail dans l'appendice A. Les parties analysent notamment divers résultats fondés sur des données provenant de l'enquête

[2496] Voir le rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-2), paragraphes 10 à 22.
[2497] Cuba, première communication écrite, paragraphe 100.
[2498] Voir, par exemple, Cuba, réponse à la question n° 146 du Groupe spécial (faisant référence au contre-rapport supplémentaire Klick (pièce HND-122); au deuxième contre-rapport supplémentaire Klick (pièce HND-165); et au rapport Gibson (pièce DOM-92)).
[2499] Voir le rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-2), paragraphes 23 à 27.
[2500] Voir Wakefield *et al.* 2015 (pièces AUS-206, DOM-306); Dunlop *et al.* 2014 (pièces AUS-207, HND-132, DOM-199); White *et al.* 2015a (pièces AUS-186, DOM-235); et Miller *et al.* 2015 (pièces AUS-102, DOM-315).
[2501] Voir White *et al.* 2015a (pièces AUS-186, DOM-235); et White *et al.* 2015b (pièces HND-135, DOM-236, DOM-288).
[2502] Voir Miller *et al.* 2015 (pièces AUS-102, DOM-315).
[2503] Voir Wakefield *et al.* 2015 (pièces AUS-206, DOM-306); Yong *et al.* 2015 (pièce DOM-382); Dunlop *et al.* 2014 (pièces AUS-207, HND-132, DOM-199); White *et al.* 2015b (pièces HND-135, DOM-236, DOM-288); et Miller *et al.* 2015 (pièces AUS-102, DOM-315).
[2504] Voir le rapport Klick (pièce UKR-5). Voir aussi plus haut la section 1.6.6 pour une description de la participation de l'Ukraine aux présentes procédures.
[2505] Voir Wakefield *et al.* 2015 (pièces AUS-206, DOM-306); et White *et al.* 2015a (pièces AUS-186, DOM-235).

nationale de suivi concernant l'emballage neutre du tabac (NTPPTS), une enquête de suivi à l'échelle du pays financée par l'Australie et menée par le CCV, pour suivre les effets de l'emballage neutre.[2506] Dans le contexte des présentes procédures, la République dominicaine a demandé, et obtenu, un accès aux données de cette enquête.[2507] La République dominicaine et l'Indonésie ont présenté conjointement le rapport d'expert des professeurs Ajzen, Hortaçsu, List et Shaikh (Ajzen *et al.*), qui réévaluait l'ensemble des données de la NTPPTS traitant des questions liées aux mécanismes de l'emballage neutre, et qui examinait l'exactitude et l'exhaustivité de plusieurs constatations indiquées dans les études invoquées par l'Australie.[2508]

7.953. Sur la base de la nouvelle analyse des données de la NTPPS qu'ils ont effectuée, Ajzen *et al.* observent ce qui suit à propos de l'incidence des mesures TPP sur l'attrait des paquets de tabac et des produits du tabac:

> Comme on s'y attendrait, les résultats concernant les deux premières mesures relatives à l'attrait du paquet ont montré que les personnes interrogées jugeaient les paquets neutres avec des mises en garde sanitaires explicites plus grandes comme étant nettement moins attrayants que les paquets de marque avec des mises en garde sanitaires explicites plus petites qui étaient commercialisés précédemment. L'importance de ces effets était, selon la règle empirique de Cohen (1988), modérée à grande (r = 0,35 et 0,54).[2509] Ces constatations ne sont guère plus qu'une "vérification de la manipulation" c'est-à-dire, *une vérification visant à garantir que les paquets neutres sont, comme prévu, perçus comme étant moins attrayants sur le plan visuel que les paquets de marque. Après tout, l'emballage neutre a été explicitement conçu et testé préalablement en vue de garantir que l'emballage n'est pas attrayant*; et l'emballage neutre a été combiné avec des mises en garde sanitaires explicites agrandies, dominantes et repoussantes sur le plan visuel. Il est intéressant de noter que les résultats ont également montré que, même avant l'emballage neutre et les mises en garde sanitaires explicites agrandies, la majorité des fumeurs n'aimaient pas l'apparence de leur paquet.

[2506] Pour suivre l'effet de la mesure concernant l'emballage neutre, l'Australie a financé l'enquête nationale de suivi concernant l'emballage neutre du tabac (NTPPTS), une enquête de suivi à l'échelle du pays menée par le CCV. La NTPPTS est un sondage de référence, transversal et continu, consistant en une centaine d'entretiens par semaine effectués auprès de fumeurs actuels et de personnes ayant récemment arrêté de fumer âgés de 18 à 69 ans, qui a été réalisé entre le 9 avril 2012 et le 30 mars 2014. Les participants au sondage de référence ont ensuite fait l'objet d'une enquête de suivi, réalisée environ quatre semaines après l'enquête initiale, et les sondages de suivi ont été effectués entre le 7 mai 2012 et le 4 mai 2014. Rapport technique sur la NTPPTS (pièces AUS-570, HND-124, DOM-307), pages 7 et 8. Selon l'Australie, la courte période écoulée entre les entretiens limite la possibilité que les données de l'enquête soient utilisées pour examiner les effets de la mesure attendus à plus long terme. Australie, réponse à la question n° 196 du Groupe spécial, paragraphes 230 et 236; et réponse à la question n° 198 du Groupe spécial, paragraphes 280 à 293. Elle considère que les données de l'enquête sont les plus appropriées pour évaluer les modifications des mécanismes spécifiques de la mesure. Les résultats de la NTPPTS ont été utilisés dans six articles publiés dans un supplément de la revue *Tobacco Control* en 2015. Rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-2). L'Australie s'appuie sur quatre de ces articles dans les présentes procédures. Voir, par exemple, Australie, réponse à la question n° 198 du Groupe spécial, paragraphe 294 note de bas de page 407 (faisant référence à Wakefield *et al.* 2015 (pièces AUS-206, DOM-306); à Brennan *et al.* 2015 (pièces AUS-224, DOM-304); et à Durkin *et al.* 2015 (pièces AUS-215 (révisée), DOM-305)), et les paragraphes 305 à 308 (faisant référence à Scollo *et al.* 2015a (pièces HND-133, DOM-237, DOM-311)).

[2507] Voir plus haut la section 1.6.7.3.2.

[2508] Voir le rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-2); et le contre-rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-6).

[2509] (note de bas de page de l'original) Alors que la première des deux questions relatives à l'attrait des paquets constitue une mesure directe de la répugnance inspirée par le paquet, la seconde question demandait aux personnes interrogées d'évaluer l'attrait de l'emballage actuel "par rapport à l'année précédente." Cette question a dû paraître étrange aux participants avant l'introduction de l'emballage neutre car aucune modification notable n'avait été apportée à l'apparence de leur paquet de cigarettes. En outre, le fait de demander aux personnes interrogées d'établir des comparaisons par rapport à l'année précédente produit probablement des effets de demande, en les amenant à penser que les enquêteurs attendaient d'elles qu'elles voient une différence. Pour ces raisons, la première question directe donne probablement une meilleure indication de l'attrait des paquets, et elle a révélé une incidence de l'emballage neutre bien plus limitée par rapport à la seconde question comparative. Voir Paulhus, D. L. (1991). Measurement and control of response bias. Dans J.P. Robinson, P. R. Shaver & L. S. Wrightsman (Eds.), *Measures of personality and social psychological attitudes* (pages 17 à 59). San Diego, CA: Academic Press.

> En ce qui concerne l'attrait des produits du tabac, il apparaît que la réduction de l'attrait visuel du paquet a une certaine influence dans les évaluations faites par les personnes interrogées de la qualité, de la satisfaction et de la valeur de leurs cigarettes "par rapport à l'année précédente".[2510] Ces indicateurs de l'attrait des produits du tabac ont montré des effets statistiquement significatifs de l'introduction de l'emballage neutre et des mises en garde sanitaires explicites agrandies, dans la direction envisagée. Cependant, l'ampleur des effets était nettement moins importante (avec tous les effets limités; r's ≤ 0,30) pour l'attrait des produits que pour l'attrait des paquets.[2511]

7.954. Ces conclusions donnent à penser que Ajzen *et al.*, ayant examiné les données tirées de la NTPPTS pour le compte de la République dominicaine et de l'Indonésie, admettent que les paquets neutres ont été, "comme prévu", perçus comme étant moins attrayants, et qu'"il apparaît que la réduction de l'attrait visuel du paquet a une certaine influence dans les évaluations faites par les personnes interrogées de la qualité, de la satisfaction et de la valeur de leurs cigarettes" par rapport à l'année précédente. Nous notons que ces experts concluent également que "[c]es indicateurs de l'attrait des produits du tabac ont montré des effets statistiquement significatifs de l'introduction de l'emballage neutre et des mises en garde sanitaires explicites agrandies, *dans la direction envisagée*".[2512] Les éléments de preuve empiriques disponibles se rapportant à l'application des mesures TPP depuis leur entrée en vigueur confirment donc, plutôt qu'ils ne discréditent, la "direction envisagée", à savoir l'hypothèse reflétée dans les publications TPP selon laquelle l'emballage neutre réduirait l'attrait des produits du tabac.

7.955. Ajzen *et al.* examinent également les résultats de la NTPPTS et d'autres données concernant l'incidence des mesures TPP sur l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et concluent que ceux-ci sont mitigés et faibles dans l'ensemble[2513]: ils notent, entre autres choses, que bien que les éléments de preuve présentés laissent entendre que l'emballage neutre et les mises en garde sanitaires explicites agrandies n'ont pas d'incidence sur le rappel de risques spécifiques du tabagisme, les résultats laissent également entendre que les mesures TPP, conjointement avec les mises en garde sanitaires explicites agrandies, ont eu une incidence positive faible mais statistiquement significative sur la capacité de se rappeler une maladie représentée sur une mise en garde sanitaire explicite actuelle.[2514] Ajzen *et al.* confirment également les résultats indiqués dans une étude fondée sur les données du projet ITC, précisant l'importance des effets qu'ils décrivent comme étant "moyenne" pour l'orientation de l'attention et l'évitement des mises en garde sanitaires explicites, et "faible" pour ce qui est de remarquer les mises en garde sanitaires explicites et pour les comportements cognitifs.[2515] Ajzen *et al.* mentionnent la possibilité qu'il y ait des effets d'usure mais ne vérifient pas cette hypothèse.[2516]

7.956. Comme il est indiqué dans l'appendice A[2517], les éléments de preuve empiriques concernant l'incidence des mesures TPP sur l'attrait des cigares et des cigarillos figurent dans un seul article examiné par les pairs, dans lequel une analyse statistique descriptive indique que les fumeurs occasionnels de cigares et de cigarillos haut de gamme avec une plus grande exposition à l'emballage neutre du tabac, les fumeurs de cigarillos non haut de gamme et les participants à l'enquête en ligne ont déclaré une réduction de l'attrait perçu depuis la mise en œuvre des mesures TPP et des mises en garde sanitaires explicites agrandies.[2518] Nous jugeons ces constatations compatibles avec les constatations publiées dans les études examinées par les pairs en ce qui concerne les fumeurs de cigarettes adultes et les adolescents, qui sont passées en revue

[2510] (note de bas de page de l'original) Il convient de noter une fois de plus que les questions comparant les attributs des paquets, marques ou produits actuels avec ceux de l'année précédente sont problématiques. Lorsqu'on demande aux personnes interrogées d'établir ces comparaisons, elles doivent chercher des différences qu'elles n'auraient peut-être pas mentionnées spontanément. Il aurait mieux valu demander simplement aux participants d'évaluer les attributs des paquets et des produits à des moments différents (avant et après l'introduction de l'emballage neutre), et examiner directement tout changement, au lieu de leur demander d'indiquer des changements.

[2511] Rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-2), paragraphes 90 et 91. (italique dans l'original omis; italique ajouté)

[2512] Rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-2), paragraphes 90 et 91. (italique ajouté)

[2513] Voir l'appendice A, paragraphe 68.

[2514] Appendice A, paragraphe 37.

[2515] Appendice A, paragraphe 46.

[2516] Appendice A, paragraphe 45.

[2517] Appendice A, paragraphe 24.

[2518] Appendice A, paragraphe 32.

dans l'appendice A. De plus, nous ne voyons aucune base permettant de rejeter ces éléments de preuve dans leur intégralité.[2519]

7.957. S'agissant du relief des mises en garde sanitaires explicites, la même étude examinée par les pairs constate que, 15 mois après l'introduction des mesures TPP, les fumeurs de cigares et de cigarillos exposés à l'emballage neutre ont indiqué que les mises en garde sanitaires explicites avaient plus de relief et, dans quelques cas, de plus grandes préoccupations au sujet des mises en garde sanitaires, ainsi qu'un évitement plus important et une dissimulation plus importante.[2520] Comme il est expliqué dans l'appendice A, nous ne voyons aucune raison de rejeter l'étude dans son intégralité sur la base des critiques pertinentes.[2521] En outre, les constatations générales concernant les fumeurs de cigares et de cigarillos sont, dans une certaine mesure, conformes aux résultats indiqués dans les autres articles examinés par les pairs analysant l'incidence de l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites sur les fumeurs de cigarettes adultes.[2522]

7.958. Globalement, notre examen des éléments de preuve empiriques dont nous disposons en ce qui concerne l'incidence des mesures TPP, depuis leur entrée en vigueur, sur les résultats proximaux présentant un intérêt, tel qu'il est indiqué en détail dans l'appendice A[2523], donne à penser ce qui suit:

a. Les mesures TPP et les mises en garde sanitaires explicites agrandies ont réduit d'une manière statistiquement significative l'attrait des cigarettes chez les fumeurs adultes.

b. Les mesures TPP et les mises en garde sanitaires explicites agrandies ont augmenté d'une manière statistiquement significative l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites en ce qui concerne le relief des mises en garde sanitaires, l'évitement des étiquettes sanitaires explicites et la dissimulation des paquets chez les fumeurs de cigarettes adultes, quoique modérément pour certains résultats, tandis que l'incidence des mesures TPP et des mises en garde sanitaires explicites agrandies sur les convictions en matière de santé des fumeurs de cigarettes adultes est relativement plus limitée et nuancée.

c. Les mesures TPP et les mises en garde sanitaires explicites agrandies ont eu une incidence plus mitigée et plus limitée sur l'aptitude du paquet à induire les fumeurs de cigarettes adultes en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme.

d. Bien que les mesures TPP (conjointement aux mises en garde sanitaires explicites agrandies) aient contribué d'une manière statistiquement significative à la réduction de l'attrait des cigarettes chez les adolescents, leur incidence (de même que celle des mises en garde sanitaires explicites agrandies) a été bien plus limitée sur les convictions en matière de santé des adolescents et leur traitement cognitif des renseignements de mise en garde figurant sur les paquets de cigarettes. De même, l'incidence des mesures TPP (et des mises en garde sanitaires explicites agrandies) sur l'aptitude du paquet à induire les adolescents en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme est plus mitigée et plus limitée.

e. L'attrait perçu de l'emballage a diminué avec l'exposition des fumeurs de cigares et de cigarillos aux mesures TPP (et aux mises en garde sanitaires explicites agrandies). En outre, le relief des mises en garde sanitaires et la dissimulation des paquets ont augmenté chez les fumeurs de cigares et de cigarillos, mais les éléments de preuve sont mitigés pour ce qui est des convictions en matière de santé.

7.2.5.3.6.2 Incidence des mesures TPP sur les résultats liés à l'arrêt du tabagisme et d'autres résultats distaux

7.959. Les parties ont présenté comme pièces et analysé plusieurs études examinées par les pairs au sujet de l'incidence postérieure à la mise en œuvre des mesures TPP et des mises en garde

[2519] Appendice A, paragraphe 32.
[2520] Appendice A, paragraphe 71.
[2521] Appendice A, paragraphe 71.
[2522] Appendice A, paragraphe 71.
[2523] Appendice A, conclusions générales, paragraphe 86.

sanitaires explicites agrandies sur les connaissances liées à l'arrêt du tabac, la dissimulation des paquets et les tentatives d'arrêter de fumer.[2524]

7.960. L'Australie estime que ces études confirment que les mesures TPP ont entraîné une augmentation des appels passés à Quitline et du nombre de tentatives d'arrêter de fumer.[2525] Elle estime en outre que certaines données d'enquête ont des caractéristiques plus appropriées pour détecter des changements dans les résultats proximaux (à savoir, l'attrait des produits du tabac, l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et l'aptitude de l'emballage du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme) que pour détecter des changements dans les variables plus distales, comme les intentions et les comportements liés à l'arrêt du tabac.[2526]

7.961. Les plaignants estiment que les mesures TPP n'ont pas eu les effets attendus sur les antécédents de comportement déclarés dans le cadre conceptuel australien des mesures TPP.[2527] En particulier, les experts de la République dominicaine et de l'Indonésie soutiennent que, au-delà des constatations évidentes selon lesquelles le paquet est moins attrayant sur le plan visuel et les individus remarquent plus souvent les mises en garde sanitaires explicites agrandies en premier, les éléments de preuve empiriques montrent que les politiques ont peu d'effets, voire aucun, sur les antécédents de comportement. Les plaignants font en outre valoir que les éléments de preuve empiriques montrent que les mesures TPP n'ont eu aucune incidence sur les variables relatives à l'arrêt du tabac et à la récidive.[2528] La République dominicaine et l'Indonésie ont présenté des rapports d'expert consacrés à l'examen d'une série d'articles examinés par les pairs évaluant l'incidence des mesures TPP sur les résultats liés à l'arrêt du tabagisme. Dans certains cas, les experts des plaignants ont également effectué une nouvelle analyse des données utilisées dans les études.[2529]

7.962. En outre, les experts de la République dominicaine et de l'Indonésie soutiennent que certaines des études empiriques publiées invoquées par l'Australie donnent une image inexacte des éléments de preuve empiriques. Selon eux, certains de ces articles ne présentent pas les résultats relatifs à plus de la moitié de toutes les variables disponibles dans l'ensemble des données d'enquête, dont la très grande majorité n'étaient pas statistiquement significatives, ce qui donne à penser que l'emballage neutre n'a eu aucune incidence sur ces variables. Les plaignants soutiennent que les auteurs de certaines de ces études n'ont pas non plus expliqué qu'un certain nombre des effets statistiquement significatifs indiqués avaient "disparu" à la fin de la première année de mise en œuvre des mesures TPP par l'Australie en raison d'effets d'usure. La République dominicaine et l'Indonésie reprochent en outre à ces articles de ne pas indiquer l'importance des effets statistiquement significatifs. Selon leurs experts, la plupart des effets statistiquement significatifs indiqués sont faibles, ce qui donne à penser que les mesures TPP ont peu d'importance pour modifier le comportement. Les plaignants reprochent également aux auteurs de l'une des études d'avoir éliminé les effets d'une tendance quotidienne inexistante dans les réponses à l'enquête, ce qui a faussé l'analyse étant donné que des effets statistiquement significatifs ont été constatés à tort.[2530]

7.963. Ces éléments de preuve sont examinés en détail dans l'appendice B. Globalement, notre examen des éléments de preuve empiriques dont nous disposons en ce qui concerne les résultats liés à l'arrêt du tabagisme et d'autres résultats distaux, donne à penser ce qui suit:

[2524] Certains de ces articles analysent aussi des variables de résultat plus proximales en ce qui concerne l'attrait, l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et l'aptitude des paquets à induire en erreur, qui sont examinées dans l'appendice A des présents rapports.

[2525] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 464.

[2526] Australie, observations sur les réponses des plaignants à la question n° 197 du Groupe spécial, paragraphes 371 à 375.

[2527] Voir le rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-2); le deuxième rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-4); le contre-rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-6); le deuxième contre-rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-8); le contre-rapport supplémentaire Klick (pièce HND-122); et le deuxième contre-rapport supplémentaire Klick (pièce HND-165).

[2528] Voir le rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-2), paragraphes 10 à 22; et le contre-rapport supplémentaire Klick (pièce HND-122), paragraphe 100.

[2529] Voir le rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-2); le deuxième rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-4); le contre-rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-6); le deuxième contre-rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-8); et le rapport Klick (pièce UKR-5).

[2530] Voir le rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-2), paragraphes 23 à 27.

a. L'incidence des mesures TPP et des mises en garde sanitaires explicites agrandies sur les intentions d'arrêter de fumer et les réactions cognitives liées à l'arrêt du tabagisme des fumeurs de cigarettes adultes est limitée et mitigée.

b. Les mesures TPP et les mises en garde sanitaires explicites agrandies ont eu une incidence positive statistiquement significative sur les comportements d'évitement, tels que la dissimulation du paquet, chez les fumeurs de cigarettes adultes, alors que leur incidence sur le fait d'écraser sa cigarette et d'arrêter de fumer est bien plus limitée et mitigée.

c. Bien que les mesures TPP et les mises en garde sanitaires explicites agrandies aient fait augmenter d'une manière statistiquement significative les appels passés à Quitline, l'incidence observée sur les tentatives d'arrêter de fumer est très limitée et mitigée.

d. Les éléments de preuve empiriques concernant l'incidence des mesures TPP et des mises en garde sanitaires explicites agrandies sur les résultats liés à l'arrêt du tabagisme chez les adolescents sont limités. Ils donnent à penser que l'incidence des mesures TPP et des mises en garde sanitaires explicites agrandies sur l'abstention de fumer des cigarettes chez les adolescents et sur le fait de penser à arrêter de fumer n'est pas statistiquement significative. Aucun élément de preuve empirique n'a été présenté sur la dissimulation du paquet chez les fumeurs adolescents.

e. Les éléments de preuve empiriques concernant l'incidence des mesures TPP et des mises en garde sanitaires explicites agrandies sur les résultats liés à l'arrêt du tabagisme chez les fumeurs de cigares et de cigarillos sont limités. Ils donnent à penser qu'il y a eu une augmentation de la proportion des fumeurs de cigares et de cigarillos haut de gamme et des fumeurs de cigarillos non haut de gamme qui ont déclaré avoir transféré les cigares et les cigarillos de leur boîte dans une cave à cigares, ou dans un boîtier sans marque, ou avoir dissimulé leur paquet, ainsi qu'une augmentation de la proportion des fumeurs de cigarillos non haut de gamme qui envisageaient d'arrêter de fumer.

7.2.5.3.6.3 Incidence des mesures TPP sur les comportements tabagiques

7.964. D'une manière générale, les plaignants considèrent que les données sur la prévalence et sur les ventes de tabac permettent une évaluation objective des effets réels d'une modification de l'apparence des produits du tabac et de leur l'emballage sur le comportement.[2531]

7.965. La République dominicaine et l'Indonésie font valoir que les éléments de preuve empiriques se rapportant à l'application des mesures TPP depuis leur entrée en vigueur donnent à penser que les gens apprécient moins les paquets neutres que les paquets de marque, mais que cela ne se traduit pas dans toutes les variables évaluant l'attrait des produits du tabac, étant donné que l'emballage neutre n'influence pas l'attrait du tabagisme et n'a presque aucun effet sur l'attrait du paquet et des produits du tabac chez les adolescents non fumeurs.[2532] Dans un rapport d'expert présenté par le Honduras et la République dominicaine, Ajzen *et al.* font en outre valoir que les mesures TPP n'ont eu aucune incidence positive en aval sur les intentions, et les tentatives, d'arrêter de fumer des fumeurs et qu'elles n'ont entraîné aucun changement dans le comportement tabagique effectif des fumeurs.[2533]

7.966. L'Australie considère que, aux premiers stades de l'introduction des mesures, il vaut mieux mesurer les résultats qui en découlent sur la base des expériences et des études qui examinent les mobiles de choix, les attitudes et la manifestation des intentions comportementales. Elle a néanmoins procédé à une analyse économétrique des données relatives à la prévalence du tabagisme et à la consommation depuis l'entrée en vigueur des mesures TPP.

[2531] Voir, par exemple, République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 48 à 50; Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 31; Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 40; et Indonésie, première communication écrite, paragraphes 112 à 117.

[2532] Voir le contre-rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-6), paragraphes 44 à 51.

[2533] Voir le rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-2), paragraphes 167 à 173 et 221 à 224.

7.967. Nous examinons plus loin les éléments de preuve qui nous ont été présentés concernant l'évolution de la prévalence du tabagisme et de la consommation de produits du tabac en Australie depuis l'entrée en vigueur des mesures TPP.

Incidence des mesures TPP sur la prévalence du tabagisme

7.968. Un certain nombre de rapports d'expert présentés par les parties sont consacrés, en partie ou en totalité, à l'évaluation de la contribution des mesures TPP à la réduction de la prévalence du tabagisme.[2534] Ces rapports d'expert s'appuient sur différentes bases de données, analyses statistiques et méthodes économétriques pour déterminer si l'emballage neutre du tabac et les mises en garde sanitaires explicites agrandies ont contribué à la réduction de la prévalence du tabagisme.

7.969. Les plaignants font valoir que l'ensemble des études statistiques et économétriques empiriques réalisées par leurs experts concluent que les mesures TPP n'ont pas réduit la prévalence de la consommation de cigarettes et de cigares.[2535] Ils ont également laissé entendre initialement que les mesures TPP "avaient produit des effets contraires" en faisant augmenter la prévalence du tabagisme chez les jeunes[2536], même s'ils n'ont pas maintenu cet argument aux stades ultérieurs des procédures.

7.970. Nonobstant sa position selon laquelle, aux premiers stades de l'introduction des mesures, la façon la plus appropriée de discerner les effets de ces dernières consistait à s'appuyer sur des expériences et des enquêtes qui étudiaient les mobiles de choix, les attitudes et finalement la manifestation des intentions comportementales, l'Australie a procédé à une estimation économétrique de l'incidence des mesures TPP sur la prévalence du tabagisme, en réponse aux communications des plaignants.[2537] Elle fait valoir que, lorsqu'on utilise les ensembles de données disponibles les plus appropriés et qu'on corrige les défauts des modèles économétriques avancés par les experts des plaignants, les résultats montrent que ces mesures ont déjà contribué à la réduction de la prévalence de la consommation de cigarettes et de cigares.[2538]

7.971. Les approches proposées par les parties pour analyser les tendances de la prévalence du tabagisme ont évolué au cours des procédures. Globalement, elles traitent des trois principaux aspects suivants, examinés en détail dans l'appendice C:

a. premièrement, les parties ont présenté des données économiques et des analyses statistiques descriptives visant à déterminer si la prévalence du tabagisme avait diminué après la mise en œuvre des mesures TPP;

[2534] Voir le rapport Chipty (pièce AUS-17); le rapport supplémentaire Chipty (pièce AUS-511); le contre-rapport Chipty (pièce AUS-535) (RSC); la réponse au contre-rapport Chipty (pièce AUS-586); le deuxième contre-rapport Chipty (pièce AUS-591); le troisième contre-rapport Chipty (pièce AUS-605); le contre-rapport Chaloupka (pièce AUS-582); le troisième contre-rapport Chaloupka (pièce AUS-604); le rapport List (pièce DOM/IDN-1); le contre-rapport List; (pièce DOM/IDN-3); le deuxième rapport supplémentaire List (pièce DOM/IDN-5); le troisième rapport supplémentaire List (pièce DOM/IDN-7); le résumé du rapport List (pièce DOM/IDN-9); le rapport IPE (pièce DOM-100); le rapport IPE actualisé (pièce DOM-303); le deuxième rapport IPE actualisé (pièce DOM-361); le troisième rapport IPE actualisé (pièce DOM-375); le résumé du rapport IPE (pièce DOM-379); le rapport Klick (pièce UKR-5); le contre-rapport Klick (pièce HND-118); le contre-rapport supplémentaire Klick (pièce HND-122); le deuxième contre-rapport supplémentaire Klick (pièce HND-165); le troisième contre-rapport supplémentaire Klick (pièce HND-166); et le quatrième contre-rapport supplémentaire Klick (pièce HND-169).

[2535] Voir Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 56 à 60; République dominicaine, observations sur les réponses aux questions du Groupe spécial après la deuxième réunion de fond, paragraphes 681 et 682; Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 276 et 277; et Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 192.

[2536] Voir Honduras, première communication écrite, paragraphe 395; République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 523; Cuba, première communication écrite, paragraphe 163; et Indonésie, première communication écrite, paragraphe 412.

[2537] Voir Australie, première communication écrite, paragraphe 670. En fait, l'Australie a allégué que l'incidence de l'emballage neutre devait être étudiée via son mécanisme, en examinant son incidence sur les résultats autres que comportementaux, à savoir: 1) la réduction de l'attrait des produits du tabac, 2) l'augmentation de l'efficacité des mises en garde sanitaires et 3) la diminution de l'aptitude du paquet à induire en erreur. Elle a fait référence à la série d'études examinées par les pairs publiées dans la revue *Tobacco Control*.

[2538] Voir Australie, observations sur la réponse des plaignants à la question n° 197 du Groupe spécial, paragraphe 214.

b. deuxièmement, l'Australie, le Honduras, l'Indonésie et la République dominicaine ont présenté des analyses statistiques pour déterminer s'il y avait eu une rupture dans la tendance de la prévalence du tabagisme après la mise en œuvre des mesures TPP et, en particulier, si la baisse de la prévalence du tabagisme s'était accélérée après cette mise en œuvre; et

c. enfin, l'Australie, le Honduras, l'Indonésie et la République dominicaine ont présenté des analyses économétriques pour déterminer si les mesures TPP avaient contribué à une réduction de la prévalence du tabagisme en discernant et en quantifiant les différents facteurs qui pouvaient expliquer l'évolution de la prévalence du tabagisme.

7.972. Sur la base d'un examen des données disponibles et des éléments de preuve économétriques les plus récents présentés par les parties, tel qu'il est indiqué en détail dans l'appendice C, nous constatons ce qui suit:

a. il existe des éléments de preuve indiquant que la prévalence globale du tabagisme en Australie a continué de diminuer après l'introduction des mesures TPP;

b. il apparaît que la tendance à la baisse de la prévalence globale du tabagisme en Australie s'est accélérée pendant la période postérieure à l'emballage neutre du tabac; et

c. bien qu'il soit impossible d'établir une distinction entre l'incidence de l'emballage neutre du tabac et l'incidence des mises en garde sanitaires explicites agrandies sur la base des éléments de preuve empiriques présentés, certains éléments de preuve économétriques donnent à penser que les mesures TPP, conjointement avec les mises en garde sanitaires explicites agrandies mises en œuvre au même moment, ont contribué à la réduction de la prévalence globale du tabagisme, y compris la prévalence de la consommation de cigares, depuis leur entrée en vigueur.

Incidence des mesures TPP sur la consommation et les volumes des ventes de produits du tabac

7.973. Un certain nombre de rapports d'expert sont consacrés, en partie ou en totalité, à l'examen des éléments de preuve se rapportant à l'évolution de la consommation de produits du tabac depuis l'entrée en vigueur des mesures TPP.[2539] Différentes bases de données, analyses statistiques et méthodes économétriques ont été proposées pour déterminer si l'emballage neutre du tabac et les mises en garde sanitaires explicites agrandies avaient contribué à la réduction de la consommation des cigarettes.

7.974. Comme dans le cas de l'analyse de la prévalence du tabagisme, l'un des seuls points d'accord entre les parties est que les éléments de preuve économétriques empiriques concernant la consommation de cigarettes qui ont été présentés n'établissent pas de distinction entre l'incidence de l'emballage neutre du tabac et l'incidence des mises en garde sanitaires explicites agrandies sur les ventes ou la consommation de cigarettes, parce que les deux mesures ont été mises en œuvre exactement au même moment.[2540]

[2539] Voir le rapport Chipty (pièce AUS-17); le rapport supplémentaire Chipty (pièce AUS-511); le contre-rapport Chipty (pièce AUS-535) (RSC); la réponse au contre-rapport Chipty (pièce AUS-586); le deuxième contre-rapport Chipty (pièce AUS-591); le troisième contre-rapport Chipty (pièce AUS-605); le rapport List (pièce DOM/IDN-1); le contre-rapport List (pièce DOM/IDN-3); le deuxième rapport supplémentaire List (pièce DOM/IDN-5); le troisième rapport supplémentaire List (pièce DOM/IDN-7); le résumé du rapport List (pièce DOM/IDN-9); le rapport IPE (pièce DOM-100); le rapport IPE actualisé (pièce DOM-303); le deuxième rapport IPE actualisé (pièce DOM-361); le troisième rapport IPE actualisé (pièce DOM-375); le résumé du rapport IPE (pièce DOM-379); le rapport Klick (pièce UKR-5); le contre-rapport Klick (pièce HND-118); le contre-rapport supplémentaire Klick (pièce HND-122); le deuxième contre-rapport supplémentaire Klick (pièce HND-165); le troisième contre-rapport supplémentaire Klick (pièce HND-166); le quatrième contre-rapport supplémentaire Klick (pièce HND-169); le rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-2); et le deuxième rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-4).

[2540] Voir Australie, première communication écrite, paragraphe 518; République dominicaine, réponse à la question n° 8 du Groupe spécial, paragraphe 61; Honduras, réponses à la question n° 8 du Groupe spécial; Indonésie, réponse à la question n° 8 du Groupe spécial, paragraphe 8.

7.975. Les plaignants font valoir que toutes les études statistiques et économétriques empiriques effectuées par leurs experts montrent que les mesures TPP n'ont pas fait baisser les volumes des ventes ou la consommation de cigarettes.[2541] Ils ont même laissé entendre initialement que les mesures TPP "avaient produit des effets contraires" en faisant augmenter les ventes de tabac.[2542] Cet argument n'a toutefois pas été développé plus tard dans les procédures.

7.976. Nonobstant son affirmation selon laquelle il était trop tôt pour étudier l'incidence de l'emballage neutre du tabac sur la consommation de tabac, l'Australie a présenté des rapports d'expert estimant l'incidence des mesures TPP sur les ventes de cigarettes, en réponse aux communications des plaignants.[2543] Elle soutient que, dès lors qu'on utilise les ensembles de données disponibles les plus appropriés (à savoir les données relatives aux ventes sur le marché) et qu'on corrige les défauts des modèles économétriques avancés par les experts des plaignants, les résultats économétriques montrent que les mesures TPP ont déjà contribué à leurs objectifs en faisant baisser les volumes des ventes de cigarettes.[2544]

7.977. Comme dans le cas de la discussion concernant la prévalence du tabagisme, les approches présentées par les parties pour analyser les volumes des ventes et la consommation de cigarettes ont évolué au cours des procédures. Globalement, celles-ci traitent des trois principaux aspects suivants, examinés en détail dans l'appendice D:

a. premièrement, les parties ont présenté des données économiques et des analyses statistiques descriptives visant à déterminer si les ventes ou la consommation de cigarettes avaient diminué après la mise en œuvre des mesures TPP[2545];

b. deuxièmement, l'Australie, l'Indonésie et la République dominicaine ont présenté des analyses statistiques pour déterminer s'il y avait eu une rupture dans la tendance des ventes de cigarettes après la mise en œuvre des mesures TPP et, en particulier, si la baisse des volumes des ventes de cigarettes s'était accélérée au cours de la période postérieure à l'emballage neutre du tabac; et

c. enfin, l'Australie, le Honduras, l'Indonésie et la République dominicaine, ont présenté des analyses économétriques pour déterminer si les mesures TPP avaient contribué à la baisse des ventes ou de la consommation de cigarettes en discernant et en quantifiant les différents facteurs qui pouvaient expliquer l'évolution des ventes ou de la consommation de cigarettes.

7.978. Les parties ont également présenté et examiné une analyse graphique et descriptive des données sur le commerce des cigares.

[2541] Voir République dominicaine, observations sur les réponses aux questions du Groupe spécial après la deuxième réunion de fond, paragraphes 681 et 682; Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 56 et 60; Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 192; Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 276 et 277.

[2542] Voir Indonésie, première communication écrite, paragraphe 412; Cuba, première communication écrite, paragraphe 163; République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 523; Honduras, première communication écrite, paragraphe 395.

[2543] Voir Australie, première communication écrite, paragraphe 670. En fait, l'Australie a allégué que l'incidence de l'emballage neutre du tabac devait être étudiée via son mécanisme, en examinant son incidence sur les résultats autres que comportementaux, à savoir: 1) la réduction de l'attrait des produits du tabac, 2) l'augmentation de l'efficacité des mises en garde sanitaires et 3) la diminution de l'aptitude du paquet à induire en erreur. Elle a fait référence à la série d'études examinées par les pairs publiées dans la revue *Tobacco Control*.

[2544] Voir Australie, observations sur les réponses aux questions du Groupe spécial après la deuxième réunion de fond, paragraphe 214.

[2545] Nous notons que les parties ont également présenté des données sur la valeur et le volume des importations australiennes de tabac, y compris de cigares et de cigarillos. Voir le rapport HoustonKemp (pièce AUS-19) (RSC); République dominicaine, réponse à la question n° 5 du Groupe spécial; Honduras, réponse à la question n° 5 du Groupe spécial; Cuba, réponse à la question n° 5 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial); et Indonésie, réponse à la question n° 5 du Groupe spécial. Ces données ne sont pas examinées en l'espèce parce qu'elles n'ont été utilisées dans aucun des rapports économétriques présentés par les parties.

7.979. Globalement, sur la base d'un examen des données disponibles et des éléments de preuve les plus récents présentés par les parties[2546], tel qu'il est indiqué en détail dans l'appendice D, nous constatons ce qui suit:

a. il existe des éléments de preuve indiquant que les ventes de cigarettes en Australie ont continué de diminuer après l'introduction des mesures TPP;

b. il apparaît que la tendance à la baisse des ventes de cigarettes en Australie s'est accélérée pendant la période postérieure à l'emballage neutre du tabac;

c. bien qu'il soit impossible d'établir une distinction entre l'incidence de l'emballage neutre du tabac et l'incidence des mises en garde sanitaires explicites agrandies, certains éléments de preuve économétriques donnent à penser que les mesures TPP, conjointement avec les mises en garde sanitaires explicites agrandies mises en œuvre au même moment, ont contribué à la réduction des ventes en gros de cigarettes et donc à celle de la consommation de cigarettes, après leur entrée en vigueur; et

d. les éléments de preuve qui nous ont été présentés concernant l'évolution de la consommation de cigares pendant la période postérieure à l'emballage neutre du tabac sont plus limités et ne nous permettent pas de formuler des conclusions claires concernant l'effet des mesures TPP sur la consommation de cigares en Australie.

[2546] Nous prenons note des analyses théoriques et des simulations fondées sur des données antérieures à la mise en œuvre qui figurent dans les rapports d'expert présentés par le professeur Neven et le professeur Katz en ce qui concerne l'effet des mesures TPP sur la consommation, entre autres variables de résultat. Voir le rapport Neven (pièce UKR-3) (RSC); le contre-rapport Neven (pièce HND-123); le rapport Katz (pièce AUS-18); et la réponse au contre-rapport Katz (pièce AUS-584). Pour ce qui est de l'analyse théorique, nous notons que le professeur Neven et le professeur Katz arrivent à des conclusions différentes en ce qui concerne les effets de l'emballage neutre sur le prix des cigarettes et la consommation. Le professeur Katz est d'avis que les prix augmenteront à mesure que les fabricants réagiront à l'emballage neutre en "récoltant" les fumeurs captifs et que la consommation reculera. Le professeur Neven, au contraire, fait valoir ce qui suit: 1) la stratégie de récolte ("*harvesting strategy*") est un cas très particulier et ne correspond pas à la réaction qu'on attend normalement des producteurs; 2) sur le marché australien du tabac où il y a des marques fortes et des marques faibles, une stratégie de récolte renforcerait la descente en gamme en faisant augmenter le prix des cigarettes haut de gamme par rapport à celui des marques bon marché; et 3) la hausse des prix associée à une stratégie de récolte sera probablement transitoire et les prix à long terme diminueront probablement. Il prévoit que l'emballage neutre fera baisser le prix des cigarettes et augmenter la consommation.

En ce qui concerne les simulations, le professeur Neven suppose que l'emballage neutre a, d'une part, un effet modéré sur la volonté des consommateurs de payer mais que, d'autre part, il réduit notablement la différenciation, ce qui génère une diminution des prix suffisante pour provoquer une augmentation globale de la consommation. Dans son contre-rapport, le professeur Katz observe que les prix ont augmenté et que la consommation a reculé pendant l'année qui a suivi la mise en œuvre de l'emballage neutre. Il montre en outre que dans le cadre d'un ensemble d'hypothèses différent, le modèle du professeur Neven peut générer les effets observés. Le professeur Neven répond qu'il ne s'est pas écoulé suffisamment de temps pour que les effets à long terme de l'emballage neutre se concrétisent, et que la méthode de simulation devrait être considérée comme étant une autre méthode centrée sur les effets à long terme et fournissant donc des éléments de preuve complétant l'analyse empirique *ex-post*. Contre-rapport Neven (pièce HND-123) paragraphe 6.

Nous observons que, en fonction des hypothèses retenues, le modèle du professeur Neven peut prévoir soit que l'emballage neutre fera augmenter la consommation de cigarettes soit qu'il la fera baisser. Les professeurs Neven et Katz sont en désaccord sur la façon dont l'emballage neutre affecte la volonté des consommateurs de payer, c'est-à-dire sur l'importance relative de l'effet d'"expansion du marché" par rapport à l'effet de "prise de parts de marché". Ils sont également en désaccord sur la façon dont les producteurs ajustent leurs prix en réponse à l'emballage neutre, ce qui explique pourquoi ils arrivent à des prévisions différentes en ce qui concerne les effets de l'emballage neutre sur la consommation. Ils sont par ailleurs en désaccord sur la façon dont les effets à long terme devraient être évalués par rapport aux effets à court terme dans le cas où les deux diffèrent. Selon nous, ni l'analyse théorique ni les simulations ne fournissent des éléments de preuve concluants qui contredisent les constatations du Groupe spécial fondées sur le reste des éléments de preuve présentés. Nous notons que, s'agissant de l'évaluation des résultats à court terme et des résultats à long terme, le professeur Neven n'explique pas pourquoi son modèle prédit le long terme plutôt que le court terme, lorsque le long terme est défini comme étant ce qui risque d'arriver après "au moins un certain nombre d'années". Rapport Neven (pièce UKR-3), note de bas de page 41. En ce qui concerne ce point particulier, il exprime un avis divergent de celui des plaignants qui, d'une manière générale, font valoir que les effets de l'emballage neutre auraient dû se manifester peu après la mise en œuvre. En outre, il n'explique pas comment, dans la mesure où l'emballage neutre génère des effets positifs à court terme, ces effets positifs devraient être évalués par rapport aux effets de cet emballage à long terme. Voir, par exemple, les paragraphes 7.1181 et 7.1215.

7.2.5.3.6.4 Conclusion générale concernant les éléments de preuve se rapportant à l'application des mesures TPP depuis leur entrée en vigueur

7.980. Toutes les parties reconnaissent la difficulté inhérente qu'il y a, lorsqu'on évalue l'incidence des mesures TPP depuis leur entrée en vigueur, à discerner leur effet de celui des autres facteurs contribuant aux résultats présentant un intérêt, tant proximaux que plus distaux. En particulier, l'application simultanée des mises en garde sanitaires explicites agrandies, entrées en vigueur en même temps que les mesures TPP, complique l'évaluation de l'effet réel des mesures TPP.

7.981. À cet égard, les observations de l'Organe d'appel sur les difficultés de discerner la contribution d'une mesure prise dans le contexte d'une politique globale sont particulièrement pertinentes:

> Nous reconnaissons que certains problèmes complexes liés à la santé publique ou à l'environnement peuvent être traités uniquement au moyen d'une politique globale comprenant de multiples mesures interdépendantes. À court terme, il peut être difficile de discerner la contribution apportée par une mesure spécifique à la réalisation d'objectifs concernant la santé publique ou l'environnement de celles qui sont imputables aux autres mesures faisant partie de la même politique globale. De plus, les résultats obtenus grâce à certaines actions – par exemple, des mesures adoptées en vue d'atténuer le réchauffement de la planète et le changement du climat, ou certaines actions préventives visant à réduire l'incidence de maladies qui peuvent ne se manifester qu'après un certain temps – peuvent uniquement être évalués avec le recul.[2547]

7.982. Nous notons également les observations de l'Organe d'appel concernant le type d'éléments de preuve susceptibles d'être pertinents dans ces situations pour établir que la mesure en cause contribue aux objectifs poursuivis concernant la protection de la santé publique ou de l'environnement, y compris des "éléments de preuve ou des données, concernant le passé ou le présent" ainsi que des "projections quantitatives pour l'avenir, ou … un raisonnement qualitatif fondé sur un ensemble d'hypothèses qui sont vérifiées et étayées par des éléments de preuve suffisants".[2548]

7.983. Comme il est indiqué plus haut, les mesures TPP sont censées, de par leur conception, fonctionner conjointement avec un éventail d'autres mesures de lutte antitabac, y compris des mises en garde sanitaires explicites efficaces. Dans ce contexte, il semble inévitable de procéder à l'évaluation des résultats réels en présence de ces autres mesures, y compris des mises en garde sanitaires explicites, dont on pourrait attendre qu'elles affectent au moins dans une certaine mesure la capacité de discerner l'effet de l'emballage neutre, qui s'applique en présence de ces mises en garde sanitaires explicites.

7.984. Nonobstant cette contrainte, nous considérons que les éléments de preuve qui nous ont été présentés éclairent utilement, au moment de notre évaluation, la contribution des mesures TPP à l'objectif de l'Australie d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits. Comme il est indiqué plus haut, divers éléments de preuve ont été présentés dans les présentes procédures, et examinés, qui visaient à identifier les effets des mesures TPP depuis leur entrée en vigueur. Comme il est analysé en détail dans les appendices A à D, ces éléments de preuve se rapportent à chacun des résultats proximaux présentant un intérêt (attrait des produits du tabac, efficacité des mises en garde sanitaires explicites et aptitude du paquet à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs des produits du tabac), à certains résultats comportementaux liés au tabagisme et aux comportements tabagiques effectifs (les ventes et la consommation de produits du tabac ainsi que la prévalence du tabagisme).

7.985. Nous notons que certains des résultats indiqués concernant les résultats proximaux ou "autres que comportementaux" sont mitigés. Néanmoins, les éléments de preuve qui nous ont été présentés, y compris l'examen des propres experts des plaignants concernant les données recueillies dans une enquête nationale de suivi réalisée spécifiquement pour évaluer l'incidence des mesures TPP, sont compatibles avec l'opinion selon laquelle, conjointement aux mises en garde

[2547] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques*, paragraphe 151. (note de bas de page omise)
[2548] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques*, paragraphe 151.

sanitaires explicites agrandies, ces mesures ont entraîné en particulier une réduction de l'attrait des produits du tabac, comme il est envisagé dans les publications TPP, et un plus grand relief des mises en garde sanitaires explicites.

7.986. Le fait que les tendances préexistantes à la baisse de la prévalence du tabagisme ainsi que des ventes et de la consommation globales de produits du tabac n'ont pas seulement continué mais se sont accélérées depuis la mise en œuvre des mesures TPP, et que ces mesures et les mises en garde sanitaires explicites agrandies ont eu une incidence négative et statistiquement significative sur la prévalence du tabagisme et les ventes en gros de cigarettes, est également compatible avec l'hypothèse selon laquelle les mesures ont eu une incidence sur les comportements tabagiques effectifs, en dépit du fait que l'on pourrait s'attendre à ce qu'une partie des résultats comportementaux ciblés se manifestent à plus longue échéance. Nous notons à cet égard les éléments de preuve limités qui nous ont été présentés traitant de la relation entre les résultats proximaux observés et les comportements tabagiques effectifs, ce qui donne à penser qu'il faudra procéder à une analyse plus approfondie à cet égard.

7.2.5.3.7 Incidence des mesures TPP sur le commerce illicite

7.2.5.3.7.1 Principaux arguments des parties

7.987. Le Honduras fait valoir qu'"une augmentation de la consommation des produits du tabac illicites implique également une augmentation de la prévalence générale du tabagisme en Australie"[2549], ce qui compromet directement "l'objectif poursuivi par l'Australie au moyen des mesures concernant l'emballage neutre, à savoir la réduction de la prévalence du tabagisme".[2550] Il estime que les mesures TPP ont encouragé les opérateurs illicites à poursuivre la vente de paquets de marque illicites et à introduire des paquets neutres illicites imitant les paquets conformes[2551], et qu'elles donnent aux opérateurs illégaux la possibilité de fournir des produits "ayant le même format avec indication de la marque complète que celui qui était utilisé avant l'adoption des mesures de l'Australie".[2552] S'appuyant sur le rapport CMZ, le Honduras ajoute que "[l]a nécessité de marques familières peut également se traduire par une demande plus élevée pour les paquets de marque de contrefaçon".[2553] Selon lui, il "peut devenir de plus en plus facile [d'induire les fumeurs en erreur] dans un environnement utilisant l'emballage neutre, à mesure que les fumeurs seront moins familiarisés avec l'apparence des produits entièrement recouverts de marques au fil du temps".[2554] En outre, il fait valoir que les mesures TPP ont encouragé l'offre d'une catégorie de produits connus sous le nom de "marques blanches illicites", tant avec un format avec indication de la marque complète que dans des paquets neutres.[2555] Le Honduras fait également valoir que les mesures TPP encouragent non seulement l'offre de produits illicites, mais aussi la demande des consommateurs pour ces produits du fait de la sensibilité aux prix et d'une perte de la fidélité à la marque.[2556]

7.988. La République dominicaine fait valoir que les mesures TPP ont probablement fait augmenter les niveaux du commerce illicite en Australie.[2557] À l'appui de cette affirmation, la République dominicaine invoque un rapport élaboré par KPMG, intitulé "Le tabac illicite en Australie" (rapport KPMG)[2558], signalant des augmentations relatives pour certaines catégories de produits du tabac illicites, ainsi que des données sur les saisies de l'Administration australienne

[2549] Honduras, première communication écrite, paragraphe 564.
[2550] Honduras, première communication écrite, paragraphe 564.
[2551] Honduras, première communication écrite, paragraphe 551.
[2552] Honduras, première communication écrite, paragraphe 552. Le Honduras fait valoir que les consommateurs qui cherchent à acheter leurs marques préférées dans le même format que celui datant d'avant la mise en œuvre des mesures TPP "peuvent à présent décider d'acheter un produit de contrebande même si cela implique d'aller sur le marché illicite pour la première fois". Honduras, première communication écrite, paragraphe 554.
[2553] Honduras, première communication écrite, paragraphe 555.
[2554] Honduras, première communication écrite, paragraphe 555. Voir aussi *ibid.*, paragraphes 557 et 558.
[2555] Honduras, première communication écrite, paragraphes 556, 559 et 560.
[2556] Honduras, première communication écrite, paragraphe 561.
[2557] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 534.
[2558] KPMG, "Illicit Tobacco in Australia: 2013 Full Year Report", (3 April 2014), (rapport KPMG de 2013) (pièces HND-67, DOM-98, IDN-41), page 6.

des douanes et de la protection aux frontières (ACBPS) indiquant une augmentation des détections du commerce illicite entre la période 2011/12 et la période 2012/13.[2559]

7.989. La République dominicaine fait en outre valoir que les mesures TPP "développent les possibilités de concurrence des producteurs *illégaux* aux dépens des producteurs *légaux*"[2560] parce que "seul le marché illicite est à même de fournir des offres de produits de marque dans un environnement utilisant l'emballage neutre".[2561] En faisant référence au rapport d'expert élaboré par les professeurs Chaudhry, Murray et Zimmerman (rapport CMZ)[2562], qu'elle a présenté conjointement avec le Honduras, la République dominicaine fait valoir que les produits illicites de contrefaçon sont devenus plus faciles à produire et plus difficiles à détecter[2563], et que le prix moins élevé du tabac illicite devient plus attractif pour les consommateurs dans le cadre des mesures TPP.[2564]

7.990. Cuba estime que les mesures TPP n'ont pas réduit la prévalence du tabagisme et que le commerce illicite a nettement progressé en Australie depuis leur introduction.[2565]

7.991. L'Indonésie fait valoir que les mesures TPP contribuent à "un transfert de la consommation des produits du tabac de marque, plus coûteux" vers, entre autres choses, des produits illicites.[2566] Faisant référence au rapport KPMG, elle fait valoir que le niveau de la consommation de tabac illégal en Australie "a atteint des niveaux record, passant de 11,8% en 2012 à 13,9% en 2013". Elle estime que le "principal moteur de cette croissance a été une augmentation de 151% de la consommation de tabac *illégal de marque*", qui "équivaut à une perte annuelle de 1,1 milliard de dollars australiens pour le Trésor australien".[2567]

7.992. L'Australie répond que, contrairement aux assertions des plaignants, "les éléments de preuve donnent à penser que le tabac illicite ne constitue pas une part importante du marché australien et que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac n'a pas eu, et n'aura probablement pas, un quelconque effet discernable sur la consommation de tabac illicite en Australie".[2568] Elle s'appuie sur le rapport d'expert du professeur Chaloupka[2569], attirant l'attention sur les "graves vices de méthode" et la surestimation importante de "la taille du marché du tabac illicite en Australie" que présente le rapport KPMG.[2570] Elle estime en outre que le coût de l'offre de tabac illicite sur son territoire est élevé, étant donné qu'il y a en Australie un "contrôle étroit sur la chaîne de distribution du tabac, une application active des politiques ciblant le commerce illicite du tabac, une forte gouvernance et des faibles niveaux de corruption ainsi qu'une faible demande de tabac illicite chez les fumeurs australiens".[2571] L'Australie conteste l'allégation selon laquelle "la mesure concernant l'emballage neutre du tabac rend plus difficile la détection des produits du tabac illicites" comme étant "parfaitement conjecturale" et étant "directement contredite par les éléments de preuve indiquant une tendance à la hausse du nombre de détections" par l'ACBPS après l'introduction des mesures TPP.[2572]

7.2.5.3.7.2 Analyse du Groupe spécial

7.993. À l'appui de leur affirmation selon laquelle une augmentation du commerce illicite des produits du tabac compromet toute contribution apportée par les mesures TPP à leur objectif, les plaignants présentent des rapports d'expert et des éléments de preuve qui incluent des

[2559] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 541.
[2560] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 549. (italique dans l'original)
[2561] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 544.
[2562] P. Chaudhry, A. Murray, and A. Zimmerman, "The Impact of Plain Packaging on the Illicit Trade in Tobacco Products in Australia", 22 September 2014, (rapport CMZ) (pièce DOM/HND-2).
[2563] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 546 à 549.
[2564] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 545.
[2565] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 153.
[2566] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 117.
[2567] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 120.
[2568] Australie, première communication écrite, paragraphe 653.
[2569] F. Chaloupka, "Expert Report on Australia's Tobacco Plain Packaging Legislation", 6 March 2015, (rapport Chaloupka sur le marché illicite) (pièce AUS-8).
[2570] Australie, première communication écrite, paragraphe 654. Voir aussi le rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), paragraphes 10 d), 78 et 79.
[2571] Australie, première communication écrite, paragraphe 655. Voir aussi le rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), paragraphes 35 à 66.
[2572] Australie, première communication écrite, paragraphe 657.

estimations empiriques de la taille du marché du tabac illicite en Australie, ainsi que des avis d'expert sur le point de savoir si les mesures TPP exacerbent certains facteurs contribuant au commerce illicite des produits du tabac.

7.994. En ce qui concerne les estimations empiriques de la taille du marché du tabac illicite en Australie, les plaignants s'appuient principalement sur un rapport élaboré par KPMG (le rapport KPMG) commandé par BATA, Imperial Tobacco Australia Limited (ITA) et Philip Morris Limited (PML).[2573] Le rapport KPMG avait pour but spécifique de "donner un aperçu de la nature et de la dynamique du marché du tabac légal et du marché du tabac illicite en Australie" et de "fournir une estimation indépendante de la taille du marché du tabac illicite en Australie".[2574]

7.995. Le rapport KPMG examine deux principaux types de produits du tabac *légaux* dans le cadre de la consommation de tabac totale: i) les *cigarettes manufacturées* vendues en paquets, et ii) le *tabac en vrac* vendu dans des pochettes et consommé avec du papier à rouler ou des tubes.[2575]

7.996. En ce qui concerne la consommation de tabac *illicite*, le rapport KPMG fait référence à trois catégories distinctes de produits du tabac[2576]:

a. le "tabac sans marque", vendu sous forme de tabac en feuilles hachées fin en vrac, qui est le plus souvent passé en contrebande à partir de pays étrangers, y compris ce que l'on désigne sous le nom "chop chop" (tabac en vrac sans marque vendu en sachets) et le tabac sans marque vendu dans des tubes pré-remplis;

b. les produits du tabac "de contrefaçon", qui sont des cigarettes manufacturées passées en contrebande en Australie et sur lesquelles l'identification d'une marque figure sans le consentement de son titulaire; et

c. les produits du tabac "de contrebande", qui sont principalement des cigarettes authentiques manufacturées légalement en dehors de l'Australie et introduites en contrebande sur le marché australien. Cette catégorie inclut les cigarettes achetées légalement à l'étranger mais importées en dépassement des quantités personnelles autorisées en franchise de droits.[2577] Cette catégorie inclut également ce qui est connu sous le nom de "marques blanches illicites", expression désignant les marques de cigarettes manufacturées qui ne sont pas légalement disponibles sur le marché local, bien qu'elles puissent être légales au point de fabrication, et qui sont souvent fabriquées exclusivement pour la contrebande.

7.997. Pour estimer la taille du marché du tabac illicite, le rapport KPMG a utilisé différentes sources de données et méthodes pour ces différentes catégories de consommation de tabac illicite. Pour le tabac sans marque, KPMG a utilisé une "approche fondée sur un modèle de consommation" reposant sur les résultats d'une enquête menée auprès des consommateurs.[2578] Les résultats de

[2573] Le Honduras, la République dominicaine et l'Indonésie ont chacun présenté le rapport élaboré par KPMG pour l'ensemble de l'année 2013 concernant la taille du marché du tabac illicite en Australie, qui fait partie d'une série de rapports élaborés par KPMG après l'introduction des mesures TPP. Les estimations figurant dans ce rapport ont été calculées sur la base de l'approche adoptée dans le rapport semestriel 2013, utilisant toutes les données disponibles recueillies en 2013. Rapport KPMG de 2013 (pièces HND-67, DOM-98, IDN-41), page 6. Le Honduras a en outre présenté le rapport pour l'ensemble de l'année 2014, qui utilise la même méthode que les rapports antérieurs. KPMG, "Illicit Tobacco in Australia: 2014 Full Year Report", (27 March 2015) (pièce HND-148), page 6. Le Groupe spécial s'appuie dans son analyse sur la version 3 du rapport portant sur l'ensemble de l'année 2013, qui a servi de base principale aux arguments des plaignants concernant les estimations empiriques de la taille du marché du tabac illicite en Australie.

[2574] Rapport KPMG de 2013 (pièces HND-67, DOM-98, IDN-41), page 7.

[2575] Rapport KPMG de 2013 (pièces HND-67, DOM-98, IDN-41), page 9.

[2576] Voir le rapport KPMG de 2013 (pièces HND-67, DOM-98, IDN-41), page 9.

[2577] À cet égard, il est noté dans le rapport KPMG qu'une "faible quantité de tabac est importée en Australie par des consommateurs pour leur propre consommation personnelle". Sur la base des "faibles quantités autorisées" de 50 cigarettes ou de 50 grammes de tabac en vrac pouvant entrer en Australie en franchise de droits d'accise, le rapport KPMG indique que "le volume légal non national constitue probablement une petite proportion de la consommation". Rapport KPMG de 2013 (pièces HND-67, DOM-98, IDN-41), page 12. Voir aussi *ibid.*, appendice A2.4.

[2578] Rapport KPMG de 2013 (pièces HND-67, DOM-98, IDN-41), page 27. L'enquête auprès des consommateurs a été réalisée par la société de recherche australienne Roy Morgan Research, au moyen d'entretiens sur le Web assistés par ordinateur, auprès d'un échantillon de 2 116 adultes interrogés,

l'enquête étaient fondés sur les déclarations d'achat de tabac illicite sans marque, la fréquence annuelle moyenne des achats et le volume moyen acheté à chaque fois.[2579]

7.998. En ce qui concerne les cigarettes manufacturées illicites (de contrefaçon et de contrebande), une analyse de l'enquête sur les paquets vides (EPS) a été utilisée sur la base de la récupération de paquets de cigarettes jetés dans toute l'Australie en 2013.[2580] L'approche suivie dans l'EPS a consisté à récupérer 12 000 paquets de cigarettes dans 16 villes et agglomérations australiennes différentes en 2013.[2581] Chaque paquet récupéré était évalué pour déterminer s'il s'agissait d'un produit national ou non national et s'il s'agissait d'un produit authentique ou d'un produit de contrefaçon.[2582] Comme il est expliqué dans le rapport KPMG, l'EPS "sert à extrapoler la consommation globale sur le marché en faisant des projections des ventes intérieures légales", et "[l]es pourcentages de paquets non nationaux et de contrefaçon sont ajoutés à ce total pour établir la consommation totale des cigarettes manufacturées en Australie".[2583] Le rapport KPMG explique en outre que la "faible proportion" des "cigarettes légales non nationales", à savoir celles qui ont été introduites légalement en Australie par des touristes ou par des Australiens ayant voyagé à l'étranger, est estimée sur la base des statistiques de voyage du Bureau australien des statistiques (ABS).[2584] Ces "cigarettes légales non nationales" sont retirées du volume "non national" total pour qu'il reste l'ensemble du marché des cigarettes manufacturées illicites, constituées des cigarettes de contrebande et de contrefaçon.[2585]

7.999. Sur la base de ces analyses, le rapport KPMG conclut que la consommation de tabac illicite en Australie a progressé pour atteindre 13,9% en pourcentage de la consommation totale en 2013.[2586] D'après les estimations fondées sur un certain nombre de sources qu'il contient, le rapport KPMG présente cela comme une augmentation en pourcentage de la consommation de

sélectionnés parmi les 10 286 ayant répondu à un premier appel adressé à l'ensemble des sondés potentiels de Roy Morgan Research. Cet échantillon de personnes interrogées se limitait aux personnes de plus de 18 ans qui étaient des "fumeurs réguliers", s'entendant des individus fumant des produits du tabac au moins 5 jours par semaine. Voir *Ibid.*, page 32.

[2579] Rapport KPMG de 2013 (pièces HND-67, DOM-98, IDN-41), page 33. Voir aussi *Ibid.*, appendice A1.1.

[2580] Voir le rapport KPMG de 2013 (pièces HND-67, DOM-98, IDN-41), pages 25 et 27.

[2581] Rapport KPMG de 2013 (pièces HND-67, DOM-98, IDN-41), page 25. En particulier, des paquets vides ont été récupérés "sur une base proportionnelle dans plusieurs quartiers … dans les rues et les poubelles publiques faciles d'accès des zones figurant sur le plan d'échantillonnage". Ces quartiers ont été "sélectionnés pour être représentatifs de la ville échantillonnée". Les paquets ont été "récupérés indépendamment de leur marque ou de leur pays d'origine", et les "[r]ésidences, les bureaux et d'autres lieux comme les stades ont été exclus du plan d'échantillonnage". *Ibid.*, page 34.

[2582] Rapport KPMG de 2013 (pièces HND-67, DOM-98, IDN-41), page 25. Comme il est expliqué dans le rapport KPMG, les paquets récupérés dans le cadre de l'EPS sont examinés par les sociétés participantes, capables d'identifier les paquets qui sont des versions contrefaites de leurs produits. *Ibid.*, appendice A1.2.1.

[2583] Rapport KPMG de 2013 (pièces HND-67, DOM-98, IDN-41), page 25. Plus spécifiquement, "[l]'incidence non nationale de 9,8% est combinée aux estimations des volumes des ventes intérieures légales effectuées par Euromonitor pour créer une estimation du volume pour les cigarettes manufacturées illicites", qui "peut être décomposée en estimations des volumes pour les cigarettes légales non nationales, de contrefaçon et de contrebande". *Ibid.*, appendice A1.2.2.

[2584] Rapport KPMG de 2013 (pièces HND-67, DOM-98, IDN-41), page 25. Dans le calcul concernant les cigarettes légales non nationales, KPMG utilise des données touristiques de tendance concernant les voyages à l'étranger des Australiens et la propension à acheter du tabac à l'étranger, ainsi que les évolutions des voyages réalisés en Australie par des visiteurs étrangers (à la fois les visiteurs à court terme et ceux qui s'établissent). Le calcul tient également compte de la modification à la baisse des quantités autorisées pour les voyageurs entrant en Australie, qui a eu lieu en septembre 2012. Voir KPMG, appendice A2.4.

[2585] Rapport KPMG de 2013 (pièces HND-67, DOM-98, IDN-41), page 25. Le rapport KPMG fournit également d'autres estimations fondées sur d'autres approches pour valider ses estimations fondées sur les approches susmentionnées. Pour le tabac sans marque, le rapport KPMG, s'appuyant sur un certain nombre d'hypothèses, a inféré le volume de tabac en vrac fumé à partir de la quantité vendue de papier à rouler. Ce volume a été comparé avec les ventes légales de tabac en vrac pour estimer un écart de consommation entre la consommation légale et la consommation illicite. *Ibid.*, pages 25 et 27. Le rapport KPMG a également utilisé des données sur les saisies de l'Administration australienne des douanes et de la protection aux frontières, se rapportant au volume et au type de tabac intercepté dans les ports et les aéroports, ainsi qu'une "analyse de l'écart de la consommation" fondée sur la différence entre les ventes intérieures légales et les estimations de la consommation totale de tabac sur la base du nombre de fumeurs connus pour exister en Australie et des modes de consommation historiques. *Ibid.*, pages 26 et 27.

[2586] Rapport KPMG de 2013 (pièces HND-67, DOM-98, IDN-41), page 6.

tabac illicite, qui était de 11,8% en 2012, avec des estimations pour les années antérieures s'élevant à 12,4% en 2011; à 12,8% en 2010; à 9,1% en 2009; et à 8,3% en 2007.[2587]

7.1000. Le rapport KPMG constate que, sur le marché du tabac illicite en 2013, les cigarettes manufacturées de contrebande constituaient 52% de la consommation illicite totale, alors que les cigarettes manufacturées de contrefaçon et le tabac en vrac sans marque représentaient respectivement 6% et 42% de la part totale.[2588] Sur la base des principales méthodes qu'il utilise pour chaque catégorie, le rapport KPMG estime en outre que le marché des cigarettes manufacturées illicites a augmenté de 151% entre 2012 et 2013 (représentant une augmentation de 148% pour les cigarettes de contrebande[2589] et de 187% pour les cigarettes de contrefaçon[2590]), alors que le volume de tabac sans marque consommé a reculé de 31% au cours de la même période.[2591] Le rapport KPMG qualifie donc les produits de contrebande de "principal facteur d'augmentation des volumes de cigarettes manufacturées illicites entre 2012 et 2013".[2592]

7.1001. L'expert de l'Australie, le professeur Chaloupka, émet plusieurs critiques à l'égard des conclusions formulées et des méthodes utilisées dans les études de KPMG sur le marché du tabac illicite en Australie.[2593] En particulier, il estime que "[l]e commerce illicite des produits du tabac en Australie est relativement limité et représente probablement entre 3 et 5% du marché global des produits du tabac ces dernières années".[2594] Il estime en outre que la méthode utilisée dans le rapport KPMG "est erronée, donne avec une quasi-certitude des surestimations de la part de la consommation australienne de tabac correspondant au tabac illicite et fausse la tendance de la consommation de tabac illicite dans le temps".[2595]

7.1002. Le professeur Chaloupka note l'incompatibilité des estimations figurant dans le rapport KPMG avec un grand nombre d'autres estimations émanant de diverses sources en ce qui concerne la taille du marché du tabac illicite en Australie. Il indique qu'aucune des estimations examinées ne "fournit une estimation définitive mais [que], considérées conjointement, elles donnent

[2587] Rapport KPMG de 2013 (pièces HND-67, DOM-98, IDN-41), page 6, figure 1.1.

[2588] Rapport KPMG de 2013 (pièces HND-67, DOM-98, IDN-41), page 28. Le rapport KPMG note en outre que cela entre dans le cadre d'un changement structurel plus important qui s'est produit ces dernières années au profit des cigarettes manufacturées illicites et au détriment du tabac sans marque illicite. En particulier, il constate que les volumes de tabac sans marque illicite ont reculé de 31% alors que les volumes de cigarettes manufacturées illicites ont progressé de 151% entre 2012 et 2013. *Ibid*.

[2589] On calcule la quantité de cigarettes manufacturées de contrebande comme étant le reste de toutes les "cigarettes manufacturées non nationales" qui ne sont pas contrefaites ou introduites légalement en Australie dans le cadre des quantités autorisées pour les voyageurs entrant en Australie. Voir le rapport KPMG de 2013 (pièces HND-67, DOM-98, IDN-41), appendice A1.2.1. Le rapport KPMG note que l'incidence des "marques blanches illicites" (marques de cigarettes manufacturées qui ne sont pas légalement disponibles sur le marché local) a nettement augmenté entre les résultats de l'EPS de 2012 et ceux de 2013, et que les résultats de l'EPS les plus récents pour le rapport KPMG ont montré que les marques blanches illicites représentaient environ 30% de la consommation de cigarettes manufacturées non nationales. Voir *ibid.*, page 40.

[2590] En particulier, en ce qui concerne les cigarettes de contrefaçon, le rapport KPMG indique que "[b]ien que la part de la contrefaçon dans la consommation totale reste relativement faible, il convient de noter que c'est le plus haut niveau d'incidence de la contrefaçon enregistré dans une enquête sur les paquets vides en Australie". En outre, le rapport indique que l'"[a]nalyse des paquets contrefaits a également souligné qu'il n'avait été fait état d'aucun paquet neutre contrefait dans l'enquête sur les paquets vides du quatrième trimestre de 2013". Rapport KPMG de 2013 (pièces HND-67, DOM-98, IDN-41), page 38.

[2591] Rapport KPMG de 2013 (pièces HND-67, DOM-98, IDN-41), page 29.

[2592] Voir le rapport KPMG de 2013 (pièces HND-67, DOM-98, IDN-41), appendice A1.2.1. Voir aussi *ibid.*, pages 6 et 28. Pour ce qui est des autres approches utilisées à des fins de validation, le rapport KPMG constate que les données sur les saisies indiquent que la proportion de cigarettes manufacturées passées en contrebande en Australie "semble augmenter en pourcentage du tabac illicite total, ce qui valide l'augmentation des cigarettes manufacturées illicites indiquée par les principales approches". En ce qui concerne l'analyse de l'écart de consommation qu'il contient, le rapport KPMG indique en outre que "le nombre de fumeurs a diminué à un rythme plus lent que les ventes intérieures légales, ce qui montre qu'une augmentation de la consommation de tabac illicite est possible". Il indique en outre que "[l]'écart de consommation valide l'estimation globale du volume de tabac illicite, ce qui montre qu'il y a des changements dans la répartition du tabac illicite entre les cigarettes manufacturées et le tabac sans marque". *Ibid*., page 30.

[2593] Le professeur Chaloupka fait porter ses observations sur la méthode et les conclusions formulées dans une série de rapports KPMG incluant le rapport pour l'ensemble de l'année 2013 invoqué par les plaignants. Voir le rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), paragraphe 79, note de bas de page 61.

[2594] Rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), paragraphe 10 a).

[2595] Rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), paragraphe 10 d).

effectivement une bonne idée du champ du problème".[2596] Sur la base de son examen, il conclut que les estimations les plus récentes de la taille du marché du tabac illicite en Australie indiquent que le tabac illicite constitue une part relativement faible de la consommation totale de tabac, à l'exception "[des estimations produites] dans les rapports financés par l'industrie du tabac … qui sont deux fois plus élevées que les autres, voire plus".[2597]

7.1003. Par exemple, le professeur Chaloupka cite les estimations annuelles effectuées par Euromonitor International concernant le volume des cigarettes licites et illicites consommées en Australie "sur la base d'avis d'"experts" concernant l'ampleur du problème du commerce illicite".[2598] Il observe, sur la base d'estimations concernant les années 2000 jusqu'à 2013, que le commerce des cigarettes illicites en Australie représentait "entre 3 et 5% de la consommation dans le temps", sans aucune tendance claire au cours de cette période.[2599]

7.1004. Le professeur Chaloupka mentionne également un certain nombre d'enquêtes en tant qu'éléments de preuve concernant la consommation de produits du tabac illicites en Australie. Par exemple, il cite les enquêtes australiennes NDSHS[2600] qui montrent une diminution de la réceptivité vis-à-vis du tabac sans marque et des cigarettes de contrefaçon, avec des achats "relativement peu fréquents" de cigarettes susceptibles d'être contrefaites et des achats de "quantités relativement faibles" de produits sans emballage neutre ni mises en garde sanitaires explicites en 2013.[2601] Le professeur Chaloupka cite en outre les résultats de l'enquête VSHS de 2013 réalisée auprès de la population de 18 ans ou plus dans l'État de Victoria, qui montrent que de très faibles pourcentages de fumeurs déclaraient consommer ou acheter du tabac ou des produits illicites dans un emballage non conforme.[2602] De même, une enquête nationale transversale menée auprès de 8 679 fumeurs australiens, entre avril 2012 et mars 2014, a constaté qu'il y avait une "consommation de tabac illicite limitée" sur la base de certains comportements déclarés.[2603] Enfin, le professeur Chaloupka examine les résultats de l'enquête du

[2596] Rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), paragraphe 17.
[2597] Rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), paragraphe 27.
[2598] Rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), paragraphe 18.
[2599] Rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), paragraphe 18. En particulier, les "estimations de la pénétration commerciale illicite en Australie" effectuées par Euromonitor montrent des estimations allant de 2,8% en 2000 à 4,6% en 2013, avec un léger recul entre 2007 et fin 2009 puis une augmentation de 1,5% point de pourcentage en 2013, "par opposition à l'augmentation de 4,4 points de pourcentage estimée par KPMG pour la période comprise entre 2009 et fin 2013". *Ibid.*, tableau A et paragraphe 88.
[2600] L'Australie et la République dominicaine ont chacune présenté l'intégralité du rapport de 2010 de l'enquête NDSHS en tant que pièce dans les présentes procédures. Voir le rapport de 2010 de l'enquête NDSHS (pièces AUS-45, DOM-280). L'Australie a également présenté des extraits du rapport détaillé de 2013 de l'enquête NDSHS. Voir le rapport de 2013 de l'enquête NDSHS (pièce AUS-48).
[2601] Rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), paragraphe 20. En particulier, le professeur Chaloupka note une nette diminution de la réceptivité vis-à-vis du tabac sans marque et de sa consommation chez les fumeurs (y compris le tabac en vrac sans marque connu sous le nom de "chop chop") entre 2007 et 2013. En ce qui concerne les cigarettes de contrefaçon, il cite les résultats de l'enquête de 2010 montrant que la réceptivité vis-à-vis des cigarettes de contrefaçon était moins élevée que dans le cas du tabac sans marque, et indique que l'achat de cigarettes susceptibles d'être contrefaites était "relativement peu fréquent", avec seulement 4,6% des fumeurs déclarant en acheter au moins une fois par mois. En outre, il cite les résultats de l'enquête de 2013 pour ce qui est des produits du tabac sans un emballage neutre portant des mises en garde sanitaires explicites, qui montrent qu'environ 1 personne interrogée sur 8 (soit 12,5%) et moins d'un fumeur sur 5 (soit 18,5%) déclaraient voir des produits du tabac non conformes. Moins d'un fumeur sur 10 (soit 9,6%) déclarait acheter des produits non conformes, et la plupart d'entre eux déclaraient en acheter des "quantités relativement faibles": sur les 9,6% de fumeurs déclarant acheter des produits non conformes, 4,2% déclaraient acheter 5 paquets ou moins, 1,2% entre 6 et 14 paquets et 4,4% 15 paquets ou plus. *Ibid.*
[2602] Rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), paragraphe 21 (faisant référence à Scollo *et al.* 2014 (pièces AUS-507, JE-24(57)). En particulier, ces résultats indiquaient que 4% des fumeurs déclaraient avoir consommé un type ou un autre de tabac sans marque illicite au cours de l'année écoulée, avec 1,9% ayant déclaré en consommer actuellement; et que 2,6% des fumeurs déclaraient avoir acheté des cigarettes dans un emballage non conforme, dont les deux tiers déclaraient avoir acheté moins de cinq paquets dans les trois mois précédant l'enquête et un sur cinq plus de dix paquets non conformes. En outre, 1,7% des fumeurs déclaraient avoir effectué leur achat auprès d'un vendeur informel dans l'année précédant l'enquête, "un très petit nombre d'entre eux ayant déclaré avoir acheté plus de cinq paquets à ces sources au cours de l'année écoulée". *Ibid*.
[2603] Rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), paragraphe 22 (faisant référence à Scollo *et al.* 2015 (pièce CUB-60), et identifiant les comportements tels que l'achat de marques internationales à un prix

projet ITC sur les comportements d'achat des fumeurs australiens depuis 2002, montrant qu'il y avait très peu de constats d'achats transfrontières, d'achats en ligne ou auprès d'autres vendeurs directs ou d'achats auprès d'autres sources qui étaient les plus susceptibles de constituer de la fraude fiscale.[2604]

7.1005. En outre, le professeur Chaloupka cite une étude fondée sur les achats de produits du tabac en magasin qui donne à penser que la disponibilité du tabac illicite dans les points de vente au détail est très réduite[2605], et procède à sa propre estimation en s'appuyant sur les données de l'enquête réalisée par Roy Morgan indiquant des mesures bien inférieures en ce qui concerne la consommation de tabac illicite et la prévalence de ce type de tabac.[2606]

7.1006. Le professeur Chaloupka se réfère également à des estimations bien inférieures de Quit Victoria en ce qui concerne la taille du marché du tabac illicite en Australie (entre 2 et 3% du marché) utilisant des données de l'enquête NDSHS combinées avec des renseignements émanant des autorités douanières australiennes.[2607] Dans une analyse des estimations figurant dans le rapport KPMG[2608], Quit Victoria mentionne des "préoccupations fondamentales … concernant la représentativité des deux enquêtes fournissant les données de base de l'étude"[2609], et évoque la possibilité que, pour ce qui est des cigarettes manufacturées, l'EPS "surreprésente les paquets utilisés par les touristes ainsi que par les autres visiteurs et étudiants étrangers".[2610] Quit Victoria indique également que "l'estimation très basse de la consommation légale s'agissant des paquets étrangers qui est fondamentale pour estimer la prévalence des cigarettes de contrebande est très problématique".[2611]

7.1007. Le professeur Chaloupka formule des critiques analogues au sujet de la méthode et des constatations du rapport KPMG en ce qui concerne la représentativité et une possible surestimation des cigarettes non nationales de contrebande. En particulier, il critique la sélection des participants à l'enquête qui est faite d'une façon qui exclut les fumeurs moins réguliers qui sont moins susceptibles de consommer des produits du tabac illicites[2612]; le taux de réponse à l'enquête apparemment faible et l'insuffisance des renseignements concernant les caractéristiques de

inférieur de 20% ou plus au prix recommandé pour la vente au détail, l'achat à un vendeur informel ou la consommation de tabac sans marque).

[2604] Rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), paragraphe 23 (faisant référence à Guindon *et al.* 2014 (pièce HND-156)).

[2605] Rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), paragraphe 26.

[2606] Rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), paragraphes 28 à 33 et annexe D. En particulier, à l'aide des données d'enquête disponibles pour les 12 mois précédents, le professeur Chaloupka estime que 5,7% des consommateurs de tabac actuels ont consommé un produit du tabac illicite au cours des trois mois précédents et que le tabac illicite constitue environ 3,2% du tabac fumé en Australie. *Ibid.*, paragraphe 33.

[2607] Rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), paragraphe 25. Selon le professeur Chaloupka, cette approche vise à corriger les vices des méthodes utilisées pour produire les estimations commanditées par l'industrie du tabac, ce qui donne lieu à des estimations nettement inférieures en ce qui concerne la taille du marché illicite. *Ibid*.

[2608] Nous notons que Quit Victoria a analysé le rapport semestriel 2013 de KPMG, complété par le rapport pour l'ensemble de l'année qui est invoqué par les plaignants. Voir l'analyse du rapport KPMG par le CCV (pièce DOM-99), page 2.

[2609] Analyse du rapport KPMG par le CCV (pièce DOM-99), page 2. Par exemple, Quit Victoria indique que l'échantillon de l'enquête en ligne sur la consommation de tabac sans marque "comport[ait] probablement un biais en faveur des individus qui [étaient] plus susceptibles de consommer du tabac sans marque" parce qu'il incluait dans la base de données des chercheurs, des individus ayant répondu à des enquêtes précédentes. Quit Victoria note en outre que, dans le rapport KPMG, les caractéristiques de l'échantillon qui sont susceptibles d'être pertinentes pour la probabilité de consommer du tabac sans marque ne sont pas décrites et les moyennes ont été calculées d'une manière qui produit une estimation exagérée "si les fumeurs de tabac sans marque qui en achètent le plus souvent ont tendance à être les mêmes individus que ceux qui en achètent des quantités nettement moins importantes". *Ibid.*, pages 5 à 7.

[2610] Analyse du rapport KPMG par le CCV (pièce DOM-99), page 7.

[2611] Analyse du rapport KPMG par le CCV (pièce DOM-99), page 2. Par exemple, Quit Victoria cite un certain nombre de facteurs, y compris: la possibilité d'une plus grande prévalence des fumeurs parmi les voyageurs qu'au sein de la population australienne dans son ensemble; un grand nombre de visiteurs venant de pays d'où provenaient le plus souvent les paquets étrangers identifiés dans l'EPS; ainsi qu'une augmentation du nombre de voyages à l'étranger effectués par des Australiens dans les pays d'origine des paquets non nationaux ainsi que du nombre de visiteurs en provenance de ces pays entre 2012 et 2013. Voir *ibid.*, pages 9 à 12.

[2612] Rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), paragraphe 80.

l'échantillon qui en résulte[2613]; et le fait qu'il n'a pas été établi de distinction adéquate dans les enquêtes entre les différents produits du tabac illicites pour lesquels les estimations étaient susceptibles d'être exagérées en raison du double comptage (par exemple entre les cigarettes de contrebande et les cigarettes de contrefaçon).[2614] Le professeur Chaloupka indique que l'EPS utilisée par KPMG "surestimera fort probablement la présence des cigarettes illicites étant donné qu'elle exclut les juridictions plus petites où les réseaux de distribution de tabac illicite sont moins susceptibles d'opérer", notant que les juridictions plus petites qui sont exclues de l'EPS représentent à peu près 25% de la population australienne.[2615] Il critique également l'approche de l'EPS mettant l'accent sur les plus grandes villes au motif que cela "rendra compte d'une part disproportionnée de cigarettes consommées par les touristes, les autres visiteurs et les étudiants étrangers qui sont plus susceptibles de visiter ces villes et de jeter leurs paquets dans les espaces publics".[2616]

7.1008. Dans une étude portant sur les premiers éléments de preuve concernant les "conséquences involontaires prévues" de l'emballage normalisé du tabac en Australie, les auteurs notent que l'EPS examinée dans le rapport KPMG présumait que la quasi-totalité des paquets non nationaux trouvés étaient des cigarettes de contrebande.[2617] Les auteurs soutiennent que la méthode de l'EPS est problématique étant donné qu'elle tend à surreprésenter les paquets de cigarettes atterrissant dans une poubelle située dans l'espace public, et que ces études "ne permettent pas d'établir une distinction entre les paquets étrangers introduits illégalement en contrebande en Australie et ceux que les résidents et les visiteurs ont achetés à l'étranger et font passer soit dans les limites de leurs importations personnelles soit en ayant acquitté les droits exigibles".[2618]

7.1009. Dans l'examen après mise en œuvre et l'analyse des coûts et avantages associés aux mesures TPP, le gouvernement australien a pris note des critiques formulées à l'égard des estimations concernant le commerce illicite commandées par les sociétés de l'industrie du tabac. Il a également fait référence à des études examinées par les pairs constatant qu'il n'y avait aucun changement dans la consommation de tabac sans marque illicite déclarée par les fumeurs, aucun élément de preuve montrant des augmentations de la consommation de cigarettes de contrebande et des faibles niveaux de consommation des cigarettes susceptibles d'être des cigarettes de contrebande et aucune progression des achats de tabac effectués auprès de vendeurs informels.[2619] Par conséquent, dans l'analyse des coûts et avantages associée à l'examen après mise en œuvre des mesures TPP, il a été "considéré qu'il était très probable que l'incidence [de ces mesures] sur les changements sur le marché du tabac illicite en Australie n'ait pas été importante, voire qu'il n'y ait pas eu d'incidence du tout".[2620]

7.1010. Nous admettons que le commerce illicite pouvait, en principe, compromettre les efforts de lutte antitabac et qu'il est connu pour cela dans certains cas.[2621] Nous relevons également, comme le montre ce qui précède, la difficulté et les limites inhérentes à la mesure du commerce illicite,

[2613] Rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), paragraphe 81.
[2614] Rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), paragraphe 82.
[2615] Rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), paragraphe 85.
[2616] Rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), paragraphe 85. Selon le professeur Chaloupka, il y a une probabilité accrue que l'EPS surreprésente les paquets des visiteurs tout en sous-représentant les paquets des fumeurs australiens du fait que les résidences, les bureaux et les autres lieux comme les stades ont été exclus du plan d'échantillonnage. Il oppose également les constatations de KPMG en ce qui concerne les "marques blanches illicites les plus prévalentes" à "l'enquête nationale représentative ITC-Australie [dans laquelle] aucun fumeur ne déclare fumer l'une quelconque de ces marques". Il estime que la prévalence de ces paquets dans l'EPS, dont il n'est pas fait état de façon analogue dans un échantillon représentatif de fumeurs australiens, "donne à penser que les visiteurs étrangers sont probablement à l'origine d'une bonne partie des paquets jetés que KPMG impute au commerce illicite". *Ibid.*, paragraphes 85 et 86.
[2617] Scollo *et al.* 2014 (pièces AUS-507, JE-24(57)), page 2.
[2618] Scollo *et al.* 2014 (pièces AUS-507, JE-24(57)), page 2.
[2619] Voir l'examen après mise en œuvre concernant l'emballage neutre du tabac (pièce AUS-624), paragraphes 162 et 163.
[2620] Examen après mise en œuvre concernant l'emballage neutre du tabac (pièce AUS-624), paragraphe 163.
[2621] Voir, par exemple, FCTC (pièces AUS-44, JE-19), article 15; et le protocole à la FCTC sur le commerce illicite (pièce DOM-97). Avant-propos, page 1 ("Le commerce illicite rend les produits du tabac plus accessibles et plus abordables et, de ce fait, entretient l'épidémie de tabagisme et sape les politiques de lutte antitabac.").

compte tenu de la nature quasi légale ou illégale des activités concernées.[2622] Comme il est indiqué plus haut, la taille du marché du tabac illicite en Australie est contestée, les estimations figurant dans le rapport KPMG étant nettement plus élevées que d'autres estimations figurant dans diverses sources.

7.1011. Nous notons que les résultats de l'analyse de l'EPS utilisés dans le rapport KPMG pour les cigarettes manufacturées illicites montrent une "forte augmentation des volumes non nationaux en 2013", dans lesquels une toute petite partie est identifiée comme étant de la contrefaçon, les cigarettes non nationales *légales* constituant une part encore plus faible selon les estimations.[2623] En ce qui concerne la base empirique de l'affirmation des plaignants, les critiques formulées à l'égard du rapport KPMG soulignent la possible sous-estimation de la part légale de l'"incidence non nationale" identifiée dans l'EPS ayant pu être introduite en Australie par des visiteurs ou par des Australiens rentrés de l'étranger dans le cadre des quantités autorisées en franchise de droits.[2624] Cet élément de l'analyse et des conclusions du rapport KPMG est particulièrement important compte tenu de la part élevée du commerce illicite total en 2013 qui a été imputée aux "cigarettes de contrebande", telle que cette catégorie est définie dans le rapport KPMG.

7.1012. Aux fins de notre analyse, nous ne considérons pas que le rapport KPMG prétend établir une conclusion définitive concernant la taille du marché australien du tabac illicite. Au contraire, nous notons l'avertissement de KPMG figurant en début de rapport selon lequel ses travaux "avaient vocation à remplir un mandat spécifique", convenu avec les sociétés de l'industrie du tabac ayant commandé le rapport, et selon lequel ce dernier "ne devrait donc pas être considéré comme un document à même d'être utilisé ou invoqué par toute autre personne ou à toute autre fin" et "est remis à toutes les parties étant entendu qu'il est présenté uniquement à titre d'information". KPMG explique en outre que "des modalités particulières ont été déterminées aux fins de la mission".[2625] Ces modalités ou le "mandat" convenu avec les sociétés ayant commandé les travaux ne sont toutefois pas expressément indiqués dans le rapport.

7.1013. Les critiques concernant les méthodes utilisées dans le rapport KPMG, ainsi que l'incompatibilité de ses estimations avec celles provenant d'autres sources, soulèvent certaines interrogations quant à l'exactitude de son estimation de la taille du marché du tabac illicite de l'Australie. Sur la base des estimations empiriques et des arguments qui nous ont été présentés, nous ne sommes donc pas convaincus que l'échelle potentielle du commerce illicite, et donc la mesure dans laquelle le commerce illicite peut compromettre la contribution des mesures TPP, soit aussi importante que ce qu'estime le rapport KPMG.

7.1014. Cependant, la question spécifique dont nous sommes saisis en l'espèce est la mesure dans laquelle les mesures TPP ont, comme les plaignants le font valoir, entraîné une *augmentation* du commerce illicite des produits du tabac au point de compromettre leur contribution à l'objectif de l'Australie d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits. Les affirmations des plaignants à cet égard reposent en grande partie sur des arguments qualitatifs se rapportant aux facteurs de causalité du commerce du tabac illicite à la lumière des prescriptions imposées au titre des mesures TPP, comme il est énoncé dans un

[2622] Voir, par exemple, le rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), annexe C, paragraphe C1 (indiquant qu'"[a]ucune approche ne rendra intégralement et exactement compte de l'ampleur du commerce illicite et [que] chaque approche a ses limites"); rapport CMZ (pièce DOM/HND-2), paragraphe 16 (notant ce qui suit à propos du commerce illicite: "il est extrêmement difficile de mesurer son volume avec précision et … les experts s'accordent à dire qu'il n'y a pas de statistiques exactes mesurant l'ampleur du problème du commerce du tabac illicite au niveau mondial"), paragraphe 29 ("il n'y a actuellement aucune estimation acceptée universellement de l'échelle du commerce du tabac illicite au niveau mondial"), et paragraphe 30 ("il n'y a pas de chiffres généralement acceptés sur le niveau et la composition du commerce du tabac illicite en Australie"); manuel du CIRC de 2011 (pièce DOM-117), page 299; et "WHO Technical Manual on Tobacco Tax Administration" (2011), (manuel de l'OMS sur la taxation du tabac, texte intégral) (pièce CUB-62), page 82.

[2623] Voir le rapport KPMG de 2013 (pièces HND-67, DOM-98, IDN-41), appendice A1.2.2 et figure A1.2.2.

[2624] La difficulté de s'appuyer sur des données observationnelles à cet égard a été soulignée, étant donné que "[s]ans timbres fiscaux ou d'autres formes de marquage visibles, un produit de contrebande ou tout autre paquet de cigarettes de contrebande sera indiscernable sauf s'il ne porte pas de mises en garde sanitaires australiennes. Même les paquets jetés dépourvus de mises en garde sanitaires australiennes pourraient être des paquets achetés à l'étranger par des touristes voyageant en Australie." Le tabas en Australie 2012, extraits AUS (pièce AUS-343), page 79.

[2625] Rapport KPMG de 2013 (pièces HND-67, DOM-98, IDN-41), page 1.

rapport élaboré par des experts des questions commerciales et douanières internationales (le rapport CMZ).

7.1015. Le rapport CMZ examine si les mesures TPP risquent d'exacerber le commerce illicite des produits du tabac, en particulier en ce qui concerne: i) un éventuel développement des possibilités pour les opérateurs illicites; ii) d'éventuelles difficultés créées pour les fumeurs adultes, les détaillants et les organismes chargés de veiller à l'application de la réglementation qui existent; et iii) les façons dont les mesures TPP pourraient aggraver les effets négatifs existants du commerce illicite du tabac.[2626] Les auteurs du rapport CMZ considèrent que "l'emballage neutre en Australie confère aux opérateurs illicites un "avantage concurrentiel" unique sur les fabricants de tabac légitimes", étant donné que ces opérateurs illicites peuvent utiliser l'identification des marques que les titulaires de marques ne peuvent pas utiliser.[2627] Par conséquent, les auteurs expliquent que les opérateurs illicites auront la capacité de vendre des produits de contrebande et de contrefaçon dans des paquets de marque bien connus des fumeurs, et que les paquets neutres seront plus faciles à contrefaire du fait de leurs spécifications fixes et de notoriété publique et des économies d'échelle dans la production.[2628]

7.1016. Les auteurs du rapport CMZ expriment l'opinion "selon laquelle l'emballage neutre des produits du tabac aggravera le commerce illicite de ces produits".[2629] À l'appui de cette opinion, et notant les limitations des estimations empiriques du commerce illicite, le rapport CMZ mentionne l'augmentation des détections et des saisies de produits du tabac illicites par l'ACBPS pendant la période qui a immédiatement précédé ou suivi l'introduction des mesures TPP.[2630]

7.1017. L'expert de l'Australie, le professeur Chaloupka, reproche au rapport CMZ de s'appuyer sur les estimations de KPMG qu'il qualifie d'"estimations trompeuses et biaisées" qui ne devraient pas être utilisées pour formuler des conclusions sur les tendances[2631], et note qu'il n'apparaît pas que [les auteurs] examinent d'autres données incompatibles avec leur allégation selon laquelle la consommation de tabac illicite en Australie a augmenté après la mise en œuvre de l'emballage neutre du tabac".[2632] Le professeur Chaloupka note que la consommation de cigarettes *de contrefaçon* est très limitée en Australie et se demande si l'emballage neutre aurait une quelconque incidence notable sur les coûts de production ou de l'offre de produits de contrefaçon.[2633]

[2626] Rapport CMZ (pièce DOM/HND-2), paragraphe 14. À titre de contexte, le rapport CMZ décrit divers facteurs contribuant au commerce mondial illicite du tabac, y compris l'aptitude du tabac à être un produit de contrebande, les incitations au profit pour les opérateurs illicites, le comportement complice des consommateurs face à l'achat de produits du tabac illicites ainsi que la mondialisation et la réduction des obstacles au commerce. *Ibid.*, paragraphes 35 à 49.

[2627] Rapport CMZ (pièce DOM/HND-2), page 1.

[2628] Rapport CMZ (pièce DOM/HND-2), pages 1 et 2. En ce qui concerne les produits de marque illicites, y compris la contrebande de produits authentiques et de "marques blanches illicites", le rapport CMZ indique une éventuelle augmentation des possibilités dans le cadre des mesures TPP étant donné que les consommateurs recherchent les paquets de marque familiers et les prix moins élevés des produits illicites, et qu'il est plus facile d'induire les consommateurs en erreur avec la contrefaçon. Le rapport CMZ indique également une identité de vues avec les constatations de KPMG en ce qui concerne la progression des produits de contrebande et des "marques blanches illicites". *Ibid.*, paragraphes 66 à 78. Pour ce qui est des produits illicites utilisant un emballage neutre, il indique que la complexité et le coût de la contrefaçon des paquets sont réduits avec l'utilisation de l'emballage neutre. *Ibid.*, paragraphes 79 à 87. En outre, le rapport CMZ expose les différentes manières de rendre plus difficiles l'authentification des produits et l'application de la réglementation pour les produits du tabac illicites utilisant un emballage neutre. *Ibid.,* paragraphes 88 à 92.

[2629] Rapport CMZ (pièce DOM/HND-2), paragraphe 94.

[2630] Rapport CMZ (pièce DOM/HND-2), paragraphe 60 (notant que, entre 2012 et 2013, il y a eu 76 détections portant sur 183 tonnes de tabac et 200 millions de cigarettes, alors que, entre 2011 et 2012, il y en a eu 45 qui ont porté sur 177 tonnes de tabac et 141 millions de cigarettes).

[2631] Rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), paragraphe 91.

[2632] Rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), paragraphe 94. Le professeur Chaloupka se réfère spécifiquement aux données d'Euromonitor, aux données de l'enquête NSDHS et aux données du projet ITC indiquées plus haut dans le contexte des critiques qu'il a formulées à l'égard des estimations de KPMG sur le commerce illicite en Australie. *Ibid*.

[2633] Rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), paragraphe 96. Le professeur Chaloupka cite les avis de diverses autorités chargées de veiller à l'application de la réglementation et d'un responsable d'une société de l'industrie du tabac mettant en doute l'incidence de l'emballage neutre du tabac sur l'augmentation de la consommation de produits de contrefaçon. *Ibid*., paragraphes 99 et 100.

7.1018. Outre ses critiques à l'égard d'aspects spécifiques du rapport CMZ, Le professeur Chaloupka énonce un certain nombre d'autres "déterminants ou mobiles" du commerce illicite sans rapport avec l'emballage neutre. Il cite en tant que "facteurs essentiels" le niveau des taxes sur le tabac et des prix du tabac (et les différences entre juridictions voisines)[2634], ainsi que les coûts d'approvisionnement du marché en produits du tabac illicites (y compris les coûts de production et de distribution).[2635] En outre, il mentionne un certain nombre d'autres facteurs, y compris l'accès aux cigarettes non taxées (par exemple du fait d'un mauvais contrôle de la chaîne de distribution) et la présence de réseaux de distribution informels.[2636] Un autre "mobile essentiel" est le coût attendu de l'adoption de comportements illégaux, qui peut être affecté par les efforts d'application de la loi et par des sanctions plus lourdes, avec une augmentation des coûts de l'offre de tabac illicite due à une gouvernance forte, à une administration fiscale efficace et à l'absence de corruption.[2637]

7.1019. Examinant les divers facteurs qui peuvent affecter les incitations à faire du commerce illicite, nous notons que les mobiles potentiels sont multiples et que la situation de l'Australie est relativement bonne à plusieurs égards pour ce qui est d'atténuer l'incidence du commerce illicite du tabac. Le professeur Chaloupka note, en dépit du niveau relativement élevé des prix australiens par rapport à ceux des pays voisins, la réglementation et le contrôle concernant la chaîne de distribution du tabac en place en Australie, son caractère insulaire et l'effet de ce dernier sur le contrôle des importations, et l'absence de zones de libre-échange et de zones franches qui sont une source de produits du tabac illicites dans de nombreux pays.[2638]

7.1020. Dans le cadre des efforts plus larges de la lutte antitabac de l'Australie, les autorités de ce pays ont reconnu qu'il importait de disposer d'un cadre législatif et réglementaire solide pour contrôler le commerce illicite des produits du tabac.[2639] Le professeur Chaloupka présente le cadre législatif australien s'agissant du commerce du tabac illicite ainsi que les activités d'application au titre de ce cadre, qui incluent la concession de licences et les conditions régissant le commerce et la circulation des produits du tabac, les prescriptions de tenue des registres et de déclaration imposées par les autorités douanières australiennes, des contrôles stricts de la culture du tabac et la réglementation de la vente au détail des produits du tabac.[2640] En outre, l'Australie dispose de mécanismes d'application, incluant les inspections par les autorités douanières australiennes (qui ont privilégié les efforts d'application de la loi vis-à-vis du tabac illicite en 2014) et la coordination interorganismes ainsi que le partage d'informations à différents niveaux des pouvoirs publics.[2641] Elle impose également des sanctions contre la culture, la distribution ou la vente de tabac illicite, qui ont été renforcées en 2012 du fait que la contrebande du tabac a été érigée en infraction pénale spécifique au titre de la Loi douanière australienne.[2642]

7.1021. Comme il est indiqué plus haut, la taille globale du marché illicite est contestée. En ce qui concerne les éléments de preuve indiquant une augmentation des détections et des saisies de tabac illicite après l'introduction de l'emballage neutre[2643], nous considérons que ces éléments de preuve ont une valeur probante limitée pour la question à l'examen étant donné que

[2634] Rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), paragraphe 36. Voir aussi le manuel du CIRC de 2011 (pièce DOM-117), pages 301 à 303.

[2635] Rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), paragraphe 40. Voir aussi le manuel du CIRC de 2011 (pièce DOM-117), pages 303 et 304.

[2636] Rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), paragraphes 41 et 42. Voir aussi le manuel du CIRC de 2011 (pièce DOM-117), pages 305 à 306.

[2637] Rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), paragraphes 43 et 44. Voir aussi le manuel du CIRC de 2011 (pièce DOM-117), pages 306 et 307.

[2638] Rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), paragraphes 48 à 51.

[2639] Voir, par exemple, Minisstre de la santé et du vieillissement, "Taking Preventative Action – A Response to Australia: The Healthiest Country by 2020 – The Report of the National Preventative Health Taskforce" (11 May 2010) (pièce JE-15), page 63; et Stratégie nationale concernant le tabac 2012-2018 (pièces AUS-129, DOM-131), pages 19 et 20.

[2640] Rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), paragraphes 52 à 56.

[2641] Rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), paragraphes 57 à 60.

[2642] Rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), paragraphe 61; et Stratégie nationale concernant le tabac 2012-2018 (pièces AUS-129, DOM-131), page 20. S'agissant des mobiles du commerce illicite, le professeur Chaloupka note le classement élevé de l'Australie dans diverses évaluations internationales concernant l'absence de corruption et d'autres indicateurs de forte gouvernance, ainsi que des données laissant entendre qu'il n'y a pas un vaste réseau de distribution informel pour les produits du tabac en Australie. Rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), paragraphes 63 et 64.

[2643] Voir le rapport CMZ (pièce DOM/HND-2), paragraphes 32 et 60.

l'augmentation dans la détection du tabac illicite peut être au moins en partie due au renforcement des efforts d'application de la loi".[2644] De plus, il se peut que ces saisies ne soient pas représentatives du marché illicite dans son ensemble, et même les comparaisons entre les pays sur la base des saisies peuvent ne pas être significatives du fait que les techniques d'investigation des douanes, leurs procédures de communication et l'application de la loi diffèrent.[2645]

7.1022. Comme il est indiqué plus haut, divers facteurs peuvent affecter les mobiles du commerce illicite sans rapport avec l'emballage des produits et l'identification de leur marque. Nous prenons également note des efforts réglementaires soutenus de l'Australie et du contrôle qu'elle exerce sur les réseaux de distribution du tabac pour remédier au commerce illicite. Nous notons également que certaines caractéristiques du régime de l'Australie pour lutter contre le commerce illicite sont conformes au Protocole pour éliminer le commerce illicite des produits du tabac de la FCTC[2646], à savoir assurer le contrôle de la chaîne logistique au moyen des licences et du contrôle des canaux de distribution, imposer des sanctions en cas d'actes illicites et permettre une coopération entre les autorités compétentes et les organismes de répression.[2647] Considérés ensemble, les éléments de preuve qui nous ont été présentés n'établissent pas clairement, au moyen soit d'éléments de preuve empiriques soit d'un argument descriptif fondé sur les mobiles du commerce illicite, que les mesures TPP ont fait augmenter le commerce du tabac illicite en Australie, ou que cette augmentation serait importante au point de compromettre la contribution de ces mesures à l'objectif de santé publique de l'Australie.

7.1023. Compte tenu de ce qui précède, nous ne sommes pas convaincus que les plaignants aient démontré que les mesures TPP avaient entraîné une augmentation du commerce ou de la consommation de tabac illicite en Australie au point de compromettre la contribution de ces mesures à l'objectif d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits.

7.2.5.3.8 Conclusion générale sur le degré de contribution des mesures TPP à l'objectif de l'Australie

7.1024. Nous avons examiné plus haut les éléments de preuve qui nous ont été présentés en relation avec la contribution des mesures TPP à leur objectif d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits. Nous avons examiné les éléments de preuve pertinents se rapportant à la fois à la conception, à la structure et au fonctionnement prévu des mesures TPP ainsi que les éléments de preuve disponibles se rapportant à l'application de ces mesures depuis leur entrée en vigueur en décembre 2012.

7.1025. Globalement, nous constatons que les plaignants n'ont pas démontré que les mesures TPP n'étaient pas à même d'apporter une contribution à l'objectif de l'Australie d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits. En fait, nous constatons que les éléments de preuve qui nous ont été présentés, considérés dans leur intégralité, étayent le point de vue selon lequel les mesures TPP, combinées avec d'autres mesures de lutte antitabac maintenues par l'Australie (y compris les mises en garde sanitaires explicites agrandies introduites en même temps que l'emballage neutre du tabac), sont à même de contribuer, et contribuent effectivement, à l'objectif de l'Australie de réduire la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits.

7.1026. Comme il est exposé en détail plus haut, un certain nombre d'études, y compris des études publiées dans un éventail de revues pertinentes, ont examiné l'incidence potentielle de l'emballage neutre du tabac, avant la mise en œuvre des mesures TPP en Australie. En particulier, une grande partie de ces études traitent de l'incidence prévue de l'emballage neutre sur les trois

[2644] Rapport CMZ (pièce DOM/HND-2), paragraphe 61. Voir aussi le rapport Chaloupka sur le marché illicite (pièce AUS-8), paragraphe 93 ("l'utilisation par CMZ des données de l'ACBPS ne tient pas compte du fait que les douanes et d'autres autorités ont accordé une plus grande attention au tabac à la suite d'augmentations notables des taxes sur le tabac et de la mise en œuvre de l'emballage neutre du tabac").

[2645] Voir le manuel de l'OMS sur la taxation du tabac, texte intégral (pièce CUB-62), page 83.

[2646] Voir plus haut le paragraphe 2.99. Le Protocole pour éliminer le commerce illicite des produits du tabac de la FCTC a été adopté par consensus à la cinquième session de la Conférence des Parties à la FCTC le 12 novembre 2012. Il "entrera en vigueur le 90ème jour suivant la date du dépôt du quarantième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation, de confirmation formelle ou d'adhésion". Protocole à la FCTC sur le commerce illicite (pièce DOM-97), Avant-propos, page 2.

[2647] Voir le protocole à la FCTC sur le commerce illicite (pièce DOM-97), article 4 et parties III à V.

"mécanismes" identifiés dans la Loi TPP comme étant ceux au moyen desquels les mesures TPP sont censées avoir une incidence sur les comportements tabagiques, à savoir réduire l'attrait des produits du tabac, accroître l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et limiter l'aptitude du paquet à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme. Il a été constaté que ces publications convergeaient dans une large mesure vers la conclusion selon laquelle l'emballage neutre des produits du tabac avait la capacité de réduire l'attrait de ces produits, d'accroître l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et de diminuer l'aptitude du paquet à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme.

7.1027. Les plaignants ont identifié un certain nombre de limitations dans ces publications. Les éléments de preuve qui nous ont été présentés à cet égard donnent à penser qu'il est possible, et reconnu dans les examens effectués concernant ces publications, qu'une partie de ces études présentent diverses limitations, dont certaines sont inhérentes à la nature des recherches en cause. Cependant, nous ne sommes pas convaincus que les plaignants aient établi que les conclusions largement convergentes indiquées dans le corps d'études en cause, ainsi que les conclusions générales qui en étaient tirées, devraient être considérées comme étant fondamentalement viciées au point de ne pas pouvoir étayer l'affirmation selon laquelle les mesures TPP étaient à même de contribuer à leur objectif au moyen de ces mécanismes.

7.1028. Nous sommes confortés dans cette conclusion par le fait que cet ensemble de publications a fait l'objet de divers examens, effectués en dehors du contexte des présentes procédures, qui ont conclu que le corps d'études en cause étayait l'affirmation selon laquelle l'emballage neutre du tabac serait à même de réduire l'attrait des produits du tabac, d'améliorer l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et de diminuer l'aptitude de l'emballage du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux risques du tabagisme. Nous notons en particulier les conclusions de l'examen indépendant réalisé pour le compte du gouvernement du Royaume-Uni[2648], qui a examiné à la fois la qualité de l'examen systématique antérieur de la base d'éléments de preuve se rapportant à l'emballage neutre du tabac, ainsi que la qualité des éléments de preuve sous-jacents eux-mêmes, et qui a conclu que les études quantitatives examinées avaient été "effectuées selon un critère rigoureux", que "les conclusions tirées refl[étaient] raisonnablement les éléments de preuve disponibles"[2649] et que l'examen des études qualitatives en cause était un "examen systématique de grande qualité", qui était "manifestement documenté et sui[vait] les meilleures pratiques reconnues pour ces examens".[2650]

7.1029. Nous notons également que, dans la mesure où les études contestées sont antérieures à la mise en œuvre de l'emballage neutre du tabac en Australie, ou ailleurs, et où l'adoption des mesures TPP était fondée sur certaines hypothèses concernant les réponses comportementales à une intervention des pouvoirs publics qui n'était pas encore appliquée sur un territoire, les éléments de preuve en cause représentent une anticipation des effets potentiels plutôt qu'une démonstration des effets réels de cette intervention. Cette circonstance a une incidence sur la nature et la portée des éléments de preuve dont on aurait pu attendre qu'ils soient élaborés au moment où ces études étaient en cours de réalisation, ainsi que sur la mesure dans laquelle on pourrait attendre de ces éléments de preuve qu'ils soient concluants.[2651]

7.1030. Comme il est détaillé plus haut, dans la mesure où la contribution des mesures TPP est censée découler du fonctionnement d'une "chaîne de causalité" ou d'un "modèle médiationnel" sous-tendant la conception de la Loi TPP, il est approprié d'examiner non seulement le fonctionnement des mécanismes susmentionnés (aboutissant à des "résultats proximaux") mais également leur corrélation avec les comportements tabagiques. Les plaignants ont fait valoir que les hypothèses de l'Australie à cet égard étaient dénuées de fondement et que, même à supposer que les mécanismes susmentionnés aboutiraient aux résultats proximaux identifiés par l'Australie

[2648] Nous accordons un poids particulier à cette évaluation effectuée par des examinateurs indépendants, qui ne figurent pas parmi les auteurs fréquemment cités en ce qui concerne "l'emballage neutre" et qui ont été missionnés aux fins d'une évaluation indépendante des publications pertinentes.

[2649] Rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe D, page 49 (faisant référence à l'examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59).

[2650] Rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe E, page 56 (faisant référence à l'examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59).

[2651] Comme cela a été exprimé dans un examen initial des publications concernant l'emballage neutre du tabac dans lesquelles il était demandé aux sujets d'imaginer "ce qui se passerait si" avec divers scénarios concernant l'emballage. Goldberg *et al.* 1995 (pièces AUS-221, JE-24 (26)), appendice C, résumé des groupes de discussion constitués d'hommes, III niveau 8 (n'ayant pas fumé au cours du mois précédent).

dans la Loi TPP, ceux-ci ne seraient pas aptes à influencer les comportements tabagiques ultérieurs. Nous avons donc également examiné les éléments de preuve qui nous ont été présentés concernant la mesure dans laquelle on pouvait s'attendre à ce qu'une réduction de l'attrait des produits du tabac, une augmentation de l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et une diminution de l'aptitude de l'emballage du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme aient une incidence sur les comportements tabagiques ultérieurs, y compris l'initiation au tabagisme, le sevrage et la récidive.

7.1031. Globalement, ces éléments de preuve donnent à penser qu'il est reconnu que la relation entre perceptions, attitudes et comportements est complexe. En particulier, les éléments de preuve qui nous ont été présentés donnent à penser que, même s'il y a une corrélation entre les attitudes et les comportements, un certain nombre de facteurs en jeu peuvent influencer la mesure dans laquelle les attitudes affectent les intentions et, en fin de compte, les comportements effectifs dans un contexte donné. Il faut prendre en compte le contexte dans lequel l'intervention a lieu, y compris les facteurs spécifiques qui peuvent influencer les comportements dans ce contexte. Cependant, nous ne considérons pas que l'Australie fait valoir que les comportements seraient systématiquement modifiés du fait de l'emballage neutre du tabac, de sorte que tous les individus, sans expression, seraient affectés de manière semblable et modifieraient leur comportement tabagique. En fait, nous croyons comprendre que l'Australie s'appuie sur des recherches pertinentes concernant la relation entre perceptions, attitudes et comportements ainsi que sur des éléments de preuve relatifs aux facteurs réputés influencer les comportements tabagiques, pour faire valoir en substance que, dans le contexte spécifique de cette intervention, il est raisonnable de s'attendre à ce qu'une réduction de l'attrait des produits du tabac et une plus grande clarté au sujet de leurs effets nocifs influencent *au moins une partie* des consommateurs dans leurs comportements tabagiques.

7.1032. À cet égard, il n'est pas contesté que les déterminants des comportements tabagiques sont complexes et que l'initiation au tabagisme, le sevrage ou la récidive sont influencés par un large éventail de facteurs, autres que l'emballage d'un produit. Nous ne sommes toutefois pas convaincus que cela implique, comme les plaignants le font valoir, que l'emballage du tabac ne peut avoir *aucune* influence sur les comportements tabagiques, en particulier dans un contexte réglementaire où le paquet pour la vente au détail serait le seul moyen pour promouvoir les produits et transmettre au consommateur toute association positive avec le produit. Les éléments de preuve qui nous ont été présentés démontrent, à cet égard, le rôle que l'emballage de marque des produits du tabac joue pour transmettre l'image des produits du tabac et rendre ces derniers attrayants, en particulier sur un marché "discret" comme l'Australie. Nous ne sommes pas convaincus que les effets de cette identification de la marque soient limités, comme les plaignants le font valoir, à la demande secondaire de produits du tabac, à savoir le choix de fumer une marque plutôt qu'une autre, à l'exclusion de la demande primaire pour ces produits, à savoir la décision de fumer ou de ne pas fumer. En particulier, nous notons qu'il est reconnu qu'il est important pour l'industrie d'attirer de nouveaux consommateurs et, par conséquent, de rendre ses produits attrayants auprès des individus qui sont les plus susceptibles de commencer à consommer du tabac (à savoir les jeunes), y compris au moyen de l'emballage de marque.

7.1033. Nous ne sommes pas non plus convaincus que les plaignants ont démontré que l'emballage neutre du tabac ne serait pas non plus à même d'avoir une certaine incidence sur le sevrage tabagique et la récidive, en diminuant l'aptitude des caractéristiques de conception relatives à l'identification de la marque à agir comme un signal appelant à fumer et en rendant plus importants les messages transmis par les mises en garde sanitaires explicites.

7.1034. Globalement, sur la base de notre examen des éléments de preuve se rapportant à la conception, à la structure et au fonctionnement prévu des mesures TPP, nous ne sommes pas convaincus que les plaignants aient démontré qu'une réduction de l'attrait des produits du tabac ou qu'une plus grande sensibilisation aux risques, du fait de l'emballage neutre du tabac, ou qu'une réduction de l'aptitude à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs des produits du tabac, du fait de l'emballage neutre des produits du tabac appliqué par l'Australie, ne seraient pas à même d'influencer l'un quelconque des comportements tabagiques pertinents. Au contraire, dans un contexte réglementaire où l'emballage du tabac constituerait autrement la *seule* possibilité de transmettre une perception positive du produit au moyen de l'identification de la marque, comme c'est le cas en Australie, il nous paraît raisonnable de faire l'hypothèse qu'il y a une certaine corrélation entre la suppression de ces caractéristiques de conception et l'attrait du produit, et entre cet attrait réduit du produit et les comportements des consommateurs. Dans ce

contexte, il ne paraît pas non plus déraisonnable, à la lumière des éléments de preuve qui nous ont été présentés, de prévoir que la suppression de ces caractéristiques empêcherait également que celles-ci créent un signal contradictoire qui nuirait aux autres messages visant à sensibiliser les consommateurs à la nocivité du tabagisme dans le cadre de la stratégie de lutte antitabac de l'Australie, y compris ceux qui découlent des mises en garde sanitaires explicites.

7.1035. Ces éléments de preuve doivent également être examinés à la lumière des éléments de preuve empiriques disponibles concernant l'application des mesures. À cet égard, il n'est pas contesté que nonobstant tout "attrait intuitif", les politiques de lutte antitabac "doivent être évaluées pour fournir des éléments de preuve concrets montrant leurs effets"[2652] et que "le critère optimal pour l'emballage neutre serait sa mise en œuvre et son évaluation dans un groupe populationnel".[2653]

7.1036. Les éléments de preuve qui nous ont été présentés concernant l'application des mesures TPP incluent des éléments de preuve empiriques se rapportant à l'incidence de ces mesures sur les résultats proximaux qui reflètent les trois mécanismes identifiés et prévus dans la Loi TPP, depuis leur entrée en vigueur. Ces éléments de preuve donnent à penser que l'introduction de l'emballage neutre du tabac, conjointement aux mises en garde sanitaires explicites agrandies, a effectivement réduit l'attrait des produits du tabac, comme le prévoyaient un certain nombre d'études antérieures à la mise en œuvre qui ont été critiquées par les plaignants. Comme il est indiqué plus haut, cela est reconnu par certains des propres experts des plaignants sur la base d'un examen direct des données recueillies dans le but spécifique d'évaluer les effets des mesures TPP qui a été fourni aux plaignants à des fins d'utilisation dans les présentes procédures. Les éléments de preuve empiriques se rapportant aux résultats proximaux des mesures TPP donnent également à penser que l'emballage neutre et les mises en garde sanitaires explicites agrandies ont eu une certaine incidence sur l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites.

7.1037. Enfin, nous avons également examiné les éléments de preuve qui nous ont été présentés en ce qui concerne les comportements tabagiques effectifs en Australie depuis l'entrée vigueur des mesures, qui sont reflétés dans les données se rapportant à l'évolution de la prévalence du tabagisme et de la consommation. Comme il a été indiqué, la mesure dans laquelle les données disponibles au moment de notre évaluation peuvent éclairer une évaluation globale de la contribution réelle, et de la contribution prévue, des mesures à leur objectif est contestée. Les données dont nous disposons dans les présentes procédures concernent une période allant jusqu'à trois ans après l'entrée en vigueur des mesures TPP. Globalement, nous constatons que ces éléments de preuve sont compatibles avec une constatation selon laquelle les mesures TPP contribuent à une réduction de la consommation de produits du tabac, dans la mesure où ils donnent à penser que, conjointement aux mises en garde sanitaires explicites agrandies introduites en même temps, l'emballage neutre a entraîné une réduction de la prévalence du tabagisme et de la consommation de produits du tabac.

7.1038. Les éléments de preuve qui nous ont été présentés et qui se rapportent spécifiquement aux cigares sont plus limités. Bien que nous soyons conscients des limitations de cet ensemble d'éléments de preuve, celles-ci ne nous convainquent pas que notre conclusion devrait être différente en ce qui concerne les cigares. Les éléments de preuve qui nous ont été présentés donnent à penser que l'importance de l'emballage pour établir des associations et des perceptions relatives aux marques s'applique également aux fumeurs de cigares, quoiqu'avec des nuances. Nous relevons également les éléments de preuve qui nous ont été présentés qui donnent à penser que le niveau de sensibilisation aux risques est moins élevé en ce qui concerne la consommation de cigares qu'en ce qui concerne les autres produits du tabac. Les éléments de preuve antérieurs à la mise en œuvre disponibles limités qui nous ont été présentés donnent également à penser que l'emballage neutre aurait la capacité d'agir sur au moins certains des mécanismes au moyen desquels les mesures TPP sont censées fonctionner pour les cigares également. En particulier, ils laissent entendre que les paquets neutres seraient aptes à minimiser l'attrait et les perceptions de la qualité en ce qui concerne les cigarillos, les petits cigares et, dans une moindre mesure, les cigares haut de gamme, et qu'ils pourraient également affecter les perceptions de la facilité à renoncer pour ce qui est des cigarillos et, dans une moindre mesure, des cigares haut de gamme.

[2652] Fong *et al.* 2006 (pièce AUS-132), page 1.
[2653] Wakefield *et al.* 2012 (pièces AUS-557, JE-24(63)), page 1166.

7.1039. Ces conclusions sont compatibles avec les éléments de preuve empiriques limités qui nous ont été présentés en ce qui concerne les résultats observés des mesures TPP, qui donnent à penser que l'attrait perçu de l'emballage a diminué avec l'exposition des fumeurs de cigares aux mesures TPP et aux mises en garde sanitaires explicites agrandies[2654] et que le relief des mises en garde sanitaires et la dissimulation des paquets ont augmenté chez les fumeurs de cigares et de cigarillos, bien que les éléments de preuve soient mitigés pour ce qui est des convictions en matière de santé.[2655] Les éléments de preuve économétriques qui nous ont été présentés laissant entendre que les mesures TPP et les mises en garde sanitaires explicites agrandies contribuaient à une réduction de la prévalence de la consommation de cigares[2656] sont également compatibles avec une conclusion selon laquelle les mesures ont une incidence sur les comportements tabagiques pertinents pour ce qui est des cigares.

7.1040. Sur la base des éléments de preuve qui nous ont été présentés, l'incidence globale des mesures TPP est difficile à quantifier du point de vue de l'ampleur des changements dans les comportements tabagiques imputables aux mesures. En particulier, comme il est indiqué plus haut, cette incidence est difficile à discerner empiriquement, sur la base des éléments de preuve qui nous ont été présentés, des autres facteurs qui affectent également l'évolution des comportements tabagiques, y compris les autres mesures de lutte antitabac appliquées en même temps que les mesures TPP.

7.1041. Nous notons que ce contexte réglementaire a une influence directe sur l'aptitude des mesures TPP à contribuer à leur objectif au moyen des mécanismes identifiés dans la Loi TPP. En particulier, l'existence d'une interdiction générale de la promotion et de la publicité garantit que le type de caractéristiques de conception dont l'utilisation est restreinte sur les produits du tabac et l'emballage pour la vente au détail de ces produits du fait des mesures TPP ne peut pas être utilisé dans d'autres contextes d'une façon qui pourrait compromettre le fonctionnement du premier mécanisme au titre de la Loi TPP, à savoir réduire l'attrait des produits du tabac au moyen de l'identification de la marque. Le fonctionnement du deuxième mécanisme au titre de la Loi TPP suppose également qu'il existe des mises en garde sanitaires explicites appliquées en même temps, ce que l'Australie prescrit également.

7.1042. Nous considérons également que l'importance de la contribution apportée par les mesures TPP à l'objectif de réduire la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits doit être examinée au regard du fait que celles-ci fonctionnent également pour appuyer et améliorer l'efficacité de ces autres mesures, en évitant les lacunes réglementaires (en ce qui concerne la publicité et la promotion) et en garantissant que les autres efforts de lutte antitabac visant à renforcer la sensibilisation aux effets nocifs du tabagisme (y compris les mises en garde sanitaires explicites et les campagnes dans les médias sociaux) ne sont pas compromis.

7.1043. Nous considérons donc que, pris dans leur ensemble, les éléments de preuve qui nous ont été présentés étayent le point de vue selon lequel, telles qu'elles sont appliquées conjointement à l'éventail global des autres mesures de lutte antitabac maintenues par l'Australie et non contestées

[2654] Appendice A, paragraphe 25.

[2655] Appendice A, paragraphes 59 et 71. Nous disposons également d'éléments de preuve montrant un accroissement de la part des fumeurs de cigarillos non haut de gamme qui envisageaient d'arrêter de fumer après la mise en œuvre des mesures TPP et des mises en garde sanitaires explicites agrandies. Voir l'appendice B, paragraphe 31.

[2656] Nous notons à cet égard que, selon Cuba, les consommateurs privés de gros cigares roulés à la main peuvent acheter occasionnellement sur Internet de gros cigares roulés à la main d'une grande valeur auprès de fournisseurs étrangers, et que, de ce fait, ils les reçoivent dans des paquets avec indication de la marque complète avec des bagues de cigares avec indication de la marque complète. Cuba fait valoir que les mesures TPP sont un "geste purement symbolique" qui ne réduira pas la prévalence et la consommation de gros cigares roulés à la main parce qu'elles ne s'appliquent pas aux produits vendus ou achetés, y compris sur Internet, à des fins de consommation personnelle en Australie. Cuba, première communication écrite, paragraphes 272 et 274. Même s'il apparaît qu'il est possible d'acheter en ligne des produits du tabac non conditionnés dans un emballage neutre dans le cadre des mesures TPP (voir l'article 32 2) de la Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1)), prévoyant une dérogation pour les individus qui achètent des produits du tabac "pour leur consommation personnelle "), nous ne sommes pas convaincus que, du fait de cette exception, les mesures TPP seraient un "geste purement symbolique" qui n'aurait pas la capacité de réduire la prévalence et la consommation de gros cigares roulés à la main. En fait, certains éléments de preuve économétriques indiquent que les mesures TPP, conjointement aux mises en garde sanitaires explicites agrandies mises en œuvre en même temps, ont contribué à réduire la prévalence de la consommation de cigares observée après leur entrée en vigueur. Voir l'appendice C, paragraphe 123.

dans les présentes procédures, y compris une interdiction d'utiliser d'autres moyens qui permettraient par ailleurs que l'identification de la marque contribue à l'attrait des produits du tabac et à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme, les mesures TPP sont à même d'apporter, et apportent effectivement, une contribution significative à l'objectif de l'Australie de réduire la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits.

7.1044. En établissant cette détermination, nous sommes également conscients que l'incidence des mesures TPP peut évoluer dans le temps. Notre détermination est fondée sur les éléments de preuve dont nous disposions au moment de notre évaluation et n'entend pas préjuger de l'évolution future de la contribution des mesures TPP à la réduction de la consommation de produits du tabac et de l'exposition à ces produits. Nous notons cependant que nous jugeons raisonnable l'affirmation de l'Australie selon laquelle on peut s'attendre à ce que les mesures aient une incidence en particulier sur les générations futures de jeunes dont l'exposition à la publicité ou à la promotion du tabac en Australie aura en général été limitée, et selon laquelle les incidences sur le sevrage tabagique des fumeurs existants mettront également du temps à se manifester pleinement.

7.1045. Enfin, nous croyons comprendre que l'objectif de réduire l'"exposition" aux produits du tabac (énoncé à l'article 3 1) a) iv) de la Loi TPP comme étant de "réduire l'exposition des individus à la fumée émanant de produits du tabac")[2657] au moyen des mesures TPP est directement lié à l'objectif de réduire la "consommation" de produits du tabac, et découle de la réalisation de ce dernier, en ce sens qu'une réduction de la consommation des produits du tabac chez ceux qui en consomment entraînera une réduction de l'exposition à ces produits pour ceux qui n'en consomment pas. Par conséquent, nous concluons que, dans la mesure où elles contribuent à réduire la consommation de produits du tabac, les mesures TPP auront également une certaine incidence sur la réduction de l'exposition à ces produits.

7.2.5.4 Caractère restrictif pour le commerce des mesures TPP

7.1046. Comme il est expliqué plus haut[2658], l'un des facteurs devant être examinés dans l'"analyse relationnelle" au titre de l'article 2.2 est le "caractère restrictif pour le commerce" des mesures contestées.[2659] Cela éclairera l'évaluation du point de savoir si les mesures contestées sont "*plus* restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire" (pas d'italique dans l'original) au sens de l'article 2.2:

> L'article 2.2 ne prohibe pas les mesures qui ont un quelconque effet restrictif pour le commerce. Il fait référence aux "obstacles non nécessaires" au commerce et autorise donc un certain caractère restrictif pour le commerce; plus spécifiquement, l'article 2.2 dispose que les règlements techniques ne seront pas "plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime". L'article 2.2 concerne donc les restrictions au commerce international qui vont au-delà de ce qui est nécessaire pour accomplir le degré de contribution qu'un règlement technique apporte à l'accomplissement d'un objectif légitime.[2660]

7.1047. Les parties ont échangé un nombre d'arguments considérable au sujet du critère que le Groupe spécial devrait appliquer pour évaluer le "caractère restrictif pour le commerce" des mesures TPP au sens de l'article 2.2. Nous examinons donc d'abord cette question, avant de passer à l'évaluation du caractère restrictif pour le commerce des mesures TPP.

[2657] Loi TPP (pièces JE-1, AUS-1), article 3 1) a) iv).

[2658] Voir plus haut le paragraphe 7.31.

[2659] Voir, par exemple, les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 319; et *États-Unis – EPO*, paragraphe 375. Les deux autres facteurs devant être examinés dans l'"analyse relationnelle" sont le degré de contribution de la mesure à son objectif et les risques que la non-réalisation entraînerait, qui sont examinés plus haut dans la section 7.2.5.3 et plus loin dans la section 7.2.5.5, respectivement.

[2660] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 319.

7.2.5.4.1 Sens de l'expression "caractère restrictif pour le commerce" au titre de l'article 2.2

7.2.5.4.1.1 Principaux arguments des parties

7.1048. Le Honduras fait valoir que le mot "restriction", tel qu'il est utilisé à l'article 2.2 conjointement avec le mot "commerce", désigne quelque chose ayant un effet limitatif sur le commerce.[2661] Il indique que le Groupe spécial *États-Unis – EPO* a constaté que le règlement technique contesté était restrictif pour le commerce parce qu'il avait une incidence négative sur les conditions de concurrence pour les produits importés.[2662] Il fait valoir que la jurisprudence antérieure du GATT et de l'OMC relative à l'article XI du GATT de 1994 indique en outre que les restrictions commerciales sont des mesures qui imposent une condition limitative à l'importation ou ont un effet qui limite les importations en affectant de façon négative les possibilités de concurrence offertes aux produits importés; des mesures qui engendrent des incertitudes et ont une incidence sur les plans d'investissement; des mesures ayant des conséquences négatives identifiables sur l'importation d'un produit; et des mesures qui rendent l'importation plus astreignante que si la condition n'existait pas et créent de ce fait un frein à l'importation.[2663] À son avis, une évaluation du caractère restrictif pour le commerce n'exige pas la démonstration d'effets réels quelconques sur le commerce, étant donné que l'examen est axé sur le point de savoir si la mesure a un effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence offertes aux produits importés.[2664] Le Honduras affirme que le caractère restrictif pour le commerce devrait être déterminé au cas par cas, compte tenu des circonstances spécifiques de chaque mesure. La question de savoir si la démonstration d'effets réels sur le commerce est utile ou nécessaire est quelque chose qui doit être déterminé compte tenu des caractéristiques de chaque mesure et des éléments de preuve disponibles. À cet égard, le Honduras ajoute que dans certains cas, il se peut que les éléments relatifs aux courants d'échanges ne soient pas fiables, pour la simple raison que les modifications observées dans les courants d'échanges peuvent résulter de mesures prises par des parties privées pour des raisons non liées à la mesure en cause.[2665] Il fait référence à la recommandation du Comité OTC relative à la formule "effet notable sur le commerce d'autres Membres" figurant à l'article 2.9 de l'Accord OTC[2666] (recommandation du Comité OTC), qui "est pertinente" pour l'interprétation de l'expression "restrictifs pour le commerce" figurant à l'article 2.2. Il fait valoir sur cette base que la "valeur des importations ou l'importance qu'elles présentent" est un facteur qui peut démontrer le caractère restrictif pour le commerce d'un règlement technique. En l'espèce, il estime que "la capacité de différencier les produits est un élément de grande "valeur" et présentant une grande "importance" pour les producteurs de tabac".[2667] En outre, la référence figurant dans la recommandation du Comité OTC aux difficultés que le respect des règlements techniques projetés implique pour les producteurs des autres Membres "étaye davantage [son] argument … selon lequel les coûts de mise en conformité … sont un facteur qui démontre le caractère restrictif pour le commerce des mesures concernant l'emballage neutre".[2668]

7.1049. La République dominicaine fait valoir que le mot "restriction" tel qu'il est utilisé à l'article 2.2 désigne quelque chose ayant un effet limitatif sur le commerce[2669] et que le critère juridique du caractère restrictif pour le commerce suppose une comparaison avec une situation de

[2661] Honduras, première communication écrite, paragraphe 809 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 319).
[2662] Honduras, première communication écrite, paragraphe 809 (faisant référence aux rapports du Groupe spécial *États-Unis – EPO*, paragraphes 7.574 et 7.575).
[2663] Honduras, première communication écrite, paragraphe 810 (faisant référence aux rapports des Groupe spéciaux *Inde – Automobiles*, paragraphe 7.270; *Colombie – Bureaux d'entrée*, paragraphes 7.240, 7.243, 7.256, 7.257, 7.274 et 7.275; *Inde – Restrictions quantitatives*, paragraphe 7.269; et au rapport du Groupe spécial du GATT *Japon – Cuir II (États-Unis)*, paragraphe 55).
[2664] Honduras, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial; et deuxième communication écrite, paragraphe 532.
[2665] Honduras, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial.
[2666] Comité des obstacles techniques au commerce, Note du Secrétariat, "Décisions et recommandations adoptées par le Comité des obstacles techniques au commerce de l'OMC depuis le 1er janvier 1995", document de l'OMC G/TBT/1/Rev.12 (21 janvier 2015), section 4.3.1.1, page 20 (intitulée "Effet notable sur le commerce d'autres Membres").
[2667] Honduras, réponse à la question n° 118 du Groupe spécial.
[2668] Honduras, réponse à la question n° 118 du Groupe spécial.
[2669] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 963 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 319).

référence, à savoir une comparaison entre le traitement des produits importés au titre de la mesure contestée et celui des mêmes importations en l'absence de la mesure contestée.[2670] S'agissant du critère en matière de preuve pour le caractère restrictif pour le commerce, elle fait valoir que le caractère restrictif pour le commerce n'exige pas la démonstration d'effets réels quelconques sur le commerce, étant donné que l'examen est axé sur le point de savoir si la mesure a un effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence offertes aux produits importés[2671], ce qui doit être déterminé par référence à la conception, aux principes de base, à la structure révélatrice et au fonctionnement de cette mesure.[2672] Selon elle, ces éléments de preuve sont suffisants pour prouver l'existence d'une limitation des possibilités de concurrence sans devoir prouver l'existence d'effets réels sur le commerce. Des éléments de preuve indiquant l'existence d'effets réels sur le commerce peuvent être requis dans les situations où l'existence d'une limitation des possibilités de concurrence ne peut pas être établie de façon fiable d'après d'autres éléments de preuve concernant la conception, la structure et le fonctionnement attendu. La nécessité qu'il y ait des éléments de preuve indiquant des effets réels sur le commerce est liée à ce qui peut être tiré des autres éléments de preuve[2673] et peut aussi permettre à un plaignant de confirmer que la mesure contestée limite les possibilités de concurrence.[2674] La République dominicaine ajoute que i) une limitation des possibilités de concurrence peut découler d'un règlement à l'échelle du marché qui a un effet défavorable sur la situation de tous les produits, que ce soient des produits importés ou des produits nationaux; ii) une limitation des possibilités de concurrence peut découler d'un règlement technique qui réduit les possibilités des *produits* importés sur un segment de marché particulier; iii) une limitation des possibilités de concurrence peut être évaluée du point de vue du volume et/ou de la valeur des importations; iv) une limitation des possibilités de concurrence devrait être évaluée en prenant en compte la façon dont la mesure affecte les importations en provenance de *pays* considérés ""individuellement ou collectivement""; v) une évaluation du caractère restrictif pour le commerce devrait prendre en compte la façon dont la mesure affecte les importations en provenance de pays considérés ""individuellement ou collectivement""; et vi) le caractère restrictif pour le commerce devrait être évalué du point de vue de son incidence sur la croissance ""potentielle"" de ces importations, et non sur l'incidence réelle de la mesure.[2675] S'agissant des points ii) à vi) ci-dessus, la République dominicaine s'appuie sur la recommandation du Comité OTC[2676], qu'elle décrit comme fournissant un "contexte utile" pour l'interprétation de l'expression "restrictifs pour le commerce" figurant à l'article 2.2.[2677]

7.1050. Cuba fait valoir que le caractère restrictif pour le commerce doit être évalué en examinant si une mesure a "un effet limitatif sur le commerce".[2678] Elle fait valoir qu'il suffit pour ce critère que des effets préjudiciables sur la situation des exportateurs soient identifiés, tels qu'un accès aux marchés restreint, des incertitudes ayant une incidence sur l'investissement et une augmentation des coûts.[2679] À son avis, des mesures peuvent être restrictives pour le commerce même dans les cas où elles n'entraînent pas de réduction des volumes d'importation, car il suffit que des effets dommageables sur la situation des exportateurs soient identifiés[2680] ou que

[2670] République dominicaine, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 477); deuxième communication écrite, paragraphe 929.

[2671] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 928 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 477).

[2672] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 931 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.228; *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 130; et *Japon – Boissons alcooliques II,* paragraphes 10.37 à 10.40).

[2673] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 931.

[2674] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 929 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 477).

[2675] République dominicaine, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 477; et à Comité des obstacles techniques au commerce, Note du Secrétariat, "Mise à jour des décisions et recommandations adoptées par le Comité des obstacles techniques au commerce du Tokyo Round concernant les procédures de notification et d'échange de renseignements", G/TBT/W/2/Rev.1, 21 juin 1995); et deuxième communication écrite, paragraphe 930.

[2676] Voir plus haut la note de bas de page 2665.

[2677] République dominicaine, réponses aux questions n° 117 et 118 du Groupe spécial.

[2678] Cuba, première communication écrite, paragraphe 398.

[2679] Cuba, première communication écrite, paragraphe 400 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *Colombie – Bureaux d'entrée*, paragraphe 7.240; aux rapports des Groupes spéciaux du GATT *CEE – Oléagineux I,* paragraphe 150; et *États-Unis – Fonds spécial,* paragraphe 5.2.2).

[2680] Cuba, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial.

l'incidence de la mesure sur les possibilités commerciales des produits importés[2681] soit démontrée. Cuba fait valoir que la recommandation du Comité OTC[2682] "donn[e] au Groupe spécial des indications pour l'analyse du caractère restrictif pour le commerce au titre de l'article 2.2". Elle souligne que la recommandation fait référence non seulement au volume des importations mais aussi à leur valeur et à leur potentiel de croissance qui, selon elle, sont particulièrement pertinents pour son argument relatif à la descente en gamme (examiné plus loin en détail). Elle ajoute que ces "critères" pour l'évaluation d'une restriction commerciale vont au-delà d'une analyse des "effets réels sur le commerce" et étayent ses arguments concernant la pertinence des possibilités de concurrence pour déterminer si un règlement technique est restrictif pour le commerce.[2683]

7.1051. L'Indonésie fait valoir que le caractère restrictif pour le commerce au sens de l'article 2.2 désigne "quelque chose ayant un effet limitatif sur le commerce" et que les mesures restrictives pour le commerce incluent celles qui privent les importations de possibilités de concurrence.[2684] Elle fait valoir que l'expression "restrictifs pour le commerce" a une large portée et n'exige pas la démonstration d'effets réels quelconques sur le commerce, étant donné que l'accent est mis sur les possibilités de concurrence offertes aux produits importés[2685] ou aux concurrents sur le marché.[2686] À cet égard, elle indique que "depuis plus de 60 ans, le GATT et l'OMC s'appuient sur l'interprétation selon laquelle les plaignants n'ont pas besoin de démontrer l'existence d'effets de nature quantitative sur le commerce pour montrer qu'une mesure est incompatible avec le GATT ou un accord de l'OMC", et selon laquelle "la conception, la structure et les principes de base peuvent être suffisants pour indiquer si une mesure est restrictive pour le commerce". Elle note qu'il peut y avoir des cas où l'examen par un Groupe spécial de la conception, de la structure et du fonctionnement attendu d'une mesure laisse sans réponse des questions sur le point de savoir s'il y a un effet limitatif sur les possibilités de concurrence et, lorsque c'est le cas, un plaignant pourrait devoir aller plus loin et démontrer quelque chose de plus, telle l'existence d'effets sur le commerce ayant une valeur quantitative.[2687] Elle fait valoir que la recommandation du Comité OTC[2688] fournit un contexte important pour l'interprétation donnée par le Groupe spécial de l'article 2.2. Selon elle, cette recommandation indique ce qui suit: i) un effet notable sur le commerce peut découler d'une incidence sur un produit déterminé, un groupe de produits ou des produits en général; ii) une mesure qui a un effet notable sur le commerce inclut les mesures qui ont un effet sur la valeur des importations (y compris l'effet de descente en gamme sur les marques haut de gamme), mais des "mesures peuvent aussi affecter "l'importance que présentent les importations"", au sujet desquelles l'Indonésie note l'importance du secteur du tabac mise en lumière par certains pays les moins avancés tierces parties; iii) un "effet notable sur le commerce" pourrait provenir "d'autres Membres considérés individuellement ou collectivement"; et iv) "les difficultés que le respect des règlements techniques projetés implique pour les producteurs des autres Membres" "pourraient" étayer l'argument selon lequel les coûts de mise en conformité pourraient être inclus dans une évaluation du caractère restrictif pour le commerce (nonobstant le fait que l'Indonésie n'a pas allégué que les coûts de mise en conformité avaient pour résultat un caractère restrictif pour le commerce).[2689]

7.1052. L'Australie fait valoir que le sens ordinaire du terme "restriction" est "quelque chose qui restreint quelque chose ou quelqu'un, ce qui limite l'action, une condition ou une réglementation limitative" et que, utilisé conjointement avec le mot "commerce", le terme "restriction" désigne quelque chose "ayant un effet limitatif sur le commerce".[2690] Selon elle, un règlement technique aura un "effet limitatif sur le commerce" lorsqu'il créera un "obstacle" (qu'elle assimile à une "entrave" ("hindrance" ou "impediment" dans la version anglaise) au commerce international.[2691]

[2681] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 225.
[2682] Voir plus haut la note de bas de page 2665.
[2683] Cuba, réponse à la question n° 118 du Groupe spécial.
[2684] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 393 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 319; et au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.455).
[2685] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 393 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO,* paragraphe 477).
[2686] Indonésie, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial.
[2687] Indonésie, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial.
[2688] Voir plus haut la note de bas de page 2665.
[2689] Indonésie, réponse à la question n° 118 du Groupe spécial.
[2690] Australie, première communication écrite, paragraphe 524.
[2691] Australie, première communication écrite, paragraphe 525.

7.1053. De l'avis de l'Australie, une démonstration du fait qu'un règlement technique crée un obstacle au commerce international ne requiert pas d'éléments de preuve indiquant des "effets réels sur le commerce", mais peut en fait ressortir de la conception, de la structure et du fonctionnement de la mesure.[2692] L'Australie note qu'"une manière possible" de démontrer le caractère restrictif pour le commerce est de démontrer que le règlement technique en cause modifie les conditions de concurrence sur le marché au détriment des produits importés par rapport aux produits nationaux.[2693] Toutefois, en l'absence d'une telle allégation, elle dit qu'il ne suffit pas que les plaignants fassent référence dans l'abstrait à des modifications des conditions du marché sans démontrer aussi en quoi ces modifications ont un effet limitatif sur le commerce international.[2694] Ainsi, elle reconnaît "que le renforcement des obstacles à l'entrée sur le marché ou l'augmentation des coûts de mise en conformité sont potentiellement pertinents pour déterminer si une mesure est restrictive pour le commerce au titre de l'article 2.2", mais "seulement si la mesure a effet limitatif sur le commerce global des produits du tabac".[2695] D'après elle, à moins que "la conception, la structure et le fonctionnement du règlement technique ne démontrent que celui-ci aura un effet limitatif sur le commerce international, des éléments de preuve indiquant l'existence d'effets réels sur le commerce seront requis pour établir que la mesure est, en fait, restrictive pour le commerce".[2696] L'Australie fait valoir que les plaignants "ont simplement affirmé que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac avait modifié les conditions de conditions de concurrence sur le marché australien du tabac" mais n'ont pas démontré que ces effets résultaient des mesures TPP ni que ces modifications avaient eu un effet limitatif sur le commerce global des produits du tabac.[2697] Elle affirme que leurs allégations relatives au caractère restrictif pour le commerce sont telles que les plaignants sont tenus de fournir des éléments de preuve et arguments étayant les effets réels sur le commerce, lesquels éléments de preuve et arguments ils n'ont pas présentés.[2698]

7.1054. Dans ce contexte, l'Australie croit comprendre que l'expression "effet sur le commerce" fait référence à "l'effet sur le commerce de tous les Membres de l'OMC s'agissant des produits visés par la mesure – en l'espèce, les produits du tabac".[2699] En outre, elle fait valoir que "le champ de l'analyse doit nécessairement englober plus généralement le commerce international, et non pas uniquement le commerce d'un seul Membre", parce qu'"une mesure qui restreint ou limite le commerce d'un Membre … mais qui intensifie le commerce pour tous les autres Membres de sorte qu'il y a augmentation nette du commerce ne serait pas, sans plus, restrictive pour le commerce au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC" (alors même que cette mesure pourrait constituer un manquement à l'obligation d'accorder le traitement de la nation la plus favorisée (NPF) énoncée à l'article 2.1).[2700] À cet égard, elle fait valoir que la recommandation du Comité OTC[2701] n'aide pas le Groupe spécial à déterminer si une mesure est plus "restrictive pour le commerce" au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC[2702] car elle est dénuée d'importance sur le plan de l'interprétation.[2703]

7.2.5.4.1.2 Principaux arguments des tierces parties

7.1055. Le Brésil fait valoir que l'article 2 de l'Accord OTC établit des conditions différentes et cumulatives qui devraient éclairer l'adoption et l'application des règlements techniques par les Membres de l'OMC. Il cite la déclaration de l'Organe d'appel selon laquelle "[e]n définitive, la tâche d'un groupe spécial au titre de l'article 2.2 est de déterminer si le règlement technique en cause restreint le commerce international au-delà de ce qui est nécessaire pour que ce règlement

[2692] Australie, première communication écrite, paragraphe 525; et réponse à la question n° 117 du Groupe spécial.
[2693] Australie, première communication écrite, paragraphe 526; deuxième communication écrite, paragraphe 374.
[2694] Australie, première communication écrite, paragraphe 527.
[2695] Australie, réponses aux questions n° 68 et 117 du Groupe spécial. Voir aussi Australie, première communication écrite, paragraphe 547.
[2696] Australie, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial.
[2697] Australie, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial.
[2698] Australie, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial.
[2699] Australie, réponses aux questions n° 68, 117 et 151 du Groupe spécial; et deuxième communication écrite, paragraphe 366.
[2700] Australie, réponses aux questions n° 68 et 117 du Groupe spécial; et deuxième communication écrite, paragraphe 366.
[2701] Voir plus haut la note de bas de page 2665.
[2702] Australie, réponse à la question n° 118 du Groupe spécial.
[2703] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 397, note de bas de page 380.

technique accomplisse le degré de contribution qu'il apporte à l'accomplissement d'un objectif légitime".[2704] Des éléments de preuve et arguments étayant les effets réels sur le commerce peuvent être utilisés pour démontrer le caractère restrictif pour le commerce au sens d'"obstacles non nécessaires au commerce". Toutefois, les éléments de preuve ne doivent pas nécessairement quantifier la restriction au commerce mais peuvent être évalués qualitativement au regard de leur contribution à l'objectif légitime.[2705]

7.1056. Le Canada fait valoir qu'une mesure peut être "restrictive pour le commerce" dans les cas où elle a un effet limitatif sur le commerce, et que cet effet peut être engendré par la modification des conditions de concurrence des produits importés, une réduction du volume des échanges dans un Membre particulier *ou* dans l'ensemble du commerce mondial, une prohibition à l'importation ou une augmentation des coûts de mise en conformité supportés par les fabricants. Déterminer le caractère restrictif pour le commerce exclusivement et en toutes circonstances sur une base quantitative rigide n'est pas compatible avec l'interprétation large donnée à cette expression par des groupes spéciaux antérieurs et l'Organe d'appel.[2706] Bien qu'une analyse des effets *réels* sur le commerce puisse être utilisée pour *confirmer* qu'une mesure présente un certain degré de caractère restrictif pour le commerce, cette analyse n'est pas requise dans tous les cas pour ce qui est de la charge de la preuve. La question de savoir si une mesure est "restrictive pour le commerce" ne devrait pas être déterminée uniquement en effectuant un exercice empirique; de fait, le sens ordinaire des mots dans leur contexte donne à penser que l'expression appréhende un vaste ensemble de circonstances.[2707]

7.1057. La Chine fait valoir que le caractère restrictif pour le commerce de la mesure en cause est une question liminaire et que des mesures qui ne sont pas restrictives pour le commerce ne peuvent pas être incompatibles avec l'article 2.2. Elle fait valoir, en faisant référence à l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, que l'expression "restrictifs pour le commerce" signifierait "ayant un effet limitatif sur le commerce international".[2708] Elle indique que le Groupe spécial voudra peut-être examiner la question de savoir si une démonstration établissant qu'un règlement technique en cause modifie les conditions de concurrence sur le marché au détriment des produits importés par rapport aux produits nationaux est la seule façon d'établir l'existence d'un effet restrictif pour le commerce. Ce point de vue pourrait, selon elle, impliquer que l'analyse au titre de l'article 2.2 dépend dans une large mesure du résultat de l'analyse au titre de l'article 2.1. Elle rappelle que le Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* a fait une distinction entre la nature de l'analyse qui doit être effectuée au titre de l'article 2.2 et celle qui doit être effectuée au titre de l'article 2.1.[2709]

7.1058. La Chine fait valoir aussi que le sens du mot "restrictions" figurant à l'article XI du GATT de 1994 pourrait éclairer l'interprétation de l'expression "restrictifs pour le commerce" figurant à l'article 2.2 de l'Accord OTC. L'Organe d'appel a constaté qu'"il n'[était] pas nécessaire de démontrer l'existence de [l'effet limitatif des restrictions] en quantifiant les effets de la mesure en cause", mais que celui-ci "[pouvait] être démontré[] au moyen de la conception, des principes de base et de la structure révélatrice de la mesure en cause examinée dans son contexte pertinent". Ainsi, des éléments de preuve et arguments étayant les effets réels sur le commerce pourraient aider à évaluer le "caractère restrictif pour le commerce" mais ne seraient pas nécessairement requis.[2710]

7.1059. L'Union européenne fait valoir que l'expression "obstacles au commerce international" figurant dans la première phrase de l'article 2.2 et l'expression "restrictifs pour le commerce" figurant dans la deuxième phrase de l'article 2.2 s'éclairent mutuellement. Elle note que le caractère restrictif pour le commerce visé dans la deuxième phrase est international, nonobstant

[2704] Brésil, réponse en tant que tierce partie à la question n° 4 du Groupe spécial (citant les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique),* paragraphe 322; et *États-Unis – EPO,* paragraphe 471).
[2705] Brésil, réponse en tant que tierce partie à la question n° 4 du Groupe spécial.
[2706] Canada, réponse en tant que tierce partie à la question n° 4 du Groupe spécial (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 319; *États-Unis – EPO*, paragraphe 375; et aux rapports des Groupes spéciaux *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 7.426; et *États-Unis – EPO*, paragraphe 7.569).
[2707] Canada, réponse en tant que tierce partie à la question n° 4 du Groupe spécial.
[2708] Chine, communication en tant que tierce partie, paragraphe 73; et réponse en tant que tierce partie à la question n° 4 du Groupe spécial.
[2709] Chine, communication en tant que tierce partie, paragraphes 73 et 74.
[2710] Chine, réponse en tant que tierce partie à la question n° 4 du Groupe spécial.

l'absence de ce terme dans cette phrase, et que l'article 2.2 ne fait pas référence à des restrictions au commerce qui auraient lieu exclusivement dans un Membre de l'OMC. Il pourrait "peut-être apparaître qu'il y a une légère nuance de sens entre le terme "obstacle", qui pourrait aussi impliquer quelque chose qui pourrait être surmonté, et le terme "restriction", qui pourrait aussi impliquer un effet limitatif".[2711] Toutefois, on peut aussi faire valoir que quelque chose ne serait un obstacle que si le fait de le surmonter entraînait un coût et qu'un coût réglementaire additionnel puisse équivaloir à une restriction au commerce même si ce coût pouvait être ou serait absorbé ou atténué par les entreprises. Un examen de tous les cas dans lesquels les termes "obstacle" et "restriction" apparaissent dans l'Accord OTC ne donne pas à penser que ces termes sont utilisés autrement que de manière interchangeable. L'Accord OTC fait aussi référence à un effet sur le commerce d'autres Membres.[2712] L'Union européenne signale des cas où l'Organe d'appel a constaté que des termes différents avaient des sens identiques ou très semblables.[2713]

7.1060. Pour l'Union européenne, la restriction au commerce peut être quelque chose pouvant être "observé" lorsque l'on établit une comparaison faisant ressortir une différence entre des données antérieures (non affectées par la mesure) et des données actuelles et que l'on détermine que la mesure cause la restriction au commerce. La restriction au commerce peut aussi être déterminée sur la base d'un contrefactuel ou exister dans le futur mais être déterminée sur la base de la conception et des principes de base de la mesure et de tous les faits qui l'entourent. Il est donc possible qu'après adoption de la mesure, le commerce international s'intensifie pour d'autres raisons mais que la mesure soit néanmoins restrictive pour le commerce parce qu'elle empêche une nouvelle intensification qui se produirait normalement. En outre, la possibilité que des sociétés puissent prendre des mesures pour absorber, atténuer ou surmonter l'obstacle ne signifie pas nécessairement qu'il n'y a pas restriction au commerce. Par conséquent, la question de savoir s'il y a ou non un obstacle au commerce international, une restriction au commerce ou un effet sur le commerce doit être évaluée sur la base de tous les faits pertinents. Il peut être nécessaire de s'appuyer sur des hypothèses ou des contrefactuels, étayés par des éléments de preuve suffisants, en particulier dans les cas comportant des interactions complexes entre différentes mesures, qui déploient leurs effets dans le temps. Toutefois, un organe juridictionnel doit procéder avec circonspection et prudence lorsqu'il traite une hypothèse ou un contrefactuel.[2714] L'Union européenne estime qu'il ne serait pas possible d'étayer une allégation de violation de l'article 2.2 sur la base d'un obstacle allégué au commerce international, d'une restriction au commerce ou d'un effet sur le commerce qui seraient excessivement hypothétiques ou lointains.[2715]

7.1061. L'Union européenne ajoute que, même si le volume et le prix sont étroitement liés et que l'avantage découlant d'un flux d'échanges serait mesuré à la fois du point de vue du volume et du prix (ou de la valeur), il apparaît que les parties aux présentes procédures considèrent la notion de restriction au commerce du point de vue du volume en particulier. Il apparaît que les plaignants font valoir que, toutes choses étant égales par ailleurs, une mesure qui augmente les prix (ou les coûts) réduira les volumes. À cet égard, l'Union européenne estime que si une mesure impose une augmentation des coûts pour le commerce, que ce soit à court terme ou à long terme, y compris un renforcement des obstacles à l'entrée, alors, toutes choses étant égales par ailleurs, elle est susceptible de donner lieu à une restriction au commerce.[2716]

7.1062. L'Union européenne note que certaines parties assimilent la notion "d'incidence préjudiciable sur les conditions ou les possibilités de concurrence utilisée dans le contexte d'allégations de discrimination *de facto*" à celle de restriction au commerce aux fins de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Pour elle toutefois, l'article 2.1 et l'article 2.2 concernent des questions différentes – l'article 2.1 concerne la question de la discrimination, alors que l'article 2.2 concerne celle de la nécessité. Une mesure pourrait ne pas être discriminatoire mais être très restrictive pour le commerce et non nécessaire. À l'inverse, une mesure pourrait avoir une incidence gravement préjudiciable ou être très discriminatoire mais ne pas être restrictive pour le commerce et être entièrement nécessaire. En conséquence, l'Union européenne ne partage pas le point de vue selon lequel la question de savoir s'il y a un caractère restrictif pour le commerce doit être évaluée par rapport aux produits nationaux. Une mesure pourrait avoir une incidence égale sur les

[2711] Union européenne, communication en tant que tierce partie, paragraphe 54.
[2712] Union européenne, communication en tant que tierce partie, paragraphe 54.
[2713] Union européenne, communication en tant que tierce partie, paragraphe 55.
[2714] Union européenne, communication en tant que tierce partie, paragraphe 56.
[2715] Union européenne, communication en tant que tierce partie, paragraphe 57.
[2716] Union européenne, communication en tant que tierce partie, paragraphe 58.

produits nationaux et les produits importés mais être tout de même très restrictive pour le commerce.[2717]

7.1063. L'Union européenne ne considère pas que le commerce affecté doive nécessairement impliquer le Membre plaignant et le Membre défendeur. Étant donné que l'article 2.2 fait simplement référence à un obstacle au commerce international ou à une restriction au commerce et ne requiert pas, à la différence de l'article 2.1, une comparaison entre les produits nationaux et les produits importés ou entre les produits originaires de deux pays tiers ou plus, la restriction au commerce en cause pourrait concerner le commerce de tout Membre de l'OMC.[2718] Une mesure qui restreint ou limite le commerce d'un Membre mais qui intensifie le commerce de tous les autres Membres ne serait pas, sans plus, restrictive pour le commerce au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC. L'Union européenne considère l'effet relatif d'une mesure parmi différents Membres exportateurs ou pour le Membre exportateur et le Membre importateur (les questions telles que la différenciation des marques et la descente en gamme alléguées par les plaignants en l'espèce) comme étant généralement "plus propre à un traitement au titre de l'article 2.1 qu'au titre de l'article 2.2".[2719] S'agissant des mesures neutres quant à l'origine qui n'impliquent aucune discrimination *de facto*, elle ne pense pas qu'il soit suffisant de mesurer le caractère restrictif pour le commerce par référence à un plaignant ou à plusieurs plaignants. Il n'apparaît pas que les plaignants fassent valoir que la mesure en cause les affecte d'une façon spéciale, différente de celle dont elle affecte d'autres Membres. L'Union européenne ne pense donc pas qu'il suffirait qu'un plaignant démontre que le volume de ses échanges a diminué (le volume des échanges d'un autre plaignant ou de certains autres plaignants ayant augmenté).[2720]

7.1064. Enfin, l'Union européenne indique que l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC est le contexte pour l'interprétation et l'application de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Elle dit qu'il est possible qu'il y ait une mesure qui entrave l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales au sens de l'article 20 et qui cause une restriction au commerce au sens de l'article 2.2; toutefois, cela n'est pas automatiquement le cas et devrait être démontré par les Membres plaignants.[2721]

7.1065. Le Japon fait valoir que l'examen du "caractère restrictif pour le commerce" au titre de la deuxième phrase de l'article 2.2 sera fondé sur un examen de la conception, des principes de base, de la structure et du fonctionnement de la mesure. Cela peut impliquer un examen du point de savoir si une modification des possibilités de concurrence qui est préjudiciable aux importations en totalité ou en partie n'aurait pas pu se produire en l'absence des mesures en cause. Des éléments de preuve montrant l'existence d'effets réels sur le commerce peuvent être indiqués en référence pour confirmer cet examen, mais l'effet réel sur le commerce lui-même ne permettra pas nécessairement de révéler le caractère restrictif pour le commerce puisque divers facteurs autres que les mesures en cause peuvent être la cause de cet effet. Le Japon fait valoir que cela est compatible avec la constatation de l'Organe d'appel selon laquelle "la démonstration d'un effet limitatif sur les possibilités de concurrence d'un point de vue qualitatif pourrait suffire dans les circonstances particulières d'une affaire donnée".[2722]

7.1066. La Nouvelle-Zélande fait valoir que dans leurs communications, les plaignants cherchent à étendre la notion de "caractère restrictif pour le commerce" au titre de l'article 2.2 au-delà de son sens ordinaire, sans aucun élément de jurisprudence de l'OMC pour étayer leur affirmation. On peut évaluer le caractère restrictif pour le commerce en examinant les possibilités de concurrence offertes aux produits importés mais, comme l'Australie le fait valoir, l'accent devrait être mis sur la "question de savoir si le règlement technique en cause modifie les conditions de concurrence sur le marché d'une manière qui a un effet limitatif sur le commerce des produits importés visés par ce règlement".[2723]

7.1067. Faisant référence aux observations formulées par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, la Nouvelle-Zélande affirme que celles-ci sont utiles pour éclairer l'évaluation par le Groupe spécial du point de savoir si les mesures TPP

[2717] Union européenne, communication en tant que tierce partie, paragraphe 59.
[2718] Union européenne, communication en tant que tierce partie, paragraphe 60.
[2719] Union européenne, communication en tant que tierce partie, paragraphe 62.
[2720] Union européenne, réponse en tant que tierce partie à la question n° 4 du Groupe spécial.
[2721] Union européenne, communication en tant que tierce partie, paragraphe 63.
[2722] Japon, réponse en tant que tierce partie à la question n° 4 du Groupe spécial.
[2723] Nouvelle-Zélande, communication en tant que tierce partie, paragraphe 87 (citant Australie, première communication écrite, paragraphe 525).

sont "restrictives pour le commerce". Spécifiquement, étant donné "que les mesures de l'Australie sont des mesures intérieures non discriminatoires qui répondent à un objectif légitime, les plaignants devraient être tenus de présenter des éléments de preuve et arguments étayant les effets réels sur le commerce et de démontrer l'existence et l'étendue du caractère restrictif pour le commerce s'agissant des mesures de l'Australie".

7.1068. Le Nicaragua note que l'article 2.2 de l'Accord OTC ne fait aucunement référence à la discrimination et qu'il n'est pas pertinent de prendre en considération toute incidence discriminatoire pour constater qu'un règlement technique constitue un "obstacle non nécessaire au commerce international". Selon lui, il n'est pas inapproprié d'examiner des éléments de preuve indiquant l'existence d'effets réels sur le commerce, mais démontrer les effets réels sur le commerce n'est pas une prescription car l'obligation dans le cadre de l'OMC protège les possibilités de concurrence. Le Nicaragua fait référence au fait que dans l'affaire *États-Unis – EPO*, l'Organe d'appel a souscrit aux constatations du Groupe spécial selon lesquelles il n'était pas nécessaire de démontrer les effets réels sur le commerce dans un examen au titre de l'article 2.2. L'analyse du caractère restrictif pour le commerce se rapporte à la possibilité qu'un règlement technique ait un effet défavorable sur les conditions de concurrence et les possibilités de concurrence et est donc centrée sur la "structure, [les] principes de base et [la] conception de la mesure" plutôt que sur de quelconques effets réels sur le commerce. La note de bas de page 643 des rapports de l'Organe d'appel sur l'affaire *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)* étaye l'idée qu'il suffit de démontrer "un effet limitatif sur les possibilités de concurrence d'un point de vue qualitatif" pour démontrer le caractère restrictif pour le commerce d'un règlement technique.[2724]

7.1069. La Norvège affirme qu'une évaluation du point de savoir si un règlement technique est "restrictif pour le commerce" requiert d'établir si la mesure impose des conditions restrictives qui limitent le commerce international. L'article 2.2 concerne donc une question différente de celle qui est visée à l'article 2.1. Pour la Norvège, des constatations d'incompatibilité au titre de l'article 2.1 ne seraient cependant pas dénuées de pertinence pour l'évaluation prévue à l'article 2.2. Par exemple, si une mesure établit une discrimination à l'égard des produits importés dans leur ensemble par rapport aux produits nationaux similaires, cela pourrait impliquer que la mesure est également restrictive pour le commerce au regard de l'article 2.2. D'autre part, une mesure peut être restrictive pour le commerce même si elle a une incidence égale sur les produits nationaux et les produits importés. Cela est présupposé dans la référence faite par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)* à "l'existence et l'étendue du caractère restrictif pour le commerce en ce qui concerne des mesures intérieures non discriminatoires". Toutefois, l'Organe d'appel a souligné que la démonstration de l'existence et l'étendue du caractère restrictif pour le commerce en ce qui concerne des mesures intérieures non discriminatoires pouvait requérir "des éléments de preuve et arguments étayant les effets réels sur le commerce", par opposition à des mesures discriminatoires *de jure* où une modification préjudiciable des possibilités de concurrence "[pouvait] aller de soi". Cela semble impliquer que la charge incombant au plaignant d'étayer une allégation de caractère restrictif pour le commerce peut être alourdie en pareils cas.[2725] La Norvège partage les vues de l'Union européenne et de l'Australie selon lesquelles lorsque l'on évalue si, et dans quelle mesure, une mesure limite le commerce international, l'examen devrait être centré sur le commerce plus généralement et non uniquement sur le commerce d'un seul Membre. Elle pense aussi comme l'Union européenne que "les questions portant sur l'effet relatif d'une mesure parmi différents Membres exportateurs ou pour le Membre exportateur et les Membres importateurs (les questions telles que la différenciation des marques et la descente en gamme alléguées par les plaignants en l'espèce) [sont] généralement plus propres à un traitement au titre de l'article 2.1 qu'au titre de l'article 2.2".[2726] Enfin, elle estime que l'incidence d'une mesure sur l'accès au marché ou les coûts de mise en conformité pourrait être pertinente pour déterminer si cette mesure est restrictive pour le commerce, dans la mesure où elle a eu un effet limitatif sur le commerce international des produits du tabac.[2727]

[2724] Nicaragua, réponse en tant que tierce partie à la question n° 4 du Groupe spécial (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.208).

[2725] Norvège, réponse en tant que tierce partie à la question n° 4 du Groupe spécial (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.218, note de bas de page 643).

[2726] Norvège, réponse en tant que tierce partie à la question n° 4 du Groupe spécial.

[2727] Norvège, réponse en tant que tierce partie à la question n° 4 du Groupe spécial.

7.1070. Singapour fait référence à la déclaration de l'Organe d'appel figurant dans la note de bas de page 643 du rapport *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)* donnant à penser qu'il peut être difficile pour des plaignants de prouver une modification préjudiciable des possibilités de concurrence s'agissant de mesures intérieures non discriminatoires. Le caractère restrictif pour le commerce "devrait être considéré comme un critère absolu et non comme un critère relatif (au sens de comparaison avec un autre "produit similaire")". Selon Singapour, le critère de la "modification des possibilités de concurrence" trouve ses racines dans les disciplines fondées sur la discrimination énoncées à l'article 2.1 de l'Accord OTC et aux articles I[er] et III du GATT de 1994. Singapour invite le Groupe spécial à examiner s'il est approprié d'importer ce critère relatif. Elle estime que des éléments de preuve indiquant l'existence d'effets réels sur le commerce ne sont pas une prescription imposant de démontrer l'existence et l'étendue du caractère restrictif pour le commerce en ce qui concerne des mesures intérieures non discriminatoires qui répondent à un objectif légitime et que le caractère restrictif pour le commerce peut être discerné dans "les caractéristiques du règlement technique en cause révélées par sa conception et sa structure".[2728]

7.2.5.4.1.3 Analyse du Groupe spécial

7.1071. Comme il est expliqué plus haut, à ce stade de notre analyse, ce que nous cherchons à établir est le "caractère restrictif pour le commerce" des mesures TPP, en tant qu'élément de l'analyse plus large du point de savoir si ces mesures sont *plus* restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire au sens de l'article 2.2.

7.1072. L'Organe d'appel a interprété le mot "restriction" comme faisant référence à "quelque chose qui restreint quelque chose ou quelqu'un, ce qui limite l'action, une condition ou une réglementation limitative". En conséquence, il a constaté, dans le contexte de l'article XI:2 a) du GATT de 1994, que le terme "restriction" faisait généralement référence à quelque chose qui avait un effet limitatif. Il a déterminé en outre que tel qu'il était utilisé à l'article 2.2 conjointement avec le mot "commerce", le terme désignait "quelque chose ayant un effet limitatif sur le commerce".[2729] Spécifiquement, ce qui est en jeu dans ce contexte est l'effet limitatif de la mesure sur le commerce *international*, comme l'indique clairement la référence au "commerce international" dans la première phrase de l'article 2.2. Nous croyons donc comprendre qu'un règlement technique est "restrictif pour le commerce" au sens de l'article 2.2 lorsqu'il a un effet limitatif sur le commerce international.[2730]

7.1073. Nous notons que des groupes spéciaux antérieurs[2731] et l'Organe d'appel[2732] ont évalué le caractère restrictif pour le commerce de règlements techniques spécifiques en faisant référence à leur effet limitatif sur les "possibilités de concurrence" offertes aux produits importés".[2733] Dans

[2728] Singapour, réponse en tant que tierce partie à la question n° 4 du Groupe spécial (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.208).

[2729] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 319 (notes de bas de page omises). Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 375.

[2730] Comme l'a indiqué l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 319, également cité plus haut, "[l']article 2.2 concerne donc les restrictions au commerce international". Cela est compatible avec la première phrase de l'article 2.2, qui emploie l'expression "obstacles non nécessaires au commerce international", et non pas simplement "obstacles non nécessaires au commerce". Le terme "commerce" est qualifié par le terme "international" dans d'autres dispositions clés de l'Accord OTC, y compris "conduite du commerce international" (préambule, troisième considérant), "restriction … au commerce international" (préambule, sixième considérant), "obstacles … au commerce international" (préambule, cinquième considérant; article 2.5; article 5.1.2; et Annexe 3.E).

[2731] Rapports des Groupes spéciaux *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphes 7.367 à 7.370; et *États-Unis – EPO*, paragraphe 7.572.

[2732] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.208 et note de bas de page 643 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 477).

[2733] Voir les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 477. Comme l'Organe d'appel l'a indiqué, le Groupe spécial dans cette affaire "a considéré que la mesure avait un degré de caractère restrictif pour le commerce considérable dans la mesure où elle avait un effet limitatif sur les possibilités de concurrence pour le bétail importé *par rapport à la situation qui existait avant l'adoption de la mesure EPO*". *Ibid.* (pas d'italique dans l'original) Dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque,* l'Organe d'appel a noté la constatation du Groupe spécial au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC selon laquelle le régime de l'UE applicable aux produits dérivés du phoque, "considéré dans son intégralité, [était] restrictif pour le commerce parce qu'il "[avait] un effet limitatif sur le commerce" en prohibant l'accès au marché de l'UE pour certains produits dérivés du phoque, y compris ceux importés du Canada et de Norvège". *Ibid.* paragraphe 5.205. L'Organe

ces différends, le caractère restrictif pour le commerce des règlements techniques en cause a été déterminé tandis qu'une évaluation distincte était effectuée aussi sur le point de savoir si le traitement accordé par le règlement technique aux produits importés était moins favorable au regard de l'article 2.1 de l'Accord OTC.[2734]

7.1074. La manière dont une affirmation concernant le caractère restrictif pour le commerce est étayée peut varier d'un cas à l'autre. L'Organe d'appel a ainsi constaté qu'une affirmation selon laquelle un règlement technique est restrictif pour le commerce pourrait être étayée sur la base de la question de savoir si le règlement technique a un effet limitatif sur les possibilités de concurrence "d'un point de vue qualitatif … dans les circonstances particulières d'une affaire donnée".[2735] Il a également précisé que dans certains cas, "une modification préjudiciable des possibilités de concurrence [pouvait] aller de soi en ce qui concerne certaines mesures discriminatoires *de jure*, tandis que des éléments de preuve et arguments étayant les effets réels sur le commerce pourraient être requis pour démontrer l'existence et l'étendue du caractère restrictif pour le commerce en ce qui concerne des mesures intérieures non discriminatoires qui répondent à un objectif légitime".[2736] Cette constatation confirme que des "mesures intérieures non discriminatoires" peuvent être jugées "restrictives pour le commerce" au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Cela est compatible, à notre avis, avec le fait que l'article 2.1 et l'article 2.2 établissent des obligations distinctes en ce qui concerne les règlements techniques, qui portent respectivement sur le traitement des produits importés les uns par rapport aux autres et par rapport aux produits nationaux et sur le caractère restrictif pour le commerce. Bien que l'existence d'une discrimination puisse contribuer à l'établissement du "caractère restrictif pour le commerce" au sens de l'article 2.2, une détermination du "caractère restrictif pour le commerce" n'est pas subordonnée à l'existence d'un traitement discriminatoire des produits importés.

7.1075. La manière dont l'existence et l'étendue du caractère restrictif pour le commerce doivent être démontrées en ce qui concerne les règlements techniques dont il n'est pas allégué qu'ils sont discriminatoires dépendra, comme c'est le cas pour d'autres règlements techniques, des circonstances propres à l'affaire.[2737] Toutefois, comme cela a été souligné par l'Organe d'appel, en l'absence de toute allégation de restriction *de jure* concernant la possibilité pour des importations d'être en concurrence sur le marché ou de toute discrimination alléguée à cet égard (entre les importations ou entre les produits importés et les produits nationaux), il sera nécessaire de faire une démonstration suffisante pour établir l'existence et l'étendue de tout "effet limitatif" sur le commerce international résultant du règlement technique contesté.

7.1076. Ainsi que l'Organe d'appel l'a observé, il ne sera pas toujours possible de quantifier un facteur particulier analysé au titre de l'article 2.2 ou de le faire avec précision, cela étant dû, entre autres choses, à la nature de l'objectif poursuivi et au niveau de protection souhaité, ainsi qu'à la nature, à la quantité et à la qualité des éléments de preuve existant au moment où l'analyse est effectuée ou aux caractéristiques du règlement technique en cause révélées par sa conception et

---

d'appel a observé aussi dans ce rapport qu'en faisant référence à la prohibition visant l'importation de produits dérivés du phoque "y compris ceux importés du Canada et de Norvège", le Groupe spécial faisait peut-être référence non seulement à l'incidence restrictive de l'interdiction, mais aussi à l'incidence discriminatoire restrictive causée par le détournement des échanges entre les importations de produits dérivés du phoque originaires de pays différents. *Ibid.*, article 5.205, note de bas de page 1269.

[2734] Dans les présentes procédures, les parties n'ont pas présenté d'allégations au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Nous notons que les plaignants ont chacun identifié l'article 2.1 de l'Accord OTC comme étant un fondement juridique de leurs plaintes respectives mais n'ont pas présenté d'arguments concernant ces allégations ni demandé de constatations s'agissant de cette disposition.

[2735] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.208. (note de bas de page omise)

[2736] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.208, note de bas de page 643.

[2737] Voir les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.208. Nous notons aussi que, dans le contexte de son interprétation du terme "restriction" figurant à l'article XI:1 du GATT de 1994 (sur laquelle il s'est appuyé dans le contexte de l'interprétation de l'expression "caractère restrictif pour le commerce" figurant à l'article 2.2 de l'Accord OTC), l'Organe d'appel a souligné qu'il "n'[était] pas nécessaire de démontrer l'existence [d'effets limitatifs] en quantifiant les effets de la mesure en cause; par contre, ces effets limitatifs peuvent être démontrés au moyen de la conception, des principes de base et de la structure révélatrice de la mesure en cause examinée dans son contexte pertinent". Voir, par exemple, les rapports de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphe 5.217.

sa structure.[2738] Lorsque différentes méthodes d'évaluation du caractère restrictif pour le commerce sont disponibles eu égard aux faits et arguments communiqués par les parties, il incombe à un groupe spécial d'"adopter ou élaborer une méthode qui est à même de produire une évaluation correcte" en ce qui concerne le règlement technique examiné.[2739] Selon les circonstances de l'espèce, cette démonstration pourrait être fondée sur des arguments et éléments de preuve qualitatifs, quantitatifs ou les deux, y compris des éléments de preuve relatifs aux caractéristiques de la mesure contestée révélées par sa conception et son fonctionnement.

7.1077. Dans les présentes procédures, les parties ont exprimé des vues différentes sur la manière dont le Groupe spécial devrait évaluer la mesure dans laquelle les mesures contestées sont restrictives pour le commerce. À cet égard, l'Australie estime que l'effet des mesures TPP sur le commerce international devrait être évalué sur la base de leur effet sur le commerce de *tous les Membres de l'OMC* considérés dans leur ensemble en ce qui concerne les produits qu'elles visent (à savoir les "produits du tabac") tels que définis dans la Loi TPP).[2740] Comme il est expliqué plus haut, les plaignants considèrent que la recommandation du Comité OTC[2741] sur le sens de l'expression "effet notable sur le commerce d'autres Membres" figurant à l'article 2.9 de l'Accord OTC donne des indications pour l'analyse du caractère restrictif pour le commerce au titre de l'article 2.2 et montre clairement que l'interprétation de l'Australie est incorrecte. L'Australie indique que la recommandation du Comité OTC est dénuée d'importance sur le plan de l'interprétation.[2742]

7.1078. Nous ne voyons rien dans les termes de l'article 2.2 permettant de supposer, comme l'Australie le suggère, que les effets d'un règlement technique sur le commerce international et, spécifiquement, l'existence et l'étendue d'un effet "restrictif pour le commerce" doivent être évalués seulement sur la base de l'effet de la mesure sur le commerce de tous les Membres de l'OMC, en ce qui concerne tous les produits visés par le règlement technique. De fait, nous considérons que l'adoption de cette interprétation aurait pour effet qu'un Membre de l'OMC ne pourrait pas recourir à l'article 2.2 de l'Accord OTC pour un produit particulier concernant lequel son commerce serait restreint, dans le cas où celui d'un autre Membre (d'autres Membres) s'intensifierait. En outre, suivant la logique de l'Australie, pour faire admettre une allégation au titre de l'article 2.2, un Membre aurait besoin dans tous les cas d'établir l'existence d'un effet limitatif non seulement en ce qui concerne ses propres exportations, mais en ce qui concerne la totalité des exportations de tous les Membres. Cette interprétation diminuerait, à notre avis, les droits des Membres énoncés à l'article 2.2.

7.1079. Nous trouvons des indications utiles à cet égard dans le contexte de l'article 2.2, en particulier l'article 2.9 de l'Accord OTC. Le texte introductif de l'article 2.9 dispose ce qui suit:

> Chaque fois qu'il n'existera pas de normes internationales pertinentes, ou que la teneur technique d'un règlement technique projeté ne sera pas conforme à celle des normes internationales pertinentes, et si le règlement technique peut avoir un *effet notable sur le commerce d'autres Membres*, les Membres … (pas d'italique dans l'original)

7.1080. Les alinéas suivant immédiatement ce texte introductif exposent les prescriptions applicables aux Membres de l'OMC en ce qui concerne, entre autres choses, la publication de l'adoption projetée du règlement technique, ainsi que la notification aux autres Membres des produits qui seront visés par le règlement technique, accompagnée d'une brève indication de son objectif et de sa raison d'être.

7.1081. Nous notons que, comme les plaignants l'ont observé, le Comité OTC a adopté une recommandation afin que "la question du choix des projets de règlements techniques … à notifier

---

[2738] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.208.

[2739] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.210.

[2740] Voir aussi Australie, réponses aux questions n° 68, 117 et 151 du Groupe spécial; et deuxième communication écrite, paragraphe 366.

[2741] Voir plus haut la note de bas de page 2665.

[2742] Australie, réponse à la question n° 127 du Groupe spécial; et deuxième communication écrite, paragraphe 397, note de bas de page 380.

[au titre de l'article 2.9 de l'Accord OTC] soit abordée de façon cohérente". Cette recommandation dispose ce qui suit:

> i. aux fins des articles 2.9 et 5.6, la formule "effet notable sur le commerce d'autres Membres" peut s'entendre de l'effet sur le commerce:
>
> – d'un seul règlement technique ou d'une seule procédure d'évaluation de la conformité, ou de plusieurs règlements techniques ou de plusieurs procédures d'évaluation de la conformité conjugués;
>
> – d'un produit déterminé, d'un groupe de produits ou de produits en général; et
>
> – entre deux ou plusieurs Membres.
>
> ii. pour évaluer l'incidence d'un règlement technique sur le commerce, le Membre concerné devrait prendre en considération des éléments tels que:
>
> – la valeur des importations ou l'importance qu'elles présentent à d'autres titres pour les Membres importateurs et/ou exportateurs concernés, qu'il s'agisse d'autres ou des autres Membres considérés individuellement ou collectivement,
>
> – le potentiel de croissance de ces importations et
>
> – les difficultés que le respect des règlements techniques projetés implique pour les producteurs des autres Membres.
>
> iii. la notion d'effet notable sur le commerce d'autres Membres devrait englober les effets d'accroissement et de réduction des importations sur les échanges commerciaux d'autres Membres tant que ces effets restent notables.[2743]

7.1082. Aux termes de l'article 3:2 du Mémorandum d'accord, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel doivent clarifier les dispositions des accords visés "conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public". Conformément à l'article 31 3) a) de la Convention de Vienne sur le droit des traités[2744] (Convention de Vienne)[2745], il faut pour cela tenir compte, en même temps que du contexte, de tout "accord ultérieur" intervenu entre les parties. Nous examinons donc la mesure dans laquelle il peut être considéré que la recommandation du Comité OTC[2746] constitue un "accord ultérieur" aux fins de l'interprétation de l'expression "restrictifs pour le commerce" figurant à l'article 2.2 de l'Accord OTC.

7.1083. La recommandation du Comité OTC a été adoptée en 1995, après la conclusion de l'Accord OTC par tous les Membres de l'OMC agissant conjointement dans le cadre du Comité OTC, par consensus.[2747] Toutefois, ainsi que l'Organe d'appel l'a noté, la mesure dans laquelle une décision des Membres éclairera l'interprétation et l'application d'un terme ou d'une disposition dans un cas spécifique, dépendra de "la mesure dans laquelle elle "influe spécifiquement" sur l'interprétation et l'application du terme ou de la disposition en question".[2748]

[2743] Comité des obstacles techniques au commerce, Note du Secrétariat, "Décisions et recommandations adoptées par le Comité des obstacles techniques au commerce de l'OMC depuis le 1er janvier 1995", document de l'OMC G/TBT/1/Rev.12 (21 janvier 2015), section 4.3.1.1, page 20 (intitulée "Effet notable sur le commerce d'autres Membres").

[2744] Convention de Vienne sur le droit des traités, faite à Vienne le 23 mai 1969, Recueil des traités des Nations Unies, volume 1155, page 331.

[2745] Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 258 ("Conformément à l'article 3:2 du Mémorandum d'accord, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel sont tenus d'appliquer les règles coutumières d'interprétation du droit international public – y compris la règle énoncée à l'article 31 3) a) de la *Convention de Vienne*").

[2746] Voir plus haut la note de bas de page 2665.

[2747] Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 371.

[2748] Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 372 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 265, qui cite les rapports de l'Organe d'appel *CE – Bananes III (article 21:5 – Équateur II)/CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 390).

7.1084. Nous notons d'abord que, selon ses propres termes, la recommandation du Comité OTC[2749] ne prétend pas interpréter l'article 2.2 de l'Accord OTC ni la formule "caractère restrictif pour le commerce" figurant dans cette disposition. De fait, elle identifie les situations auxquelles la formule "effet notable sur le commerce d'autres Membres" figurant dans les articles 2.9 et 5.6 peut faire référence et les considérations que les Membres devraient prendre en compte pour évaluer "l'incidence d'un règlement technique sur le commerce" dans le contexte de l'application de ces dispositions.

7.1085. Compte tenu de ce qui précède, nous ne sommes pas certains que ces aspects de la recommandation aient une fonction *autre que* d'éclairer "la formule "effet notable sur le commerce d'autres Membres""[2750] aux fins de l'application des articles 2.9 et 5.6.[2751] Nous ne considérons donc pas que la recommandation du Comité OTC[2752] "influe spécifiquement" sur l'interprétation de l'expression "caractère restrictif pour le commerce" figurant à l'article 2.2 de l'Accord OTC. Nous considérons effectivement, cependant, qu'elle "influe spécifiquement" sur l'interprétation de l'expression "effet notable sur le commerce d'autres Membres" figurant à l'article 2.9 de l'Accord OTC. Dans la mesure où l'article 2.9 lui-même fournit le contexte pertinent pour l'interprétation de l'article 2.2, les indications données par la recommandation devraient donc éclairer, dans la mesure où cela est pertinent, notre interprétation du contexte fourni par l'article 2.9.

7.1086. La formule "effet notable sur le commerce d'autres Membres", bien qu'elle ne soit pas identique à l'expression "caractère restrictif pour le commerce" telle qu'elle est utilisée à l'article 2.2, fournit le contexte pertinent dans la mesure où elle éclaire la façon dont le mot "commerce" doit s'entendre dans l'expression "caractère restrictif pour le commerce" au sens de l'article 2.2.[2753] Spécifiquement, comme cela est indiqué dans la recommandation du Comité OTC[2754], un règlement technique pourrait avoir différents "effets" sur le commerce, y compris des effets "d'accroissement et de réduction" des importations. Un tel effet peut être de "restreindre" le commerce".

7.1087. Nous notons aussi la première phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC, qui prescrit que lorsqu'il élaborera, adoptera ou appliquera un règlement technique ayant un "effet notable sur le commerce d'autres Membres", un Membre "justifi[e], si un autre Membre lui en fait la demande, ce règlement technique au regard des dispositions des paragraphes 2 à 4".[2755] Le fait qu'il pourrait être nécessaire de "justifier" tant un règlement technique qui a un "effet notable sur le commerce d'autres Membres" qu'un règlement technique qui est "restrictif pour le commerce" sur la base du point de savoir s'ils créent une restriction au commerce international qui va au-delà de ce qui est nécessaire pour accomplir le degré de contribution qu'ils apportent à l'accomplissement d'un objectif légitime[2756] nous indique que la teneur des expressions "effet notable sur le commerce d'autres Membres" et "caractère restrictif pour le commerce" est à tout le moins largement la même. Pour toutes ces raisons, nous n'admettons pas l'affirmation de l'Australie selon laquelle la recommandation du Comité OTC[2757] est dénuée d'importance sur le plan de l'interprétation.

7.1088. La recommandation du Comité OTC[2758] donne à penser que la formule "effet notable sur le commerce d'autres Membres" figurant à l'article 2.9 peut être interprétée comme faisant référence, entre autres choses, à l'effet sur le commerce d'un produit déterminé, d'un groupe de produits ou de produits en général et à *l'effet sur le commerce entre deux ou plusieurs Membres*.

[2749] Voir plus haut la note de bas de page 2665.

[2750] Comité des obstacles techniques au commerce, Note du Secrétariat, "Décisions et recommandations adoptées par le Comité des obstacles techniques au commerce de l'OMC depuis le 1er janvier 1995", document de l'OMC G/TBT/1/Rev.12 (21 janvier 2015), section 4.3.1.1, page 20 (intitulée "Effet notable sur le commerce d'autres Membres").

[2751] Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 266. Voir aussi, plus haut, la note de bas de page 1435.

[2752] Voir plus haut la note de bas de page 2665.

[2753] Nous notons aussi que la première phrase de l'article 2.2 prescrit que l'élaboration ou l'application des règlements techniques n'aient pas pour *effet* de créer des obstacles non nécessaires au commerce international". (pas d'italique dans l'original)

[2754] Voir plus haut la note de bas de page 2665.

[2755] Nous croyons comprendre que "les paragraphes 2 à 4" dans ce contexte font référence aux paragraphes 2 à 4 de l'article 2 de l'Accord OTC. Voir aussi le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.457.

[2756] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 319.

[2757] Voir plus haut la note de bas de page 2665.

[2758] Voir plus haut la note de bas de page 2665.

En outre, pour évaluer l'incidence de ces effets sur le commerce, les Membres sont invités à examiner la valeur des importations ou l'importance qu'elles présentent à d'autres titres pour les Membres importateurs et/ou exportateurs concernés, *qu'il s'agisse d'autres ou des autres Membres considérés individuellement ou collectivement.* Nous considérons que cette interprétation confirme notre observation figurant plus haut au paragraphe 7.1078 selon laquelle il n'est pas nécessaire que le "caractère restrictif pour le commerce" d'un règlement technique soit évalué seulement sur la base de l'effet de la mesure sur le commerce entre *tous* les Membres de l'OMC, en ce qui concerne *tous les produits* visés par le règlement technique. Nous estimons aussi que la recommandation du Comité OTC donne à penser que lorsque l'on examine les effets d'un règlement technique (y compris si le règlement technique a un effet *limitatif* sur le commerce), on pourrait prendre en compte "la valeur des importations ou l'importance qu'elles présentent à d'autres titres pour les Membres importateurs et/ou exportateurs concernés", ainsi que "les effets d'accroissement et de réduction des importations sur les échanges commerciaux d'autres Membres".[2759]

7.1089. Ayant précisé le sens de l'expression "caractère restrictif pour le commerce" au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC et la façon dont le caractère restrictif devrait être évalué, nous examinons la mesure dans laquelle les mesures TPP sont restrictives pour le commerce.[2760]

7.2.5.4.2 Application aux mesures TPP

7.2.5.4.2.1 Principaux arguments des parties

7.1090. Le Honduras fait valoir que "[l]es restrictions concernant les marques sont restrictives pour le commerce pour deux raisons: elles affectent les possibilités de concurrence des produits du tabac importés sur le marché australien et elles entraînent des coûts de mise en conformité pour les producteurs."[2761] Il fait valoir en outre que les mesures TPP sont restrictives pour le commerce parce qu'elles affectent les possibilités de concurrence des produits du tabac importés de diverses manières, "à savoir en supprimant la différenciation des produits qui agit comme un avantage concurrentiel, en raison de l'incidence sur l'accès au marché résultant du relèvement des obstacles à l'entrée et en raison des coûts de mise en conformité"[2762] résultant des mesures.

7.1091. De l'avis du Honduras, en restreignant la forme sous laquelle les marques peuvent figurer sur l'emballage des produits du tabac et sur les produits du tabac effectifs, les restrictions concernant les marques portent préjudice aux possibilités de concurrence des produits du tabac importés et, de ce fait, sont restrictives pour le commerce. Le Honduras explique que, pour comprendre la nature de cette restriction au commerce, il est nécessaire tout d'abord d'apprécier le rôle décisif que les marques jouent sur le marché. Il fait valoir que les marques remplissent plusieurs fonctions importantes, à savoir l'identification de la source du produit, l'indication de la qualité du produit, la réduction des coûts des transactions et des risques liés à l'achat, ainsi que la stimulation d'une concurrence loyale. Il met l'accent sur ce dernier élément s'agissant de ses arguments relatifs au caractère restrictif pour le commerce. Il fait valoir que la valeur d'une marque est directement liée à la notion de différenciation des marques – "pour affronter efficacement la concurrence, un producteur doit avoir l'aptitude à différencier son produit de ceux qui sont offerts par ses concurrents". Faisant référence au professeur Steenkamp, il indique que "la différenciation est au cœur du marketing moderne; elle donne aux sociétés l'aptitude à créer

[2759] Nous trouvons en outre des éléments à l'appui de cette conclusion dans l'idée que l'annulation ou la réduction d'avantages causées par une mesure incompatible avec les règles de l'OMC, dans le contexte d'arbitrages au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord, ont été évaluées sur la base de la valeur totale du commerce des produits affectés par la mesure. Voir par exemple les Décisions des Arbitres *CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 42; et C*E – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 43. Nous notons cependant qu'en faisant cette observation, nous ne faisons pas l'amalgame entre notre tâche consistant à évaluer la compatibilité des mesures TPP avec les obligations de l'Australie dans le cadre de l'OMC et la tâche qui consiste à estimer le niveau de toute annulation ou réduction d'avantages que les mesures TPP peuvent causer. Voir la Décision des Arbitres *CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 41.

[2760] Nous notons aussi le libellé comparable de la recommandation du Comité SPS concernant la façon d'évaluer l'"effet notable sur le commerce" aux fins de l'obligation de notification énoncée à l'Annexe B5 de l'Accord SPS. Comité des mesures sanitaires et phytosanitaires, Procédures recommandées pour l'exécution des obligations résultant de l'Accord SPS en matière de transparence (article 7), G/SPS/7/Rev.3 (20 juin 2008), paragraphes 9 et 10.

[2761] Honduras, première communication écrite, paragraphe 857.

[2762] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 539.

des distinctions entre les offres concurrentielles sur un marché de produits donné … de façon que les consommateurs puissent établir ces différences et agir en conséquence". Par conséquent, les sociétés font tout ce qu'elles peuvent pour montrer aux consommateurs que leurs produits sont différents de ceux de leurs concurrents.[2763]

7.1092. Le Honduras ajoute qu'un moyen de souligner la différenciation est de faire usage de marques de fabrique et de commerce ou de "noms de marque". Faisant référence au professeur Winer, il fait valoir que les marques peuvent être définies comme "la propriété exclusive d'un détenteur spécifique [qui] a été développée dans le temps de façon à englober un ensemble de valeurs et d'attributs (à la fois matériels et immatériels) différenciant utilement et de façon appropriée des produits par ailleurs très semblables".[2764] Les marques constituent aussi des moyens permettant aux sociétés d'indiquer la qualité de leurs produits aux consommateurs[2765]; à cet égard, le Honduras fait référence au professeur Winer, qui décrit les marques "comme l'incarnation d'une promesse du fabricant au consommateur, une indication de la qualité, de l'origine du produit, de l'intégrité et de la régularité sur lesquelles un consommateur peut compter lorsqu'il achète un produit vendu sous l'enseigne de la marque signalée par les symboles déposés".[2766] Le Honduras estime que cela est particulièrement important s'agissant de produits pour lesquels le "facteur expérience" est déterminant, tels que les produits du tabac, "dont les attributs et la qualité ne peuvent être discernés qu'après l'achat, une fois que le consommateur les a effectivement utilisés et expérimentés".[2767]

7.1093. Le Honduras fait valoir que "[l']aptitude à différencier un produit par identification de la marque est une source d'avantage compétitif", et que "[l]es consommateurs qui préfèrent une certaine marque deviennent fidèles à cette marque et sont prêts à payer un supplément de prix pour l'obtenir".[2768] Il fait référence à cet égard aux remarques du professeur Winer selon lesquelles "[i]l n'est pas inhabituel pour un acheteur fidèle de payer 20 à 30% de plus pour une marque qu'il préfère" et selon lesquelles "les consommateurs fidèles sont moins susceptibles d'être influencés par les activités de marketing des concurrents".[2769] La valeur d'une marque peut être liée non seulement à la qualité du produit mais aussi à des caractéristiques comme l'origine et/ou la nature particulière de certains ingrédients.[2770]

7.1094. Le Honduras fait valoir que les sociétés utilisent l'emballage comme moyen de transmettre le message de la marque aux consommateurs et que cela exige que l'emballage "affiche la totalité des composants qui forment une marque". Il ajoute que les marques sont constituées non seulement du nom de la marque lui-même mais aussi de couleurs, graphismes, logos, caractères, taille et formes.[2771] Les avantages des marques sont perdus lorsque les sociétés ne parviennent plus à différencier les produits car, sur un tel marché, il y a une "convergence de la qualité perçue" suivant laquelle les consommateurs, en l'absence des signes habituels de qualité transmis par un emballage de marque, perçoivent tous les produits comme étant de même qualité.[2772] Le Honduras fait valoir que cela "affaiblit la fidélité des consommateurs à une marque particulière et qu'ils refusent de payer un supplément de prix pour une marque haut de gamme quand la différenciation de la marque est affectée"; cela aboutit finalement à "une restructuration du marché, les marques bon marché gagnant des parts de marché aux dépens des marques haut de gamme, et à une pression sur les prix".[2773] Le Honduras fait valoir que les données postérieures

[2763] Honduras, première communication écrite, paragraphes 862 et 863.
[2764] Honduras, première communication écrite, paragraphe 864 (faisant référence au rapport Winer (pièce UKR-9), paragraphe 14).
[2765] Honduras, première communication écrite, paragraphe 865 (faisant référence au rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-5), paragraphe 43).
[2766] Honduras, première communication écrite, paragraphe 865 (citant le rapport Winer (pièce UKR-9), paragraphe 13).
[2767] Honduras, première communication écrite, paragraphe 865.
[2768] Honduras, première communication écrite, paragraphe 866 (faisant référence au rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-5), paragraphe 43); et deuxième communication écrite, paragraphe 544.
[2769] Honduras, première communication écrite, paragraphe 866 (citant le rapport Winer (pièce UKR-9), paragraphe 24).
[2770] Honduras, première communication écrite, paragraphe 866.
[2771] Honduras, première communication écrite, paragraphe 867.
[2772] Honduras, première communication écrite, paragraphe 870 (faisant référence au rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-5), paragraphe 64).
[2773] Honduras, première communication écrite, paragraphe 870 (citant le rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-5), paragraphe 64).

à la mise en œuvre confirment que les mesures TPP "ont entraîné une augmentation de l'effet de descente en gamme".[2774]

7.1095. Le Honduras ajoute que la réduction de la différenciation des produits peut entraîner une augmentation des ventes pour la catégorie des produits toute entière (c'est-à-dire pour toutes les marques dans leur ensemble), étant donné que les sociétés commenceront à lutter contre la concurrence sur la base des prix pour regagner leurs parts de marché.[2775]

7.1096. Le Honduras fait valoir que "les restrictions concernant les marques sont restrictives pour le commerce parce qu'elles altèrent fortement les possibilités de concurrence des produits importés sur le marché australien". La raison en est qu'"[a]vant l'adoption des restrictions concernant les marques, les producteurs de tabac étrangers pouvaient soutenir la concurrence sur le marché australien en s'appuyant sur la force de leurs marques, dont la valeur et la réputation avaient été développées au fil des années", mais les "restrictions concernant les marques dénaturent la façon dont les marques figurent sur l'emballage des produits du tabac et sur les produits du tabac eux-mêmes", de sorte que les sociétés sont maintenant empêchées de recueillir les avantages de la valeur des marques. Plus spécifiquement, la réduction de la différenciation des marques entraînée par ces restrictions amène les consommateurs à abandonner les marques haut de gamme au profit de marques bas de gamme. Selon le Honduras, cette dégradation de la différenciation des produits amène les consommateurs à descendre en gamme et, "[d]ès lors [qu'ils] commencent à descendre en gamme, la demande de produits du tabac importés est condamnée à diminuer". Pour le Honduras, cela équivaut à un "effet limitatif sur le commerce" et à un frein à l'exportation des produits du tabac vers l'Australie.[2776]

7.1097. En réponse à une question du Groupe spécial, le Honduras affirme en outre que "[l]es restrictions [concernant tant les marques que le format] affectent les conditions de concurrence pour les produits du tabac" car elles "i) … affectent les possibilités de concurrence des produits du tabac importés en réduisant la différenciation des marques et en amenant les consommateurs à abandonner les marques haut de gamme au profit de marques bas de gamme; et ii) entraînent des coûts de mise en conformité pour les producteurs étant donné la nécessité de modifier les produits du tabac et leur emballage de façon à ce que les marques apparaissent sous la forme prescrite par la législation australienne".[2777] S'agissant de la question de savoir si les deux ensembles de prescriptions sont restrictifs pour le commerce, il fait valoir qu'"[u]ne analyse de la conception et de la structure des mesures concernant l'emballage neutre montre que les restrictions concernant les marques et les restrictions concernant le format fonctionnent conjointement", en ce sens que les deux "types de restriction fonctionnent conjointement de façon à normaliser la présentation des produits du tabac et de leur emballage". Par conséquent, le caractère restrictif pour le commerce de la mesure contestée (du point de vue de la réduction de la différenciation des marques et des coûts de mise en conformité) résulte à la fois des restrictions concernant les marques et des restrictions concernant le format.[2778]

7.1098. Le Honduras fait valoir en outre que "les mesures concernant l'emballage neutre sont aussi restrictives pour le commerce parce qu'elles restreignent l'accès au marché australien et faussent les conditions de concurrence". Il estime qu'en imposant ces obstacles à l'accès au marché, les mesures TPP affectent les possibilités de concurrence des produits du tabac, ont un effet limitatif sur le commerce, créent un frein à l'importation en Australie et ont des conséquences négatives identifiables sur l'importation des produits du tabac.

7.1099. Faisant référence au rapport d'expert du professeur Neven, le Honduras précise que les mesures TPP produisent certains effets sur la communication et sur les prix qui rendent pratiquement impossible l'accès au marché australien du tabac. Le professeur Neven indique que "les bénéfices qu'un fabricant peut s'attendre à obtenir sur un marché donné déterminent sa volonté de se lancer dans des activités commerciales, d'entrer sur de nouveaux marchés et de

[2774] Honduras, première communication écrite, paragraphe 870; et deuxième communication écrite, paragraphe 546.
[2775] Honduras, première communication écrite, paragraphe 871.
[2776] Honduras, première communication écrite, paragraphes 875 et 876; et réponse à la question n° 117 du Groupe spécial.
[2777] Honduras, réponse à la question n° 63 du Groupe spécial.
[2778] Honduras, réponse à la question n° 63 du Groupe spécial. Voir aussi Honduras, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.

concurrencer les marques établies".[2779] Il explique que l'emballage neutre produit trois effets différents sur la concurrence et le commerce sur le marché australien: i) un effet de contestabilité; ii) un effet sur la communication; et iii) un effet concurrentiel. Il fait valoir que, lorsque l'on examine le résultat net du fonctionnement combiné des trois effets, "il devient évident que l'emballage neutre produit des effets généraux négatifs pour les marques de tabac, indépendamment de la question de savoir si celles-ci sont déjà présentes sur le marché australien ou si elles cherchent à y entrer".[2780]

7.1100. Le Honduras explique que l'effet de contestabilité concerne l'hypothèse que les marques fortes existantes bénéficient de la fidélité aux marques établies, facteur qui constitue un obstacle pour les nouveaux arrivants potentiels, de sorte que l'emballage neutre améliorerait, en principe, les perspectives d'entrée sur le marché australien. Il fait valoir cependant que cet effet initial positif sur l'entrée est contrebalancé par les deux effets négatifs produits par l'emballage neutre.[2781] Spécifiquement, s'agissant de l'effet sur la communication (qui a trait à l'aptitude des nouveaux arrivants potentiels à établir une notoriété de marque pour leurs propres produits nouveaux, il affirme que "sans la possibilité d'établir une notoriété de marques, il devient beaucoup plus difficile aux nouveaux arrivants potentiels de réussir leur entrée sur le marché".[2782] S'agissant de l'effet concurrentiel, il explique qu'il s'agit de "l'incidence commerciale concrète de l'emballage neutre", suivant laquelle la réduction de la différenciation des marques qu'entraîne l'emballage neutre affecte la volonté de consommateurs de payer et donc le pouvoir des producteurs de fixer les prix. Étant donné que les producteurs doivent baisser les prix pour répondre au fait que les consommateurs sont moins disposés à payer, leurs marges bénéficiaires diminuent aussi, de sorte que, selon lui, "les opérateurs sont moins disposés à se lancer dans des activités commerciales", ce qui "se traduit également par une probabilité d'entrée plus faible".[2783]

7.1101. Le Honduras affirme donc que le bilan final des trois effets, pris conjointement, est que l'emballage neutre compromet notablement les possibilités d'entrée sur le marché du tabac australien. Sur cette base et faisant référence au professeur Neven, il affirme que l'emballage neutre fausse la concurrence et entrave le commerce international pour les nouveaux arrivants potentiels et les marques en place de la façon suivante:

a. La concurrence sur le marché est faussée par le fait qu'elle lèse de manière différenciée les producteurs de marques haut de gamme et de marques répondant à des préférences spécifiques de clients et les producteurs de cigarettes de qualité inférieure qui font principalement concurrence par les prix. Cela compromet la diversité, épuise le capital de marque des producteurs et limite de manière générale la concurrence hors prix. Cette situation porte atteinte aux marques en place sur le marché australien.

b. La concurrence sur le marché est considérablement restreinte par l'imposition d'obstacles à l'entrée potentiellement importants pour les entreprises qui veulent introduire leurs produits sur le marché australien avec de nouvelles marques, ce qui est le cas d'un grand nombre de marques florissantes au niveau international n'ayant pas encore pénétré le marché australien. Il deviendra presque impossible d'introduire et de faire connaître les caractéristiques de ces marques étrangères en Australie sans l'aptitude à établir une notoriété de marque.[2784]

7.1102. Le professeur Neven conclut donc que "[l']emballage neutre réduit la différenciation des produits et diminue ainsi la perspective du maintien d'une présence sur le marché et d'une entrée sur le marché qui soient rentables" et qu'il "freine aussi considérablement l'entrée de nouveaux produits sur le marché, étant donné que les nouveaux produits ont besoin des marques et des

[2779] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 556 (citant le rapport Neven (pièce UKR-3) (RSC), paragraphe 6.1).
[2780] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 557.
[2781] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 558.
[2782] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 559.
[2783] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 560.
[2784] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 562 (faisant référence au rapport Neven (pièce UKR-3) (RSC), paragraphe 6.2).

possibilités de différencier les produits pour faire connaître leur présence sur le marché aux clients potentiels".[2785]

7.1103. Le Honduras ajoute que "les effets économiques identifiés par le professeur Neven affectent non seulement les nouveaux arrivants potentiels (en réduisant leur volonté d'exporter à destination du marché australien) mais aussi les marques en place (en érodant progressivement la notoriété de marque qu'elles ont précédemment acquise)".[2786]

7.1104. La République dominicaine fait valoir que les prescriptions relatives à la marque et des prescriptions relatives au format prévues dans les mesures TPP sont très restrictives pour le commerce. Elle fait référence à ses arguments concernant "la façon dont chaque prescription spéciale [relative à l'emballage neutre] entrave profondément l'usage des marques" et elle fait valoir que "[p]our des raisons semblables, chacune des prescriptions relatives à la marque … impose une condition pour la vente de produits du tabac en Australie". De plus, "chacune des prescriptions de forme impose des conditions pour la vente de produits du tabac en Australie". Ainsi, de manière cumulative, "ces prescriptions imposent des restrictions au commerce des produits du tabac parce que, si un détaillant ou un fabricant ne s'y conforme pas, il est empêché de vendre ces produits sur le marché australien". Spécifiquement, les prescriptions prohibent la vente des produits du tabac qui ne sont pas conformes aux conditions ou restrictions strictes imposées par les pouvoirs publics en ce qui concerne l'emballage pour la vente au détail et l'apparence des produits du tabac. De l'avis de la République dominicaine, cela a pour effet que les produits haut de gamme ne peuvent plus être vendus comme tels mais "doivent être vendus comme quelque chose d'entièrement différent – des produits de base indifférenciés qui apparaissent comme étant pratiquement identiques à tout autre produit du tabac sur le marché australien", ce qui est "précisément le but des mesures [TPP]" – c'est-à-dire qu'elles sont "conçues pour que tous les produits du tabac aient l'air d'être des produits de "la moins bonne qualité" sur le marché".[2787]

7.1105. La République dominicaine dit aussi que, outre l'effet limitatif découlant de l'obligation de se conformer aux conditions de vente des produits du tabac, "les prescriptions [TPP] sont "restrictives pour le commerce" pour une autre raison", à savoir que "les marques et les noms de marque, en général, sont vitaux pour un marché concurrentiel et dynamique".[2788] Pour elle, il est "donc inévitable que les prescriptions relatives à la marque énoncées dans les mesures [TPP] affectent l'aptitude de tous les fabricants de tabac à différencier leurs offres sur le marché. Cette intervention sur toutes les marques limite "leur aptitude même à faire concurrence sur la base des marques, ce qui élimine des possibilités de concurrence". De plus, les mesures TPP "sont susceptibles d'avoir un effet (discriminatoire) disproportionné sur le commerce des produits du tabac haut de gamme (comme les cigares et les cigarettes haut de gamme) en Australie". Faisant référence au professeur Steenkamp, la République dominicaine affirme que l'identification de la marque est particulièrement importante pour les produits haut de gamme "puisqu'elles permettent aux fabricants de développer et de conserver une clientèle fidèle à leurs produits et disposée à payer plus cher le produit qui a sa préférence". Elle précise que, selon le professeur Steenkamp, les perceptions qu'ont les consommateurs de la qualité de marques concurrentes reposent sur une combinaison i) d'avantages fonctionnels (par exemple le goût, l'odeur) et ii) d'avantages immatériels, qu'ils retirent de chaque marque. Les consommateurs perçoivent des avantages plus importants, fonctionnels aussi bien qu'immatériels, pour les marques haut de gamme que pour les marques bon marché, même si les différences entre les marques haut de gamme et les marques bon marché sont plus importantes s'agissant des avantages immatériels que des avantages fonctionnels. L'emballage joue un rôle important dans l'établissement et le maintien des avantages immatériels considérables attribués aux produits haut de gamme, de sorte que lorsque les différences en matière d'emballage sont supprimées, les avantages immatériels *diminuent considérablement* plus pour les produits haut de gamme que pour les produits bon marché. Cette incidence disproportionnée sur les avantages immatériels perçus des produits haut de gamme se

[2785] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 563; et réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.
[2786] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 565.
[2787] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 976.
[2788] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 977.

traduit quant à elle par une moindre fidélité et une moindre volonté de payer pour ces produits. Il en résulte une descente en gamme au détriment des marques haut de gamme.[2789]

7.1106. Étant donné que les mesures TPP "sont conçues et structurées pour limiter les possibilités de concurrence offertes à tous les produits du tabac et fonctionnent en ce sens", la République dominicaine indique qu'"on ne voit pas bien sur quelle base, fût-ce son interprétation des rapports de l'Organe d'appel sur l'affaire *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, l'Australie juge nécessaire que la République dominicaine démontre l'existence d'effets réels sur le commerce". En tout état de cause, elle note aussi que "les éléments de preuve empiriques tirés du marché montrent cette distorsion des échanges, qui s'accompagne d'une "descente en gamme" notable amenant à passer des produits du tabac plus chers à des produits moins cher du fait des mesures [TPP]".[2790]

7.1107. La République dominicaine fait valoir que l'Australie encourage l'emballage neutre en tant que mesure conçue et structurée pour normaliser l'emballage et les produits du tabac en éliminant l'aptitude à différencier de façon effective les produits du tabac au moyen des marques et autres caractéristiques distinctives des emballages et des produits, et à faire concurrence afin de facturer des suppléments de prix sur la base de cette différenciation. Les prescriptions en matière d'emballage neutre, constituées à la fois de prescriptions relatives à la marque et de prescriptions de forme, entraînent une normalisation de l'apparence de tous les produits du tabac. Autrement dit, par leur conception et leur structure, les mesures TPP restreignent ou limitent les possibilités de concurrence que permet la différenciation des marques. La République dominicaine fait référence aux rapports de l'Organe d'appel sur l'affaire *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)* et fait valoir qu'un groupe spécial peut s'appuyer sur des éléments de preuve qualitatifs lorsque l'effet limitatif du règlement technique est lié à la restriction des possibilités de concurrence. Même s'"il n'est pas nécessaire de prouver les effets réels sur le commerce", elle fait valoir que la mesure a entraîné une descente en gamme, les produits à prix plus élevés étant remplacés par des produits meilleur marché. Pour ces raisons, elle affirme que les prescriptions de forme aussi bien que les prescriptions relatives à la marque entraînent la perte de différenciation qui élimine des possibilités de concurrence.[2791] De fait, l'"aptitude à différencier un produit d'un autre est essentielle pour qu'un producteur exportateur ait la possibilité d'être en concurrence sur un marché international"; cette concurrence sur le marché "requiert des différences perceptibles entre les produits concurrents, qui donne aux consommateurs une base leur permettant de choisir un produit plutôt qu'un autre".[2792] En réduisant l'aptitude à différencier les produits, y compris les produits importés, les mesures TPP restreignent les possibilités de concurrence et compromettent les conditions de concurrence pour les produits du tabac importés.[2793]

7.1108. La République dominicaine fait valoir que dans les présentes procédures, il ressort déjà clairement de la conception, de la structure et du fonctionnement attendu de la mesure qu'il y a une limitation des possibilités de concurrence, sans qu'il soit aucunement besoin d'établir les conséquences de cette limitation du point de vue des effets réels sur le commerce. Elle répète que les mesures TPP sont conçues, structurées et mises en œuvre de façon à éliminer la possibilité pour les producteurs de différencier leurs produits en utilisant des caractéristiques de conception, telles que les marques ainsi que la forme, la taille, le mécanisme d'ouverture du paquet et les matériaux qui le composent.[2794] Ces limitations s'appliquent à l'emballage pour la vente au détail de tous les produits du tabac et de tous les cigares et bâtonnets de cigarettes individuels. La "possibilité, maintenant éliminée, de différencier un produit des offres concurrentes du marché est l'essence même de la concurrence sur le marché".[2795] Pour la République dominicaine, les éléments de différenciation affectés par les mesures TPP créent des possibilités de concurrence en évoquant pour le consommateur des différences quant à la qualité, la réputation et d'autres caractéristiques des produits. Les consommateurs font le lien entre des éléments de différenciation

[2789] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 936 (faisant référence au contre-rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-14), paragraphe 93).
[2790] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 978; deuxième communication écrite, paragraphe 938; et observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 151 du Groupe spécial.
[2791] République dominicaine, réponse à la question n° 63 du Groupe spécial.
[2792] République dominicaine, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.
[2793] République dominicaine, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.
[2794] République dominicaine, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial; et deuxième communication écrite, paragraphe 933.
[2795] République dominicaine, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial; et deuxième communication écrite, paragraphe 934.

particuliers et les caractéristiques de produits et de producteurs particuliers. Cette différenciation engendre chez eux de la fidélité, laquelle renforce leur volonté de payer.[2796] La perte de différenciation résultant de la conception, de la structure et du fonctionnement des mesures TPP "entraîne nécessairement une limitation notable des possibilités de concurrence pour tous les produits du tabac, y compris les importations".[2797] La République dominicaine affirme donc que "les mesures imposent une grande dose de banalisation à la totalité du marché, en privant les marques de la possibilité de se différencier" ou d'"utiliser les moyens habituels de se différencier des marques concurrentes". Pour elle, l'une des incidences prévues de la plus grande banalisation du marché, par perte de différenciation, est que les consommateurs sont moins fidèles et moins disposés à payer, ce qui se traduit par le passage des marques de prix plus élevé aux marques meilleur marché".[2798] La République dominicaine ajoute que "l'Australie ne conteste pas que les mesures [T]PP limitent les possibilités de concurrence pour tous les produits du tabac" et "admet volontiers que la mesure est conçue, structurée et mise en œuvre dans le but même d'éliminer les possibilités de concurrence qui découlent de la différenciation des produits du tabac, y compris les produits importés". L'Australie "cherche à empêcher les producteurs de tabac d'utiliser des caractéristiques de conception pour renforcer les possibilités de concurrence" et "n'a pas contesté que la différenciation des produits permettait aux consommateurs de faire des associations entre des éléments de différenciation particuliers et les caractéristiques de produits particuliers, renforçant de ce fait la fidélité des consommateurs et leur volonté de payer". La République dominicaine estime qu'il n'y a aucune base permettant à l'Australie de nier que les mesures TPP ont un effet limitatif sur les possibilités de concurrence – "étant donné les intentions sous-jacentes à la conception et à la structure des mesures [TPP] et la façon dont les mesures ont été mises en place, [elle] est surprise que l'Australie refuse ce qui va de soi d'après la conception et la structure même des mesures: à savoir qu'elles sont conçues pour être très restrictives pour le commerce en compromettant notablement les possibilités de concurrence pour tous les produits du tabac, y compris les importations en provenance de tous les Membres de l'OMC".[2799] Elle note aussi que "le propre expert de l'Australie, le professeur Dubé, admet que la diminution de la désirabilité des marques de tabac, y compris les marques situées sur le segment de la vente au rabais, réduirait probablement la volonté de payer pour les marques de tabac".[2800]

7.1109. S'agissant des conséquences de la limitation des possibilités de concurrence, la République dominicaine indique que "les plaignants font valoir qu'en réduisant la différenciation des marques, les mesures [TPP] ont déjà entraîné le passage des cigarettes de prix plus élevé aux cigarettes meilleur marché et, partant, une réduction de la valeur des échanges, sans réduire la prévalence du tabagisme ou la consommation de tabac". Elle ajoute que le désaccord entre les plaignants et l'Australie en ce qui concerne les effets réels sur le commerce découlant des mesures TPP n'est pas important pour la constatation du Groupe spécial concernant le caractère restrictif pour le commerce au regard de l'article 2.2, parce qu'il ressort clairement de la conception, de la structure et du fonctionnement attendu des mesures qu'elles limitent gravement les possibilités de concurrence pour ce qui est de différencier les produits du tabac. Nonobstant cela, elle a "fourni des éléments de preuve montrant une forme d'effets réels sur le commerce engendrés par les mesures [TPP] comme moyen de confirmer que les mesures limitent les possibilités de concurrence". Ses éléments de preuve indiquant des effets sur le commerce "montrent que l'effet prévu de l'affaiblissement de la fidélité et de la volonté de payer, entraînant le passage des marques de prix plus élevé aux marques meilleur marché, s'est fait sentir effectivement très vite après la mise en œuvre des mesures [TPP]", ce que la République dominicaine dit avoir démontré au moyen de son analyse économétrique de "ces effets de "substitution par le bas" ou de "descente" en gamme".[2801] La substitution par le bas, dans laquelle les marques de prix plus élevé sont remplacées par les marques bon marché, signifie que certains consommateurs achètent une marque moins chère que celle qu'ils achetaient avant que les mesures TPP n'aient été introduites.

[2796] République dominicaine, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial; et deuxième communication écrite, paragraphe 934.
[2797] République dominicaine, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial; deuxième communication écrite, paragraphe 937; et réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.
[2798] République dominicaine, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial; et deuxième communication écrite, paragraphe 935.
[2799] République dominicaine, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial; et deuxième communication écrite, paragraphe 945.
[2800] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 935 (citant le rapport Dubé (pièce AUS-11), paragraphe 41).
[2801] République dominicaine, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial. Voir aussi réponse aux questions n° 125, 126 et 151 du Groupe spécial.

Ces éléments de preuve démontrent que l'élimination des éléments de différenciation a – comme prévu – amené les consommateurs à être moins fidèles à leurs anciennes marques et affaibli leur volonté de payer pour se les procurer. Au lieu de cela, ces consommateurs se sont tournés vers des marques moins chères.[2802]

7.1110. S'agissant des arguments de l'Australie relatifs à l'évaluation du caractère restrictif pour le commerce, la République dominicaine affirme que l'Australie nourrit des "préoccupations inconsidérées" concernant les effets réels sur le commerce.[2803] S'agissant de l'argument de l'Australie selon lequel les mesures TPP ne sont pas restrictives pour le commerce parce que les importations de produits du tabac en Australie ont augmenté en volume depuis l'introduction des mesures TPP, l'accroissement des importations de produits du tabac en Australie est imputable, non aux mesures TPP mais au déplacement à l'étranger de la production nationale en réponse aux prescriptions en matière de risque d'incendie en Australie qui sont appliquées aux exportations.[2804] En outre, l'Australie ne peut pas s'appuyer simplement sur une augmentation, en termes absolus, du volume des importations pour réfuter la démonstration par la République dominicaine du fait que les mesures TPP sont restrictives pour le commerce; pour soutenir cet argument, elle doit démontrer quels auraient été les volumes de commerce en l'absence de la mesure contestée.[2805] De plus, le fait qu'elle mette "l'accent sur une façon dont une mesure peut avoir un effet limitatif sur le commerce – une incidence sur les volumes d'échanges – est indûment simpliste". Selon la République dominicaine, les Membres se soucient, non pas uniquement des possibilités de concurrence reflétées dans le *nombre d'unités* d'un produit exporté vendu, mais aussi des possibilités de concurrence reflétées dans la *valeur de chaque unité vendue*".[2806] La valeur des échanges affecte le large éventail de gains économiques directs et indirects qu'un pays tire de son commerce d'exportation; cela est également corroboré par la décision du Comité OTC mentionnée plus haut, qui demande aux Membres de prendre en considération les effets sur le commerce potentiels d'une mesure du point de vue de la "valeur" du commerce affecté.[2807] En réponse à la mention par l'Australie de données démontrant, selon elle, que la valeur totale du marché de détail a augmenté malgré un recul de la demande totale sur le marché australien, la République dominicaine fait valoir que l'analyse correcte consiste à se demander ce que la situation – en termes de valeur – aurait été *en l'absence* de la mesure et non si, dans l'abstrait, la valeur agrégée du commerce des produits du tabac a augmenté dans un sens absolu.[2808]

7.1111. En réponse aux arguments de l'Australie selon lesquels une affirmation du caractère restrictif sur le commerce exige la démonstration d'un effet limitatif sur le "commerce global" (c'est-à-dire "les importations dans la catégorie réglementée considérée dans son ensemble"), la République dominicaine affirme que cet argument découle de la conception erronée de l'Australie quant au critère approprié pour démontrer le caractère restrictif pour le commerce, car l'article 2.2 de l'Accord OTC exige, non la démonstration d'effets réels sur le commerce, mais bien plutôt la démonstration que la mesure contestée limite les possibilités de concurrence, ce pour quoi des éléments de preuve indiquant la conception, la structure et le fonctionnement attendu des mesures suffisent. Elle répète que, même si le Groupe spécial devait interpréter l'article 2.2 comme exigeant de montrer que le "commerce global" est limité par la mesure contestée, c'est un point qu'elle a démontré car les mesures TPP sont conçues, structurées et mises en œuvre de façon à affecter les possibilités de concurrence de *tous* les produits du tabac (c'est-à-dire que *toutes* les marques, de *toute* provenance, sont privées de la possibilité concurrentielle de se différencier en utilisant les caractéristiques prohibées par les mesures TPP). Par conséquent, les mesures TPP affectent effectivement le "commerce global" de tous les produits.[2809] De plus, la République dominicaine fait valoir que, même si le Groupe spécial devait constater que les mesures TPP limitent les possibilités de concurrence uniquement pour les produits du tabac haut de gamme, cette limitation constituerait encore une restriction au commerce au sens de l'article 2.2 car une mesure est restrictive pour le commerce même si elle a un effet limitatif

[2802] République dominicaine, réponse aux questions n° 117, 125, 126 et 151 du Groupe spécial.
[2803] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 947.
[2804] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 948 (faisant référence à sa réponse à la question n° 5 du Groupe spécial et à la réponse de l'Australie à la question n° 117 du Groupe spécial).
[2805] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 949.
[2806] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 950.
[2807] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 950 (faisant référence au document G/TBT/W/2/Rev.1, 21 juin 1995, page 7).
[2808] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 950 et 951.
[2809] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 955.

seulement pour un sous-ensemble d'importations tel qu'un segment. Elle fait valoir qu'à cet égard, elle a démontré que les mesures TPP avaient un effet limitatif sous la forme d'une substitution par le bas, les cigarettes à prix plus élevé étant remplacées par les cigarettes bon marché.[2810]

7.1112. La République dominicaine fait valoir que l'Australie fait erreur en faisant valoir que l'effet restrictif pour le commerce d'une mesure contestée peut être "contrebalancé" par un effet de promotion du commerce de cette mesure. L'Australie ne propose pas la moindre justification concernant l'interprétation pour son argument. En outre, dans les cas où la notion de "contre-balancement" à laquelle elle fait allusion a été examinée dans la jurisprudence, elle a été rejetée en tant que fondement pour la détermination de la compatibilité globale d'une mesure avec les règles de l'OMC.[2811]

7.1113. Dans le contexte de ses arguments concernant les mesures de rechange, la République dominicaine affirme que dans la mesure où le Groupe spécial constaterait que les mesures TPP contribuent à l'objectif consistant à réduire le comportement tabagique (ce qu'elle conteste), alors, dans la mesure de cette contribution, les mesures TPP restreindront le commerce des produits du tabac en réduisant le volume total des ventes. Dans ce cas, elle dit que le Groupe spécial aurait constaté que les mesures TPP entraînent une restriction fondée sur le volume.[2812] Dans ce contexte, elle répète également qu'en restreignant l'usage des marques sur l'emballage et les produits du tabac et en normalisant tous les aspects de l'emballage et des produits du tabac, les mesures TPP restreignent aussi le commerce en éliminant les possibilités de concurrence découlant de la différenciation et elles ont un effet limitatif sur la concurrence pour tous les produits du tabac. Les mesures TPP impliquent donc une restriction au commerce découlant de l'élimination de la différenciation, qui fausse les possibilités de concurrence au détriment en particulier des marques haut de gamme.[2813]

7.1114. Cuba fait valoir que les mesures devraient être traitées comme étant restrictives pour le commerce au regard de l'article 2.2 de l'Accord OTC même dans le cas où elles n'entraînent pas de réduction des volumes d'importation: il suffit que des effets préjudiciables sur la situation des importateurs soient identifiés. En conséquence, le fait que, dans le cas de Cuba, les mesures TPP "n'entraîneront pas de réduction du volume global des importations de produits du tabac n'empêche pas de constater qu'elles sont restrictives pour le commerce".[2814] Cuba fait valoir que les mesures TPP imposent des "conditions limitatives"; en l'occurrence, que l'Australie impose de nombreuses conditions relatives à l'apparence de l'emballage pour la vente au détail de produits du tabac et à l'apparence des produits du tabac eux-mêmes. Toutes ces conditions doivent être remplies avant que les échanges internationaux de produits du tabac puissent avoir lieu entre l'Australie et les pays tiers. Selon Cuba, ces conditions limitent les choix commerciaux dont disposent les exportateurs, imposent des coûts et rendent le processus de distribution en Australie plus astreignant qu'il ne le serait autrement.[2815] Faisant référence à ces observations, Cuba affirme que les mesures TPP "affectent substantiellement l'entrée sur le marché des produits du tabac importés en imposant des "conditions limitatives"".[2816] Elle estime que l'existence de ces diverses conditions suffit, en elle-même et à elle seule, pour établir que les mesures de l'Australie sont restrictives pour le commerce.[2817]

7.1115. Cuba fait valoir qu'en tout état de cause, les mesures TPP génèrent deux autres types de charges commerciales qui établissent aussi qu'elles sont restrictives pour le commerce. Premièrement, les mesures TPP limitent l'aptitude des exportateurs à distinguer clairement leurs produits de ceux de leurs concurrents. C'est pour les exportateurs une source considérable de préjudice commercial, qui est particulièrement grave pour les producteurs de produits de qualité

[2810] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 956.
[2811] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 957 à 959.
[2812] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 970; réponse à la question n° 151 du Groupe spécial; observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 151 du Groupe spécial. Il est noté qu'"aux fins de l'analyse des mesures de rechange, la République dominicaine part de cette hypothèse".
[2813] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 971; réponse à la question n° 151 du Groupe spécial; et observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 151 du Groupe spécial.
[2814] Cuba, première communication écrite, paragraphes 400 et 401; et réponse à la question n° 117 du Groupe spécial.
[2815] Cuba, première communication écrite, paragraphe 401.
[2816] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 226.
[2817] Cuba, première communication écrite, paragraphe 401.

supérieure parce qu'ils subissent une réduction notable de leur part de marché et une pression à la baisse notable sur les prix qu'ils peuvent pratiquer.[2818] À cet égard, Cuba estime que les mesures TPP "éroderont fondamentalement l'aptitude des producteurs cubains à positionner leurs gros cigares roulés à la main comme des produits de luxe haut de gamme s'appuyant sur une longue tradition" et que "même si cela ne se produit pas immédiatement, cela se produira inévitablement avec le temps si les mesures concernant l'emballage neutre continuent d'être appliquées".[2819] À son avis, l'Australie n'a pas répondu à son argument principal relatif à l'effet de descente en gamme des mesures concernant l'emballage neutre, à savoir que les mesures "auront une incidence négative sur le volume global du commerce de Cuba parce qu'elles entraîneront une descente en gamme, les gros cigares haut de gamme cubains roulés à la main étant remplacés par produits moins chers, non originaires de Cuba". Les produits haut de gamme ne peuvent pas survivre dans un environnement commercial où la différenciation des produits est impossible, et l'Australie a dit explicitement que les mesures TPP visaient à rendre la différenciation de la qualité et l'importance qu'elle revêt impossibles.[2820]

7.1116. Deuxièmement, Cuba affirme que les exportateurs doivent adapter leurs produits pour se conformer aux prescriptions uniques imposées par les pouvoirs publics australiens, ce qui entraîne des coûts de mise en conformité et d'adaptation (étant donné qu'aucune autre juridiction n'impose actuellement des prescriptions comparables). L'existence de ces coûts établit aussi que les mesures de l'Australie sont restrictives pour le commerce.[2821] Cuba ajoute que cela inclut "le risque de graves sanctions économiques et pénales".[2822] Pour ces raisons, elle affirme que les mesures TPP sont restrictives pour le commerce au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC.[2823]

7.1117. Cuba estime que les mesures TPP constituent une restriction au commerce dans la mesure où elles limitent la concurrence et réduisent les possibilités commerciales en éliminant la valeur des marques, qui sont l'essence de la concurrence. Les mesures TPP engendrent un préjudice grave pour les fabricants, incapables de ce fait de distinguer leurs produits de ceux de leurs concurrents, en gommant le prestige et la réputation acquis grâce à la qualité de leurs produits.[2824] Le caractère restrictif pour le commerce est également visible dans les coûts que la mesure impose aux producteurs pour avoir accès au marché australien en les obligeant à modifier la façon dont ils fabriquent leurs produits (coûts de papier, coûts d'emballage, modifications des procédés de fabrication) ou sinon à se retirer du marché.[2825]

7.1118. Cuba considère que bien que l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)* reconnaisse que dans certains cas, des éléments de preuve indiquant l'existence d'effets réels sur le commerce "pourraient être nécessaires" pour démontrer le caractère restrictif pour le commerce d'une mesure, cette approche n'est pas nécessaire en l'espèce.[2826]

7.1119. S'agissant de ses arguments concernant la différenciation des produits et la valeur des importations, Cuba répète que la mesure concernant l'emballage neutre entraînera une réduction de la différenciation des produits et donc une intensification de la concurrence par les prix, ce qui entraînera une baisse des prix et réduira la valeur des produits du tabac importés. Cette banalisation des produits du tabac faussera la concurrence et créera un frein additionnel à l'exportation à destination de l'Australie. Cuba indique, en réponse à l'argument de l'Australie selon lequel il n'y a pas d'effet limitatif sur le commerce parce que les importations augmentent, que cet argument est sans pertinence parce que la jurisprudence du GATT/de l'OMC établit de manière exhaustive qu'une incidence réelle sur le commerce n'est pas nécessaire et qu'une mesure peut restreindre le commerce même lorsque les importations augmentent. Si en outre, comme l'Australie l'affirme, les importations augmentent parce que les anciens producteurs locaux ont transféré leurs usines à l'étranger, ces producteurs essaieront de conserver leur part de marché,

[2818] Cuba, première communication écrite, paragraphe 403; réponse à la question n° 117 du Groupe spécial; et deuxième communication écrite, paragraphe 226.
[2819] Cuba, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.
[2820] Cuba, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 165 du Groupe spécial.
[2821] Cuba, première communication écrite, paragraphe 404; réponse à la question n° 117 du Groupe spécial; et deuxième communication écrite, paragraphe 226.
[2822] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 226.
[2823] Cuba, première communication écrite, paragraphe 405.
[2824] Cuba, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial.
[2825] Cuba, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial.
[2826] Cuba, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial.

du moins au départ. Il est "donc faux de faire valoir que les "importations" augmentent alors que les produits et les producteurs en cause sont les mêmes leaders du marché qui ont simplement déplacé leur production à l'étranger en raison de décisions qui ne dépendent pas de la mesure concernant l'emballage neutre".[2827] De plus, s'agissant de l'affirmation de l'Australie selon laquelle les arguments des plaignants sont "une tentative visant à utiliser l'Accord OTC pour protéger des bénéfices sur le segment haut de gamme du marché plutôt que comme la garantie que les règlements techniques n'agiront pas comme des obstacles non nécessaires au commerce", Cuba estime que cette allégation déforme l'argument relatif à la réduction des échanges et aux bénéfices des segments du marché. Elle fait référence à l'argument du professeur Neven selon lequel ce ne sont pas seulement les prix qui déterminent la rentabilité mais en fait les prix et les volumes de ventes, de sorte que "si la réglementation réduit les bénéfices, cela peut être, alors, soit parce qu'elle fait baisser la production (comme l'allèguent les auteurs du règlement), soit parce qu'elle diminue la marge dégagée par les entreprises pour chaque vente".[2828] Le professeur Neven conclut ainsi, conformément à ses modèles d'identification de la marque, que les bénéfices diminueront, soit en raison de la baisse de la production, soit en raison de la diminution des marges qui seront dégagées par les entreprises si elles augmentent la production.[2829] De plus, s'agissant des arguments de l'Australie selon lesquels la descente en gamme se produit ailleurs en l'absence d'emballage neutre, Cuba estime que cet argument passe à côté de l'essentiel. Elle indique qu'elle fait valoir, non qu'il ne peut y avoir descente en gamme qu'à cause de l'emballage neutre mais, au lieu de cela, que les plaignants ont "montré que la descente en gamme [était] provoquée en Australie par l'élimination des marques et autres caractéristiques renforçant la confiance des producteurs dans la concurrence par les prix, indépendamment d'autres mesures ou politiques qui peuvent aussi influer sur la descente en gamme, telles que l'incidence sur les prix des augmentations d'impôts". Elle ajoute qu'un examen de la conception, de la structure et du fonctionnement de la mesure agissant de façon à réduire la concurrence hors prix et à intensifier la concurrence par les prix indique que la descente en gamme observée sur le marché est une conséquence, du moins en partie, de l'emballage neutre.[2830]

7.1120. S'agissant de ses arguments concernant les coûts de mise en conformité et d'adaptation afférents aux mesures TPP, Cuba précise que ces coûts incluent des coûts d'adaptation non récurrents ainsi que des coûts de surveillance continus dus aux modifications du processus de production. Elle dit aussi que, "[p]oint plus important, ils incluent également les coûts résultant de la nécessité d'assurer un strict respect au vu des lourdes amendes et sanctions imposées pour tout manquement à l'obligation de se conformer aux prescriptions prévues par la mesure". Elle fait valoir que l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés* est "très pertinente" dans ce contexte parce qu'elle "confirme la position selon laquelle une sanction elle-même peut fonctionner comme une restriction au commerce international". Les sanctions en l'espèce, "qui sont une fois encore très lourdes et visent à imposer des mesures punitives pour assurer le respect de la prohibition du commerce des paquets de produits du tabac non conformes", constituent "un fondement indépendant et important pour faire valoir que la mesure est très restrictive pour le commerce".[2831]

7.1121. L'Indonésie fait valoir que l'effet premier des mesures TPP est d'empêcher les fabricants de tabac de faire usage de marques pour distinguer leurs produits du tabac de ceux des concurrents et, dans de nombreux cas, d'exiger des prix élevés. En supprimant les éléments d'identification les plus identifiables (tels que les couleurs, formes, caractères, etc.), l'emballage neutre "entraîne la banalisation" des produits du tabac et le prix devient la principale forme de concurrence.[2832] En éliminant les marques, les mesures TPP "ont fondamentalement restructuré les conditions de concurrence du marché australien des cigarettes".[2833] L'Indonésie indique que le marché australien des cigarettes a toujours été un marché où les produits de marque se disputaient des parts de marché à l'intérieur de segments de prix différents. L'usage de marques

[2827] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 246 et 247.
[2828] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 249 (faisant référence au rapport Neven (pièce UKR-3) (RSC), page 37).
[2829] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 249 (faisant référence au rapport Neven (pièce UKR-3) (RSC), page 37).
[2830] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 250.
[2831] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 251.
[2832] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 395; et deuxième communication écrite, paragraphe 265.
[2833] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 395; et deuxième communication écrite, paragraphe 266.

de fabrique ou de commerce identifiables associées à des noms de marque permettait aux producteurs de répondre aux préférences des consommateurs et permettait une différenciation considérable des produits. L'Indonésie estime qu'en exigeant que tous les paquets transmettent le même message, à savoir que les produits sont de "la moins bonne qualité"[2834], l'Australie a cherché à faire en sorte que "les fabricants *ne puissent pas* rivaliser sur la qualité".[2835] À cet égard, elle fait valoir qu'"un objectif déclaré de [l'emballage neutre] était de "faire voler en éclats l'image des cigarettes en tant que bien de consommation ordinaire"".[2836] Elle fait valoir que "[c]e qui est essentiel est le fait que le régime de l'Australie concernant l'emballage neutre a pour effet cumulatif de priver de possibilités de concurrence les produits de marque haut de gamme en entraînant une descente en gamme et en éliminant l'aptitude des marques haut de gamme à faire concurrence sur la base de tout facteur autre que les prix".[2837]

7.1122. L'Indonésie estime que l'emballage neutre gomme les caractéristiques de conception et autres éléments distinctifs de l'emballage, y compris les marques. Aucune partie ne conteste que les marques et autres éléments distinctifs soient l'essence même des possibilités de concurrence en ce sens qu'ils fidélisent les consommateurs et les rendent plus disposés à payer pour un produit particulier ou une marque particulière, de sorte qu'"[e]n éliminant les marques et en établissant des prescriptions strictes pour les éléments de l'emballage et les produits du tabac eux-mêmes, l'Australie a créé un marché où les consommateurs sont plus disposés à se tourner vers d'autres marques et moins à payer un prix élevé pour le produit de marque". D'après l'Indonésie, cela constitue l'essence même de la limitation des possibilités de concurrence, "que l'Australie a limitées à dessein" car elle "veut diminuer les possibilités de concurrence, dont les plaignants pensent qu'elles résultent des éléments distinctifs de l'emballage et des produits du tabac eux-mêmes, et empêcher les producteurs de produits du tabac d'en tirer parti".[2838]

7.1123. L'Indonésie fait valoir que les restrictions relatives aux marques, telles que celles qui sont imposées par l'emballage neutre, imposent une charge disproportionnée sur les marques haut de gamme. Faisant référence à ses arguments au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, elle fait valoir que la descente en gamme a lieu lorsque les consommateurs, naguère fidèles aux marques haut de gamme, passent à des marques moins chères.[2839] Elle précise que les plaignants ont aussi présenté des éléments de preuve indiquant des effets sur le commerce sous la forme d'une descente en gamme. Lorsque l'emballage neutre entrave les possibilités de concurrence de manière qualitative en ce qui concerne l'accès au marché (point expliqué plus loin), "les consommateurs sont plus susceptibles de changer de marque et moins disposés à payer". Dès lors qu'ils passent des marques plus chères aux marques moins chères du fait de leur volonté plus forte de changer de marque et de leur volonté moindre de payer, il se produit une descente en gamme qui "reflète la distorsion sur le marché des conditions de concurrence et des possibilités de concurrence offertes aux produits de gamme intermédiaire et haut de gamme".[2840] L'Indonésie fait valoir que des éléments de preuve indiquant une accélération de la descente en gamme sur le marché australien, les marques haut de gamme étant remplacées par des marques bon marché, montrent que l'emballage neutre limite les possibilités de concurrence pour les producteurs de produits haut de gamme. Elle ajoute que la descente en gamme porte atteinte aux concurrents occupant le segment de marché des prix moyens et élevés qui ont investi dans le développement de produits de qualité supérieure. Il existe déjà, selon elle, des éléments de preuve indiquant une descente en gamme sur le marché australien après l'adoption de l'emballage neutre.[2841]

7.1124. L'Indonésie fait valoir qu'il y a un deuxième mécanisme par lequel l'emballage neutre limite le commerce et qui a trait à la nécessité pour les produits importés d'établir une identité auprès des consommateurs auxquels les marques nationales sont déjà familières. Elle fait référence à une enquête menée auprès de consommateurs conjointement avec la mise en œuvre

[2834] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 396 (faisant référence à Parr *et al.* 2011a (pièces AUS-117, JE-24(49)), pages 9 et 10).
[2835] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 396 (italique dans l'original); et deuxième communication écrite, paragraphe 266.
[2836] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 396 (faisant référence au rapport technique 2 de la NPHT (pièces AUS-52, JE-12), page vi).
[2837] Indonésie, réponse à la question n° 63 du Groupe spécial.
[2838] Indonésie, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial.
[2839] Indonésie, première communication écrite, paragraphes 397 à 399.
[2840] Indonésie, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial.
[2841] Indonésie, première communication écrite, paragraphes 397 à 399; réponse aux questions n° 117 et 165 du Groupe spécial; et deuxième communication écrite, paragraphe 270.

de l'emballage neutre, pour le compte du gouvernement australien, dans laquelle il a été constaté que la question de savoir si une marque était considérée comme "étrangère" ou "locale" influait sur l'attitude des consommateurs à l'égard des marques de cigarettes. On y lit en particulier ce qui suit:

> En revanche, un certain nombre de marques étaient vues comme étant clairement "australiennes", ce qui de l'avis général, rendait la marque plus attrayante. Étaient considérées comme clairement "australiennes" essentiellement les cigarettes qui étaient vues comme étant présentes *sur le marché depuis le plus longtemps* ou qui étaient perçues comme étant consommées par des types particuliers de personnes "représentant" des stéréotypes australiens clairement définis (par exemple les ouvriers qualifiés, les passionnés de football ou de cricket).[2842]

7.1125. L'Indonésie fait valoir que l'incidence des prescriptions énoncées dans les mesures TPP "touche aussi de façon disproportionnée les marques étrangères haut de gamme comme la marque indonésienne Djarum Super, qui ont beaucoup investi dans l'identité de leur marque sur le marché intérieur mais voient limiter leur aptitude à amortir des investissements effectués pour en tirer parti en introduisant leur produit sur le marché australien".[2843] Elle établit une comparaison avec le domaine du vin, où il existe des variations considérables en termes de qualité et de marques, qui sont essentielles pour permettre aux consommateurs d'identifier les produits haut de gamme: "[u]n Rioja espagnol ou un Cabernet de Californie vendus en Australie pourraient être de qualité extrêmement médiocre ou de très grande qualité" et "[e]n l'absence d'identification de marque, indications géographiques et autres marques enregistrées sur l'étiquette, un consommateur en Australie serait bien en peine de distinguer le produit haut de gamme". Cependant, pour le Shiraz australien, il est beaucoup plus probable que les noms des principaux producteurs seront familiers aux Australiens, qui choisiraient probablement le vin australien haut de gamme connu plutôt qu'un produit importé de qualité inconnue. Selon l'Indonésie, l'emballage neutre empêche précisément les types de marques, symboles et descriptions qui aideraient à informer le consommateur australien sur les produits du tabac haut de gamme importés. L'Indonésie fait valoir que du fait que les fabricants étrangers de produits du tabac ne peuvent pas établir l'identité de leur marque en Australie pour rivaliser avec les concurrents nationaux, il leur est difficile de surmonter la distorsion existante résultant des marques nationales. Les mesures TPP "sont donc restrictives pour le commerce parce qu'elles limitent les possibilités de concurrence sur le marché australien en imposant des restrictions sur le droit de faire usage des marques et sur d'autres aspects de l'identité des marques qui sont nécessaires pour concurrencer les marques nationales".[2844]

7.1126. L'Indonésie précise ses affirmations concernant le caractère restrictif pour le commerce en notant que le fait qu'en l'espèce, il n'y a pas de produit similaire national qui permette de fonder une allégation de discrimination ne veut pas dire, toutefois, que les mesures TPP traitent les *marques* étrangères et les *marques* nationales de la même manière. Bien que tous les produits du tabac maintenant vendus en Australie soient importés, les marques vendues en Australie ne sont pas toutes considérées comme "étrangères". Selon l'Indonésie, du fait que "la branche de production nationale du tabac a été transférée à l'étranger, les marques de cigarettes qui étaient identifiées auparavant comme des marques "locales" telles que *Landshark* sont maintenant importées, mais elles bénéficient toujours d'une large clientèle en Australie". De l'avis de l'Indonésie, cette mesure est restrictive pour le commerce parce qu'elle affecte les possibilités de concurrence sur le marché.[2845]

7.1127. L'Indonésie fait valoir aussi qu'"[i]l ne fait pas de doute qu'il y a une profonde différence de qualité selon les produits du tabac, et cela est particulièrement vrai dans le cas des cigares". L'idée que l'emballage neutre "pourrait ne pas avoir d'effet sur les marques haut de gamme ne peut pas être conciliée avec le fait que les producteurs ne peuvent pas tirer parti de leur identification de marque, propriété intellectuelle ou emballages pour indiquer la qualité aux consommateurs afin de les convaincre d'abandonner une marque connue pour essayer une

[2842] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 400 (citant Parr *et al.* 2011a (pièces AUS-117, JE-24(49)), page 56 (italique ajouté par l'Indonésie)).

[2843] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 401. Voir aussi deuxième communication écrite, paragraphe 270.

[2844] Indonésie, première communication écrite, paragraphes 402 et 403; réponse à la question n° 117 du Groupe spécial; et deuxième communication écrite, paragraphe 271.

[2845] Indonésie, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial.

marque inconnue importée". Selon l'Indonésie, des modifications aussi inédites et importantes que celles qui sont imposées par les mesures TPP s'agissant des conditions dans lesquelles les produits du tabac peuvent être vendus en Australie devraient logiquement avoir quelque effet sur la concurrence sur le marché. L'Indonésie ajoute que "[p]ersonne assurément ne ferait valoir que l'emballage neutre vise à accroître le commerce, et la conclusion raisonnable est donc que la conception, la structure et les principes de base des mesures concernant l'emballage neutre visent à restreindre le commerce".[2846] Elle précise que, "[selon] les propres termes de l'Australie, des règlements techniques qui protègent la santé publique "sont peu susceptibles de faciliter le commerce"", ce qui indique selon elle que "l'Australie admet ce qui se comprend intuitivement s'agissant des mesures [TPP]: à savoir qu'il est probable que ce changement radical sur le marché aura quelque effet sur les possibilités de concurrence" et que "[s']il … est peu probable que les mesures [TPP] facilitent le commerce, alors la conclusion logique est qu'elles sont restrictives pour le commerce".[2847]

7.1128. L'Indonésie note que, bien qu'elle n'ait pas traité spécifiquement les coûts de mise en conformité, elle soutient les arguments avancés sur ce point par le Honduras dans sa première communication écrite et à la première réunion avec le Groupe spécial.[2848]

7.1129. L'Australie fait valoir qu'"aucun des plaignants ne s'est acquitté de la charge qui [leur] incombait en ce qui concerne leurs quatre allégations globales de caractère restrictif pour le commerce", qu'elle présente comme étant que les mesures TPP sont restrictives pour le commerce en raison de leurs effets allégués sur la différenciation des marques et la descente en gamme; les mesures TPP sont restrictives pour le commerce parce qu'elles opposent des obstacles à l'entrée sur le marché du tabac australien; les meusures TPP sont restrictives pour le commerce parce qu'elles entraînent une augmentation des coûts de mise en conformité; et les mesures TPP sont restrictives pour le commerce parce que les prescriptions obligatoires qu'elles imposent fonctionnent comme une condition pour l'importation des produits du tabac en Australie ou que, de par leur nature même, les règlements techniques imposent des limites au commerce.[2849]

7.1130. S'agissant de la différenciation des marques, l'Australie estime que "l'argument qualitatif des plaignants n'est pas suffisant, en droit, pour établir que l'emballage neutre du tabac est restrictif pour le commerce parce qu'il ne démontre pas l'existence d'un effet limitatif sur le commerce international des produits du tabac". Elle fait valoir que les plaignants assimilent à tort le critère juridique du caractère restrictif pour le commerce à un critère de la "liberté concurrentielle" des participants au marché, de sorte qu'une limitation de toute "possibilité de concurrence" sur le marché suffirait pour établir qu'un règlement technique est restrictif pour le commerce, indépendamment de la question de savoir s'il engendre un quelconque effet limitatif sur le commerce international des produits importés.[2850] Cela transformerait, selon elle, le "caractère restrictif pour le commerce" en un critère en soi car "[p]resque tous les règlements techniques imposeront, pour un participant au marché au moins, une condition limitative qui n'existait pas avant son adoption". L'Australie estime que, même à supposer que les mesures TPP limitent l'aptitude d'un producteur à distinguer ses produits du tabac de ceux d'autres producteurs (ce que lesdites mesures ne font pas, selon elle), cela ne suffit pas pour démontrer, sans plus, qu'elles ont un effet limitatif sur le commerce international des produits du tabac.[2851] Elle ajoute qu'en l'absence d'éléments de preuve et arguments additionnels démontrant, par exemple, que la conception, la structure et le fonctionnement des mesures TPP entraîneront un recul de la demande globale de produits du tabac en Australie, "il ne ressort pas clairement d'une évaluation purement quantitative qu'elle[s] soi[ent] restrictive[s] pour le commerce au sens où l'Organe d'appel l'a constaté dans l'affaire *États-Unis – EPO*".[2852]

7.1131. Elle estime que les plaignants n'ont énoncé aucun fondement valable pour leur argument selon lequel de prétendues limitations de l'aptitude d'un producteur de tabac à distinguer ses produits de ceux d'autres concurrents entraîneraient nécessairement un effet limitatif sur le commerce international des produits du tabac. Elle note les arguments des plaignants selon lesquels les producteurs de tabac situés sur le segment "haut de gamme" sont affectés "de

[2846] Indonésie, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial.
[2847] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 267.
[2848] Indonésie, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial.
[2849] Australie, première communication écrite, paragraphe 531.
[2850] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 403.
[2851] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 404 et 405.
[2852] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 406.

manière disproportionnée" par les mesures TPP et affirme que cela n'est pas suffisant, en soi, pour établir le caractère restrictif pour le commerce au regard d'une interprétation correcte de l'article 2.2. Elle ajoute que les plaignants n'ont présenté aucun argument ou élément de preuve expliquant pourquoi la conception, la structure et le fonctionnement des mesures TPP et leurs effets allégués sur la différenciation des marques seraient susceptibles d'entraîner une réduction des importations globales de produits du tabac en provenance de tous les Membres ("gardant à l'esprit le refus des plaignants d'admettre que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac entraînera un recul de la demande globale de produits du tabac").[2853] Elle fait référence aux déclarations de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)* selon lesquelles s'agissant des mesures intérieures non discriminatoires qui répondent à un objectif légitime, un plaignant peut être tenu de fournir "des éléments de preuve et arguments étayant les effets réels sur le commerce" pour établir que cette mesure engendre néanmoins un effet limitatif sur le commerce global aux fins de l'article 2.2. Elle affirme que les arguments des plaignants correspondent à cette description d'une allégation qui requiert des éléments de preuve et des arguments étayant les effets réels sur le commerce, mais que les plaignants n'ont pas présenté d'éléments de preuve et arguments démontrant que les mesures TPP avaient cet effet limitatif sur le commerce global des produits du tabac.[2854]

7.1132. S'agissant de la différenciation des marques et des effets de descente en gamme, l'Australie affirme que l'allégation des plaignants ne suffit pas pour établir qu'une mesure est restrictive pour le commerce au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC parce que les plaignants n'ont pas démontré que l'un quelconque de ces effets de descente en gamme entraînait un effet limitatif sur le commerce international; ni i) que la descente en gamme était susceptible d'avoir lieu sur le marché australien du fait de la conception, de la structure et du fonctionnement des mesures TPP; ou ii) que tous effets de descente en gammes qui s'étaient produits sur le marché australien étaient imputables aux mesures TPP.[2855]

7.1133. L'Australie affirme que le "premier problème, et le plus fondamental, s'agissant de ces allégations est qu'il ne s'ensuit tout simplement pas que de quelconques effets de descente en gamme de cet ordre entraîneront (ou ont entraîné) un effet limitatif sur le commerce des produits du tabac importés en Australie". Elle affirme que les plaignants n'ont présenté aucun élément de preuve ou argument démontrant pourquoi la conception, la structure et le fonctionnement des mesures TPP, ainsi que leurs effets théoriques sur l'aptitude à différencier les produits du tabac sur la base des marques ou tous effets de descente en gamme qui en découleraient sur les produits du tabac importés auraient un effet limitatif sur le commerce des produits du tabac visés par la mesure.[2856] Elle indique en outre que les éléments de preuve empiriques donnent à penser que les mesures TPP n'ont pas eu d'"effet limitatif" sur les importations de produits du tabac car la proportion de produits importés sur le marché australien a continué d'augmenter depuis l'introduction des mesures TPP, alors même que la demande de produits du tabac recule en Australie.[2857]

7.1134. L'Australie affirme que même si les effets de descente en gamme étaient suffisants pour établir que les mesures TPP sont restrictives pour le commerce au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC, les plaignants n'ont pas établi qu'une descente en gamme était susceptible d'avoir lieu sur le marché australien du fait de la conception, de la structure et du fonctionnement des mesures TPP.[2858] Invoquant son expert, le professeur Dubé, elle fait valoir que "[le professeur] Steenkamp ne fournit aucun élément de preuve théorique ou empirique pour étayer la conclusion que ces mesures affecteront de manière disproportionnée les marques haut de gamme"; elle affirme que cette démonstration est une condition préalable pour les allégations de descente en gamme formulées par les plaignants. En outre, elle fait valoir que les propres éléments de preuve des plaignants donnent à penser que les mesures TPP n'ont exercé aucune pression à la baisse sur les prix du segment haut de gamme du marché.[2859]

[2853] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 407.
[2854] Australie, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial, paragraphes 117 à 119. Voir aussi deuxième communication écrite, paragraphe 408.
[2855] Australie, première communication écrite, paragraphes 533 et 546.
[2856] Australie, première communication écrite, paragraphes 534 et 535.
[2857] Australie, première communication écrite, paragraphe 537 et figure 17.
[2858] Australie, première communication écrite, paragraphe 540.
[2859] Australie, première communication écrite, paragraphe 541.

7.1135. L'Australie soutient aussi que les plaignants n'ont pas démontré que tous effets de descente en gamme qui s'étaient produits sur le marché australien étaient imputables aux mesures TPP et non à d'autres facteurs.[2860] À cet égard, le rapport établi par les experts des plaignants auprès de l'Institute for Policy Evaluation (IPE) "ne sépare pas les effets de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac des autres éléments de la politique globale de lutte antitabac de l'Australie" et, en particulier, du fait que la mise en œuvre des mesures a coïncidé avec l'introduction de mises en garde sanitaires explicites actualisées et agrandies.[2861] L'Australie fait valoir en outre que l'affirmation des plaignants selon laquelle tous effets de descente en gamme en Australie sont imputables aux mesures TPP est contraire aux vues des fabricants de tabac opérant en Australie qui ont, au contraire, imputé ces effets aux augmentations des droits d'accise.[2862] Les plaignants "ne [tiennent] pas compte non plus du fait que la descente en gamme a lieu sur un certain nombre de marchés dans le monde et n'est pas propre à l'Australie". Étant donné que l'Australie est le seul pays à avoir mis en œuvre l'emballage neutre du tabac, les effets de descente en gamme sur d'autres marchés ne peuvent donc en aucune façon être imputés à un "effet de l'emballage neutre".[2863]

7.1136. L'Australie ajoute qu'il "n'est pas contesté que le phénomène de "descente en gamme" auquel les plaignants font référence est antérieur à l'adoption de l'emballage neutre du tabac, non seulement en Australie mais sur beaucoup d'autres marchés dans le monde", de sorte que "[m]ême si les plaignants avaient établi que ces effets étaient imputables à la mesure concernant l'emballage neutre du tabac … cela serait juridiquement insuffisant pour établir le caractère restrictif pour le commerce du point de vue *quantitatif*, parce que cela ne démontre pas qu'il y ait diminution du volume ou de la valeur des produits du tabac importés".[2864] À cet égard, elle affirme que, comme les données communiquées par les parties[2865] "l'établissent sans équivoque, les importations de produits du tabac en Australie ont augmenté à la fois en volume et en valeur depuis l'introduction de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac, malgré un recul régulier de la demande et de la consommation de produits du tabac", et qu'"il n'y a pas eu de diminution du volume ni de la valeur [des] propres importations de produits du tabac [des plaignants], qui représentaient une part négligeable des importations totales sur le marché australien avant l'introduction de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac et sont restées négligeables après cela". Étant donné "l'énorme accroissement du volume des importations de tabac sur le marché australien depuis l'introduction de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac et l'importance cruciale pour leur argument du fait que la mesure n'a pas entraîné de diminution des taux de tabagisme en Australie, l'allégation des plaignants concernant le caractère restrictif pour le commerce ne peut être fondée que sur une diminution en valeur", pour laquelle elle estime que les plaignants n'ont pas présenté d'éléments de preuve.[2866]

7.1137. Dans le contexte de ses arguments concernant le lien entre la descente en gamme et les mesures TPP, l'Australie souligne aussi que le professeur List "a expressément admis qu'il n'était pas possible de séparer et de distinguer les effets de l'emballage neutre du tabac des effets des mises en garde sanitaires explicites agrandies". Elle fait donc valoir que les plaignants "essaient de résoudre artificiellement ce problème en utilisant les mises en garde sanitaires explicites beaucoup plus petites adoptées par l'Australie en 2006 en tant qu'un indicateur indirect des mises en garde sanitaires explicites agrandies et actualisées adoptées en 2012" et "font valoir pour l'essentiel que, parce que les mises en garde sanitaires explicites plus petites adoptées en 2006 n'ont pas eu d'effet de descente en gamme, le présent Groupe spécial devrait présumer que les mises en garde sanitaires explicites agrandies et actualisées adoptées en 2012 n'en ont pas eu non plus". Elle affirme que ce n'est pas une réponse adéquate en raison de la faiblesse des éléments de preuve utilisés et parce que, selon elle, les mises en garde sanitaires explicites plus petites adoptées en 2006 ne sont pas un contrefactuel approprié et qu'il ne peut être présumé qu'elles ont eu les

[2860] Australie, première communication écrite, paragraphe 542; et deuxième communication écrite, paragraphe 414.
[2861] Australie, première communication écrite, paragraphe 543; et deuxième communication écrite, paragraphe 414.
[2862] Australie, première communication écrite, paragraphe 544.
[2863] Australie, première communication écrite, paragraphe 545.
[2864] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 409, 410 et 418. (italique dans l'original)
[2865] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 411 (faisant référence aux réponses des parties à la question n° 5 du Groupe spécial).
[2866] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 411.

mêmes effets que les mises en garde sanitaires explicites agrandies et actualisées adoptées en 2012.[2867]

7.1138. L'Australie répète aussi que la descente en gamme est une tendance de la branche de production qui se manifeste sur un certain nombre de marchés dans le monde et qui est imputable à des facteurs tels que les droits d'accise ou les propres stratégies de la branche de production en matière de commercialisation et de fixation des prix". Elle fait référence à des déclarations de dirigeants de la branche de production du tabac, estimant qu'elles "confirm[ent] le lien entre les augmentations des droits d'accise et les "écarts grandissants" des prix sur le marché mais reconn[aissent] aussi expressément que l'effet de "descente en gamme" allégué qui se produit sur le marché australien a été "causé par la branche de production … par des lancements sur le segment des prix bas"".[2868] Elle fait valoir qu'il s'agit de "déclarations sans équivoque de dirigeants de la branche de production du tabac reconnaissant le lien entre les droits d'accise et les stratégies de la branche de production du tabac en matière de fixation des prix, d'une part, et la descente en gamme en Australie, d'autre part".[2869]

7.1139. L'Australie fait valoir en outre qu'"[e]n théorie, des allégations de descente en gamme, d'incidence sur l'accès au marché ou de coûts de mise en conformité pourraient, si elles étaient accompagnées d'éléments de preuve appropriés indiquant l'existence d'un effet limitatif corollaire sur le commerce, constituer la base permettant de constater le caractère restrictif pour le commerce au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC".[2870] Elle estime que les plaignants n'ont démontré ni que de tels effets avaient résulté des mesures TPP ni que lesdits effets avaient eu un effet limitatif sur le commerce.

7.1140. L'Australie estime que l'accent mis par les plaignants "sur les incidences alléguées de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac sur les ventes réalisées par certaines sociétés, dans certains segments du marché, et … en ce qui concerne certains Membres de l'OMC" est "manifestement insuffisant pour établir que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac a un effet limitatif sur le commerce global des produits du tabac – c'est-à-dire que la mesure a engendré un effet limitatif sur les importations de produits du tabac, évaluées collectivement".[2871] Elle dit que "les arguments des plaignants relatifs à la descente en gamme contiennent intrinsèquement l'idée … que les ventes des marques meilleur marché de produits du tabac ont *augmenté* en raison de la mesure de l'Australie relative à l'emballage neutre du tabac (au détriment des marques "haut de gamme")", de sorte que "même si les plaignants avaient démontré … que la mesure avait eu une incidence négative sur leurs propres importations de produits du tabac, cela n'établirait pas, sans plus, qu'il y a un effet limitatif sur le commerce *global* des produits du tabac parce que toute incidence de ce type peut être contrebalancée par une progression du commerce réalisé par d'autres Membres ou par une augmentation des ventes dans d'autres segments du marché".

7.1141. En outre, l'Australie ajoute que "[d]ans la mesure où les plaignants *ont* tenté d'établir un lien entre la descente en gamme et tout effet limitatif réel sur le commerce global, c'était par référence au prix moyen pondéré d'une cigarette". Elle souligne que l'expert de la République dominicaine, le professeur List, "a confirmé qu'il y avait eu une *hausse* significative du prix moyen réel de la cigarette depuis l'introduction de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac".[2872] Elle fait valoir aussi qu'"après l'introduction des [mesures TPP], le commerce global des produits du tabac a progressé à la fois en volume et en valeur", ce qui "peut s'expliquer en partie par le déplacement à l'étranger de la production nationale"; toutefois, "les données fournies par les plaignants démontrent clairement aussi que la valeur totale du marché de détail a augmenté dans

[2867] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 417.
[2868] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 418 et 419.
[2869] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 419.
[2870] Australie, réponse à la question n° 117 b) du Groupe spécial, paragraphe 121. (italique dans l'original)
[2871] Australie, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial.
[2872] Australie, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial (faisant référence à République dominicaine, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, appendice 2: présentation Powerpoint de J. List, diapositive 58). (italique dans l'original)

la période qui a suivi l'introduction des [mesures TPP], malgré une contraction de la demande totale de produits du tabac sur le marché australien".[2873]

7.1142. En ce qui concerne les obstacles opposés à l'entrée sur le marché australien du tabac, l'Australie indique que les allégations "posent trois problèmes distincts".[2874] Premièrement, la conclusion que les mesures TPP augmentent les obstacles à l'entrée "est directement contredite par un autre expert des plaignants, le professeur Steenkamp", qui "allègue que la différenciation des marques "crée des obstacles à l'entrée qui rendent l'entrée sur le marché difficile pour d'autres sociétés"; et que l'emballage neutre a pour effet de détruire cette différenciation des marques".[2875] De l'avis de l'Australie, il découle logiquement des allégations du professeur Steenkamp que les mesures TPP amélioreraient les perspectives d'une nouvelle entrée. Deuxièmement, l'Australie soutient que "les plaignants n'ont fourni aucun élément de preuve à l'appui de la conclusion du professeur Neven selon laquelle l'emballage neutre a entraîné ou entraînera une réduction des marges bénéficiaires". Elle dit que les éléments de preuve des plaignants démontrent la poursuite de la hausse tendancielle des prix après l'introduction de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac".[2876] Enfin, elle indique que "l'allégation du professeur Neven selon laquelle la mesure concernant l'emballage neutre du tabac réduit l'aptitude des nouveaux arrivants à se faire connaître des clients potentiels est formulée dans l'abstrait, entièrement coupée de la réalité du marché australien qui est un marché discret".

7.1143. Spécifiquement, l'Australie indique que le professeur Neven n'essaie pas d'analyser la mesure dans laquelle l'aptitude d'un nouvel arrivant à se faire connaître des clients potentiels en Australie avait déjà été réduite par des mesures qui ne sont pas contestées dans les présentes procédures – telles que les restrictions existantes de l'Australie concernant la publicité et la promotion, y compris les interdictions d'étalage au point de vente et à la vente au détail.[2877] Elle fait référence à ses experts, HoustonKemp, pour faire valoir que le marché australien des produits du tabac s'est caractérisé pendant très longtemps par des obstacles exceptionnellement élevés à l'entrée et que la nature oligopolistique du marché australien du tabac et les avantages dont bénéficient en conséquence les sociétés en place ont depuis longtemps rendu l'entrée sur le marché pratiquement impossible, de sorte que les mesures TPP n'ont pas entraîné de modification notable des obstacles à l'entrée.[2878] Elle fait donc valoir que, "bien que la création d'obstacles à l'entrée soit potentiellement pertinente pour déterminer si les [mesures TPP ont] un effet limitatif sur le commerce, les plaignants n'ont pas établi qu'il était probable que des obstacles soient créés à l'entrée par suite de la conception, de la structure et du fonctionnement de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac; ni que tout relèvement des obstacles à l'entrée sur le marché australien soit imputable à la mesure concernant l'emballage neutre du tabac et non à d'autres facteurs".[2879]

7.1144. L'Australie note aussi que certains des plaignants font valoir que les mesures TPP sont restrictives pour le commerce parce que les prescriptions obligatoires qu'elles imposent fonctionnent comme une condition pour l'importation des produits du tabac en Australie[2880]; ou, de la même façon, parce que "les règlements techniques, de par leur nature même, imposent des limites au commerce".[2881] Elle estime que "le fait que les [mesures TPP sont] un règlement

[2873] Australie, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial (faisant référence à "Supplementary Graphs, Import Volumes, Value and Share of the Market" (pièce AUS-512), figure 15); deuxième communication écrite, paragraphe 412; et réponse aux questions n° 151 et 165 du Groupe spécial.

[2874] Australie, première communication écrite, paragraphe 550.

[2875] Australie, première communication écrite, paragraphe 551 (citant le rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-5), paragraphes 9, 10 et 43).

[2876] Australie, première communication écrite, paragraphe 552.

[2877] Australie, première communication écrite, paragraphe 553.

[2878] Australie, première communication écrite, paragraphe 554; et réponse à la question n° 117 du Groupe spécial.

[2879] Australie, première communication écrite, paragraphe 555; et réponse à la question n° 117 du Groupe spécial.

[2880] Australie, première communication écrite, paragraphe 562 (faisant référence à République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 975, qui fait référence au rapport de l'Organe appel *États-Unis – EPO*, paragraphes 375 et 976; et à Cuba, première communication écrite, paragraphe 401). (non souligné dans l'original)

[2881] Australie, première communication écrite, paragraphe 562 (faisant référence à République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 973, qui fait référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 322; et *États-Unis – EPO*, paragraphe 376). Voir aussi République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 960.

technique ou que le respect des [mesures TPP] fonctionn[e] comme une condition pour la vente des produits du tabac en Australie n'est pas suffisant pour établir" que lesdites mesures sont restrictives pour le commerce au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC.[2882] Elle précise que, nonobstant le fait que les règlements techniques sont, de par leur nature, obligatoires[2883], "l'Organe d'appel dans les affaires *États-Unis – Thon II (Mexique)* et *États-Unis – EPO* a expressément reconnu qu'il pouvait y avoir des circonstances dans lesquelles un règlement technique n'était *pas* restrictif pour le *commerce*"[2884], de sorte que "rien ne permet d'alléguer qu'un règlement technique est restrictif pour le commerce uniquement parce que le respect de ses prescriptions est obligatoire; ou que des règlements techniques sont en soi restrictifs pour le commerce".[2885]

7.1145. L'Australie estime aussi que "il y a un moyen évident qui aurait permis aux plaignants de faire valoir que la mesure était restrictive pour le commerce – ils pouvaient admettre qu'avec le temps, la mesure de l'Australie rédu[irait] la demande de produits du tabac en faisant diminuer l'initiation et la récidive et en amenant davantage de personnes à renoncer au tabac. Dans le contexte du marché australien où la production nationale est éliminée progressivement, cela se traduirait nécessairement par une réduction des importations".[2886] Elle précise que les mesures TPP auront un effet limitatif sur le commerce global des produits du tabac dans le futur car "i) la mesure réduira la consommation de produits du tabac (en décourageant les personnes de commencer à fumer et de récidiver, et en les encourageant à arrêter); et ii) étant donné que les importations représenteront bientôt la totalité du marché des produits du tabac de l'Australie, avec un abandon progressif de la production nationale, une réduction de la consommation de produits du tabac limitera nécessairement le commerce global des produits du tabac.[2887] En raison de cette dernière incidence, "les plaignants avancent leurs arguments relatifs au caractère restrictif pour le commerce dans un contexte où leur position concernant la contribution (à savoir que la mesure est incapable d'accomplir un quelconque degré de contribution à son objectif) repose sur la contestation de l'idée que la mesure réduira le commerce global des produits du tabac".[2888] À cet égard, l'Australie fait valoir que les mesures TPP restreignent le commerce seulement dans la mesure nécessaire pour accomplir leur degré de contribution à leurs objectifs de santé publique.[2889]

7.2.5.4.2.2 Principaux arguments des tierces parties

7.1146. L'Union européenne n'est "pas convaincu[e] que la question d'une descente en gamme … en elle-même et sans plus, démontre l'existence d'une restriction au commerce, du moins dans la mesure où la démonstration se borne à indiquer que la part de marché d'un plaignant augmente au détriment d'un autre". Elle n'est pas non plus convaincue que ce phénomène, qui pourrait impliquer une baisse des prix de certains produits, démontre, sans plus, l'existence d'une restriction au commerce. Elle pense plutôt que, dans le cadre de son analyse globale, le Groupe spécial devrait aussi examiner si les volumes et la valeur globale sont restés stables ou si même ils ont augmenté, y compris les effets que la mesure est à même de causer, en tenant compte de toutes mesures d'atténuation prises par les entreprises intéressées.[2890]

7.1147. L'Union européenne voit "un certain lien entre l'examen du point de savoir si la mesure est ou non restrictive pour le commerce, d'une part, et l'examen du point de savoir si la mesure contribue ou non à son objectif, d'autre part". Pour elle, ces deux examens portent sur ce qu'une mesure cause ou est à même de causer: d'une part, une restriction au commerce et, d'autre part, une réduction de la prévalence du tabagisme. L'Union européenne suggère que le Groupe spécial adopte une approche cohérente de ces questions, en particulier s'agissant de son traitement des éléments de preuve – si le Groupe spécial est disposé à constater que la mesure a causé ou est à

[2882] Australie, première communication écrite, paragraphe 562.
[2883] Australie, première communication écrite, paragraphe 563.
[2884] Australie, première communication écrite, paragraphe 564 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 322, note de bas de page 647; et *États-Unis – EPO*, paragraphe 376, note de bas de page 748).
[2885] Australie, première communication écrite, paragraphe 564.
[2886] Australie, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 93.
[2887] Australie, réponse à la question n° 119 du Groupe spécial.
[2888] Australie, réponse à la question n° 119 du Groupe spécial.
[2889] Australie, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial; et réponse à la question n° 165 du Groupe spécial.
[2890] Union européenne, réponse en tant que tierce partie à la question n° 4 du Groupe spécial.

même de causer une restriction au commerce, il pourrait être disposé aussi à constater que la mesure a causé ou est à même de causer une certaine réduction de la prévalence du tabagisme. Cela l'amènerait à procéder à une analyse complète au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, c'est-à-dire une analyse comportant à la fois une analyse relationnelle et une analyse comparative. Selon l'Union européenne, cela constitue la manière la plus équilibrée et féconde d'examiner le différend.[2891]

7.1148. Selon la Nouvelle-Zélande, les plaignants n'ont pas démontré que toutes modifications des conditions du marché en Australie en ce qui concerne les produits du tabac limitaient le commerce des produits importés; de fait, il apparaît que leurs allégations intéressent la protection des attentes, chez les fabricants de tabac, de certains niveaux de bénéfices ou part de marché. Leurs allégations non étayées ne portent donc pas sur les obligations de l'Australie au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Les plaignants n'ont pas établi que les mesures TPP étaient restrictives pour le commerce en raison de tous effets allégués de différenciation des marques et de descente en gamme.[2892]

7.1149. La Nouvelle-Zélande ne considère pas que les types d'incidence allégués par les plaignants, tels que la descente en gamme, l'incidence sur l'accès au marché ou les coûts de mise en conformité, démontrent l'existence d'un "caractère restrictif pour le commerce" au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Les plaignants cherchent à étendre la notion de "caractère restrictif pour le commerce" au titre de l'article 2.2 au-delà de son sens ordinaire et sans aucun élément de jurisprudence de l'OMC pour étayer cette affirmation. On peut évaluer le caractère restrictif pour le commerce en examinant les possibilités de concurrence offertes pour les produits importés. Comme l'Australie le fait valoir, l'examen devrait être centré sur la "question de savoir si le règlement technique en cause modifie les conditions de concurrence sur le marché d'une manière qui a un effet limitatif sur le commerce des produits importés visés par ce règlement".

7.1150. Le Nigéria fait valoir que les éléments de preuve des experts en économie qui ont été présentés par les plaignants "soulignent l'effet préjudiciable sur l'accès au marché australien et la distorsion des conditions de concurrence du fait de l'absence prescrite de la possibilité de différencier les produits au moyen des marques et des designs d'emballage". Il estime que les mesures TPP imposent donc une restriction très importante à la concurrence et au commerce.[2893]

7.1151. La Norvège fait valoir que les plaignants doivent établir effectivement, et non pas simplement affirmer, que la mesure a un effet limitatif sur le commerce des produits du tabac et/ou que cet effet est susceptible d'avoir lieu sur le marché australien du fait de la conception, de la structure et du fonctionnement de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac. Il ne serait pas suffisant, selon elle, "de s'appuyer sur une notion de conditions du marché abstraite".[2894]

7.1152. Singapour invite instamment le Groupe spécial à considérer, en formulant un critère du caractère restrictif pour le commerce et en l'appliquant aux types d'incidence allégués par les plaignants (tels que la descente en gamme), que le critère de la nécessité est au cœur de l'obligation énoncée à l'article 2.2 et que le seuil pour le "caractère restrictif pour le commerce" ne devrait pas être indûment astreignant. Elle note que bien que l'Australie rejette l'idée que la descente en gamme aura un effet limitatif sur le commerce des produits du tabac importés en Australie, elle admet que 1) une augmentation des coûts de mise en conformité; et 2) un relèvement des obstacles à l'entrée sur le marché du tabac australien sont potentiellement pertinents pour déterminer si les mesures TPP sont restrictives pour le commerce.

7.1153. Singapour ne souscrit pas à l'idée de l'Australie selon laquelle pour montrer que les mesures TPP sont restrictives pour le commerce au sens de l'article 2.2, les plaignants doivent démontrer qu'elles ont un effet limitatif sur le commerce global des produits du tabac de tous les Membres de l'OMC. Au lieu de cela, elle estime que le commerce affecté peut impliquer le Membre plaignant et le Membre défendeur et que l'examen ne devrait pas être élargi de telle sorte que la restriction au commerce en question concerne le commerce de tout Membre de l'OMC.

[2891] Union européenne, réponse en tant que tierce partie à la question n° 4 du Groupe spécial.
[2892] Nouvelle-Zélande, communication en tant que tierce partie, paragraphes 87 à 89; et réponse en tant que tierce partie à la question n° 4 du Groupe spécial.
[2893] Nigéria, communication en tant que tierce partie, paragraphe 30.
[2894] Norvège, communication en tant que tierce partie, paragraphe 95.

L'expression "commerce international" figurant à l'article 2.2 de l'Accord OTC figure aussi à l'article XX du GATT de 1994, mais elle n'a pas été appliquée de cette façon.[2895]

7.1154. Le Nicaragua indique qu'"étant donné l'importance économique des marques et noms de marque pour l'accès au marché et la concurrence loyale", le fait de prohiber l'usage de toutes les marques et de tous les dessins, logos et caractéristiques de couleur ayant un caractère distinctif sur les produits du tabac de marque, ne laissant que le nom de la marque sous une forme standard, restreint nécessairement les possibilités de concurrence sur le marché australien. Il ajoute que les mesures TPP découragent fortement l'exportation vers l'Australie et qu'il deviendra extrêmement difficile, voire impossible, pour les fabricants de produits du tabac qui ne sont pas présents actuellement sur le marché australien d'y entrer. Il estime que les éléments de preuve présentés par les plaignants en ce qui concerne le caractère restrictif pour le commerce et propre à fausser la concurrence de la mesure de l'Australie relative à l'emballage neutre le confirment. Ainsi, le professeur Neven explique les différentes fonctions d'une marque et conclut que "l'emballage neutre aura un effet négatif notable sur les perspectives d'entrée et d'expansion sur le marché du tabac australien", exception faite de la possibilité d'une entrée à faible coût pour des cigarettes de qualité inférieure non protégées par une marque, qui se font concurrence uniquement sur la base du prix et non sur celle de la qualité des produits. Le Nicaragua ajoute qu'au moment où elle a notifié la mesure concernant l'emballage neutre du tabac au titre de l'article 2.9.2 de l'Accord OTC, l'Australie elle-même a reconnu que l'emballage neutre aurait un effet notable sur le commerce.[2896]

7.1155. Le Nicaragua considère que les arguments des plaignants relatifs au caractère restrictif pour le commerce des mesures TPP sont suffisants pour montrer que la mesure a un "effet limitatif sur les possibilités de concurrence" sur le marché australien. Par exemple, le professeur Neven "fournit des éléments de preuve théoriques et empiriques clairs et convaincants démontrant que les mesures concernant l'emballage neutre restreignent l'accès au marché, faussent les possibilités de concurrence et découragent l'exportation vers l'Australie".[2897] Il estime que ces incidences de la mesure concernant l'emballage neutre sur les conditions de concurrence, l'accès au marché, la valeur, le prix et la rentabilité démontrent clairement son caractère restrictif pour le commerce au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC.[2898]

7.1156. L'Afrique du Sud affirme qu'aucun élément de preuve effectif du caractère restrictif pour le commerce n'a été présenté et qu'en l'absence de tels éléments de preuve, le Groupe spécial ne peut formuler aucune constatation à cet égard. Elle fait valoir que l'article 2.2 protège les attentes des Membres de l'OMC selon lesquelles les règlements techniques ne limiteront pas le commerce dans une plus large mesure que ce qui est nécessaire pour réaliser un objectif légitime. Il incomberait aux plaignants de prouver que la "descente en gamme" est directement liée à l'introduction des mesures concernant l'emballage neutre. L'Afrique du Sud ajoute que "potentiellement, ces mesures peuvent avoir une incidence sur l'accès au marché ou le coût de la mise en conformité; toutefois, aucun des plaignants n'a établi positivement que les mesures concernant l'emballage neutre avaient pu à elles seules entraîner ces effets". Elle estime que "[d']autres facteurs tels que des droits d'accise ou même une tendance générale à la "descente en gamme" sur d'autres marchés où il n'existe pas de mesures relatives à l'emballage neutre n'ont pas été pris en considération pour établir cet argument".[2899]

7.1157. L'Uruguay fait valoir que si "un plaignant fait valoir ou donne à penser que la mesure australienne est restrictive pour le commerce, il faudrait que cela soit étayé et montre l'existence d'effets concrets et effectifs sur le commerce". Selon lui, il "ne suffit pas simplement d'alléguer que la descente en gamme, l'incidence sur l'accès aux marchés ou les coûts de mise en conformité démontrent le caractère restrictif pour le commerce", en particulier "dans une situation de non-discrimination". En outre, l'Uruguay estime que le fait que la consommation diminue et que le marché se contracte n'implique ni ne prouve le caractère restrictif pour le commerce. Bien qu'il puisse y avoir certains ajustements des parts de marché, il indique que "c'est une conséquence

[2895] Singapour, réponse en tant que tierce partie à la question n° 4 du Groupe spécial.
[2896] Nicaragua, communication en tant que tierce partie, paragraphes 37 et 38.
[2897] Nicaragua, réponse en tant que tierce partie à la question n° 4 du Groupe spécial (faisant référence au rapport Neven (pièce UKR-3) (RSC), pages 38 à 41.
[2898] Nicaragua, réponse en tant que tierce partie à la question n° 4 du Groupe spécial.
[2899] Afrique du Sud, réponse en tant que tierce partie à la question n° 4 du Groupe spécial.

naturelle de la politique adoptée et nul ne peut s'attendre à ce que des parts de marché restent complètement statiques".

7.1158. L'Uruguay ajoute qu'on peut aussi alléguer que, "par rapport à la production locale", il est plus difficile pour les importations de s'adapter aux nouvelles prescriptions mais que il "en va presque toujours de même dans la plupart des situations commerciales (et pas seulement à cause de nouveaux règlements) et ne prouve pas le caractère restrictif pour le commerce".[2900]

7.1159. Le Zimbabwe fait valoir qu'en prohibant l'usage des marques sur les produits du tabac et leur emballage et en imposant une conception normalisée, les mesures TPP modifient fondamentalement les conditions de concurrence sur le marché australien pour les produits importés. Il fait référence au rapport d'expert du professeur Neven et indique que les prescriptions en matière d'emballage neutre limitent considérablement l'accès des produits importés au marché australien en raison de la conjugaison d'effets négatifs sur la communication et sur les prix.[2901] Faisant référence aux rapports établis par Victoria Parr et le professeur Winer, il note que la conclusion en est également que les prescriptions en matière d'emballage neutre faussent la concurrence en restreignant fortement la possibilité de différencier les produits sur la base de la qualité.[2902] Il en résulte une "banalisation" de ces produits et une pression à la baisse sur les prix. En empêchant les distinctions sur la base de la qualité, les mesures TPP auront sans aucun doute une incidence négative sur le commerce des feuilles de tabac de Virginie de qualité supérieure comme celles qui sont produites par le Zimbabwe. Un accroissement de la concurrence par les prix exercera un effet à la baisse sur les prix des feuilles de tabac car les fabricants de produits du tabac chercheront à préserver leurs marges bénéficiaires en s'approvisionnant en matières premières moins coûteuses. Le Zimbabwe affirme en outre qu'une baisse des prix des feuilles de tabac aurait des conséquences dévastatrices pour l'ensemble de son économie en raison de l'importance du tabac, ainsi que pour les petits agriculteurs et leurs familles, dont les moyens de subsistance reposent sur la culture du tabac. Il déclare qu'il ne peut pas se permettre de subir une baisse des prix des feuilles de tabac et n'a pas d'autre solution viable que de continuer à cultiver du tabac.[2903]

7.2.5.4.2.3 Analyse du Groupe spécial

7.1160. Comme il est expliqué plus haut, les plaignants présentent un certain nombre d'arguments à l'appui de leurs vues selon lesquelles les mesures TPP sont "restrictives pour le commerce" au sens de l'article 2.2.

7.1161. Globalement, ces arguments peuvent être décrits comme concernant:

a. les effets des mesures TPP sur l'environnement concurrentiel sur le marché australien;

b. les effets des mesures TPP sur le niveau du commerce des produits du tabac; et

c. les coûts de la mise en conformité avec les prescriptions réglementaires découlant des mesures TPP.

7.1162. Nous examinons tour à tour ces arguments.

[2900] Uruguay, réponse en tant que tierce partie à la question n° 4 du Groupe spécial.

[2901] Zimbabwe, communication en tant que tierce partie, paragraphe 26 (faisant référence au rapport Neven (pièce UKR-3) (RSC)).

[2902] Zimbabwe, communication en tant que tierce partie, paragraphe 26 (faisant référence à Parr *et al.* 2011a (pièces AUS-117, JE-24(49); et au rapport Winer (pièce UKR-9)).

[2903] Zimbabwe, communication en tant que tierce partie, paragraphe 26.

Question de savoir si les mesures TPP sont restrictives pour le commerce parce qu'elles modifient l'environnement concurrentiel des producteurs sur le marché australien

Question de savoir si les mesures TPP portent atteinte aux possibilités de concurrence des produits du tabac importés en restreignant l'aptitude des producteurs à différencier leurs produits

7.1163. Comme il est indiqué plus haut, les plaignants font valoir d'une manière générale que les mesures TPP restreignent leurs possibilités de concurrence en affectant l'aptitude des producteurs de tabac à distinguer leurs produits et de faire concurrence sur le marché australien sur la base des marques[2904], ce qui "élimine des possibilités de concurrence" et, selon les termes de l'Indonésie, "restructur[e] fondamentalement les conditions de concurrence du marché australien des cigarettes".[2905]

7.1164. La République dominicaine considère que le désaccord entre les parties sur les effets réels sur le commerce résultant des mesures TPP n'est pas important pour la constatation du Groupe spécial concernant le caractère restrictif pour le commerce au regard de l'article 2.2, parce qu'"il ressort clairement de la conception, de la structure et du fonctionnement attendu des mesures qu'elles limitent gravement les possibilités de concurrence pour ce qui est de différencier les produits du tabac".[2906]

7.1165. L'Australie estime que l'"argument qualitatif" des plaignants concernant la différenciation des marques n'est pas suffisant, en droit, pour établir que l'emballage neutre du tabac est restrictif pour le commerce parce qu'il ne démontre pas l'existence d'un effet limitatif sur le commerce international des produits du tabac. Elle fait valoir que les plaignants assimilent à tort le critère juridique du caractère restrictif pour le commerce à un critère de la "liberté concurrentielle" des participants au marché, de sorte qu'une limitation de toute "possibilité de concurrence" sur le marché suffirait pour établir qu'un règlement technique est restrictif pour le commerce, indépendamment de la question de savoir s'il engendre un quelconque effet limitatif sur le commerce international des produits importés.[2907] Cela transformerait à son avis le "caractère restrictif pour le commerce" en un critère en soi car "[p]resque tous les règlements techniques imposeront, pour un participant au marché au moins, une condition limitative qui n'existait pas avant son adoption". L'Australie estime que, même à supposer que les mesures TPP limitent l'aptitude d'un producteur à distinguer ses produits du tabac de ceux d'autres producteurs (ce que ladite mesure ne fait pas, selon elle), cela ne suffit pas pour démontrer, sans plus, qu'elles ont un effet limitatif sur le commerce international des produits du tabac.[2908]

7.1166. Nous pensons comme l'Australie qu'une démonstration de ce que les mesures contestées peuvent entraîner une certaine modification de l'environnement concurrentiel global pour les fournisseurs sur le marché ne démontrerait pas, en soi, que ces mesures ont un "caractère restrictif pour le commerce" au sens de l'article 2.2. De fait, comme cela est indiqué plus haut, ce que nous devons déterminer est la mesure dans laquelle les mesures contestées ont un *effet limitatif* sur le commerce international.[2909] Nous ne considérons donc pas qu'une démonstration du fait que les mesures TPP "ont restructuré les conditions de concurrence du marché australien des cigarettes"[2910] ou qu'elles *modifient* les conditions dans lesquelles tous les fabricants seront

[2904] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 977.
[2905] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 395; et deuxième communication écrite, paragraphe 266. Voir aussi par exemple Honduras, première communication écrite, paragraphes 870 à 877; République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 977 et 978; et Cuba, première communication écrite, paragraphes 402 et 403.
[2906] République dominicaine, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial, paragraphe 233.
[2907] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 403.
[2908] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 404 et 405.
[2909] Voir, en relation avec l'article III:4 du GATT de 1994, le rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 137 ("Une différence formelle de traitement entre les produits importés et les produits nationaux similaires n'est donc ni nécessaire, ni suffisante pour démontrer qu'il y a violation de l'article III:4. La question de savoir si les produits importés sont soumis ou non à un traitement "moins favorable" que les produits nationaux similaires devrait plutôt être appréciée en se demandant si une mesure modifie les *conditions de concurrence* au détriment des produits importés sur le marché en question." (italique dans l'original)).
[2910] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 395.

mutuellement en concurrence sur le marché serait, en soi, suffisante pour démontrer leur caractère restrictif pour le commerce. À cet égard, nous ne pensons pas que la référence à l'incidence d'un règlement technique sur les "possibilités de concurrence", dans des rapports antérieurs de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, implique que *toute* modification des conditions dans lesquelles tous les produits seront en concurrence sur le marché par suite d'un règlement technique démontrerait le "caractère restrictif pour le commerce" de ce règlement technique. De fait, Comme il est expliqué plus haut, ce qui doit être examiné est la mesure dans laquelle le règlement technique en cause a un *effet limitatif sur le commerce international*.

7.1167. Spécifiquement, nous pensons comme les plaignants que, dans la mesure où elles empêchent l'usage de certaines caractéristiques de conception sur les produits du tabac et leur emballage pour la vente au détail, les mesures TPP limitent la possibilité pour les producteurs de différencier leurs produits. Nous pensons également que la différenciation fidélise les consommateurs et renforce leur volonté de payer et que, en restreignant la possibilité pour les marques de se différencier, les mesures TPP limitent la possibilité pour les fabricants de tabac de faire concurrence sur la base de cette différenciation des marques.[2911] Nous ne sommes pas convaincus cependant que cette modification de l'environnement concurrentiel pour tous les produits du tabac pour la totalité du marché (qui peut en principe *accroître* la concurrence sur le marché[2912]) constitue, en elle-même, une restriction des "possibilités de concurrence" pour les produits du tabac importés dont on doive supposer qu'elle a un "effet limitatif" sur le commerce international.

7.1168. De fait, comme l'Australie l'a expliqué, il est nécessaire de montrer *comment* ces effets sur les conditions de concurrence sur le marché engendrent un effet limitatif sur le commerce international des produits du tabac.[2913] Ainsi que l'Organe d'appel l'a souligné, des éléments de preuve appropriés montrant cet effet limitatif seront requis en particulier dans le cas d'une mesure intérieure non discriminatoire. Nous n'estimons pas, cependant, que cette démonstration doive être fondée sur l'existence d'effets réels sur le commerce. De fait, elle pourrait en principe être fondée sur une évaluation qualitative tenant compte, en particulier, de la conception et du fonctionnement des mesures, sur une évaluation quantitative de leurs effets réels sur le commerce ou sur l'une et l'autre.[2914]

7.1169. Les plaignants présentent un certain nombre d'arguments spécifiques montrant en détail, selon eux, en quoi la réduction de la possibilité pour les fabricants de faire concurrence sur la base de la différenciation des marques entraînera: i) une "descente en gamme" et une baisse des prix des marques haut de gamme et, par conséquent, une diminution de la valeur des produits importés, en particulier des produits haut de gamme; ii) un accroissement de la concurrence par les prix ainsi qu'une baisse des prix et, par conséquent, une diminution de la valeur des ventes des produits du tabac et de la valeur totale des importations. Le Honduras et l'Indonésie font valoir aussi qu'en plus de porter atteinte aux marques en place, les mesures TPP créent des obstacles à l'entrée sur le marché australien.

7.1170. L'Australie répond qu'"[e]n théorie, des allégations de descente en gamme, d'incidence sur l'accès au marché ou de coûts de mise en conformité pourraient, si elles étaient accompagnées d'éléments de preuve appropriés indiquant l'existence d'un effet limitatif corollaire sur le commerce, constituer le fondement permettant de constater le caractère restrictif pour le commerce au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC". Elle estime toutefois que les plaignants n'ont démontré ni que de tels effets avaient résulté de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac ni que lesdits effets avaient eu un effet limitatif sur le commerce.[2915]

7.1171. Nous examinons d'abord les arguments spécifiques des plaignants concernant l'incidence des mesures TPP sur les obstacles à l'entrée sur le marché australien, avant d'examiner leurs arguments relatifs à l'incidence de ces mesures sur les niveaux commerciaux et enfin, sur les coûts de mise en conformité.

[2911] République dominicaine, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial.

[2912] La différenciation des produits est généralement vue comme relâchant la pression sur les prix et permettant aux entreprises de facturer des prix supérieurs à leurs coûts marginaux.

[2913] Australie, première communication écrite, paragraphe 516. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.208, note de bas de page 643 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Volailles*, paragraphes 126 et 127).

[2914] Voir plus haut le paragraphe 7.1076.

[2915] Voir plus haut le paragraphe 7.1139.

Question de savoir si les mesures TPP opposent des obstacles à l'entrée sur le marché australien

7.1172. Le Honduras fait valoir, s'agissant du rapport d'expert du professeur Neven, que les mesures TPP produisent certains effets sur la communication et sur les prix qui rendent presque impossible l'accès au marché australien du tabac.[2916]

7.1173. Le professeur Neven indique que "les bénéfices qu'un fabricant peut s'attendre à obtenir sur un marché donné déterminent sa volonté de se lancer dans des activités commerciales, d'entrer sur de nouveaux marchés et de faire concurrence aux marques établies".[2917] Il explique que l'emballage neutre produit trois effets différents sur la concurrence et le commerce sur le marché australien: i) un effet de contestabilité; ii) un effet sur la communication; et iii) un effet concurrentiel.[2918] Il explique qu'en raison de l'effet de contestabilité, l'emballage neutre abaisserait, en principe, les obstacles à l'entrée et améliorerait les perspectives d'entrée sur le marché australien. Il fait valoir cependant que cet effet initial positif de contestabilité en ce qui concerne les obstacles à l'entrée est contrebalancé par les deux autres effets produits par l'emballage neutre. À son avis, l'effet de l'emballage neutre sur la communication oppose des obstacles à l'entrée car il devient beaucoup plus difficile pour les nouveaux arrivants potentiels de réussir leur entrée sur le marché sans la possibilité d'établir une notoriété de marque. Et l'effet concurrentiel oppose également des obstacles à l'entrée parce que les producteurs doivent baisser leurs prix pour répondre à la volonté moindre des consommateurs de payer, ce qui réduit leurs marges bénéficiaires, de sorte que "les opérateurs ont une volonté moindre de se lancer dans des activités commerciales", ce qui "se traduit également par une probabilité d'entrée plus faible".[2919] Le professeur Neven conclut donc que "[l']emballage neutre réduit la différenciation des produits et diminue ainsi la perspective du maintien d'une présence sur le marché et d'une entrée sur le marché qui soient rentables", et qu'il "freine aussi considérablement l'entrée de nouveaux produits sur le marché, étant donné que les nouveaux produits ont besoin des marques et des possibilités de différencier les produits pour faire connaître leur présence sur le marché aux clients potentiels"[2920]

7.1174. Le Honduras fait valoir que, lorsque l'on examine le résultat net du fonctionnement combiné des trois effets, "il devient évident que l'emballage neutre produit des effets généraux négatifs pour les marques de tabac, indépendamment de la question de savoir si celles-ci sont déjà présentes sur le marché australien ou si elles cherchent à y entrer".[2921]

7.1175. L'Indonésie fait valoir de même que l'emballage neutre limite le commerce parce qu'il devient plus difficile pour les produits importés d'établir une identité auprès de consommateurs auxquels les marques nationales sont déjà familières. Elle fait référence à une enquête menée auprès de consommateurs conjointement avec la mise en œuvre de l'emballage neutre, pour le compte du gouvernement australien, dans laquelle il a été constaté que la question de savoir si une marque était considérée comme "étrangère" ou "locale" influait sur l'attitude des consommateurs à l'égard des marques de cigarettes et, en particulier, qu'un certain nombre de marques étaient vues comme étant clairement "australiennes", ce qui de l'avis général, rendait la marque plus attrayante. Étaient considérées comme clairement "australiennes" essentiellement les cigarettes qui étaient vues comme étant présentes sur le marché depuis le plus longtemps ou qui étaient perçues comme étant consommées par des types particuliers de personnes "représentant"

[2916] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 556.

[2917] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 556 (citant le rapport Neven (pièce UKR-3) (RSC), paragraphe 6.1, page 36).

[2918] L'"effet de contestabilité" concerne l'hypothèse que les marques fortes existantes bénéficient de la fidélité aux marques établies, facteur qui peut constituer un obstacle pour les nouveaux arrivants potentiels. Il a trait à l'effet de l'emballage neutre sur la fidélité aux marques en place. L'"effet sur la communication" a trait à la capacité des nouveaux arrivants potentiels sur le marché d'établir une notoriété de marque pour leurs propres produits nouveaux. L'"effet concurrentiel" concerne l'incidence commerciale concrète de l'emballage neutre et son incidence sur la probabilité que l'entrée sur le marché soit rentable. Rapport Neven (pièce UKR-3) (RSC), page 38.

[2919] Rapport Neven (pièce UKR-3) (RSC), pages 39 à 41.

[2920] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 563; et réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.

[2921] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 557.

des stéréotypes australiens clairement définis (par exemple les "tradies" (c'est-à-dire les ouvriers qualifiés tels que les plombiers ou les électriciens), les passionnés de football ou de cricket).[2922]

7.1176. L'Australie identifie "trois problèmes distincts" dans les arguments des plaignants relatifs aux obstacles opposés à l'entrée sur le marché australien du tabac.[2923] Premièrement, la conclusion que les mesures TPP augmentent les obstacles à l'entrée "est directement contredite par un autre expert des plaignants, le professeur Steenkamp", qui "allègue que la différenciation des marques "crée des obstacles à l'entrée qui rendent l'entrée sur le marché difficile pour d'autres sociétés"; et que l'emballage neutre a pour effet de détruire cette différenciation des marques".[2924] De l'avis de l'Australie, il découle logiquement de cette analyse que les mesures TPP amélioreraient les perspectives d'une nouvelle entrée. Deuxièmement, l'Australie soutient que "les plaignants n'ont fourni aucun élément de preuve à l'appui de la conclusion du professeur Neven selon laquelle l'emballage neutre a entraîné ou entraînera une réduction des marges bénéficiaires". Elle dit que les éléments de preuve des plaignants démontrent la poursuite de la hausse tendancielle des prix après l'introduction de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac".[2925] Enfin, elle indique que "l'allégation du professeur Neven selon laquelle la mesure concernant l'emballage neutre du tabac réduit l'aptitude des nouveaux arrivants à se faire connaître des clients potentiels est formulée dans l'abstrait, entièrement coupée de la réalité du marché australien, qui est un marché discret". Spécifiquement, elle indique que le professeur Neven n'essaie pas d'analyser la mesure dans laquelle la capacité d'un nouvel arrivant de se faire connaître des clients potentiels en Australie avait déjà été réduite par des mesures qui ne sont pas contestées dans les présentes procédures – telles que les restrictions existantes de l'Australie concernant la publicité et la promotion du tabac, y compris les interdictions d'étalage au point de vente et à la vente au détail.[2926]

7.1177. L'Australie fait référence à un rapport commandé à HoustonKemp[2927] pour faire valoir que le marché australien des produits du tabac s'est caractérisé pendant très longtemps par des obstacles exceptionnellement élevés à l'entrée et que la nature oligopolistique du marché australien du tabac et les avantages dont bénéficient en conséquence les sociétés en place ont depuis longtemps rendu l'entrée sur le marché pratiquement impossible, de sorte que les mesures TPP n'ont pas entraîné de modification notable des obstacles à l'entrée.[2928] Elle fait donc valoir que, "bien que la création d'obstacles à l'entrée soit potentiellement pertinente pour déterminer si les [mesures TPP ont] un effet limitatif sur le commerce, les plaignants n'ont pas établi qu'il était probable que des obstacles soient créés à l'entrée par suite de la conception, de la structure et du fonctionnement de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac; ni que tout relèvement des obstacles à l'entrée sur le marché australien soit imputable à la mesure concernant l'emballage neutre du tabac et non à d'autres facteurs".[2929]

7.1178. Sur la base d'un examen de ces éléments de preuve, nous ne sommes pas convaincus que le Honduras et l'Indonésie aient démontré que les mesures TPP, globalement, rendraient l'entrée sur le marché plus difficile pour les nouvelles marques. Les conclusions du Honduras selon lesquelles les mesures TPP opposent des obstacles à l'entrée sont fondées sur l'analyse effectuée par le professeur Neven de l'effet de l'emballage neutre sur l'entrée sur le marché. Cette analyse consiste tout d'abord à identifier trois "effets distincts que l'emballage neutre a sur l'entrée", et ensuite à "soupeser leur importance".[2930] Nous estimons que le cadre analytique proposé par le professeur Neven est utile pour comprendre les effets de l'emballage neutre sur l'entrée sur le marché australien. Spécifiquement, nous convenons que l'emballage neutre peut être considéré comme produisant trois effets distincts sur la concurrence et le commerce sur le marché australien: i) un effet de contestabilité; ii) un effet sur la communication; et iii) un effet

[2922] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 400 (citant Parr *et al.* 2011a (pièces AUS-117, JE-24(49)), page 56 (souligné par l'Indonésie)).
[2923] Australie, première communication écrite, paragraphes 550 à 553.
[2924] Australie, première communication écrite, paragraphe 551 (citant le rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-5), paragraphes 9, 10 et 43).
[2925] Australie, première communication écrite, paragraphe 552.
[2926] Australie, première communication écrite, paragraphe 553.
[2927] Voir le rapport HoustonKemp (pièce AUS-19) (RSC).
[2928] Australie, première communication écrite, paragraphe 554; et réponse à la question n° 117 du Groupe spécial.
[2929] Australie, première communication écrite, paragraphe 555.
[2930] Rapport Neven (pièce UKR-3) (RSC), page 38.

concurrentiel.[2931] Nous examinons donc plus avant la question de savoir si les plaignants ont démontré que, par le fonctionnement de ces trois effets considérés conjointement, les mesures TPP étaient susceptibles d'opposer de nouveaux obstacles à l'entrée, comme le professeur Neven le donne à entendre.

7.1179. Premièrement, nous souscrivons à l'analyse du professeur Neven selon laquelle, du fait des mesures TPP, il est probable que la fidélité aux marques existantes s'effriterait, ce qui aurait pour effet de *renforcer* les possibilités d'entrée sur le marché australien ("effet de contestabilité"). Lorsqu'un nouvel arrivant potentiel envisage de vendre sur un nouveau marché, la fidélité préexistante à la marque dont bénéficient les fournisseurs en place réduit la probabilité que l'entrée sur le marché soit un succès commercial. Dans la mesure où l'emballage neutre affaiblit la fidélité à la marque, comme les plaignants le font valoir, on peut donc s'attendre à ce qu'il ait un effet *positif* sur les perspectives d'entrée. Le professeur Neven prévoit toutefois que le capital de marque des fournisseurs en place actuellement sur le marché australien ne sera pas totalement épuisé par la réglementation, du moins pas dans un premier temps, de sorte que cet effet sera faible initialement et ne diminuera ce capital de marque que progressivement. Toutefois, il n'explique pas le fondement de cette supposition et ne fournit pas d'élément de preuve pour l'étayer.[2932] Bien que cet argument semble plausible, il ne dit pas grand-chose sur la force de l'effet de contestabilité par rapport à celle des autres effets.

7.1180. Nous pensons également que l'aptitude à établir la notoriété de la marque ("effet sur la communication") tendrait plutôt à *réduire* les possibilités commerciales d'entrée sur le marché australien dans la mesure où l'emballage neutre réduit l'aptitude à établir une notoriété de marque pour un nouveau produit. À l'appui de son affirmation que l'effet sur la communication rendra pratiquement impossible le lancement d'une nouvelle marque en Australie, le professeur Neven présente des données relatives au niveau de notoriété des marques en 2012, par marque. Ces statistiques montrent que même avant l'emballage neutre, les difficultés à établir une notoriété de marque sur le marché australien étaient considérables. Toutefois, elles ne fournissent que des renseignements limités sur la force de l'effet des mesures TPP sur la communication en termes absolus ou par rapport à celle des deux autres effets identifiés par le professeur Neven. Nous pensons comme l'Australie que le professeur Neven n'a pas essayé d'analyser la mesure dans laquelle la capacité d'un nouvel arrivant de se faire connaître des clients potentiels en Australie avait déjà été considérablement réduite par des mesures qui ne sont pas contestées dans les présentes procédures – telles que les restrictions existantes de l'Australie concernant la publicité et la promotion du tabac, y compris les interdictions d'étalage au point de vente et à la vente au détail.[2933] Dans la mesure où l'aptitude à établir une notoriété de marque était déjà très faible avant leur introduction[2934], les mesures TPP ne peuvent avoir qu'un effet marginal sur ladite l'aptitude. À cet égard, nous notons les observations ci-après figurant dans le rapport établi par HoustonKemp, présenté par l'Australie:

> [I]l est peu probable que des obstacles à l'entrée puissent procéder de "l'effet sur la communication". Un nouvel arrivant doit principalement faire connaître son emballage au point de vente parce que, tant que le niveau de ses ventes est faible, il compte très peu de clients qui pourraient étaler les emballages ailleurs. Cependant, indépendamment de la mesure TPP, les consommateurs australiens sont très peu exposés aux emballages du tabac dans les magasins de vente au détail en raison des restrictions distinctes applicables au point de vente en ce qui concerne l'étalage des produits du tabac. Il s'ensuit que la mesure TPP n'a pratiquement pas d'effet sur ce que voient les clients lorsqu'ils sont en train de choisir ce qu'ils achètent chez un détaillant ou sur la mesure dans laquelle ils peuvent voir l'emballage du produit d'un nouvel arrivant.[2935]

7.1181. Enfin, nous pensons comme le professeur Neven qu'on pourrait aussi s'attendre en principe à ce que des modifications des marges bénéficiaires ("effet concurrentiel") aboutissent à une probabilité d'entrée *plus faible*, dans la mesure où la réduction de la différenciation des produits résultant de l'emballage neutre impliquerait que les marges globales de tous les

[2931] Rapport Neven (pièce UKR-3) (RSC), page 38. Voir aussi plus haut la note de bas de page 2926.
[2932] Voir le rapport Neven (pièce UKR-3) (RSC), note de bas de page 57.
[2933] Australie, première communication écrite, paragraphe 553.
[2934] Rapport HoustonKemp (pièce AUS-19) (RSC), page 30.
[2935] Rapport HoustonKemp (pièce AUS-19) (RSC), page 30.

producteurs diminuent sensiblement avec le temps. En présence de coûts fixes substantiels d'entrée et d'exploitation, la réduction des marges diminuerait fortement la probabilité que l'entrée puisse être commercialement rentable. Le professeur Neven suppose que la rentabilité diminuera et que les marges s'amenuiseront du fait des mesures TPP, à cause de la réduction de la différenciation des produits. Cette hypothèse s'appuie essentiellement sur un raisonnement économique abstrait.[2936] Cependant, comme cela est expliqué plus loin de façon plus détaillée, les éléments de preuve empiriques qui nous ont été présentés donnent à penser que depuis l'entrée en vigueur des mesures TPP, les prix ont augmenté alors que les quantités vendues ont diminué. Cela signifie que même si, pour les besoins de l'argumentation, les prix ont baissé du fait des mesures TPP, cette baisse a été contrebalancée par l'effet d'autres facteurs. Sans renseignements clairs au sujet des coûts, cela ne nous permet pas de conclure que les marges bénéficiaires moyennes ont diminué du fait des mesures TPP. En fait, le [[***]][2937] [[***]] Cela ne veut pas dire qu'à plus long terme, les mesures ne pourront pas aboutir à une baisse des prix et à une diminution des marges bénéficiaires, comme le professeur Neven le donne à entendre.

7.1182. En soupesant l'incidence des trois effets, le professeur Neven conclut que l'emballage neutre aura pour incidence globale de compromettre notablement les possibilités d'entrée sur le marché australien des cigarettes, pour deux raisons. Premièrement, du fait de l'incapacité d'établir une forme quelconque de notoriété de marque (compte tenu de la prohibition préexistante de la publicité), il sera pratiquement impossible de lancer une nouvelle marque avec succès en Australie. Deuxièmement, bien que la force des marques existantes puisse constituer un obstacle à l'entrée que l'emballage neutre pourrait réduire, le capital de marque des fournisseurs en place sur le marché australien ne sera pas complètement épuisé par la réglementation, du moins pas au début. Le professeur Neven estime que cet effet est encore amplifié par la rentabilité généralement limitée sur les marchés où la différenciation des produits est faible et, corrélativement, les marges réduites. Autrement dit, il fait valoir que l'effet de contestabilité sera relativement faible en un premier temps, alors que l'effet sur la communication, amplifié par l'effet concurrentiel, sera relativement fort.

7.1183. Toutefois, Comme il est expliqué plus haut, nous ne sommes pas sûrs que l'"effet de contestabilité" des mesures serait aussi faible que le professeur Neven le suppose s'agissant de *renforcer* les possibilités d'entrée, ni que l'effet sur la communication et l'effet concurrentiel des mesures seraient aussi forts qu'il le suppose, pour ce qui est de *réduire* les possibilités d'entrée sur le marché. Il existe donc une incertitude considérable quant à la force et au poids relatifs de chacun des trois effets sur l'entrée identifiés dans le rapport du professeur Neven et, par conséquent, quant aux effets globaux des mesures TPP sur l'entrée sur le marché sur la base du fonctionnement combiné de ces trois effets. Cette incertitude vaut tant à court terme qu'à long terme. Bien que les éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre donnent à penser que les trois effets ont pu être très faibles, il semble plausible qu'à plus long terme, l'effet de contestabilité et l'effet concurrentiel puissent tous deux s'intensifier. L'analyse présentée dans le rapport du professeur Neven ne nous convainc donc pas que les mesures TPP ont relevé ou relèveront notablement les obstacles à l'entrée sur le marché australien pour les produits du tabac au-delà de leur niveau préexistant.

7.1184. [[***]][2938] [[***]][2939] [[***]][2940] [[***]][2941] [[***]][2942] [[***]][2943]

7.1185. [[***]][2944] [[***]][2945] [[***]][2946] [[***]][2947]

[2936] Rapport Neven (pièce UKR-3) (RSC), pages 36 et 37.
[2937] [[***]] Rapport HoustonKemp (pièce AUS-19) (RSC), pages 19 à 23.
[2938] Rapport HoustonKemp (pièce AUS-19) (RSC), page 2.
[2939] Rapport HoustonKemp (pièce AUS-19) (RSC), page 38.
[2940] Rapport HoustonKemp (pièce AUS-19) (RSC), page 38. [[***]] Rapport HoustonKemp (pièce AUS-19) (RSC), page 35.
[2941] Rapport HoustonKemp (pièce AUS-19) (RSC), page 38. [[***]] Rapport HoustonKemp (pièce AUS-19) (RSC), page 36.
[2942] Rapport HoustonKemp (pièce AUS-19) (RSC), page 38. [[***]] Rapport HoustonKemp (pièce AUS-19) (RSC), page 38.
[2943] Rapport HoustonKemp (pièce AUS-19) (RSC), page 38. [[***]] Rapport HoustonKemp (pièce AUS-19) (RSC), page 37. [[***]] Rapport HoustonKemp (pièce AUS-19) (RSC), page 36.
[2944] Rapport HoustonKemp (pièce AUS-19) (RSC), page 38. [[***]] Rapport HoustonKemp (pièce AUS-19) (RSC), page 38.

7.1186. [[***]][2948]

7.1187. De ce fait, alors que nous n'excluons pas qu'un règlement technique qui opposerait des obstacles additionnels à l'entrée sur le marché puisse avoir un "effet limitatif" sur le commerce international et, partant, être "restrictif pour le commerce" au sens de l'article 2.2, nous n'estimons pas que les plaignants aient démontré que les mesures TPP étaient restrictives pour le commerce, en ce sens que leur description des effets des mesures TPP ne démontre pas qu'elles auraient une incidence défavorable sur la possibilité pour les produits importés d'accéder au marché australien des produits du tabac, qu'ils soient importés ou d'origine nationale, et de faire concurrence sur ce marché.

Question de savoir si les mesures TPP ont un effet limitatif sur le volume et la valeur du commerce des produits du tabac

7.1188. Dans la présente section, nous examinons les arguments des parties relatifs à la mesure dans laquelle les mesures TPP amènent les consommateurs, comme les plaignants le font valoir, à "descendre en gamme" pour passer des produits haut de gamme à des produits autres que haut de gamme et à l'incidence de ce phénomène sur le volume et la valeur des échanges, ainsi que d'autres arguments relatifs à l'incidence des mesures sur le volume et la valeur des échanges.

7.1189. Le Honduras fait valoir que la prescription imposant que les produits du tabac soient présentés sous une apparence normalisée entraîne une perte de différenciation des marques et des avantages y afférents, y compris l'aptitude à indiquer aux consommateurs la qualité et la réputation d'un produit et de facturer un supplément de prix correspondant à la force de la marque.[2949] Il fait valoir que les données postérieures à la mise en œuvre analysées par les experts de la République dominicaine à l'IPE montrent que les mesures TPP ont engendré un effet de substitution par le bas qui fait que "les consommateurs achètent relativement moins de produits de qualité supérieure et de prix plus élevé et achètent à la place relativement plus de produits de qualité inférieure et meilleur marché".[2950] Il fait valoir que "[d]ès lors que les consommateurs commencent à descendre en gamme, la demande de produits du tabac importés est condamnée à diminuer", ce qui "équivaut à un "effet limitatif sur le commerce" et à un frein à l'exportation des produits du tabac vers l'Australie".[2951]

7.1190. La République dominicaine fait valoir que "les éléments de preuve empiriques tirés du marché montrent une distorsion des échanges, qui s'accompagne d'une "descente en gamme" notable amenant à passer des produits du tabac plus chers à des produits moins chers du fait des mesures [TPP]".[2952] Elle explique qu'elle a "fourni des éléments de preuve montrant une forme d'effets réels sur le commerce engendrés par les mesures [TPP] (à savoir une descente en gamme) comme moyen pour confirmer que les mesures limitent les possibilités de concurrence".[2953]

7.1191. Cuba affirme aussi que les mesures TPP "*auront une incidence négative sur le volume global du commerce de Cuba* parce qu'elles entraîneront une descente en gamme, les gros cigares haut de gamme cubains roulés à la main étant remplacés par produits moins chers, non originaires de Cuba. Les produits haut de gamme ne peuvent pas survivre dans un environnement commercial où la différenciation des produits est impossible, et l'Australie a dit explicitement que

[2945] Rapport HoustonKemp (pièce AUS-19) (RSC), page 38. [[***]] Rapport HoustonKemp (pièce AUS-19) (RSC), pages 38 et 39.
[2946] Rapport HoustonKemp (pièce AUS-19) (RSC), page 51.
[2947] Rapport HoustonKemp (pièce AUS-19) (RSC), page 52.
[2948] Rapport HoustonKemp (pièce AUS-19) (RSC), page 37.
[2949] Honduras, première communication écrite, paragraphes 862 à 873; et deuxième communication écrite, paragraphes 542 à 554.
[2950] Honduras, première communication écrite, paragraphes 372 à 379.
[2951] Honduras, première communication écrite, paragraphes 876 et 877.
[2952] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 978; deuxième communication écrite, paragraphe 938; observations sur Australie, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.
[2953] République dominicaine, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial. Voir aussi République dominicaine, réponse aux questions n° 125, 126 et 151.

les mesures TPP "vis[aient] à rendre la différenciation de la qualité et l'importance qu'elle revêt impossibles".[2954]

7.1192. L'Indonésie fait valoir que les plaignants ont présenté des éléments de preuve indiquant des effets sur le commerce sous la forme d'une descente en gamme. Dès lors que les consommateurs passent des marques plus chères aux marques moins chères du fait de leur volonté plus forte de changer de marque et de leur volonté moindre de payer, il se produit une descente en gamme qui "reflète la distorsion sur le marché des conditions de concurrence et des possibilités de concurrence offertes aux produits de gamme intermédiaire et haut de gamme".[2955] L'Indonésie fait valoir que des éléments de preuve indiquant une accélération de la descente en gamme sur le marché australien, les marques haut de gamme étant remplacées par des marques bon marché, montrent que l'emballage neutre limite les possibilités de concurrence pour les producteurs de produits haut de gamme, portant atteinte aux concurrents situés sur le segment de marché des prix moyens et élevés, qui ont investi dans le développement de produits de qualité supérieure. Il existe déjà, selon elle, des éléments de preuve indiquant une descente en gamme sur le marché australien après l'adoption de l'emballage neutre.[2956]

7.1193. L'Australie affirme que les plaignants n'ont pas démontré qu'une "descente en gamme" était susceptible d'avoir lieu sur le marché australien du fait de la conception, de la structure et du fonctionnement des mesures TPP ni que tous effets de descente en gamme qui s'étaient produits sur le marché australien étaient imputables à ces mesures.[2957] Elle observe que le rapport établi par les experts des plaignants à l'IPE "ne sépare pas les effets de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac des autres éléments de la politique globale de lutte antitabac de l'Australie" et, en particulier, du fait que la mise en œuvre des mesures a coïncidé avec l'introduction de mises en garde sanitaires explicites actualisées et agrandies.[2958]

7.1194. L'Australie fait valoir en outre que l'affirmation des plaignants selon laquelle tous effets de descente en gamme en Australie sont imputables aux mesures TPP est contraire aux vues des fabricants de tabac opérant en Australie qui ont, au contraire, imputé ces effets à des augmentations des droits d'accise.[2959] Elle fait référence à des déclarations de dirigeants de la branche de production du tabac reconnaissant, selon elle, le lien entre les droits d'accise et les stratégies de la branche de production du tabac en matière de fixation des prix, d'une part, et la descente en gamme en Australie, d'autre part.[2960] Elle estime que les plaignants ne tiennent pas compte non plus du fait que des descentes en gamme ont lieu sur un certain nombre de marchés dans le monde, qui ne peuvent en aucune façon être imputées à un "effet de l'emballage neutre".[2961] Elle ajoute qu'il "n'est pas contesté que le phénomène de "descente en gamme" auquel les plaignants font référence est antérieur à l'adoption de l'emballage neutre du tabac, non seulement en Australie mais sur beaucoup d'autres marchés dans le monde", de sorte que "[m]ême si les plaignants avaient établi que ces effets sont imputables à la mesure concernant l'emballage neutre du tabac … cela serait juridiquement insuffisant pour établir le caractère restrictif pour le commerce du point de vue quantitatif, parce que cela ne démontre pas une diminution du volume ou de la valeur des produits du tabac importés".[2962]

7.1195. L'Australie souligne aussi que le professeur List "a expressément admis qu'il n'était pas possible de séparer et de distinguer les effets de l'emballage neutre du tabac des effets des mises en garde sanitaires explicites agrandies". En lien avec son propre argument selon lequel les experts des plaignants à l'IPE n'ont pas tenu compte du fait que la mise en œuvre des mesures TPP coïncidait avec celle des mises en garde sanitaires explicites agrandies[2963], elle fait donc valoir que les plaignants "essaient de résoudre artificiellement ce problème en utilisant les mises en

[2954] Cuba, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 165 du Groupe spécial, paragraphe 26. (italique dans l'original)
[2955] Indonésie, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial, paragraphe 61.
[2956] Indonésie, première communication écrite, paragraphes 397 à 399; réponse aux questions n° 117 et 165 du Groupe spécial; deuxième communication écrite, paragraphe 270.
[2957] Australie, première communication écrite, paragraphe 533.
[2958] Australie, première communication écrite, paragraphe 543; deuxième communication écrite, paragraphe 414.
[2959] Australie, première communication écrite, paragraphe 544.
[2960] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 419.
[2961] Australie, première communication écrite, paragraphe 545.
[2962] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 409, 410 et 418.
[2963] Australie, première communication écrite, paragraphe 543.

garde sanitaires explicites beaucoup plus petites adoptées par l'Australie en 2006 en tant qu'un indicateur indirect des mises en garde sanitaires explicites agrandies et actualisées adoptées en 2012". Elle affirme que les mises en garde sanitaires explicites plus petites adoptées en 2006 ne sont pas un contrefactuel approprié et qu'il ne peut être présumé qu'elles ont eu les mêmes effets que les mises en garde sanitaires explicites agrandies et actualisées adoptées en 2012.[2964]

7.1196. Les plaignants ont démontré, à notre avis, que les mesures TPP avaient contribué à réduire le volume des importations de produits du tabac haut de gamme tant en termes absolus qu'en termes relatifs. Spécifiquement, Comme il est expliqué plus en détail dans l'appendice E, une analyse détaillée des résultats économétriques présentés par les plaignants nous a amenés à conclure que certains éléments de preuve, il est vrai limités, indiquaient qu'il apparaissait que, considérées conjointement avec les mises en garde sanitaires explicites agrandies adoptées à la même date, les mesures TPP avaient eu une incidence négative sur le rapport entre les ventes en gros des cigarettes de prix plus élevé et les ventes en gros des cigarettes bon marché.[2965] Dans la mesure où il y a des raisons de penser que les mesures TPP et, en particulier, la suppression des éléments d'identification de la marque sur les produits du tabac et leur emballage pour la vente au détail auront une incidence plus forte sur l'attrait des produits du tabac s'agissant des produits haut de gamme, il est raisonnable de s'attendre à ce que la réduction du rapport entre les ventes en gros de cigarettes de prix plus élevé et les ventes en gros de cigarettes bon marché observée depuis l'entrée en vigueur de mesures TPP résulte au moins en partie du fonctionnement attendu des mesures TPP et, plus généralement, de leur effet sur la consommation de produits du tabac.[2966] Cela pourrait être le cas en particulier lorsqu'une partie importante de la valeur des produits haut de gamme repose sur la contribution de l'identification de la marque à l'établissement et au maintien d'associations positives et qui lui sont propres comme moyen de différencier ces produits des produits concurrents. En même temps, nous rappelons que nous avons déterminé aussi, sur la base des éléments de preuve qui nous ont été présentés, que la consommation globale de produits du tabac avait diminué depuis l'entrée en vigueur des mesures TPP et que cela était imputable au moins en partie au fonctionnement de ces mesures, car les éléments de preuve qui nous ont été présentés donnent à penser que lesdites mesures sont à même de réduire et réduisent effectivement l'attrait des produits du tabac pour le consommateur, ce qui peut avoir une incidence sur les comportements tabagiques. Cela signifie que la consommation de produits du tabac haut de gamme a également diminué en termes absolus, et l'on peut s'attendre à ce que cela se traduise par un recul des importations de produits haut de gamme (parce que le marché intérieur est entièrement approvisionné par des produits importés).

7.1197. Nous ne sommes pas convaincus cependant que cette diminution de la consommation et des importations de produits du tabac haut de gamme soit exclusivement le résultat d'une "descente en gamme" comme les plaignants l'indiquent, c'est-à-dire d'un transfert de la consommation/des importations des produits haut de gamme vers des produits autres que haut de gamme. Premièrement, étant donné que la consommation globale de produits du tabac a diminué, une partie au moins de la diminution de la consommation de produits du tabac haut de gamme n'a pas été remplacée par la consommation de produits autres que haut de gamme. Deuxièmement et plus généralement, ainsi qu'il est expliqué dans l'appendice E, il apparaît que les segments de prix les segments de prix élevés et les segments meilleur marché ont évolué sur la base de tendances distinctes pour les ventes de cigarettes sur le marché de gros, avant même la mise en œuvre des mesures TPP.

7.1198. S'agissant de la descente en gamme concernant les cigares, nous n'avons pas de renseignements spécifiques sur les modifications du rapport entre les importations ou les ventes de gros cigares roulés à la main en Australie et les importations ou les ventes globales de cigares en Australie. En revanche, nous avons certains renseignements sur l'évolution des ventes de gros cigares roulés à la main en Australie. Selon Cuba, il n'apparaît pas qu'il y ait eu un recul des ventes mensuelles de ces cigares après décembre 2012 lorsque les mesures TPP ont été introduites, en particulier lorsque l'on compare les volumes des ventes postérieures à la mise en œuvre avec les ventes mensuelles pendant les deux années précédant immédiatement

[2964] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 417.

[2965] Voir l'appendice E. Cette conclusion repose en particulier sur certaines spécifications de l'analyse de la modification des tendances effectuée par l'IPE sur la base des données des ventes sur le marché/des ventes de l'industrie (IMS/EOS) tenant compte de l'effet des droits d'accise et des prix entre autres choses. Cette analyse est fondée sur les données relatives aux cigarettes fabriquées en usine et au tabac fine coupe (converti en équivalent cigarettes).

[2966] Voir plus loin le paragraphe 7.1206.

l'introduction des mesures TPP[2967]; en outre, les ventes de gros cigares cubains roulés à la main en Australie ont augmenté de façon marginale depuis décembre 2012.[2968] Selon la République dominicaine, les données de la branche de production dominicaine pour les ventes de cigares dominicains en Australie entre [[***]] et [[***]] montrent qu'après la mise en œuvre des mesures TPP, les ventes de ces cigares, qui sont principalement des produits haut de gamme roulés à la main, ont enregistré un recul.[2969] Nous notons aussi que les importations globales de cigares et de cigarillos ont suivi une tendance à la baisse au cours des dernières années.[2970] Eu égard à ces données limitées, nous concluons que les plaignants n'ont pas montré qu'il y avait une descente en gamme s'agissant des cigares ni le lien de causalité entre toute descente en gamme concernant les cigares et les mesures TPP.

7.1199. Le Honduras fait valoir en outre que "[d]ès lors que les consommateurs commencent à descendre en gamme, la demande de produits du tabac importés est condamnée à diminuer". Cela équivaut selon lui à un "effet limitatif sur le commerce" et à un frein à l'exportation des produits du tabac vers l'Australie.[2971]

7.1200. Nous convenons que les mesures TPP peuvent en effet faire reculer la demande de produits du tabac. Dans notre analyse de la contribution des mesures TPP à leur objectif, nous avons précédemment déterminé, sur la base d'un examen de l'intégralité des éléments de preuve qui ont été présentés, que les mesures TPP pouvaient contribuer à faire reculer la demande de produits du tabac. Dans ce contexte, nous avons constaté que nous disposions d'éléments de preuve crédibles indiquant que les mesures TPP pouvaient affecter la demande primaire des produits du tabac.[2972] La raison en est que nous ne sommes pas convaincus que l'incidence de l'identification de la marque et des associations positives qu'elle peut engendrer soit nécessairement limitée, comme les plaignants le font valoir, à la demande secondaire, à l'exclusion de la demande primaire. Les restrictions concernant l'identification de la marque peuvent donc faire reculer la demande primaire en même temps qu'elles font reculer la demande secondaire de marques haut de gamme.

7.1201. À notre avis toutefois, il faut faire une distinction entre la demande de produits du tabac et la consommation (ou les ventes) de produits du tabac, la première traduisant la disposition des consommateurs à acheter un produit alors que la seconde résulte de l'interaction entre la demande et l'offre. Nous pensons comme l'expert des plaignants, le professeur Neven, que lorsque l'on examine l'effet de l'identification de la marque ou, d'ailleurs, des restrictions relatives à l'identification de la marque, sur la consommation, il est important de prendre en considération à la fois l'offre et la demande.[2973] Comme le professeur Neven l'explique, la raison en est que les prohibitions de l'identification de marque peuvent ne pas entraîner une diminution de la consommation parce que ces restrictions affectent non seulement la demande d'un produit mais aussi son offre. Les mesures qui réduisent la différenciation des produits entre les différentes marques tendent à obliger les entreprises à intensifier la concurrence sur le marché, ce qui peut entraîner une augmentation des ventes. À notre avis, pour démontrer que les mesures TPP sont restrictives pour le commerce, une démonstration de leurs effets allégués sur la demande ne serait pas suffisante. Au contraire, une démonstration de leurs effets allégués sur la consommation serait nécessaire. Nous avons examiné les effets des mesures TPP sur la consommation/les ventes plus haut dans la section 7.2.5.3.6.3.

7.1202. Dans ses arguments concernant la disponibilité de mesures de rechange, la République dominicaine affirme que, dans la mesure où le Groupe spécial constaterait que les mesures TPP contribuent à l'objectif consistant à réduire le comportement tabagique (ce qu'elle conteste), alors,

[2967] Cuba, première communication écrite, paragraphe 160.
[2968] Cuba, première communication écrite, paragraphe 160.
[2969] République dominicaine, réponse à la question n° 194 du Groupe spécial (faisant référence à "Dominican cigar sales" and "Dominican cigar brands variants" (pièce DOM-378) (RSC)).
[2970] Voir plus loin le paragraphe 7.1219.
[2971] Honduras, première communication écrite, paragraphes 875 et 876; et réponse à la question n° 117 du Groupe spécial.
[2972] Voir, plus haut, les paragraphes 7.737 et suivants. Dans la terminologie du marketing, la demande primaire est la demande d'un groupe de produits (par exemple les chaussures de course ou les cigarettes), alors que la demande secondaire est la demande d'une marque particulière à l'intérieur de ce groupe de produits (par exemple les chaussures Nike ou les marques haut de gamme). Voir plus haut le paragraphe 7.738.
[2973] Rapport Neven (pièce UKR-3) (RSC), page 20.

dans la mesure de cette contribution, les mesures TPP restreindront le commerce des produits du tabac en réduisant le volume total des ventes. Dans ce cas, elle dit que le Groupe spécial aurait constaté que les mesures TPP entraînent une restriction fondée sur le volume.[2974]

7.1203. L'Australie estime aussi que "il y a un moyen évident qui aurait permis aux plaignants de faire valoir que la mesure était restrictive pour le commerce – ils pouvaient admettre qu'avec le temps, la mesure de l'Australie rédu[irait] la demande de produits du tabac en faisant diminuer l'initiation et la récidive et en amenant davantage de personnes à renoncer au tabac. Dans le contexte du marché australien où la production nationale est éliminée progressivement, cela se traduirait nécessairement par une réduction des importations".[2975] Elle considère que les mesures TPP auront un effet limitatif sur le commerce global des produits du tabac car "i) la mesure réduira la consommation de produits du tabac (en décourageant les personnes de commencer à fumer et de récidiver, et en les encourageant à arrêter); et ii) étant donné que les importations représenteront bientôt la totalité du marché des produits du tabac de l'Australie, avec un abandon progressif de la production nationale, une réduction de la consommation de produits du tabac limitera nécessairement le commerce global des produits du tabac".[2976]

7.1204. Comme il est indiqué plus haut[2977], l'objectif même des mesures TPP est de réduire la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits. De par leur conception, ces mesures visent entre autres choses à réduire l'attrait des produits du tabac et à contribuer ainsi à en réduire la consommation. Par conséquent, dans la mesure où l'hypothèse principale de l'Australie sous-tendant l'adoption des mesures TPP, à savoir qu'elles sont à même de réduire la consommation de produits du tabac, est exacte, il s'ensuit que, de par leur conception, ces mesures réduiraient la consommation de produits du tabac dans la même mesure qu'elles contribuent à cet objectif.

7.1205. Les plaignants considèrent d'une manière générale que les mesures ne sont pas à même de produire de tels résultats[2978] et qu'en fait, elles n'ont pas contribué à réduire la consommation de produits du tabac sur le marché australien. Nous notons toutefois que, sur la base des éléments de preuve qui nous ont été présentés, y compris des éléments de preuve relatifs au fonctionnement effectif des mesures depuis leur entrée en vigueur, nous avons déterminé que certains éléments de preuve économétriques donnaient à penser que les mesures TPP, considérées conjointement avec les mises en garde sanitaires explicites agrandies adoptées en même temps, contribuaient à réduire la consommation de cigarettes.[2979]

7.1206. Nous notons l'argument de l'Australie selon lequel, pour établir le caractère restrictif pour le commerce des mesures TPP, les plaignants devraient montrer que toute incidence pertinente est causée par les mesures TPP et non par d'autres aspects du régime de lutte antitabac de l'Australie, y compris les mises en garde sanitaires explicites agrandies mises en œuvre en même temps que les mesures TPP contestées. Comme il est expliqué dans l'appendice E, toutes les parties reconnaissent la difficulté inhérente à l'établissement d'une distinction entre les effets des mesures TPP et ceux des mises en garde sanitaires explicites agrandies.[2980] Dans notre analyse de la contribution des mesures TPP à leur objectif, cependant, nous avons précédemment déterminé, sur la base d'un examen de l'intégralité des éléments de preuve qui nous ont été présentés, que les mesures TPP pouvaient contribuer et contribuaient effectivement à leur objectif consistant à réduire la consommation de produits du tabac. En particulier, l'une des raisons pour lesquelles nous avons constaté que la réduction de la consommation de produits du tabac observée depuis l'entrée en vigueur des mesures TPP découlait, au moins en partie, du fonctionnement des mesures TPP était que les éléments de preuve dont nous disposions donnaient à penser que ces mesures étaient à même de réduire et réduisaient effectivement l'attrait des produits du tabac pour le consommateur, ce qui pouvait avoir une incidence sur les comportements tabagiques.

[2974] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 970; réponse à la question n° 151 du Groupe spécial; observations sur Australie, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial. Il est noté qu'"aux fins de l'analyse des mesures de rechange, la République dominicaine part de cette hypothèse". République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 970.

[2975] Australie, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 93.

[2976] Australie, réponse à la question n° 119 du Groupe spécial, paragraphe 132.

[2977] Voir plus haut le paragraphe 7.232.

[2978] Voir cependant Honduras, première communication écrite, paragraphes 875 et 876; et réponse à la question n° 117 du Groupe spécial.

[2979] Voir l'appendice D, paragraphes 117 et 137.

[2980] Voir l'appendice E, paragraphe 2. Cf. plus haut le paragraphe 7.974.

7.1207. Comme l'Australie l'a expliqué, on peut s'attendre à ce qu'une telle diminution de la consommation globale des produits du tabac découlant des mesures TPP entraîne un recul des importations, dans la mesure où le marché intérieur est approvisionné par les importations. Nous notons à cet égard qu'il n'est pas contesté que le marché australien est en fait approvisionné en totalité par des produits du tabac importés.[2981]

7.1208. À la lumière de ce qui précède, nous constatons que les mesures TPP sont restrictives pour le commerce, dans la mesure où, en limitant la consommation de produits du tabac, elles réduisent le volume des produits du tabac importé sur le marché australien et, partant, ont un "effet limitatif" sur le commerce.

7.1209. Les plaignants font valoir finalement que la réduction des possibilités de différenciation des marques causée par les mesures TPP entraînera une intensification de la concurrence par les prix et une baisse des prix et, par conséquent, une diminution de la valeur des ventes de produits du tabac et de la valeur totale des importations.

7.1210. Cuba fait valoir que "les mesures TPP réduisent la différenciation des produits et diminuent la valeur des produits importés (en particulier dans le cas des produits haut de gamme)".[2982] La réduction de la différenciation des produits entraînera une intensification de la concurrence par les prix, ce qui entraînera une baisse des prix et réduira la valeur des produits du tabac importés. Cette banalisation des produits du tabac faussera la concurrence et créera un frein additionnel à l'exportation vers l'Australie.[2983] La République dominicaine indique de la même façon que les "plaignants font valoir qu'en réduisant la différenciation des marques, les mesures [TPP] ont déjà entraîné le passage des cigarettes de prix plus élevé aux cigarettes meilleur marché et, partant, une réduction de la valeur des échanges, sans réduire la prévalence du tabagisme ou la consommation de tabac". Selon elle, "les Membres se soucient, non pas uniquement des possibilités de concurrence reflétées dans le *nombre d'unités* d'un produit exporté vendu, mais aussi des possibilités de concurrence reflétées dans la *valeur de chaque unité vendue*. La valeur des échanges affecte le large éventail de gains économiques directs et indirects qu'un pays tire de son commerce d'exportation; cela est également corroboré par la décision du Comité OTC mentionnée plus haut, qui demande aux Membres de prendre en considération les effets sur le commerce potentiels d'une mesure du point de vue de la "valeur" du commerce affecté".[2984]

7.1211. L'Australie répond que "[d]ans la mesure où les plaignants ont tenté d'établir un lien entre la descente en gamme et tout effet limitatif effectif sur le commerce global, c'était par référence au prix moyen pondéré d'une cigarette". Elle souligne que l'expert de la République dominicaine, le professeur List, "a confirmé qu'il y avait eu une *hausse* significative du prix moyen réel de la cigarette depuis l'introduction de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac". Elle fait valoir aussi qu'"après l'introduction des [mesures TPP], le commerce global des produits du tabac a progressé à la fois en volume et en valeur", ce qui "peut s'expliquer en partie par le déplacement à l'étranger de la production nationale"; toutefois, "les données fournies par les plaignants démontrent clairement aussi que la valeur totale du marché de détail a augmenté dans la période qui a suivi l'introduction des [mesures TPP], malgré une contraction de la demande totale de produits du tabac sur le marché australien".[2985]

7.1212. L'Australie fait valoir que comme les données communiquées par les parties[2986] "l'établissent sans équivoque, les importations de produits du tabac en Australie ont augmenté à la fois en volume et en valeur depuis l'introduction de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac, malgré un recul régulier de la demande et de la consommation de produits du tabac", et qu'"il n'y a pas eu de diminution du volume ni de la valeur [des] propres importations de produits du tabac [des plaignants], qui représentaient une part négligeable des importations totales sur le

[2981] République dominicaine, réponse à la question n° 5 du Groupe spécial.
[2982] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 226.
[2983] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 245.
[2984] République dominicaine, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial, paragraphe 219. (italique dans l'original)
[2985] Australie, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial, paragraphes 124 et 125 (italique dans l'original; note de bas de page omise) (faisant référence à Supplementary Graphs, Import Volumes, Value and Share of the Market (pièce AUS-512), figure 15). Voir aussi deuxième communication écrite, paragraphe 412; et réponse aux questions n° 151 et 165 du Groupe spécial.
[2986] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 411 (faisant référence aux réponses des parties à la question n° 5 du Groupe spécial).

marché australien avant l'introduction de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac et sont restées négligeables après cela". Étant donné "l'énorme accroissement du volume des importations de tabac sur le marché australien depuis l'introduction de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac et l'importance cruciale pour leur argument du fait que la mesure n'a pas entraîné de diminution des taux de tabagisme en Australie, l'allégation des plaignants concernant le caractère restrictif pour le commerce ne peut être fondée que sur une diminution en valeur", pour laquelle elle estime que les plaignants n'ont pas présenté d'éléments de preuve.[2987]

7.1213. En réponse à la référence de l'Australie à des données concernant la valeur totale du marché de détail, la République dominicaine fait valoir que l'analyse correcte consiste à se demander ce que la situation – en termes de valeur – aurait été en l'absence des mesures TPP, et non si, dans l'abstrait, la valeur agrégée du commerce des produits du tabac a augmenté dans un sens absolu.[2988]

7.1214. Comme il est indiqué plus haut, nous souscrivons à l'idée que, dans la mesure où elles restreignent l'utilisation des éléments d'identification de la marque sur les produits du tabac et leur emballage pour la vente au détail, les mesures TPP réduisent les possibilités pour les producteurs de différencier leurs produits sur la base de ces éléments. Nous examinons donc la question de savoir si les plaignants ont démontré que cette réduction des possibilités de différenciation des marques a entraîné une intensification de la concurrence par les prix et une baisse des prix et, par conséquent, une diminution de la valeur des ventes des produits du tabac et de la valeur totale des importations.

7.1215. Premièrement, les éléments de preuve empiriques qui nous ont été présentés, tant par l'Australie que par les plaignants, montrent que le prix hors taxes des produits du tabac a augmenté depuis l'introduction des mesures TPP sur la période pour laquelle nous disposons de données.[2989] Le rapport d'expert du professeur Neven inclut des éléments de preuve montrant que "même les prix moyens hors taxes ont suivi une tendance à la hausse sur la période allant du premier trimestre de 2009 au quatrième trimestre de 2013, à l'exception des cigarettes les plus chères dont les prix hors taxes ont baissé pendant le dernier trimestre de 2013".[2990] L'Australie présente aussi un rapport du professeur Katz contenant a) des éléments de preuve indiquant que les prix des cigarettes, bruts et hors taxes, ont augmenté; b) des éléments de preuve indiquant que le rythme des hausses de prix des cigarettes n'a pas ralenti après la mise en œuvre de l'emballage neutre et qu'il aurait plutôt accéléré[2991]; c) des références à la déclaration du professeur Klick selon laquelle "il apparaît que l'emballage neutre … a un effet positif statistiquement significatif d'environ 5% sur le prix".[2992] L'expert de la République dominicaine, le professeur List, a confirmé aussi qu'il y avait eu une *hausse* significative du prix réel pondéré de la cigarette depuis l'introduction des mesures TPP.[2993] De plus, les éléments de preuve qui nous ont été présentés donnent aussi à penser que les marques situées sur les segments de prix plus élevés ont généralement maintenu ou augmenté leurs suppléments de prix par rapport aux marques des segments meilleur marché pendant la première année qui a suivi la mise en œuvre de l'emballage neutre et qu'aucune baisse sensible n'a été enregistrée.[2994]

7.1216. Les éléments de preuve présentés au Groupe spécial, y compris les données fournies par les plaignants, démontrent clairement aussi que la valeur totale du marché au détail a augmenté, et non pas diminué, sur la période allant du quatrième trimestre de 2009 au troisième trimestre de 2013, malgré la diminution globale de la consommation de produits du tabac sur le marché australien sur la même période.[2995] De manière compatible avec les prix plus élevés, les données

[2987] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 411. (notes de bas de page omises)
[2988] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 950 et 951.
[2989] La période couverte par chaque série de données fournies au Groupe spécial varie selon la source. La plus grande série de données pertinentes pour ce sujet couvre la période allant de janvier 2000 à septembre 2015. Voir l'appendice E, paragraphe 12, note de bas de page 14 et figure E.5.
[2990] Rapport Neven (pièce UKR-3) (RSC), page 10.
[2991] Rapport Katz (pièce AUS-18), paragraphes 63 à 72.
[2992] Contre-rapport supplémentaire Klick (pièce HND–122), note de bas de page 71.
[2993] République dominicaine, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, appendice 2: présentation Powerpoint de J. List, diapositive 58.
[2994] Rapport Katz (pièce AUS-18), paragraphe 66.
[2995] Australie, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial (faisant référence à Supplementary Graphs, Import Volumes, Value and Share of the Market (pièce AUS-512), figure 15); deuxième communication écrite, paragraphe 412; et réponse aux questions n° 151 et 165 du Groupe spécial.

des plaignants donnent à penser que la valeur au détail totale du marché australien des cigarettes (à l'exclusion des taxes) a augmenté d'environ 200 millions de dollars australiens dans les douze mois qui ont suivi l'introduction des mesures TPP, nonobstant une diminution du volume total des cigarettes vendues sur la même période.[2996]

7.1217. Les éléments de preuve empiriques présentés au Groupe spécial montrent aussi que les *importations* de cigarettes ont augmenté tant en volume qu'en valeur depuis l'introduction des mesures TPP.[2997] Nous pensons toutefois comme l'Australie et les plaignants que l'accroissement des *importations* de produits du tabac en Australie est principalement imputable au déplacement de la production hors d'Australie en réponse aux prescriptions en matière de réduction des risques d'incendie introduites en 2010 par les pouvoirs publics australiens en ce qui concerne toutes les cigarettes fabriquées localement qui ne correspondent pas aux préférences des consommateurs sur d'autres marchés de la région.[2998] Nous pensons aussi comme les parties qu'en raison de ce facteur, il est difficile d'utiliser les données relatives aux importations communiquées pour estimer si, lorsque l'on neutralise l'effet des prescriptions en matière de risque d'incendie, la valeur totale des échanges a augmenté ou diminué du fait des mesures TPP. Ainsi que l'Australie l'explique, une complication supplémentaire tient au fait que les valeurs à l'importation représentées dans les différents prix fournis au Groupe spécial sont les "valeurs en douane", lesquelles, lorsque l'acheteur et le vendeur ne sont pas indépendants l'un de l'autre, ne peuvent être que des approximations des prix effectivement payés ou payables au fournisseur (valeur transactionnelle).[2999]

7.1218. Globalement, donc, les éléments de preuve empiriques qui nous ont été présentés en ce qui concerne les prix des cigarettes, la valeur totale du marché au détail ainsi que la valeur totale et le volume total des importations de cigarettes ne corroborent pas l'argument des plaignants selon lequel les mesures TPP entraîneront une intensification de la concurrence par les prix et une baisse des prix et, par conséquent, une diminution de la valeur des ventes de produits du tabac et de la valeur totale des importations. Ces éléments de preuve donnent à penser que les mesures ont entraîné une hausse du prix des cigarettes qui a fait plus que contrebalancer la diminution de la quantité de cigarettes consommées et a contribué de ce fait à augmenter la valeur du marché. Nous pensons comme la République dominicaine que l'analyse correcte consiste à se demander ce que la situation – en termes de valeur – aurait été en l'absence des mesures TPP, et non si, dans l'abstrait, la valeur agrégée du commerce des produits du tabac a augmenté dans un sens absolu. Cependant, nous observons que les plaignants, y compris la République dominicaine, n'ont suggéré nulle part que l'effet de la mesure pourrait être d'atténuer une hausse du prix des cigarettes causée par d'autres facteurs. Pour les besoins de l'argumentation, nous observons également que si les mesures TPP, depuis leur entrée en vigueur, avaient entraîné à la fin de 2013 une intensification de la concurrence par les prix et une baisse des prix, cet effet a dû être relativement faible étant donné qu'il a été contrebalancé par une hausse des prix causée par

---

[2996] Supplementary Graphs, Import Volumes, Value and Share of the Market (pièce AUS-512), figure 15 (indiquant "Nielsen and excise data as provided in Neven Report backup production" comme source des données).

[2997] Supplementary Graphs, Import Volumes, Value and Share of the Market (pièce AUS-512), figures 1 à 6.

[2998] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 948; réponse à la question n° 5 du Groupe spécial, paragraphes 36 à 39; Australie, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial, paragraphe 125; rapport HoustonKemp (pièce AUS-19) (RSC), pages 27 et 50.

[2999] Australie, réponse à la question n° 5 du Groupe spécial, paragraphes 31 à 32.

> Les importations dans les statistiques du commerce international australiennes sont essentiellement enregistrées au moment de la détermination de la valeur en douane. Le point de départ pour l'établissement de la valeur en douane est le prix effectivement payé ou à payer au fournisseur (valeur transactionnelle), sous réserve qu'un certain nombre de conditions soient remplies. La plus importante de ces conditions est que l'acheteur et le vendeur doivent être indépendants l'un de l'autre (c'est-à-dire qu'il s'agit d'une transaction effectuée dans des conditions de pleine concurrence). Si les conditions ne sont pas remplies, des règles pratiques sont utilisées pour déterminer un prix de substitution devant être utilisé comme valeur en douane. Le prix de substitution est censé être une approximation aussi proche que possible du prix de la transaction qui aurait été déterminé si les conditions prescrites avaient été remplies.

Ibid. (citant Australian Bureau of Statistics, "Balance of Payments and International Investment Position, Australia, Concepts, Sources and Methods, 1998", Cat. No. 5331.0 (1998) (pièce AUS-513)).

certains autres facteurs. Les plaignants ne réfutent pas ces éléments de preuve mais font valoir qu'ils ne contredisent pas leurs allégations.

7.1219. Comme il est expliqué dans l'appendice D, les éléments de preuve empiriques qui nous ont été présentés en ce qui concerne les cigares et les cigarillos sont un peu moins clairs. Malgré des fluctuations, les importations globales de cigares et de cigarillos ont affiché une tendance à la baisse au cours des dernières années. Toutefois, aucune des parties n'a fourni d'éléments de preuve économétriques évaluant l'incidence des mesures TPP sur les importations de cigares. De même, ainsi qu'il est indiqué, les données relatives aux importations de cigares par plaignant sont limitées et indirectes, en ce sens qu'elles ne traitent pas le rôle des mesures TPP. Nous rappelons cependant notre conclusion que, comme cela est expliqué en détail dans l'appendice C, certains éléments de preuve économétriques donnent à penser que les mesures TPP ont contribué à réduire la prévalence de la consommation de cigares en Australie, ce qui étaye la conclusion que les mesures TPP sont restrictives pour le commerce également en ce qui concerne les cigares.

7.1220. Cuba fait valoir que l'augmentation observée du prix des cigarettes et de la valeur totale du marché des cigarettes ne contredit pas l'allégation des plaignants selon laquelle les mesures TPP sont restrictives pour le commerce parce qu'elles réduisent la différenciation des produits et diminuent la valeur des produits importés.[3000] Elle fait valoir que le professeur Neven affirme qu'il y a baisse des prix hors taxes pour certaines marques haut de gamme et constate, conformément à ses modèles d'identification de marque, que les bénéfices diminueront, soit en raison de la baisse de la production, soit en raison de la diminution des marges qui seront dégagées par les entreprises si elles augmentent la production.[3001]

7.1221. De l'avis de la République dominicaine, l'argument des plaignants est que, en réduisant la différenciation des marques, les mesures TPP ont déjà entraîné un passage des cigarettes de prix plus élevé aux cigarettes meilleur marché et, partant, une réduction de la valeur des échanges, sans réduire la prévalence du tabagisme ou la consommation de tabac". Toutefois, la République dominicaine ajoute dans le même temps que "[c]e désaccord quant aux effets réels sur le commerce découlant des mesures [TPP] n'est pas important pour la constatation du Groupe spécial concernant le caractère restrictif pour le commerce au regard de l'article 2.2, parce qu'il ressort clairement de la conception, de la structure et du fonctionnement attendu des mesures qu'elles limitent gravement les possibilités de concurrence pour ce qui est de différencier les produits du tabac".[3002] Son argument est fondé sur l'hypothèse que les mesures TPP maintiendraient le prix des cigarettes constant ou le feraient baisser. Cependant, les éléments de preuve montrent que les marques situées sur les segments de prix plus élevés ont généralement maintenu ou augmenté leurs suppléments de prix par rapport aux marques des segments meilleur marché pendant la première année qui a suivi la mise en œuvre de l'emballage neutre et qu'aucune baisse sensible n'a été enregistrée, ce qui concorde avec l'observation que le prix moyen des cigarettes avait augmenté suffisamment pour contrebalancer la diminution de la consommation.[3003] Autrement dit, les faits qui nous sont présentés n'étayent pas l'argument de la République dominicaine.

7.1222. Faisant référence aux rapports d'expert établis par le professeur Neven, le Honduras fait valoir que les prix baisseront en dernière analyse.[3004] De fait, les experts des parties ont présenté des prévisions concernant l'effet dans le temps des mesures TPP sur la concurrence et sur les prix sur la base de modèles économiques. Le professeur Katz s'agissant de l'Australie et le professeur Neven s'agissant du Honduras ont des vues divergentes sur les stratégies que les entreprises adopteront en réaction à l'introduction des mesures TPP et à la réduction de la différenciation. Le professeur Neven fait valoir qu'"il est probable que l'emballage neutre érodera la valeur des marques de cigarettes établies, ce qui affaiblira la fidélité à la marque chez les consommateurs et intensifiera par conséquent la concurrence entre les producteurs", et que "[d]e ce fait, il est probable que les prix baisseront avec le temps puisque la valeur des marques en place se dépréciera […]".[3005] Au contraire, le professeur Katz, indique ce qui suit:

[3000] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 227.
[3001] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 249 et 250.
[3002] République dominicaine, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial, paragraphe 233.
[3003] Rapport Katz (pièce AUS-18), paragraphe 66.
[3004] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 571 et 572.
[3005] Rapport Neven (pièce UKR-3) (RSC), page 2.

> *La théorie économique produit des prévisions ambiguës sur le point de savoir si une diminution de l'attrait perçu des cigarettes incite les fabricants de tabac à augmenter ou à baisser les prix des cigarettes*. Pour choisir ses prix, un fournisseur compare les bénéfices obtenus en suivant une stratégie de marché de masse (c'est-à-dire une stratégie de prix bas attirant un grand nombre de clients) avec les bénéfices obtenus en suivant une stratégie haut de gamme ou ciblée (c'est-à-dire une stratégie qui s'adresse à une clientèle fidèle plus réduite, moins sensible aux prix et disposée à payer plus cher) … Toutefois, la théorie économique identifie clairement des situations dans lesquelles l'attrait perçu d'un produit incite un fournisseur qui facturait un prix relativement bas visant à attirer un large éventail de consommateurs à facturer un prix relativement élevé et à vendre seulement aux consommateurs disposés à payer le prix fort pour ses produits. Il convient de noter que la pratique effective du marché – y compris l'expérience des cigarettes australiennes – démontre que les déplacements de la demande vers le bas peuvent aboutir à des prix plus élevés.[3006]

7.1223. Dans son contre-rapport d'expert, le professeur Neven répond à l'argument du professeur Katz selon lequel les mesures TPP peuvent inciter les producteurs de tabac à adopter ce qu'il est convenu d'appeler une "stratégie de récolte" ("harvesting strategy"), consistant à attirer une clientèle fidèle plus réduite, moins sensible aux prix et disposée à payer plus cher. Il fait valoir que cette stratégie ne correspond pas à la réaction normalement attendue de producteurs et qu'il est probable que la hausse des prix associée à ladite stratégie sera transitoire et qu'à long terme les prix baisseront.[3007] En réponse, s'agissant de l'existence d'une stratégie de "récolte", le professeur Katz note que le professeur Neven analyse des études portant sur le point de savoir si la stratégie de récolte est observée dans d'autres pays dans d'autres branches de production obéissant à des dynamiques de marché très différentes, au lieu de prendre acte des éléments de preuve donnant à penser qu'elle est appliquée, en fait, dans la branche de production australienne des cigarettes.[3008] Il note en outre qu'"il n'y a rien dans la structure du modèle de simulation du professeur Neven qui différencie le long terme du court terme"; que les "prévisions du modèle sont dictées par les valeurs des paramètres reçus en entrée" et que, par conséquent, "il n'y a pas raison de s'attendre à ce que son modèle doive mieux fonctionner à long terme qu'il ne le fait à court terme".[3009] Enfin, il note que la position du professeur Neven au sujet de l'évolution des effets de la politique dans le temps est contraire à celle de plusieurs autres experts des plaignants qui affirment que, si l'emballage neutre doit jamais produire les effets voulus, alors ceux-ci auraient dû apparaître clairement peu après sa mise en œuvre.[3010]

7.1224. Il est notoirement difficile de prévoir l'évolution d'interactions concurrentielles. Nous pensons comme le professeur Katz que la théorie économique donne des résultats ambigus sur le point de savoir si une diminution de l'attrait perçu des cigarettes incitera les fabricants de tabac à augmenter ou à baisser les prix des cigarettes. Dans ce contexte, les éléments de preuve empiriques qui nous ont été présentés montrent que les prix des cigarettes, hors taxes, ont augmenté depuis l'introduction des mesures TPP et que les marques situées sur les segments des prix élevés ont généralement maintenu ou augmenté leurs suppléments de prix par rapport aux marques des segments meilleur marché pendant la première année qui a suivi la mise en œuvre de l'emballage neutre et qu'aucune baisse sensible n'a été enregistrée.[3011] Cela donne à penser que, au moins pendant la période d'observation couverte, la concurrence par les prix ne s'est pas amplifiée. Ces observations sont compatibles avec les prévisions du modèle du professeur Katz, que le professeur Neven rejette sans proposer une autre explication qui serait compatible avec une hausse des prix à court terme suivie d'une baisse à plus long terme. Les éléments de preuve ne

[3006] Rapport Katz (pièce AUS-18), page 4. (italique dans l'original)

[3007] Contre-rapport Neven (pièce HND-123), paragraphe 42. Il convient de noter que le professeur Neven fait valoir aussi que la théorie de la récolte invoquée par le professeur Katz passe également à côté de caractéristiques importantes du marché australien, en particulier la diversité de marques dont la force est différente. Toutefois, cet argument ne contredit pas celui du professeur Katz selon lequel les mesures TPP peuvent inciter les producteurs à adopter une stratégie de récolte mais sert en fait à expliquer ce qui suit: "La possibilité théorique que des marques fortes adoptent une stratégie de récolte n'affaiblit donc pas notre conclusion qu'il est peu probable que l'emballage neutre fera reculer le tabagisme car les consommateurs plus sensibles aux prix se tourneront probablement vers des marques plus faibles dont les prix sont plus bas." Contre-rapport Neven (pièce HND-123), paragraphe 5.

[3008] Réponse Katz au contre-rapport (pièce AUS-584), paragraphe 12.

[3009] Réponse Katz au contre-rapport (pièce AUS-584), paragraphe 31.

[3010] Réponse Katz au contre-rapport (pièce AUS-584), paragraphe 34.

[3011] Rapport Katz (pièce AUS-18), paragraphe 66.

nous permettent pas cependant d'exclure la possibilité que les mesures TPP aient pu exacerber la concurrence par les prix, ce qui ne semble pas déraisonnable, ni qu'elles pourront l'exacerber dans le futur, même si cela ne s'est pas encore produit. Il est possible, comme le professeur Neven le fait valoir, que les prix commenceront finalement à baisser, même si les éléments de preuve qui nous ont été présentés ne démontrent pas de façon convaincante, à notre avis, que cela sera le cas.

7.1225. Eu égard à ce qui précède et prenant en considération nos précédentes constatations relatives à l'effet des mesures TPP sur la consommation et à la possibilité que, dans la mesure où les mesures continueraient de contribuer à leurs objectifs, ces effets pourraient augmenter avec le temps, nous constatons que, bien que les plaignants n'aient pas démontré que les mesures TPP avaient réduit la valeur des produits du tabac importés sur le marché australien, on ne peut pas exclure que cela puisse se produire dans le futur, par suite de l'effet des mesures sur la seule consommation ou par suite de cet effet combiné avec une baisse des prix.

Question de savoir si les mesures TPP sont restrictives pour le commerce parce qu'elles imposent des conditions pour la vente des produits du tabac qui entraînent des coûts de mise en conformité

7.1226. Nous pensons comme l'Australie que, ainsi que l'Organe d'appel l'a expressément reconnu dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)* et dans l'affaire *États-Unis – EPO*, il peut y avoir des circonstances dans lesquelles un règlement technique n'est pas restrictif pour le commerce, de sorte que "rien ne permet d'alléguer qu'un règlement technique est restrictif pour le commerce uniquement parce que le respect de ses prescriptions est obligatoire; ou que des règlements techniques sont en soi restrictifs pour le commerce".[3012] Comme il est expliqué plus haut, nous estimons qu'une démonstration de ce qu'un règlement technique particulier est restrictif pour le commerce requiert de montrer qu'il engendre un effet limitatif sur le commerce international des produits pertinents. En l'espèce, une démonstration du fait que les mesures TPP sont restrictives pour le commerce requiert de montrer qu'elles engendrent un effet limitatif sur le commerce international des produits du tabac. Nous ne sommes pas convaincus que les plaignants aient démontré que les mesures TPP étaient restrictives pour le commerce simplement parce qu'elles énonçaient des prescriptions obligatoires pour l'emballage des produits du tabac.

7.1227. Nous examinons donc la question de savoir si, comme le Honduras, Cuba et l'Indonésie le font valoir, l'existence de ces prescriptions engendre un effet restrictif sur le commerce en raison des coûts que les producteurs doivent supporter pour se conformer aux mesures ou en raison des sanctions que celles-ci prévoient en cas de non-respect.

7.1228. Le Honduras, Cuba et l'Indonésie font valoir que les mesures TPP sont restrictives pour le commerce parce qu'elles entraînent des coûts de mise en conformité. En particulier, ces plaignants affirment qu'il y a des coûts de mise en conformité qui sont liés à l'obligation de veiller à ce que l'apparence des marques soit compatible avec les mesures TPP[3013], à ce que le format des emballages[3014] et des produits du tabac individuels[3015] soit compatible avec les mesures TPP, et au fait que les détaillants auraient été tenus de remplacer le stock présenté dans un emballage non-neutre par un stock présenté dans un emballage neutre après l'introduction des mesures TPP.[3016]

[3012] Australie, première communication écrite, paragraphe 564. Voir pus haut le paragraphe 7.1144.

[3013] Honduras, première communication écrite, paragraphe 878; réponse à la question n° 117 du Groupe spécial; Cuba, première communication écrite, paragraphe 404; réponse à la question n° 117 du Groupe spécial; deuxième communication écrite, paragraphes 251 à 253; et Indonésie, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial.

[3014] Honduras, première communication écrite, paragraphe 879; réponse à la question n° 117 du Groupe spécial; Cuba, première communication écrite, paragraphe 404; réponse à la question n° 117 du Groupe spécial; deuxième communication écrite, paragraphes 251 à 253; Indonésie, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial; et deuxième communication écrite, paragraphe 272.

[3015] Honduras, première communication écrite, paragraphe 881; deuxième communication écrite, paragraphe 579; réponse à la question n° 117 du Groupe spécial; Cuba, première communication écrite, paragraphe 404; réponse à la question n° 117 du Groupe spécial; deuxième communication écrite, paragraphes 251 à 253; et Indonésie, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial.

[3016] Honduras, première communication écrite, paragraphe 885; réponse à la question n° 117 du Groupe spécial; Cuba, première communication écrite, paragraphe 404; réponse à la question n° 117 du Groupe

7.1229. L'Australie répond que les arguments des plaignants ne sont pas suffisants pour établir le caractère restrictif pour le commerce des mesures TPP (même si ces coûts sont potentiellement pertinents pour déterminer si les mesures TPP ont un effet limitatif sur le commerce[3017]). Elle note que les producteurs souhaitant participer au marché australien étaient déjà tenus de satisfaire à ses prescriptions personnalisées en matière de produits et d'emballage, de sorte que la situation du marché n'a pas changé (même si la teneur des exigences a été modifiée).[3018] En outre, elle fait valoir que les plaignants n'ont pas indiqué le coût marginal de la mise en conformité ou de l'adaptation imputable aux mesures TPP[3019], non plus que la raison pour laquelle ces coûts augmenteraient pour les producteurs légitimes mais diminueraient pour les contrefacteurs (comme les plaignants l'ont fait valoir dans le contexte de l'effet des mesures TPP sur le marché des produits du tabac illicites en Australie).[3020] En résumé, elle fait valoir que le Groupe spécial ne dispose pas d'éléments de preuve indiquant qu'il soit moins onéreux pour une société de modifier ses processus pour produire une cigarette, un cigare ou un paquet de marque conforme à la législation australienne que pour produire une cigarette, un cigare ou un paquet neutre conforme à la législation australienne.[3021]

7.1230. Nous rappelons qu'une évaluation du caractère restrictif pour le commerce d'un règlement technique comporte une évaluation du point de savoir si ce règlement a un effet limitatif sur le commerce. À cet égard, nous considérons que le critère appliqué pour déterminer si une mesure équivaut à une "restriction" à l'importation au sens de l'article XI du GATT de 1994[3022] peut fournir des indications utiles. Nous notons ainsi que le Groupe spécial *États-Unis – EPO* a éclairé son interprétation du "caractère restrictif pour le commerce" en faisant référence à l'interprétation donnée par des groupes spéciaux antérieurs du terme "restriction" figurant dans l'article XI du GATT.[3023]

7.1231. Gardant cela à l'esprit, nous notons que des groupes spéciaux antérieurs ont constaté que des mesures pouvaient équivaloir ou avaient équivalu à des "restrictions" au titre de l'article XI du GATT de 1994 au motif qu'elles avaient une incidence négative sur les plans d'investissement des importateurs et augmentaient les coûts des transactions.[3024] À l'appui de leur affirmation que les mesures TPP sont restrictives pour le commerce parce qu'elles imposent des coûts de mise en conformité, le Honduras, Cuba et l'Indonésie ont fait référence à ces rapports de groupes spéciaux antérieurs – à savoir le Groupe spécial du GATT *Japon – Cuir (États-Unis II)* et le Groupe spécial *Colombie – Bureaux d'entrée*. Avant de déterminer si nous souscrivons à l'affirmation que ces coûts peuvent aussi être "restrictifs pour le commerce" au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC, nous jugeons pertinent d'examiner plus en détail la façon dont ces coûts accrus ont été traités par ces Groupes spéciaux dans le contexte de leurs évaluations au titre de l'article XI du GATT de 1994. Le Groupe spécial du GATT *Japon – Cuir (États-Unis II)* a dit ce qui suit:

> [L']existence d'une restriction quantitative devait être présumée annuler ou compromettre des avantages, non seulement à cause de l'effet qu'elle a pu avoir sur le volume des échanges, mais aussi pour d'autres raisons, par exemple du fait qu'elle conduit à alourdir les frais commerciaux et qu'elle est génératrice d'incertitudes qui peuvent affecter les plans d'investissement.[3025]

7.1232. Dans l'affaire *Colombie – Bureaux d'entrée*, le Groupe spécial a évalué entre autres choses les coûts additionnels afférents aux restrictions concernant les bureaux d'entrée disponibles pour certains textiles, vêtements et chaussures. Dans le contexte de cette analyse, il a repris à son

spécial; deuxième communication écrite, paragraphes 251 à 253; et Indonésie, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial.

[3017] Australie, première communication écrite, paragraphe 561; et réponse à la question n° 117 du Groupe spécial.

[3018] Australie, première communication écrite, paragraphe 557; et réponse aux questions n° 117 et 125 du Groupe spécial.

[3019] Australie, première communication écrite, paragraphe 560.

[3020] Australie, première communication écrite, paragraphe 559 (faisant référence au rapport Janeczko (pièce UKR-10)).

[3021] Australie, réponse à la question n° 155 du Groupe spécial.

[3022] Rapports du Groupe spécial *États-Unis – EPO*, paragraphes 7.569 à 7.572.

[3023] Rapports du Groupe spécial *États-Unis – EPO*, paragraphes 7.569 à 7.572.

[3024] Rapport du Groupe spécial du GATT *Japon – Cuir (États-Unis II)*, paragraphe 55. Voir aussi les rapports des Groupes spéciaux *Colombie – Bureaux d'entrée*, paragraphe 7.236; et *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphes 6.261 et 6.473.

[3025] Rapport du Groupe spécial du GATT *Japon – Cuir (États-Unis II)*, paragraphe 55.

compte les déclarations faites par le Groupe spécial du GATT *Japon – Cuir (États-Unis II)*[3026], avant d'examiner l'argument du Panama selon lequel l'imposition de la mesure contestée avait limité les possibilités de concurrence en obligeant les importateurs à assumer des frais d'expédition plus élevés pour atteindre un certain nombre de marchés en Colombie.[3027] Il a ensuite examiné un certain nombre d'offres et d'estimations présentées par les parties en lien avec les coûts de transport des produits vers différents ports en Colombie. Il a décelé plusieurs insuffisances dans ces éléments de preuve et s'est donc abstenu de tirer des conclusions à partir de ceux-ci.[3028]

7.1233. Nous notons que les coûts additionnels découlant du respect d'une mesure ont été examinés aussi par le Groupe spécial *Argentine – Mesures à l'importation*. Dans ce différend, le Groupe spécial a indiqué que "[d']une manière générale, les coûts additionnels dissuad[eraient] d'importer et [auraient] donc un effet limitatif additionnel sur les importations".[3029] Il a observé ensuite que les mesures en cause – qui exigeaient entre autres choses de certains importateurs et d'autres opérateurs économiques qu'ils contrebalancent la valeur de leurs importations par une valeur d'exportations au moins équivalente et s'abstiennent de rapatrier leurs bénéfices en Argentine[3030] – pouvaient "occasionner des coûts qui [étaient] étrangers à l'activité commerciale de l'opérateur".[3031] Il a conclu que ces activités d'exportation et les limites imposées au rapatriement des bénéfices "n'[avaient] pas résulté de décisions commerciales" mais "donn[aient] suite aux prescriptions imposées par l'Argentine".[3032]

7.1234. Sur la base de ces analyses, nous croyons comprendre que l'examen effectué dans des différends antérieurs sur le point de savoir si des coûts équivalaient à des "restrictions" était principalement axé sur le point de savoir si la mesure en cause engendrerait des coûts pour les acteurs économiques s'agissant *de leur participation permanente* au marché pertinent.[3033] Nous

[3026] Rapport du Groupe spécial *Colombie – Bureaux d'entrée*, paragraphe 7.241.
[3027] Rapport du Groupe spécial *Colombie – Bureaux d'entrée*, paragraphe 7.258.
[3028] Rapport du Groupe spécial *Colombie – Bureaux d'entrée*, paragraphes 7.259 à 7.270.
[3029] Rapports du Groupe spécial *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphe 6.261.
[3030] Rapports du Groupe spécial *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphe 6.155. Ces coûts ont été ultérieurement décrits comme suit:

> Les éléments de preuve montrent que, pour respecter la prescription relative à l'exportation, les sociétés se sont livrées à des activités sans rapport avec leurs activités commerciales respectives. Par exemple, des sociétés du secteur automobile ont exporté des arachides, de l'eau, du vin, des produits à base de soja et du biogazole; des sociétés du secteur des motocycles ont exporté du jus de raisin et du vin; des fabricants de pneumatiques ont exporté du miel et des marques de vêtements ont exporté de la laine. D'autres sociétés se sont livrées à des activités d'exportation dans leur secteur afin d'équilibrer leur balance commerciale. Par exemple, des importateurs de bibles ont exporté des livres pour enfants et des sociétés multinationales dans le secteur du jouet ont exporté des jouets locaux fabriqués par des sociétés auxquelles elles n'étaient pas liées. En outre, sur instruction du gouvernement argentin, des opérateurs économiques ont investi et se sont abstenus de rapatrier leurs bénéfices, ce qui leur a occasionné des coûts additionnels.

Rapports du Groupe spécial *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphe 6.262 (notes de bas de page omises). Voir aussi *ibid.*, paragraphes 6.167 et 6.168.
[3031] Rapports du Groupe spécial *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphe 6.261. Le Groupe spécial a également noté ce qui suit:

> Bien que les circonstances du présent cas d'espèce soient différentes, le fait qu'une mesure peut constituer une restriction à l'importation au sens de l'article XI:1 du GATT de 1994 lorsqu'elle a pour effet de dissuader d'importer en pénalisant l'importation et en la rendant excessivement coûteuse, a été analysé par le Groupe spécial *Brésil – Pneumatiques rechapés*. Nous souscrivons à l'approche analytique de ce Groupe spécial dans cette affaire.

Ibid. (note de bas de page omise) Nous notons que le Groupe spécial *Brésil – Pneumatiques rechapés* a examiné cette question s'agissant du point de savoir si des amendes associées à une prohibition à l'importation des pneumatiques usagés et rechapés équivalaient à des restrictions aux fins de l'article XI:1 du GATT de 1994. Voir le rapport du Groupe spécial *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 7.368 à 7.374. Nous notons que Cuba a fait valoir que les mesures TPP étaient restrictives pour le commerce sur la base des sanctions applicables en cas de non-respect. Nous examinerons cette question sous le point intitulé "Question de savoir si les sanctions prévues par les mesures TPP sont restrictives pour le commerce" plus loin dans la section 7.2.5.4.2.3.
[3032] Rapports du Groupe spécial *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphe 6.263.
[3033] Nous notons aussi, par souci d'exhaustivité, que la question de la relation entre les coûts de mise en conformité et le caractère restrictif pour le commerce a été soumise au Groupe spécial *États-Unis – EPO*

pouvons envisager que dans certaines circonstances, l'adoption d'un règlement technique puisse imposer des coûts qui n'ont pas, ou n'ont pas exclusivement, un caractère permanent. Nous n'excluons pas que ces coûts puissent être d'une telle importance ou d'une telle nature qu'ils limitent les "possibilités de concurrence" offertes pour les produits importés et avoir ainsi un effet limitatif sur le commerce.[3034]

7.1235. Toutefois, nous ne sommes pas convaincus que l'existence de *n'importe quel* niveau de coûts afférents à la mise en conformité initiale avec un règlement technique sera suffisante, en elle-même et à elle seule, pour démontrer qu'un règlement technique est restrictif pour le commerce. Le Honduras estime qu'en ce qui concerne "les prescriptions relatives à l'étiquetage et à l'emballage ou toutes autres prescriptions relatives aux produits couvertes par les disciplines de l'Accord OTC, il est évident que tous les règlements techniques exigeront une certaine adaptation et qu'ils constituent un obstacle au commerce". Nous notons que, comme cela est reconnu dans la Recommandation du Comité OTC examinée plus haut, un règlement technique peut avoir des effets d'accroissement aussi bien que de réduction des importations.[3035] S'agissant en particulier des coûts, un règlement technique peut engendrer des coûts d'une importance ou d'une nature telles qu'ils auront un effet limitatif sur le commerce. Toutefois, il peut aussi créer un environnement réglementaire dans lequel les coûts d'exploitation sont *réduits*, *améliorant* de ce fait les possibilités de concurrence et *facilitant* le commerce.[3036] Pour ces raisons, nous ne sommes pas convaincus que l'existence de certains coûts d'adaptation initiaux serait dans tous les cas suffisante, en elle-même et à elle seule, pour indiquer qu'un règlement technique a un effet limitatif sur le commerce. La mesure dans laquelle ces coûts peuvent être restrictifs pour le commerce doit, à notre avis, être évaluée au cas par cas.

7.1236. Nous notons que les parties ne sont pas en désaccord dans la mesure où elles considèrent que l'introduction des mesures TPP (et des mises en garde sanitaires explicites agrandies mises en œuvre en même temps) a imposé de modifier la fabrication des produits du tabac et de leurs emballages. Toutefois, l'Australie fait valoir que les plaignants ne se sont pas acquittés de la charge de la preuve qui leur incombait parce que i) ils n'ont pas fourni d'éléments de preuve pour étayer l'augmentation des coûts et, en tout état de cause, n'ont pas isolé le coût de la mise en conformité avec les mesures TPP des coûts des modifications de la taille des mises en garde sanitaires explicites; et ii) s'il y a eu de quelconques coûts additionnels imputables aux mesures TPP, il n'y a pas d'éléments de preuve concernant la question de savoir si ces coûts étaient suffisamment importants pour avoir un effet limitatif sur le commerce.[3037]

7.1237. S'agissant des éléments de preuve communiqués par les parties, nous observons tout d'abord que l'Australie elle-même semble avoir envisagé que, du moins dans la période précédant

---

(article 21:5 – Canada et Mexique) dans le contexte des allégations au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Cette question se posait dans le contexte du coût, pour la branche de production, de la mise en conformité avec les troisième et quatrième mesures de rechange proposées par les plaignants, et du point de savoir si ce coût prouvait le caractère restrictif desdites mesures de rechange. Toutefois, s'agissant de la troisième mesure de rechange, le Groupe spécial a critiqué l'explication donnée par les plaignants du fonctionnement attendu de cette mesure et a conclu en conséquence que les plaignants n'avaient pas démontré que la mesure de rechange serait moins restrictive pour le commerce que la mesure en cause. S'agissant de la quatrième mesure de rechange, il a conclu que les plaignants n'avaient pas donné une explication adéquate de la façon dont elle serait mise en œuvre. Eu égard à ses préoccupations concernant les éléments de preuve, il n'a pas tiré de conclusion quant à la relation entre les coûts et le caractère restrictif pour le commerce aux fins de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Voir les rapports du Groupe spécial *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphes 7.509, 7.558 à 7.560 et 7.603 à 7.610.

[3034] Nous notons à cet égard l'observation formulée par le Groupe spécial *Argentine – Mesures à l'importation*, cité plus haut, selon laquelle "[d']une manière générale, les coûts additionnels dissuaderont d'importer et auront donc un effet limitatif additionnel sur les importations". Voir les rapports du Groupe spécial *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphe 6.261.

[3035] Voir Comité des obstacles techniques au commerce, Note du Secrétariat, "Décisions et recommandations adoptées par le Comité des obstacles techniques au commerce de l'OMC depuis le 1er janvier 1995", G/TBT/1/Rev.12, 21 janvier 2015, section 4.3.1.1, page 21 (intitulée "Effet notable sur le commerce d'autres Membres"). Voir aussi plus haut les paragraphes 7.1081, 7.1086, et 7.1088.

[3036] Nous notons aussi que l'Organe d'appel envisage les circonstances dans lesquelles un règlement technique ne sera pas restrictif pour le commerce. Ainsi que l'Organe d'appel l'a observé, une comparaison d'une mesure contestée avec des mesures de rechange possibles peut ne pas être requise "lorsque la mesure n'[est] pas du tout restrictive pour le commerce". Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 376, note de bas de page 748. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 322, note de bas de page 647.

[3037] Australie, réponse à la question n° 155 du Groupe spécial.

immédiatement l'entrée en vigueur des mesures TPP, la branche de production ferait face à certaines coûts afférents à leur introduction. Par exemple, le Honduras a présenté une "Évaluation préliminaire de la meilleure pratique réglementaire" établie par les pouvoirs publics australiens, datée du 7 avril 2010 et complétée par le DHA, concernant l'emballage neutre des produits du tabac. Sous la rubrique "Coûts de mise en conformité supportés par les entreprises", le DHA a répondu "oui" aux questions suivantes: "les entreprises supporteront-elles des coûts additionnels pour se tenir informées des prescriptions réglementaires?"; "les entreprises devront-elles acheter des matériaux, des équipements auprès de services externes?"; "les entreprises supporteront-elles des coûts lorsqu'elles coopéreront à des audits ou des inspections?"; "les entreprises supporteront-elles des coûts en raison d'autres modifications de leurs procédures et pratiques?"; et "y a-t-il d'autres coûts de mise en conformité?"[3038,3039] Le Honduras a également présenté un exposé d'impact réglementaire daté d'avril 2010, établi par le DHA et dans lequel celui-ci indique que la prescription imposant de veiller à ce que l'emballage réponde à des caractéristiques de conception spécifiées "entraînera certains coûts initiaux afférents à l'adaptation des processus de fabrication au marché australien et il pourra y avoir certains coûts permanents afférents au respect de prescriptions distinctes en matière d'emballage pour le marché australien pourraient être supportés si le fabricant vend sur d'autres marchés".[3040] Ce document indique aussi qu'il ne serait pas possible de quantifier le coût pour les fabricants avant que la conception des paquets ait été déterminée.[3041]

7.1238. En outre, dans l'examen après mise en œuvre des mesures TPP, les pouvoirs publics australiens ont rapporté qu'un des principaux fabricants de produits du tabac en Australie avait présenté une estimation de ses coûts afférents à la transition vers l'emballage neutre.[3042] Ces coûts étaient estimés à 73,87 millions de dollars australiens, dont 11,42 millions de dollars australiens supportés par les fabricants, importateurs et grossistes pour les usines et machines et 57,73 millions de dollars australiens pour "les coûts de mise en conformité des emballages".[3043] Il n'a pas été fait état de coûts permanents.[3044] Il est dit aussi dans l'examen après mise en œuvre qu'"[i]l est probable que l'emballage neutre du tabac générera une économie continue pour les fabricants car l'impression d'emballages neutres du tabac par opposition à des emballages de marque pourrait être effectuée à un coût moindre".[3045]

7.1239. Le Honduras fait valoir que les coûts identifiés dans l'examen après mise en œuvre confirment les arguments qu'il a avancés tout au long des présentes procédures et sont "significatifs quel que soit le système de mesure adopté". Il ajoute que le calcul des coûts de mise en conformité effectué par l'Australie ne requiert pas une analyse économique complexe et que les estimations des coûts ont été calculées en utilisant les coûts communiqués par la branche de production, "des ajustements étant opérés lorsque cela était pertinent et compatible avec la … méthode [de mesure de la charge réglementaire]". Selon lui, cela renforce la crédibilité des estimations de l'Australie.[3046]

7.1240. Nous notons toutefois que l'examen après mise en œuvre identifie un certain nombre de limitations liées à ces chiffres. Par exemple, il est indiqué qu'"il n'a pas été possible de déterminer précisément quels étaient les coûts communiqués effectivement imputables à la mise en conformité avec l'emballage neutre du tabac et quels étaient les coûts qui avaient probablement été supportés par les fabricants dans le cadre de leurs activités normales, y compris du fait

[3038] Ces coûts désignent les "coûts ou incidences indirects sur les intermédiaires" intéressant les comptables, juristes, banques ou conseillers financiers.

[3039] Australian Government, Department of Health and Ageing, "Best Practice Regulation Preliminary Assessment", 7 April 2010 (Évaluation préliminaire de la meilleure pratique réglementaire) (pièce HND-13).

[3040] Australian Government, Department of Health and Ageing, "Regulatory Impact Statement: Plain Packaging of Tobacco Products", 27 April 2010, (RIS 2010) (pièce HND-15), page 10.

[3041] RIS 2010 (pièce HND-15), page 10.

[3042] L'Australie identifie ces principaux fabricants comme étant BATA, Philip Morris (Australia) et Imperial Tobacco Australia. Voir l'examen après mise en œuvre concernant l'emballage neutre du tabac (pièce AUS-624), paragraphes 144 et 150.

[3043] Examen après mise en œuvre concernant l'emballage neutre du tabac (pièce AUS-624), paragraphe 153.

[3044] Examen après mise en œuvre concernant l'emballage neutre du tabac (pièce AUS-624), paragraphe 154.

[3045] Examen après mise en œuvre concernant l'emballage neutre du tabac (pièce AUS-624), paragraphe 156.

[3046] Honduras, observations sur l'examen après mise en œuvre de l'Australie, paragraphes 9 et 97 à 101.

d'autres activités de mise en conformité".[3047] En outre, il est affirmé dans l'examen après mise en œuvre qu'un document relatif aux coûts susmentionnés "était établi à un niveau de généralité très grand, difficile à ventiler, ne fournissant guère de renseignements sur les activités correspondantes censées avoir généré les coûts allégués" et qu'il était accompagné d'une explication donnant à penser "que certains des coûts supportés résultaient d'activités entreprises volontairement qui sortaient du champ des prescriptions minimales de la mesure en matière de mise en conformité et n'étaient pas supportés par les autres membres de la branche de production".[3048]

7.1241. Le Groupe spécial partage l'avis de l'Australie selon lequel le Honduras, Cuba et l'Indonésie n'ont pas fait grand-chose pour préciser ou étayer leurs affirmations générales concernant les coûts supportés par la branche de production du tabac pour se conformer aux mesures TPP. On aurait pu s'attendre, eu égard aux analyses complexes fournies par toutes les parties en ce qui concerne d'autres questions de fait dans les présentes procédures, à ce que des renseignements plus précis soient fournis.[3049] Néanmoins, les éléments de preuve émanant du fabricant de produits du tabac en Australie qui ont été décrits plus haut établissent effectivement qu'un fabricant au moins a dû faire face à des coûts afférents à la transition vers les mesures TPP.[3050]

7.1242. La question que nous devons examiner est donc de savoir si les coûts potentiels et effectifs identifiés sont suffisants pour démontrer que les mesures TPP ont un effet limitatif sur le commerce international. Pour traiter cette question, nous rappelons notre avis selon lequel l'existence de *certains* coûts afférents à la mise en conformité initiale peut n'être pas suffisante, en elle-même et à elle seule, pour indiquer qu'un règlement technique est restrictif pour le commerce. Nous notons aussi que, bien qu'ils aient eu la possibilité de formuler des observations sur l'examen après mise en œuvre, les plaignants n'ont pas répondu aux critiques formulées dans ce document en ce qui concerne les renseignements fournis par l'un des principaux fabricants de produits du tabac en Australie au sujet de ses coûts afférents à la transition vers l'emballage neutre. Ces éléments nous amènent à conclure que les plaignants n'ont pas suffisamment indiqué en quoi les coûts de mise en conformité afférents aux mesures TPP que les plaignants ont pu ou peuvent supporter étaient d'une nature ou d'une importance telles qu'ils aient un effet limitatif sur le commerce.[3051]

7.1243. Nous notons aussi les éléments de preuve versés au dossier en ce qui concerne les produits du tabac de contrefaçon, montrant que les mesures TPP abaisseront les obstacles à l'entrée sur le marché pour les producteurs contrefacteurs car les prescriptions énoncées dans les mesures TPP simplifieront[3052] [et rendront peut-être même moins chère[3053]] la production

[3047] Examen après mise en œuvre concernant l'emballage neutre du tabac (pièce AUS-624), paragraphe 147.

[3048] Examen après mise en œuvre concernant l'emballage neutre du tabac (pièce AUS-624), paragraphe 150.

[3049] Australie, réponse à la question n° 155 du Groupe spécial.

[3050] Voir plus haut le paragraphe 7.1238.

[3051] Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE – Volailles*, paragraphes 126 et 127.

[3052] Spécifiquement, nous notons que dans leur rapport d'experts, présenté par la République dominicaine et le Honduras, les professeurs Chaudry, Murray et Zimmerman affirment que les fabricants d'emballages illicites pour le tabac se trouveront devant un niveau moindre de complexité et de coûts lorsqu'ils fabriqueront des paquets neutres contrefaits). Ils notent en particulier que ""la norme industrielle" du paquet de base à rabat imposé en Australie par l'emballage neutre est beaucoup plus simple à reproduire" et de ce fait "abaisse le coût de production d'un contrefacteur". Rapport CMZ (pièce DOM/HND-2), paragraphes 79 et 80. Ce point de vue est appuyé par Amcor et par le rapport d'expert de Janeczko. Voir la communication d'Amcor concernant le projet de Loi TPP (pièce AUS-258), pages 13 et 14; et le rapport Janeczko (pièce UKR-10), paragraphes 42 à 48 (sur lesquels l'Indonésie s'est appuyée: voir Indonésie, communication du 8 juillet 2015 au Groupe spécial).

[3053] Nous notons les éléments de preuve provenant d'Amcor ("leader mondial de l'emballage de consommation" selon ses propres termes) qui ont été versés au dossier, selon lesquels la production d'emballages conformes requiert des machines moins sophistiquées et selon lesquels cela se traduira par des coûts d'investissement initiaux et des obstacles à l'entrée moins élevés pour les contrefacteurs. Spécifiquement, Amcor souligne que la machine pour héliogravure, qui permet aujourd'hui de produire la plupart des produits d'emballage du tabac, "coûte entre 9 et 11 millions de dollars australiens". L'autre technique utilisée pour l'impression des emballages du tabac – l'offset – ne permet pas d'obtenir des finitions d'une qualité aussi élevée que l'héliogravure ni des finitions spécifiques telles que les encres métalliques et certaines laques structurées. Amcor indique ce qui suit:

d'emballages satisfaisant auxdites prescriptions. Ces éléments de preuve ont été présentés au Groupe spécial dans le contexte des arguments des plaignants concernant le marché des produits du tabac illicites en Australie et l'incidence des mesures TPP sur ce marché. Même si nous ne concluons pas que des prévisions au sujet du comportement des acteurs économiques sur le marché illicite sont automatiquement transposables au marché licite, les affirmations contenues dans lesdits éléments de preuve s'agissant des coûts auxquels font face les opérateurs économiques et de leurs réponses à cet égard donnent des indications sur la nature et l'étendue des coûts résultant des modifications de la réglementation.

7.1244. À la lumière de ce qui précède, nous ne sommes pas convaincus que les plaignants aient démontré que les mesures TPP étaient restrictives pour le commerce au motif qu'elles ont généré des coûts afférents au respect de leurs prescriptions, qui auraient un effet limitatif sur le commerce international. Nous ne sommes pas sûrs non plus que la mise en œuvre des mesures TPP ait généré des coûts additionnels de mise en conformité par rapport à ce qui aurait été nécessaire pour assurer le respect des prescriptions imposées pour les mises en garde sanitaires explicites agrandies entrées en vigueur en même temps que les mesures TPP, qui ne sont pas contestées dans les présentes procédures et auraient aussi donné lieu inévitablement à des adaptations de l'apparence de l'emballage des produits du tabac pour le marché australien.

7.1245. Nous notons en outre que les plaignants n'ont pas présenté d'éléments de preuve spécifiques concernant les coûts de mise en conformité s'agissant des cigares. Toutefois, selon le rapport HoustonKemp présenté par l'Australie, les coûts de l'emballage neutre pour les paquets de cigares et de cigarillos fabriqués en grande quantité seraient très semblables à ceux des paquets de cigarettes, et les coûts permanents afférents à la production d'emballages plus simples comportant moins de couleurs seront faibles ou feront baisser les coûts de production des emballages.[3054] HoustonKemp ajoute que les mesures TPP ont été adaptées de façon à réduire le coût de mise en conformité pour les fournisseurs de cigares vendus à l'unité. Selon HoustonKemp, la législation a été modifiée pour permettre l'importation de cigares non conformes qui seront ensuite reconditionnés en Australie. En outre, au lieu d'être retirées, les bagues de cigare peuvent être recouvertes d'une bague adhésive conforme, de sorte que les codes alphanumériques et les marques sont autorisés sur les bagues de cigare aux fins de lutte anti-contrefaçon. Par ailleurs, il n'apparaît pas que les coûts de reconditionnement des cigares importés individuellement en provenance de l'étranger soient très importants parce que les mesures TPP n'ont pas eu d'incidence substantielle sur le rythme auquel les prix des cigares et des cigarillos ont augmenté et auquel le volume de leurs importations a diminué. Enfin, l'influence des marques de cigares a été réduite parce que les marques ne sont plus affichées sur les paquets, ce qui réduira les obstacles à l'entrée ou n'aura pas d'effet notable.[3055] Sur la base de ces éléments de preuve, nous constatons donc également qu'il n'a pas été démontré que les mesures TPP étaient restrictives pour le commerce sur la base des coûts de mise en conformité afférents à leur mise en œuvre pour les cigares.

7.1246. Enfin, nous notons que le Honduras n'a pas présenté d'éléments de preuve concernant ses affirmations relatives à la nécessité de remplacer les stocks présentés dans des emballages non neutres par des stocks présentés dans des emballages neutres après l'introduction des mesures TPP[3056], hormis une affirmation à cet effet de l'Australian Retailers' Association dans le contexte du rapport Chantler.[3057] Nous estimons que la décision concernant la façon de gérer le stock pour la préparation de la mise en œuvre d'une modification réglementaire est avant tout une décision commerciale fondée sur une évaluation de la manière optimale de réaliser la mise en

---

> Une diminution des exigences techniques rendrait l'entrée sur le marché encore plus attrayante, moins spécialisée et moins sûre, surtout si les équipements achetés sont d'occasion, les besoins en espace d'installation étant bien moindres. Par exemple, une machine offset d'occasion coûterait généralement entre 65 000 dollars australiens et 135 000 dollars australiens et pourrait facilement être installée dans un environnement domestique, par exemple un garage. [ ] De plus, le matériel de transformation est facile à obtenir et les délais d'acquisition sont relativement courts – environ neuf mois en moyenne.

Voir la communication d'Amcor concernant le projet de Loi TPP (pièce AUS-258), page 14.

[3054] Rapport HoustonKemp (pièce AUS-19) (RSC), page 38.

[3055] Rapport HoustonKemp (pièce AUS-19) (RSC), pages 38 et 39.

[3056] Honduras, première communication écrite, paragraphe 885.

[3057] Notes Chantler du 14 mars 2014 (pièce HND-104).

conformité. Nous ne sommes pas convaincus que l'affirmation du Honduras à cet égard soit suffisante pour démontrer le caractère restrictif pour le commerce des mesures TPP.

Question de savoir si les sanctions prévues par les mesures TPP sont restrictives pour le commerce

7.1247. Cuba fait valoir que les mesures entraînent aussi des coûts résultant de la nécessité d'assurer une stricte mise en conformité, au vu des lourdes amendes et sanctions imposées pour tout manquement à l'obligation de respecter les prescriptions prévues par la mesure.[3058] Elle fait valoir qu'une sanction peut elle-même fonctionner comme une restriction au commerce international, et que les sanctions constituent en l'espèce une base indépendante et importante permettant de faire valoir que la mesure est très restrictive pour le commerce.[3059] Elle considère que les sanctions imposées au titre des mesures TPP sont, en elles-mêmes, restrictives pour le commerce et constituent un fondement indépendant et important pour une constatation selon laquelle les mesures TPP sont restrictives pour le commerce. À l'appui de son allégation, elle fait référence à l'analyse au titre de l'article XI du GATT de 1994 effectuée par le Groupe spécial *Brésil – Pneumatiques rechapés*.

7.1248. Ainsi que nous l'avons noté plus haut, nous considérons que les décisions antérieures concernant le sens du terme "restrictions" au sens de l'article XI du GATT de 1994 peuvent éclairer notre interprétation de l'expression "restrictifs pour le commerce" figurant à l'article 2.2.[3060] Nous n'excluons pas qu'un règlement technique imposant des sanctions à l'importation qui sont coûteuses puisse, dans les circonstances d'une affaire donnée, avoir un effet limitatif sur le commerce et, partant, être "restrictif pour le commerce" au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC.[3061]

7.1249. Dans le différend *Brésil – Pneumatiques rechapés* auquel Cuba fait référence, les Communautés européennes contestaient une interdiction d'importer des pneumatiques rechapés et l'imposition d'amendes à l'importation de ces pneumatiques en tant que mesures "qui compl[étaient] et renfor[çaient]" l'interdiction d'importer, afin qu'il soit constaté que l'interdiction aussi bien que les amendes étaient incompatibles avec l'article XI:1 du GATT de 1994.[3062] Dans l'affaire en question, les parties ne contestaient pas que les amendes soient une mesure d'application, appliquée en complément et à l'appui d'une prohibition à l'importation.[3063] Le Groupe spécial a observé que "les amendes considérées comme un tout … [avaient] pour effet de pénaliser l'acte d'"importer" des pneumatiques rechapés en soumettant les pneumatiques rechapés déjà importés et existants sur le marché intérieur brésilien à des amendes d'un taux prohibitif".[3064]

7.1250. Il y a des différences considérables, à notre avis, entre la situation examinée par le Groupe spécial *Brésil – Pneumatiques rechapés* et la situation qui nous est soumise dans les présentes procédures. D'après ce que nous comprenons, l'analyse du Groupe spécial *Brésil – Pneumatiques rechapés* était axée sur la question de savoir si l'imposition d'une sanction *à l'appui d'une prohibition à l'importation* était une restriction à l'importation. Le fait que les amendes appuyaient et appliquaient une prohibition de l'acte d'importer des pneumatiques rechapés, lui-même incompatible avec l'article XI:1 du GATT de 1994, et avaient de ce fait un effet de dissuasion *sur les importations* constituait le fondement de la constatation selon laquelle les amendes étaient aussi des restrictions à l'importation de pneumatiques rechapés, incompatibles avec l'article XI:1 du GATT de 1994.[3065]

7.1251. Dans l'affaire dont nous sommes saisis, le chapitre 3 de la Loi TPP, intitulé "Dispositions relatives aux infractions et aux sanctions civiles", indique divers actes passibles de sanctions civiles ou pénales. Ces actes sont exposés comme suit dans l'article 30 de la Loi TPP (intitulé "Exposé simplifié"):

[3058] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 251.
[3059] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 150 et 251 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 7.372).
[3060] Rapports du Groupe spécial *États-Unis – EPO*, paragraphes 7.569 à 7.572.
[3061] Rapports du Groupe spécial *États-Unis – EPO*, paragraphes 7.569 à 7.572. Voir aussi le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.455.
[3062] Rapport du Groupe spécial *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 7.360 et 7.361.
[3063] Rapport du Groupe spécial *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 7.365 et 7.370.
[3064] Rapport du Groupe spécial *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 7.372.
[3065] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 251.

> Nul ne peut:
>
> a) fournir ou acheter des produits du tabac dans un emballage pour la vente au détail qui n'est pas conforme aux prescriptions de la présente loi; ni
>
> b) être impliqué dans l'emballage pour la vente au détail de produits du tabac si l'emballage n'est pas conforme à ces prescriptions; ni
>
> c) fournir, acheter ou fabriquer des produits du tabac qui ne sont pas conformes à ces prescriptions; ni
>
> d) fournir des produits du tabac qui ne sont pas emballés pour être vendus au détail sans certaines prohibitions contractuelles.

7.1252. Le chapitre 3 de la Loi TPP énonce aussi les sanctions applicables en cas de contraventions à ces prohibitions.[3066] Ces sanctions sont également applicables en cas de manquement à l'obligation de se conformer règlement TPP.[3067]

7.1253. Il ressort clairement des termes des dispositions relatives aux sanctions énoncées dans le chapitre 3 de la Loi TPP qu'elles appuient les prescriptions des mesures TPP relatives à l'apparence de l'emballage pour la vente au détail de produits du tabac et en assurent le respect. Par extension, ces dispositions seraient donc restrictives pour le commerce seulement dans la mesure où elles appuient toute restriction au commerce causée par ailleurs par les mesures TPP elles-mêmes et en assurent le respect.

7.1254. Nous notons l'argument de Cuba selon lequel les sanctions en l'espèce sont très lourdes et visent à imposer des mesures punitives pour assurer le respect de "la prohibition visant le commerce des paquets de produits du tabac non conformes", de sorte qu'elles sont "très restrictives pour le commerce".[3068] Nous ne considérons pas, cependant, que l'imposition de sanctions visant à assurer le respect des prescriptions des mesures TPP engendre, en elle-même, un effet limitatif "additionnel" sur les importations allant au-delà de l'effet qui résulterait du plein respect des prescriptions TPP elles-mêmes, qui est ce que les sanctions cherchent à assurer. Nous ne sommes donc pas convaincus que l'existence ou le niveau de ces sanctions se traduisent par un degré de restriction au commerce plus important que celui qui découlerait du respect des prescriptions pertinentes des mesures TPP (dont nous avons conclu plus haut qu'il n'avait pas été démontré qu'elles étaient restrictives pour le commerce).

Conclusion générale sur le caractère restrictif pour le commerce des mesures TPP

7.1255. Sur la base de ce qui précède, nous concluons que les mesures TPP sont restrictives pour le commerce, dans la mesure où, en réduisant la consommation de produits du tabac, elles réduisent le volume des produits du tabac importés sur le marché australien et ont de ce fait un "effet limitatif" sur le commerce. Nous concluons aussi que, bien qu'il soit plausible que les mesures puissent également, avec le temps, affecter la valeur globale des importations de tabac, les éléments de preuve qui nous ont été présentés ne montrent pas que cela ait été le cas à ce jour. Nous ne sommes pas non plus convaincus que les plaignants aient démontré que les mesures TPP imposaient des conditions à la vente des produits du tabac en Australie ou des coûts de mise en conformité d'une importance telle qu'elles équivaudraient à un effet limitatif sur le commerce.

7.2.5.5 Nature et gravité des "risques liés à la non-réalisation"

7.1256. Comme il est expliqué plus haut[3069], "la nature des risques en cause et la gravité des conséquences qui découleraient de la non-réalisation de l'(des) objectif(s) recherché(s) par le Membre au moyen de la mesure" constituent un troisième facteur qui doit être évalué dans l'"analyse relationnelle"[3070], dans le contexte de notre évaluation du point de savoir si un

[3066] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), chapitre 3.
[3067] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), chapitre 3 et article 4 (définition de la "prescription relative aux produits du tabac").
[3068] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 251.
[3069] Voir plus haut le paragraphe 7.184.
[3070] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 318 et 322.

règlement technique est "plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire" au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Cela correspond au fait que l'article 2.2 de l'Accord OTC prévoit que "les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, *compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait*" (pas d'italique dans l'original).

7.1257. Selon l'Organe d'appel, "[c]ela suggère un autre élément à soupeser et mettre en balance dans la détermination sur le point de savoir si le caractère restrictif pour le commerce d'un règlement technique est "nécessaire" ou, à titre subsidiaire, si une mesure de rechange possible, qui est moins restrictive pour le commerce, *apporterait une contribution équivalente à l'objectif légitime pertinent, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait*, et serait raisonnablement disponible".[3071] Dans ce contexte, il y a "une marge d'appréciation dans l'évaluation de l'équivalence des degrés de contribution respectifs" d'une mesure et d'une solution de rechange proposée, qui "peut être influencée par la nature des risques et la gravité des conséquences découlant de la non-réalisation de l'objectif du règlement technique".[3072]

7.1258. Selon les termes de l'Organe d'appel, "l'obligation de tenir compte "des risques que la non-réalisation entraînerait" donne à penser que la comparaison de la mesure contestée avec une mesure de rechange possible devrait être effectuée eu égard à la *nature des risques en cause et à la gravité des conséquences* qui découleraient de la non-réalisation de l'objectif".[3073]

7.1259. Comme l'Organe d'appel l'a expliqué, "afin de procéder à cette évaluation et de faire en sorte qu'il soit "[tenu] compte … de" ce facteur, il serait nécessaire, *en premier lieu*, d'identifier la nature des risques et la gravité des conséquences qui découleraient de la non-réalisation elles-mêmes".[3074] Selon ce que nous croyons comprendre, par conséquent, l'"*identifi[cation]*"[3075] "des risques que la non-réalisation entraînerait" est distincte de l'étape suivante consistant à "*[tenir] compte*" de ces risques dans le contexte de l'analyse comparative qui est, dans la plupart des cas, requise pour compléter l'analyse de la nécessité.[3076]

7.1260. À ce stade de notre analyse, nous cherchons donc à identifier, "en premier lieu", la nature des risques en cause et la gravité des conséquences qui découleraient de la "non-réalisation". Les "risques" dont il faut "[tenir] compte" sont ceux qu'entraînerait la "non-réalisation" de l'"objectif légitime" du règlement technique en cause.[3077] Cette détermination est donc directement liée à

[3071] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 321. (pas d'italique dans l'original; note de bas de page omise)

[3072] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.254. Voir aussi *ibid.*, paragraphe 5.269.

[3073] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 321. (pas d'italique dans l'original)

[3074] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.217 (pas d'italique dans l'original). Comme l'Organe d'appel l'a indiqué dans l'affaire *États-Unis – EPO*, l'analyse comparative de la mesure contestée et des solutions de rechange proposées est distincte de l'établissement du risque que la non-réalisation entraînerait:

> [L]a contribution que la mesure contestée apporte à l'accomplissement de son objectif doit être déterminée objectivement et, ensuite, évaluée en même temps que les autres facteurs mentionnés à l'article 2.2, à savoir: i) le caractère restrictif pour le commerce de la mesure; et ii) la nature des risques en cause et la gravité des conséquences qui découleraient de la non-réalisation de l' (des) objectif(s) poursuivi(s) par le Membre au moyen de la mesure. Dans la plupart des cas, une comparaison de la mesure contestée et des mesures de rechange possibles devra *alors* aussi être effectuée.

Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 461. (pas d'italique dans l'original; note de bas de page omise)

[3075] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.217. (pas d'italique dans l'original)

[3076] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 322 (pas d'italique dans l'original). Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphes 471 et 481.

[3077] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphes 5.217 et 5.277. En effet, par l'emploi des mots "fulfil" (comme dans l'expression "necessary to fulfil a legitimate objective")/"réaliser" (comme dans l'expression "nécessaire pour réaliser un objectif légitime")/"ancanzar" (comme dans l'expression "necesario para alcanzar un objetivo legítimo") et "non-fulfilment" (comme dans l'expression "taking account of the risks non-fulfilment would create")/"non-réalisation" (comme dans l'expression "compte tenu des risques que la non-réalisation

l'objectif recherché par la mesure contestée.[3078] Pour l'évaluation de ces risques, comme le prévoit l'article 2.2, les éléments pertinents à prendre en considération sont "entre autres: les données scientifiques et techniques disponibles, les techniques de transformation connexes ou les utilisations finales prévues pour les produits".[3079]

7.1261. Ayant ces considérations générales à l'esprit, nous examinons ci-après la nature des risques en cause et la gravité des conséquences qui découleraient de la non-réalisation de l'objectif légitime des mesures TPP, afin d'identifier, en premier lieu, les "risques que la non-réalisation entraînerait". Nous examinerons séparément, à un stade ultérieur de notre analyse, la façon dont il faudrait "[tenir] compte" de ces risques pour déterminer si les mesures TPP sont plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire au sens de l'article 2.2.

7.2.5.5.1 Principaux arguments des parties

7.1262. Les parties conviennent que "[l]es risques que la non-réalisation entraînerait" sont un élément essentiel de l'analyse de la nécessité au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC.[3080] Toutes rappellent[3081] que, selon les termes de l'Organe d'appel, cet élément fait référence à deux facteurs principaux, à savoir: "la nature des risques en cause et la gravité des conséquences qui découleraient de la non-réalisation de l'objectif légitime".[3082] Les plaignants et l'Australie sont toutefois en désaccord sur le point de savoir si le fait de "[tenir] compte des risques que la non-réalisation entraînerait" suppose une comparaison entre la probabilité de la contribution des mesures contestées et celle des mesures de rechange proposées à l'objectif des mesures TPP.

7.1263. Spécifiquement, le Honduras fait valoir que la nature des risques en cause est liée aux "risques sérieux pour la santé qui découlent du tabagisme[3083]: "le tabagisme entraîne des risques pour la santé, indépendamment de la question de savoir si une personne fume des cigarettes, des cigares ou d'autres produits du tabac".[3084] Il soutient que l'évaluation de la nature des risques en

---

entraînerait")/"no alcanzarlo" (comme dans l'expression "teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo"), respectivement, la deuxième phrase de l'article 2.2 relie les risques que la non-réalisation entraînerait à l'objectif de la mesure contestée dans les trois versions authentiques de l'Accord OTC. Ce lien est rendu explicite dans la version espagnole de la deuxième phrase de l'article 2.2, où le suffixe "lo" pour le mot "alcanzar*lo*" – dans le membre de phrase "teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo" – est un pronom masculin complément d'objet direct indiquant l'intention de renvoyer spécifiquement à l'expression du genre masculin "un objetivo legítimo" dans le membre précédent de la même phrase.

[3078] Nous rappelons à cet égard l'accent mis sur le fait d'"identifi[er] d'une manière suffisamment claire et cohérente l'objectif ou les objectifs poursuivis par un Membre au moyen d'un règlement technique." Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 387.

[3079] Voir rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 321. La formulation exacte de l'article 2.2 de l'Accord OTC est la suivante:

> Les Membres feront en sorte que l'élaboration, l'adoption ou l'application des règlements techniques n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. À cette fin, les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, *compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait.* Ces objectifs légitimes sont, entre autres, la sécurité nationale, la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement. *Pour évaluer ces risques, les éléments pertinents à prendre en considération sont, entre autres, les données scientifiques et techniques disponibles, les techniques de transformation connexes ou les utilisations finales prévues pour les produits.* (pas d'italique dans l'original)

[3080] Honduras, première communication écrite, paragraphe 890; République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 1025; deuxième communication écrite, paragraphe 991; Cuba, première communication écrite, paragraphes 410 et 411; Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 277; et Australie, première communication écrite, paragraphe 683.

[3081] Honduras, première communication écrite, paragraphe 890; République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 1025; réponse aux questions n° 65 et 157 du Groupe spécial; deuxième communication écrite, paragraphe 992; Cuba, réponse à la question n° 65 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial); Indonésie, réponse à la question n° 89 du Groupe spécial; Australie, observations sur les réponses des plaignants à la question n° 157 du Groupe spécial.

[3082] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 321; et *États-Unis – EPO*, paragraphe 377.

[3083] Honduras, première communication écrite, paragraphe 892.

[3084] Honduras, réponse à la question n° 65 du Groupe spécial.

cause requiert un examen de "l'importance générale et du type de risque auquel le Membre de l'OMC cherche à remédier au moyen de la mesure contestée".[3085]

7.1264. En conséquence, le Honduras soutient que le facteur relatif à la gravité des conséquences devrait être centré sur le point de savoir "quelle serait la gravité des conséquences si la mesure en cause ne réalisait pas l'objectif des pouvoirs publics".[3086] Il soutient que "même si les risques en cause sont sérieux, les conséquences d'une non-réalisation de l'objectif de l'Australie au moyen des mesures concernant l'emballage neutre ne sont pas graves".[3087] Il indique qu'étant donné que les taux de tabagisme baissent depuis des années en Australie par suite des nombreuses mesures antitabac, l'Australie était en mesure de réaliser la réduction de la prévalence du tabagisme visée sans l'introduction de la mesure TPP.[3088] Selon lui, par conséquent, le fait que les mesures TPP ne réalisent pas l'objectif de l'Australie n'entraînerait pas de conséquences sérieuses, puisque les taux de tabagisme continueraient simplement de baisser comme ils le font depuis des décennies.[3089]

7.1265. La République dominicaine fait valoir que la définition que donne le dictionnaire du mot "risque" intègre "deux éléments liés entre eux: 1) la "possibilité" ou la probabilité que 2) un événement négatif survienne".[3090] Selon elle, dans le contexte de la présente affaire, l'"événement négatif" est "le fait de ne pas réaliser, en tout ou en partie, l'objectif souhaité"[3091]; autrement dit, "il y aura un nombre additionnel de personnes qui fument (c'est-à-dire que les taux de tabagisme seront plus élevés)".[3092] Selon la République dominicaine, l'Australie s'attache à tort à la nature des risques du tabagisme pour la santé[3093]: le risque de dommage causé par le tabagisme n'est pas la question pertinente dans les présentes procédures parce que ni les mesures TPP ni aucune des solutions de rechange proposées n'ont comme objectif la réduction des risques considérables pour la santé qui résultent du tabagisme.[3094] De fait, la République dominicaine soutient que toutes ces mesures visent à réduire le nombre des personnes qui adoptent un comportement tabagique; en conséquence, le risque lié à la non-réalisation est "le risque qu'il y ait un plus grand nombre de fumeurs".[3095]

7.1266. La République dominicaine soutient ensuite que la probabilité que cet "événement négatif" se produise est une question à laquelle seuls des "éléments de preuve fiables et crédibles" permettent de répondre.[3096] Selon elle, cela signifie qu'un examen approprié de la nature du risque dans le cas présent devrait comporter une évaluation du "risque relatif (la probabilité)" qu'il y ait un plus grand nombre de fumeurs dans le cadre des mesures TPP que dans celui des solutions de rechange: en bref, "quel est le risque (la probabilité) que les solutions de rechange réduisent moins le comportement tabagique que les mesures [T]PP?"[3097] Selon la République dominicaine, les éléments de preuve montrent que tandis que les mesures TPP s'accompagnent "au pire, de la non-réalisation effective et, au mieux, d'un risque considérable lié à la non-réalisation de l'objectif de réduction du tabagisme", les solutions de rechange proposées ne présentent "*aucun risque lié à la non-réalisation*" mais s'accompagnent de la "*certitude* qu'elles réduiraient immédiatement le comportement tabagique dans la population en général et chez les jeunes en particulier".[3098] La République dominicaine fait valoir en outre que, alors que les mesures TPP sont censées réduire le

[3085] Honduras, première communication écrite, paragraphe 815.
[3086] Honduras, première communication écrite, paragraphe 893.
[3087] Honduras, première communication écrite, paragraphe 894.
[3088] Honduras, première communication écrite, paragraphe 894. Voir aussi *ibid.*, paragraphes 895 à 905.
[3089] Honduras, première communication écrite, paragraphe 894. Voir aussi *ibid.*, paragraphe 906.
[3090] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 1027 (faisant référence à Oxford English Dictionary, en ligne, définition de "risk", <http://www.oed.com/view/Entry/166306?rskey=fgWvbI&result=1&print>, consultée le 10 mai 2014 (pièce DOM-160)); réponse à la question n° 65 du Groupe spécial; et deuxième communication écrite, paragraphe 992.
[3091] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 1027.
[3092] République dominicaine, réponse à la question n° 65 du Groupe spécial; et deuxième communication écrite, paragraphes 995 et 997.
[3093] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 1009.
[3094] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 1009.
[3095] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 1008.
[3096] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 1027.
[3097] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 996.
[3098] République dominicaine, réponse à la question n° 65 du Groupe spécial (italique dans l'original). Voir aussi République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 1030 et 2018; et deuxième communication écrite, paragraphes 997 et 998.

tabagisme dans le futur, ce qui n'est pas étayé par des éléments de preuve[3099], les solutions de rechange proposées s'accompagnent de la "certitude" qu'elles réduiraient le comportement tabagique dans la population en général, et chez les jeunes en particulier, tant à court qu'à long terme.[3100]

7.1267. La République dominicaine soutient qu'en demandant aux groupes spéciaux de tenir compte des risques liés à la non-réalisation lorsqu'ils évaluent l'équivalence des contributions respectives, "l'Organe d'appel a reconnu que la nature des risques liés à la non-réalisation pouvait fort bien différer selon qu'il s'agissait des mesures contestées ou des mesures de rechange".[3101] Comme une mesure peut présenter un risque lié à la non-réalisation beaucoup plus élevé qu'une autre parce qu'elle est beaucoup moins susceptible de contribuer à l'objectif[3102], "l'Organe d'appel a confirmé que ce facteur devait être examiné lors de l'évaluation de l'équivalence de la contribution et qu'un groupe spécial bénéficiait d'une marge d'appréciation pour ce faire".[3103]

7.1268. La République dominicaine ajoute que la *nature des risques* devrait être examinée séparément pour les cigarettes et les cigares car aucun des éléments de preuve ne montre qu'il y a "une quelconque incidence des mesures [T]PP sur la réduction de la prévalence du tabagisme ou de la consommation de produits du tabac en général ou de celle des cigares".[3104] En conséquence, elle soutient que la probabilité que, sans les mesures TPP, la prévalence du tabagisme et la consommation auraient été plus importantes pour les cigares est nulle.[3105]

7.1269. S'agissant de la *gravité des conséquences*, la République dominicaine assimile ce facteur à "la gravité des conséquences découlant de la concrétisation de l'événement négatif".[3106] Selon elle, dans les présentes procédures "la conséquence du fait de ne pas réaliser l'objectif … serait sérieuse et grave" parce que, "[s]i la consommation de tabac ne diminue pas dans une mesure plus grande que cela ne serait le cas en l'absence [des mesures] [T]PP, alors il y aurait davantage de citoyens australiens qui subiraient les incidences néfastes du tabagisme pour la santé".[3107] La République dominicaine ajoute que les conséquences "sérieuses et graves"[3108] "sont les mêmes selon qu'il s'agit de la mesure [T]PP ou des mesures de rechange proposées".[3109] Elle estime que, lorsque l'on évalue l'équivalence des contributions, l'objectif recherché demeure constant pour les mesures contestées et les mesures de rechange; par conséquent, la gravité des conséquences qui découleraient de la non-réalisation de cet objectif demeure également constante.[3110] Selon elle, lorsque l'objectif est de réduire le tabagisme, "l'Australie et la République dominicaine conviennent que les conséquences de la non-réalisation de cet objectif sont qu'"il y aurait davantage de citoyens australiens qui subiraient les incidences néfastes du tabagisme pour la santé""[3111] et que ces "graves conséquences de la non-réalisation sont identiques pour les mesures contestées et les mesures de rechange, car elles existeraient pour toutes les mesures de lutte antitabac".[3112]

7.1270. Cuba soutient que, bien qu'il y ait un "risque important" que les mesures TPP ne réalisent pas leur but de réduction de la prévalence du tabagisme, ce risque est "beaucoup plus faible (ou non-existant)" pour toutes les solutions de rechange moins restrictives pour le commerce qu'elle a

[3099] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 999.
[3100] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 1000. Voir aussi deuxième communication écrite, paragraphes 1001 à 1005.
[3101] République dominicaine, réponse à la question n° 157 du Groupe spécial (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphes 5.218, 5.284 et 5.295).
[3102] République dominicaine, réponse à la question n° 157 du Groupe spécial (faisant référence à République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 992; et première communication écrite, paragraphe 1027).
[3103] République dominicaine, réponse à la question n° 157 du Groupe spécial.
[3104] République dominicaine, réponse à la question n° 65 du Groupe spécial.
[3105] République dominicaine, réponse à la question n° 65 du Groupe spécial.
[3106] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 1029; et deuxième communication écrite, paragraphe 992.
[3107] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 1029.
[3108] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 1010.
[3109] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 1006.
[3110] République dominicaine, réponse à la question n° 157 du Groupe spécial.
[3111] République dominicaine, réponse à la question n° 157 du Groupe spécial (faisant référence à Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 543, qui fait référence à République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 1029).
[3112] République dominicaine, réponse à la question n° 157 du Groupe spécial.

identifiées.[3113] Selon elle, en l'espèce, le risque que la non-réalisation entraînerait concerne, plus spécifiquement, le risque qu'en l'absence des mesures TPP, les personnes: i) commencent à fumer; ii) continuent de fumer; ou iii) ne renoncent pas au tabac.[3114] Selon Cuba, étant donné la faible contribution des mesures TPP, la situation sous l'angle de la prévalence du tabagisme ne serait pas différente de ce qu'elle serait sans l'emballage neutre.[3115] Cuba soutient que l'Australie dispose de mesures de rechange équivalentes ou plus efficaces qui ne présentent pas un risque plus élevé que celui que la non-réalisation de l'objectif sanitaire entraînerait.[3116] Elle fait valoir qu'au contraire, il a été démontré que ces solutions de rechange étaient efficaces et ne présentaient pas le risque de conséquences indésirables qui compromettraient tous effets possibles des mesures TPP.[3117] Elle ajoute que la nocivité du tabagisme n'est pas en cause dans les présentes procédures: le tabagisme est nocif pour tous les consommateurs.[3118] Par conséquent, elle ne considère pas qu'il soit aucunement nécessaire d'analyser la nature des risques impliqués, en particulier s'agissant de produits individuels ou de groupes de consommateurs.[3119]

7.1271. L'Indonésie cite[3120] le Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, selon lequel l'examen des risques liés à la non-réalisation requiert une évaluation de la "probabilité [et de] la gravité des risques potentiels".[3121] Elle estime que la nature des risques en cause dans les présentes procédures est "le risque pour la santé publique découlant des éléments d'emballage que l'Australie a prohibés ou réglementés au moyen de ses mesures concernant l'emballage neutre".[3122] Selon elle, comme le Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, le Groupe spécial devrait évaluer la "probabilité [et] la gravité" des risques potentiels pour tous les consommateurs, et il serait utile d'évaluer séparément la probabilité du risque pour les adultes et pour les jeunes, eu égard à l'insistance particulière de l'Australie sur le fait qu'elle compte bien que l'emballage neutre sera particulièrement efficace chez des jeunes. L'Indonésie fait valoir en outre qu'il peut être utile – s'il existe des données disponibles – d'examiner l'incidence sur les aborigènes d'Australie et les habitants des îles du Détroit de Torres, puisque les objectifs de réduction de la prévalence du tabagisme du Conseil des gouvernements australiens ciblaient expressément ces groupes de population.[3123]

7.1272. L'Indonésie trouve aussi des éléments à l'appui de ses arguments dans l'article 15 de la Loi TPP[3124], dont elle donne l'interprétation suivante: "si un tribunal australien devait constater que [les mesures TPP] ont entraîné une acquisition de biens injuste, les pouvoirs publics pourraient simplement annuler les prescriptions concernant l'emballage neutre et ne devraient pas de compensation".[3125] Selon elle, "[d]u fait que l'Australie est disposée à abandonner les [mesures TPP] plutôt qu'à verser une compensation, il est clair qu'elle estime qu'il n'est guère risqué pour la santé publique de ne pas laisser [ces mesures] réaliser [leur] objectif de santé publique (c'est-à-dire que le risque lié à la non-réalisation est négligeable)".[3126] En outre, selon l'Indonésie, la prévalence reculait déjà avant l'introduction des mesures TPP et il n'y a pas d'éléments de preuve indiquant qu'il soit probable que ce phénomène ralentisse".[3127] Même si le recul de la

[3113] Cuba, première communication écrite, paragraphe 416.
[3114] Cuba, réponse à la question n° 65 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial).
[3115] Cuba, réponse à la question n° 65 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial).
[3116] Cuba, réponse à la question n° 65 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial).
[3117] Cuba, réponse à la question n° 65 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial).
[3118] Cuba, réponse à la question n° 65 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial).
[3119] Cuba, réponse à la question n° 65 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial).
[3120] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 422. Voir aussi Indonésie, réponse à la question n° 65 du Groupe spécial.
[3121] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.467.
[3122] Indonésie, réponse à la question n° 65 du Groupe spécial.
[3123] Indonésie, réponse à la question n° 65 du Groupe spécial.
[3124] La présentation simplifiée du chapitre 1 de la Loi TPP résume l'article 15 de la même Loi comme suit: "La présente Loi ne s'applique pas dans la mesure où son fonctionnement enfreindrait certaines protections constitutionnelles (telles que l'acquisition de biens autrement que dans des conditions équitables)." Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 13.
[3125] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 425.
[3126] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 425.
[3127] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 426.

prévalence ne faisait que suivre la tendance antérieure, l'Australie atteindrait sa cible, à savoir une prévalence de 10%, en tout état de cause, que les mesures TPP aient été ou non mises en place.[3128] L'Indonésie soutient en outre que, si l'Australie admet que lesdites mesures "contribueront probablement faiblement à l'objectif légitime de réduction de la prévalence du tabagisme pendant une longue période (pour autant qu'elles le fassent jamais), elle ne doit pas percevoir un risque significatif à court terme dans la perspective que [celles-ci] ne contribuent pas à leur objectif".[3129] Elle ajoute que, si les mesures TPP sont des mesures "générationnelles" comme l'Australie le fait valoir[3130], il s'ensuit que, pour la génération qui viendra avant qu'elles ne réalisent la réduction de la prévalence, "la non-réalisation de l'objectif" au titre des mesures TPP est "presque certaine".[3131]

7.1273. L'Indonésie fait valoir aussi que pour évaluer "les risques que la non-réalisation entraînerait", un groupe spécial doit examiner les "risques que présentent à la fois les mesures et la solution (les solutions) de rechange".[3132] Selon elle, la contribution relative de la mesure et celle de la solution (des solutions) de rechange fait partie de l'analyse des "risques que la non-réalisation entraînerait", et la nature des risques inclut à la fois la "possibilité" et la "probabilité" qu'un événement négatif se produise.[3133] Selon l'Indonésie, contrairement à la description trop spectaculaire que donne l'Australie des risques que la non-réalisation entraînerait, ce sont effectivement les mesures TPP qui entraînent le plus grand risque lié à la non-réalisation de l'objectif de réduction de la prévalence du tabagisme.[3134] L'Indonésie ajoute qu'elle propose des mesures de rechange qui ont "une incidence immédiate et directe sur la prévalence du tabagisme, ce qui signifie que le risque lié à la non-réalisation est faible".[3135]

7.1274. L'Australie rappelle que des groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont reconnu que les intérêts et les valeurs en jeu s'agissant des mesures visant à réduire le dommage causé par la consommation de produits du tabac étaient "à la fois vitaux et importants au plus haut point".[3136] Elle fait valoir qu'il s'ensuit donc que la nature des risques en cause dans les présentes procédures est "à la fois vitale et importante au plus haut point".[3137] Selon elle, l'ampleur de l'épidémie mondiale de tabagisme et les dommages graves causés par la consommation de tabac, y compris en Australie, sont bien établis[3138]: tous les produits du tabac sont très dépendogènes, il n'y a pas de seuil au-dessous duquel la consommation de tabac ou l'exposition au tabagisme passif ou à la fumée de tabac ambiante seraient sans danger, et la consommation de tabac est nocive pour pratiquement chaque organe du corps.[3139]

7.1275. S'agissant de la *nature des risques* en cause, l'Australie pense comme la République dominicaine que l'article 2.2 suggère un examen objectif des risques pertinents.[3140] Elle ajoute que des preuves scientifiques établissent que la consommation de tabac est la première cause mondiale évitable de maladies et de décès, est nocive pour pratiquement tous les organes du corps et est responsable du décès de près de 6 millions de personnes par an.[3141]

[3128] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 426; et deuxième communication écrite, paragraphe 279.
[3129] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 427.
[3130] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 281 (faisant référence à la réponse de l'Australie à la question n° 126 du Groupe spécial).
[3131] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 281.
[3132] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 277. (pas d'italique dans l'original)
[3133] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 279.
[3134] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 279.
[3135] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 427.
[3136] Australie, réponse à la question n° 65 du Groupe spécial (faisant référence au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.347; et au rapport du Groupe spécial du GATT *Thaïlande – Cigarettes*, paragraphe 73).
[3137] Australie, première communication écrite, paragraphe 684. Voir aussi réponse à la question n° 65 du Groupe spécial; et deuxième communication écrite, paragraphe 539.
[3138] Australie, réponse à la question n° 65 du Groupe spécial (faisant référence à Australie, première communication écrite, partie II).
[3139] Australie, réponse à la question n° 65 du Groupe spécial (faisant référence à Australie, première communication écrite, partie II).
[3140] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 537 (faisant référence à République dominicaine, réponse à la question n° 65 du Groupe spécial).
[3141] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 538.

7.1276. L'Australie soutient que les plaignants "exagèrent la "contribution" et les "risques que la non-réalisation entraînerait" en tant qu'éléments de l'analyse relationnelle au titre de l'article 2.2".[3142] Selon elle, il s'agit d'"analyses distinctes" au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC.[3143] L'Australie ajoute que les plaignants interprètent de façon erronée l'aspect de l'analyse consistant à soupeser et à mettre en balance pour tenter de convaincre le Groupe spécial de l'idée contre-intuitive que nonobstant l'importance vitale de ses objectifs de santé publique et des risques graves pour la santé publique que présente la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits, les risques qui découleraient de la non-réalisation des objectifs des mesures TPP sont insignifiants.[3144] Selon elle, il ressort clairement du texte de l'article 2.2 de l'Accord OTC que "les risques que la non-réalisation entraînerait" sont ceux qui surviendraient à supposer que l'objectif du règlement technique ne soit pas réalisé, et que les risques devant être évalués sont ceux qu'entraînerait la non-réalisation d'"un objectif légitime", c'est-à-dire "les risques qui sont liés à l'objectif recherché par le règlement technique, et non au règlement technique lui-même".[3145] En conséquence, l'Australie fait valoir que l'évaluation appropriée "des risques que la non-réalisation entraînerait" suppose l'examen de la nature des risques en cause et de la gravité des conséquences qui découleraient de la non-réalisation "des objectifs consistant à améliorer la santé publique en décourageant les personnes de commencer à fumer les produits du tabac, en les encourageant à renoncer au tabac, en décourageant la récidive et en réduisant l'exposition à la fumée".[3146]

7.1277. L'Australie rejette aussi l'idée formulée par la République dominicaine et l'Indonésie que la *probabilité* que l'"événement négatif" se produise devrait être prise en compte. Elle estime que tenir compte de cet élément conduirait à une évaluation mal comprise de la nature des risques que la non-réalisation entraînerait.[3147] Selon elle, la République dominicaine et l'Indonésie tentent d'utiliser cette interprétation erronée "pour répéter leurs arguments relatifs à la contribution que la mesure apporte à ses objectifs".[3148] L'Australie soutient toutefois que cela est contraire au texte de l'article 2.2 et n'est étayé par aucun élément dans les rapports antérieurs de l'Organe d'appel.[3149]

7.1278. Selon l'Australie, le texte même de l'article 2.2, ainsi que l'Organe d'appel l'a confirmé, indique clairement que les "risques" qui doivent être évalués au titre de cet élément de l'analyse relationnelle sont ceux qui découleraient à supposer la non-réalisation des objectifs de la mesure contestée, et non pas, comme la République dominicaine continue de le soutenir à tort, le risque ou la probabilité de non-réalisation.[3150] Selon l'Australie, "[p]uisque les risques pertinents qui doivent être évalués sont ceux qui découlent *de* la non-réalisation des *objectifs* de la mesure contestée, et puisque "l'objectif recherché *demeure constant* pour les mesures contestées et les mesures de rechange", que ce soit dans l'analyse relationnelle ou dans l'analyse comparative, "la nature des risques" découlant de la non-réalisation des objectifs reste également constante.[3151]

7.1279. L'Australie pense comme le Honduras que l'évaluation de la "nature des risques en cause" requiert un examen de "l'importance générale et du type de risque auquel le Membre de l'OMC cherche à remédier au moyen de la mesure contestée".[3152] Elle estime que l'Organe d'appel a précisé dans l'affaire *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)* que c'était "l'importance de l'objectif pour le Membre mettant en œuvre le règlement technique (et non l'importance relative de l'objectif par rapport à d'autres objectifs potentiels)" qui éclair[ait] l'analyse au titre de l'article 2.2.[3153] Selon elle, "[l]'adoption de l'emballage neutre du tabac, telle que recommandée dans les Directives de la FCTC, était le prolongement logique des restrictions existantes à la publicité et à la promotion des produits du tabac qu'elle applique dans le cadre de son ensemble

[3142] Australie, première communication écrite, paragraphe 688.
[3143] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 526.
[3144] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 527.
[3145] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 532 et 533.
[3146] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 536.
[3147] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 541.
[3148] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 541.
[3149] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 542.
[3150] Australie, observations sur les réponses des plaignants à la question n° 157 du Groupe spécial.
[3151] Australie, observations sur les réponses des plaignants à la question n° 157 du Groupe spécial. (pas d'italique dans l'original; notes de bas de page omises)
[3152] Australie, réponse à la question n° 65 du Groupe spécial (faisant référence à Honduras, première communication écrite, paragraphe 81). Voir aussi deuxième communication écrite, paragraphe 537.
[3153] Australie, réponse à la question n° 65 du Groupe spécial (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5*), paragraphe 5.279).

complet de mesures de lutte antitabac".[3154] La mise en œuvre de longue date des mesures de lutte antitabac de l'Australie et l'importance qu'elle accorde à une approche globale de la lutte antitabac, illustrent l'importance de l'objectif pour l'Australie et les graves conséquences qui découleraient de la non-réalisation de l'objectif.[3155] La non-réalisation des objectifs de santé publique des mesures TPP se traduirait par "davantage de décès prématurés et de maladies graves liées au tabac en Australie que cela ne serait le cas autrement".[3156]

7.1280. L'Australie considère aussi que la nature des risques devrait être examinée en relation avec tous les produits du tabac et tous les consommateurs, comme l'indiquent les objectifs légitimes des mesures TPP.[3157] Selon elle, il ressort clairement des éléments de preuve relatifs à la santé publique et au marketing, y compris un avis d'expert, que la nature des risques auxquels les mesures TPP permettent de remédier est la même pour tous les produits du tabac et pour tous les consommateurs de produits du tabac et a une incidence sur les non-fumeurs par l'exposition au tabagisme passif lié aux produits du tabac.[3158]

7.1281. L'Australie répond que l'Indonésie "décrit de façon totalement erronée" le texte de l'article 15 de la Loi TPP.[3159] Selon elle, cet article est une "disposition de sauvegarde"[3160] concernant "un défaut de validité potentiel, non un montant potentiellement exigible"[3161], introduite par "surcroît de prudence".[3162] L'Australie explique que l'article 15 est une disposition "spécifiquement conçue pour *préserver* les prescriptions de la Loi TPP concernant l'emballage pour la vente au détail de produits du tabac et l'apparence des produits du tabac dans la *plus grande mesure possible*, dans l'éventualité improbable où cette loi serait jugée incompatible avec la Constitution australienne".[3163] Elle ajoute que la Haute Cour d'Australie a confirmé la constitutionnalité des mesures TPP.[3164]

7.1282. S'agissant de la *gravité des conséquences*, l'Australie pense comme la République dominicaine que l'évaluation de ce facteur "se rapporte à la gravité des conséquences qui découleraient de la non-réalisation"[3165] et que les conséquences de la non-réalisation des objectifs des mesures TPP "seraient sérieuses et graves" parce qu'"il y aurait "davantage de citoyens australiens qui subiraient les incidences néfastes du tabagisme pour la santé".[3166] Dans le même temps, elle considère que le Honduras interprète de façon erronée la prise en considération de la gravité des conséquences qui découleraient de la non-réalisation en faisant valoir que les taux de tabagisme ont baissé et continueraient de baisser du fait de mesures antitabac autres que l'emballage neutre.[3167] Elle soutient que l'approche du Honduras aboutirait au résultat absurde que les risques découlant de la non-réalisation de l'objectif d'un règlement technique ne seraient jamais significatifs dès lors que le règlement technique en cause serait adopté dans le cadre d'une politique globale qui contribue déjà à un objectif légitime. Selon elle, eu égard au rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, les Membres "ne devraient pas être empêchés d'adopter des règlements techniques qui complètent les effets d'autres éléments d'une politique globale, même dans les situations où ces autres éléments apportent déjà une contribution au même objectif primordial".[3168] L'Australie souligne que les conséquences qui découleraient de la non-réalisation des objectifs légitimes des mesures TPP sont "graves", compte tenu du dommage énorme causé par la consommation de tabac[3169] sous la forme d'une

[3154] Australie, première communication écrite, paragraphe 690.
[3155] Australie, réponse à la question n° 65 du Groupe spécial.
[3156] Australie, première communication écrite, paragraphe 691.
[3157] Australie, réponse à la question n° 65 du Groupe spécial.
[3158] Australie, réponse à la question n° 65 du Groupe spécial.
[3159] Australie, première communication écrite, paragraphe 693.
[3160] Australie, première communication écrite, paragraphe 693.
[3161] Australie, première communication écrite, paragraphe 693, note de bas de page 911.
[3162] Australie, première communication écrite, paragraphe 693, note de bas de page 911.
[3163] Australie, première communication écrite, paragraphe 693. (italique dans l'original)
[3164] Australie, première communication écrite, paragraphe 693.
[3165] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 543 (faisant référence à République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 1029).
[3166] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 544 (faisant référence à République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 1029).
[3167] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 545.
[3168] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 547 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 151).
[3169] Australie, première communication écrite, paragraphe 684; et réponse à la question n° 65 du Groupe spécial.

augmentation du nombre de décès et de maladies liés au tabac en Australie.[3170] Elle soutient donc que les risques que la non-réalisation entraînerait sont "grands".[3171]

7.2.5.5.2 Analyse du Groupe spécial

7.1283. L'article 2.2 ne prescrit pas de méthode particulière pour l'évaluation des "risques que la non-réalisation entraînerait"[3172], hormis l'indication que, pour évaluer ces risques, "les éléments pertinents à prendre en considération sont, "entre autres, les données scientifiques et techniques disponibles, les techniques de transformation connexes ou les utilisations finales prévues pour les produits"".[3173]

7.1284. Toutefois, Comme il est expliqué plus haut, une identification "des risques que la non-réalisation entraînerait" suppose un examen à la fois de "la nature des risques" et de la "gravité des conséquences qui découleraient de la non-réalisation". Selon l'Organe d'appel:

> [D]ans certains contextes, il pourrait être possible et approprié d'essayer de déterminer séparément la nature des risques, d'une part, et de quantifier la gravité des conséquences qui découleraient de la non-réalisation, d'autre part. Toutefois, dans d'autres contextes, il pourrait être difficile, en pratique, de déterminer ou quantifier ces éléments séparément avec précision. Dans de tels contextes, il peut être plus approprié de procéder à une analyse conjonctive à la fois de la nature des risques et de la gravité des conséquences liés à la non-réalisation, dans laquelle les "risques que la non-réalisation entraînerait" sont évalués d'un point de vue qualitatif. En tout état de cause, les difficultés ou l'imprécision qui apparaissent lors de l'évaluation des "risques que la non-réalisation entraînerait" – en raison de la nature des risques pertinents ou de la gravité des conséquences liés à la non-réalisation en cause – ne devraient pas, en elles-mêmes et à elles seules, soustraire un groupe spécial à son devoir d'évaluer ce facteur.[3174]

7.1285. Nous tenterons de déterminer séparément ces deux aspects aussi précisément que possible, avant de tirer des conclusions sur l'identification des risques que la non-réalisation entraînerait. Si la quantification séparée et précise de ces deux facteurs s'avérait difficile, nous procéderons, comme l'Organe d'appel le suggère, à une "analyse conjonctive" des deux aspects, dans laquelle les "risques que la non-réalisation entraînerait" sont évalués d'un point de vue qualitatif.[3175]

7.2.5.5.2.1 Nature des risques

7.1286. Comme il est expliqué, l'identification "des risques que la non-réalisation entraînerait" est directement liée "[à l'/aux] objectif(s) recherché(s) par le Membre au moyen de la mesure" en cause[3176], et "les "risques" dont il faut "[tenir] compte" au titre de l'article 2.2 sont ceux qu'entraînerait la "non-réalisation" de l'"objectif légitime" du règlement technique en cause".[3177]

7.1287. Nous avons constaté plus haut que l'objectif des mesures contestées dans les présentes procédures, les mesures TPP, était "d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits".[3178] Par conséquent, nous constatons que la nature du risque lié à la non-réalisation de l'objectif légitime des mesures TPP est que la santé publique

---

[3170] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 526.
[3171] Australie, première communication écrite, paragraphe 684; et deuxième communication écrite, paragraphe 526.
[3172] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.218.
[3173] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 321.
[3174] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.218. (notes de bas de page omises)
[3175] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.218.
[3176] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 322.
[3177] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.277.
[3178] Voir plus haut le paragraphe 7.232.

ne serait pas améliorée, car la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits ne seraient pas réduites.

7.1288. La République dominicaine cite la définition donnée par le dictionnaire du mot "risk" (risque) pour faire valoir que la probabilité du "risque" devrait être prise en compte dans la détermination des risques que la non-réalisation entraînerait, en particulier la nature de ces risques.[3179] Spécifiquement, elle soutient qu'un examen approprié de la nature du risque dans le cas présent comporte une évaluation du "risque relatif (de la probabilité)" qu'il y ait un plus grand nombre de fumeurs dans le cadre des mesures TPP que dans celui des solutions de rechange: en résumé, "quel est le risque (quelle est la probabilité) que les solutions de rechange réduisent moins le comportement tabagique que ne le font les mesures [T]PP?"[3180]

7.1289. L'Indonésie fait de la même façon référence[3181] à la décision du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)* s'agissant de "la *probabilité* [et] la gravité des risques potentiels (et des conséquences défavorables qui en découleraient) susceptibles de se présenter dans l'éventualité où l'objectif légitime recherché ne serait pas réalisé".[3182] Elle fait valoir que ce passage "signifie qu'un autre moyen de réaliser l'objectif qui comporterait de plus grands "risques liés à la non-réalisation" ne serait pas une mesure de rechange valable, même s'il était moins restrictif pour le commerce".[3183]

7.1290. Nous notons que les références des deux plaignants à la "probabilité" des risques servent à étayer une comparaison entre la probabilité d'une contribution des mesures contestées et la probabilité d'une contribution des mesures de rechange à l'objectif en question, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait. Nous ne sommes pas convaincus cependant que l'*identification* de la nature des "risques que la non-réalisation entraînerait" implique cette comparaison entre les mesures contestées et les mesures de rechange possibles ni cet examen de leurs degrés de contribution à l'objectif.

7.1291. Comme il est expliqué plus haut, les questions que nous devons examiner à ce stade de notre analyse sont: la *nature des risques* que la non-réalisation de l'objectif pertinent entraînerait, et la *gravité des conséquences* de la non-réalisation de cet objectif. L'Indonésie fait référence à[3184] la décision du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)* pour étayer son avis selon lequel cela inclut "la *probabilité* [et] la gravité des risques potentiels (et des conséquences défavorables qui en découleraient) susceptibles de se présenter dans l'éventualité où l'objectif légitime recherché ne serait pas réalisé".[3185] En appel, cependant, l'Organe d'appel n'a pas fait référence à "la probabilité [et] la gravité" des risques en résumant le critère juridique approprié au titre de l'article 2.2. Au lieu de cela, comme cela est expliqué plus haut, il a fait référence à la "nature" des risques en cause et à la gravité des conséquences de la non-réalisation des objectifs. Ce choix de termes correspond, à notre avis, au fait que cette partie de l'analyse devrait être centrée, d'abord, sur l'identification des risques spécifiques qui découleraient de la non-réalisation de l'objectif recherché, c'est-à-dire la "nature" de ces risques.[3186]

7.1292. Ainsi que l'Organe d'appel l'a expliqué, les "risques" qui sont évalués sont "ceux qu'entraînerait la "non-réalisation" de l'"objectif légitime" du règlement technique en cause".[3187]

[3179] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 1027.

[3180] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 996.

[3181] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 422. Voir aussi Indonésie, réponse à la question n° 65 du Groupe spécial.

[3182] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.467. (pas d'italique dans l'original)

[3183] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.467.

[3184] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 422. Voir aussi Indonésie, réponse à la question n° 65 du Groupe spécial.

[3185] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.467. (pas d'italique dans l'original)

[3186] Nous notons aussi qu'à ce jour, l'Organe d'appel n'a évalué dans aucun rapport traitant "des risques que la non-réalisation entraînerait" au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, dans son examen de la "nature des risques" en cause, la probabilité ("probability" ou "likelihood") des risques ni n'a identifié une prescription imposant aux groupes spéciaux de le faire. Voir les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*; *États-Unis – EPO*; et *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique).*

[3187] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.277. L'article 2.2 indique "the risks non-fulfilment would create"/"des risques que la

Cette évaluation est donc liée à la nature essentielle et au caractère des risques en cause et aux conséquences qui en découleraient si l'objectif de la mesure n'était *pas* réalisé. Cette question n'est pas, en tant que telle, subordonnée à la mesure dans laquelle la mesure contestée (ou toute mesure de rechange proposée) réalise l'objectif. De fait, comme l'Australie l'indique, dans la mesure où l'objectif est une constante, la *nature* des risques associés à sa *non*-réalisation sera également constante, indépendamment du choix de l'instrument visant à remédier à ces risques.

7.1293. En effet, d'un point de vue analytique, cela équivaudrait à une logique circulaire pour évaluer si l'une quelconque des solutions de rechange apporterait une contribution équivalente à l'objectif, "compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait", et à identifier ces "risques" en premier lieu en se référant à la comparaison de leurs degrés de contribution à l'objectif. Comme l'Australie le souligne[3188], cette approche empêcherait que la "[prise en] compte … des risques que la non-réalisation entraînerait" soit un "autre élément"[3189], distinct de l'analyse. Pour les mêmes raisons, identifier les risques que la non-réalisation entraînerait n'implique pas non plus, à notre avis, une évaluation de la "probabilité" que la mesure contestée ne réalise pas son objectif ni n'indique quelle est la probabilité que la mesure contestée ne réalise pas son objectif par comparaison avec les mesures de rechange proposées par les plaignants.

7.1294. À ce stade, nous ne faisons pas de détermination quant au degré de "probabilité" que l'objectif recherché ne soit pas réalisé, que ce soit dans le cadre des mesures contestées ou d'une quelconque mesure de rechange proposée. Cela étant dit, nous n'excluons pas la possibilité que cela puisse être une considération pertinente dans d'autres parties de notre analyse au titre de l'article 2.2, y compris dans le contexte d'une analyse comparative des degrés respectifs de contribution des mesures contestées et des mesures de rechange à l'objectif et du point de savoir si les mesures de rechange proposées "apport[eraient] une contribution équivalente à l'objectif légitime pertinent, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait".[3190]

7.1295. Nous notons en outre qu'il est reconnu que la nature des risques en cause est essentiellement la même pour différents types de produits du tabac. Comme le Honduras le souligne, le tabagisme entraîne des risques pour la santé, "indépendamment de la question de savoir si une personne fume des cigarettes, des cigares ou d'autres produits du tabac".[3191] Nous notons que cette conclusion est reprise par l'Institut national du cancer des États-Unis, qui note qu'"[i]l n'existe pas de seuil au-dessous duquel l'exposition à la fumée du tabac serait sans danger".[3192]

7.1296. Nous notons l'argument de la République dominicaine selon lequel le risque de dommage causé par le tabagisme n'est pas la question pertinente dans les présentes procédures[3193] et selon lequel, de fait, le risque lié à la non-réalisation devrait être "le risque qu'il y ait un plus grand nombre de fumeurs"[3194] eu égard à l'objectif de réduction du nombre de fumeurs. La République dominicaine relie cet argument à l'objectif des mesures TPP, qu'elle définit du point de vue de la réduction de la prévalence du tabagisme.[3195] Comme il est indiqué, nous avons déterminé plus haut que l'objectif recherché par l'Australie n'était pas limité à la réduction de la prévalence du tabagisme mais s'étendait plus largement à la réduction de "la consommation de produits du tabac et [de] l'exposition à ces produits".[3196] De plus, nous notons que même à supposer que l'objectif soit limité à une réduction de la prévalence du tabagisme, cela n'impliquerait pas que la nature du risque lié à la non-réalisation de cet objectif concernerait seulement la situation où il y aurait un "plus grand nombre" de fumeurs – de fait, cela concernerait aussi la situation où il n'y aurait pas de réduction de ce nombre, c'est-à-dire où le nombre de fumeurs resterait inchangé. Par conséquent, nous ne partageons pas l'avis de la République dominicaine selon lequel la nature des risques liés à la non-réalisation est limitée au risque qu'il y ait un "plus grand nombre de fumeurs".

---

non-réalisation entraînerait"/"los riesgos que crearía no alcanzarlo" – et non "the risks of non-fulfilment"/"des risques de la non-réalisation"/"los riesgos de no alcanzarl", respectivement.

[3188] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 542.

[3189] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 321.

[3190] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 322.

[3191] Honduras, réponse à la question n° 65 du Groupe spécial.

[3192] National Cancer Institute, "Fact Sheet: Cigar Smoking and Cancer", 27 October 2010, <http://www.cancer.gov/cancertopics/factsheet/Tobacco/cigars/>, consulté le 25 février 2015 (pièce AUS-40).

[3193] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 1009.

[3194] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 1008.

[3195] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 1009.

[3196] Voir plus haut la section 7.2.5.1.1.2 en ce qui concerne l'objectif des mesures.

7.2.5.5.2.2 Gravité des conséquences de la non-réalisation

7.1297. Nous avons constaté que la nature des risques liés à la non-réalisation de l'objectif des mesures TPP était que la santé publique ne serait pas améliorée car la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits ne serait pas réduite. Les conséquences de la non-réalisation de cet objectif, par conséquent, entraînent un problème de santé publique du fait de la faible réduction de la consommation de produits du tabac et de l'exposition à ces produits. Ce problème de santé publique est lié aux conséquences de la consommation de produits du tabac et de l'exposition à ces produits en général et, plus spécifiquement, en Australie, étant donné que les mesures contestées sont appliquées dans le but de réaliser leur objectif en Australie.

7.1298. S'agissant des conséquences de la consommation de produits du tabac et de l'exposition à ces produits en général, l'Australie souligne que le tabac est "un produit unique, fortement dépendogène et mortel", et "le seul produit de consommation licite qui tue la moitié de ses consommateurs à long terme lorsqu'il est consommé exactement tel qu'il est conçu par le fabricant".[3197]

7.1299. L'Australie fait référence à divers documents et recommandations de l'OMS, ainsi qu'à des rapports du Directeur du Service de santé publique des États-Unis, documentant les conséquences de la consommation de tabac sur la santé publique:

> Le tabagisme constitue la première cause mondiale de maladies et de décès évitables et a été classé comme épidémie mondiale par la FCTC. La consommation de tabac est responsable du décès de près de 6 000 000 de personnes par an, dont 600 000 non-fumeurs exposés au tabagisme passif. Il n'y a pas de seuil au-dessous duquel la consommation de tabac ou l'exposition au tabagisme passif ou à la fumée de tabac ambiante seraient sans danger. La consommation de tabac est nocive pour pratiquement chaque organe du corps.[3198]

7.1300. S'agissant des conséquences spécifiques de la *consommation* de tabac, l'Australie note ce qui suit:

> Selon un avis scientifique faisant autorité, le tabagisme est la cause de nombreuses formes de cancer (poumon, larynx, lèvre, langue, bouche, pharynx, œsophage, pancréas, vessie, rein, col de l'utérus, estomac, leucémie myéloïde aigüe, cancer du foie, cancer des voies urinaires), d'accidents vasculaires cérébraux, d'artériopathies oblitérantes des membres inférieurs, de bronchopneumopathies chroniques obstructives, de plusieurs maladies cardio-vasculaires graves, de toutes sortes de maladies et troubles respiratoires et d'autres types de maladies.[3199]

7.1301. S'agissant des conséquences spécifiques de l'*exposition* au tabac, l'Australie fait référence en particulier à un rapport du Directeur du Service de santé publique des États-Unis et conclut que "[s]elon … un avis scientifique faisant autorité, l'inhalation involontaire de tabac ("tabagisme passif") "est la cause de décès prématurés et de maladies chez des enfants et des adultes qui ne fument pas", y compris le cancer du poumon, les cardiopathies coronariennes et le syndrome de la mort subite du nourrisson (MSN)".[3200]

7.1302. L'Australie ajoute que "[t]ous les produits du tabac sont fortement dépendogènes"[3201]:

[3197] Australie, première communication écrite, paragraphes 1 et 28 à 30.

[3198] Australie, première communication écrite, paragraphe 23 (faisant référence à OMS, fiche d'information sur le tabac (pièce AUS-28); OMS, Recommandations de politique concernant le tabagisme passif (pièce AUS-24), page 2; et au rapport de 2004 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-25), page 25). Voir aussi Australie, réponse à la question n° 148 du Groupe spécial.

[3199] Australie, première communication écrite, paragraphe 28 (faisant référence au rapport de 2004 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-25), page 4, tableau 1.1; et au rapport de 2014 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièces AUS-37, DOM-104, CUB-35), page 113).

[3200] Australie, première communication écrite, paragraphe 29 (faisant référence au rapport de 2006 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-39), page 7).

[3201] Australie, première communication écrite, titre II.A.1 (caractères gras omis). Voir *ibid.,* paragraphes 24 à 29.

> La nicotine est le produit chimique présent dans le tabac qui provoque la dépendance. Les examens effectués par l'OMS et des organismes jouissant d'une grande renommée internationale, tel le Royal College of Physicians of London, ont conclu que les processus pharmacologiques et comportementaux qui déterminaient la dépendance tabagique étaient semblables à ceux qui déterminent la dépendance à d'autres drogues, comme l'héroïne et la cocaïne.[3202]

7.1303. L'Australie souligne que "tous les produits du tabac contiennent des quantités substantielles de nicotine".[3203] En outre, elle indique que "les propriétés dépendogènes de la nicotine sont déterminantes dans le passage de l'expérimentation au tabagisme durable chez les fumeurs et pour le maintien du tabagisme chez la majorité des fumeurs qui souhaitent arrêter de fumer".[3204] Selon l'Australie, "les statistiques indiquent que 95% de l'ensemble des tentatives de sevrage échouent, tant est forte l'emprise de la dépendance nicotinique".[3205]

7.1304. L'Australie fait donc valoir qu'il y a une ""épidémie mondiale de tabagisme" [qui] touche tous les Membres de l'OMC". Elle souligne que "[l']OMS estime que si les tendances actuelles se maintiennent, le nombre de décès annuels dans le monde dus à la consommation de tabac pourrait s'élever à plus de 8 millions d'ici à 2030".[3206] Elle ajoute que l'OMS et le Secrétariat de la FCTC[3207] font état "des effets sanitaires, sociaux, environnementaux et économiques considérables de la consommation de tabac et de l'exposition à la fumée du tabac".[3208] En outre, selon l'Union internationale contre le cancer et le Cancer Council Australia, "[l]a consommation de tabac est le seul facteur de risque commun à l'ensemble des quatre principales maladies non transmissibles (maladies cardiovasculaires, cancers, maladies respiratoires chroniques et diabète)".[3209]

7.1305. S'agissant spécifiquement de la consommation de tabac en Australie, l'Australie explique ce qui suit:

> La consommation de tabac reste l'une des premières causes de maladies et de décès prématurés évitables en Australie. Les estimations de la mortalité annuelle imputable au tabagisme en Australie depuis 2000 "vont d'environ 15 000 décès à environ 20 000, les différences reflétant la méthode employée". Jusqu'à deux fumeurs australiens sur trois mourront prématurément d'une maladie liée au tabagisme.[3210]

7.1306. L'Australie ajoute que "l'on s'attend à ce que les coûts sociaux et économiques de la consommation de tabac en Australie, estimés à 31,5 milliards de dollars australiens en 2004, continuent d'augmenter car les effets pathogènes et les effets sur la santé qu'entraîne la consommation de tabac peuvent mettre plusieurs années à se manifester".[3211]

[3202] Australie, première communication écrite, paragraphe 24 (faisant référence au rapport de 1988 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-29), page 9; à Nomenclature et classification des problèmes liés à la consommation de drogue et d'alcool: Mémorandum OMS (pièce AUS-30); et au rapport de 2000 du Royal College of Physicians) (pièce AUS-31), page xiv).

[3203] Australie, première communication écrite, paragraphe 25 (faisant référence au rapport de 1988 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-29), page 9).

[3204] Australie, première communication écrite, paragraphe 27 (faisant référence au rapport de 2014 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièces AUS-37, DOM-104, CUB-35), page 113; et au rapport Samet (pièce AUS-7), paragraphe 48).

[3205] Australie, première communication écrite, paragraphe 27 (note de bas de page omise) (faisant référence au rapport Samet (pièce AUS-7), paragraphe 50).

[3206] Australie, première communication écrite, paragraphe 31 (faisant référence à la FCTC (pièces AUS-44, JE-19), page 33; et au rapport 2011 de l'OMS sur l'épidémie mondiale de tabagisme (pièces AUS-43, HND-142), page 8).

[3207] OMS/FCTC, mémoire d'*amici curiae* (pièce AUS-42 (révisée)), paragraphe 5.

[3208] Australie, première communication écrite, paragraphe 32.

[3209] Australie, première communication écrite, paragraphe 32 (faisant référence à UICC et CCA, mémoire d'*amici curiae* (pièce AUS-38), paragraphe 4.2.

[3210] Australie, première communication écrite, paragraphe 34 (faisant référence au rapport Samet (pièce AUS-7), paragraphe 100; et à Banks *et al.* 2015 (pièce AUS-27), page 38).

[3211] Australie, première communication écrite, paragraphe 35 (faisant référence à D.J. Collins and H.M. Lapsley, The Costs of Tobacco, Alcohol and Illicit Drug Abuse to Australian Society in 2004/05: A Report for the Commonwealth of Australia, 2008 (Collins et Lapsley 2008) (pièce AUS-47), page xi; et au rapport Samet (pièce AUS-7), paragraphe 94 (notant que: "Le modèle d'évolution en quatre étape de l'épidémie de tabagisme et de ses conséquences qui a été élaboré par Lopez et ses collègues (Lopez, Collishaw *et al.* 1994)

7.1307. Les plaignants ne contestent pas les conséquences nocives du tabac en général ni les éléments de preuve et arguments spécifiques susmentionnés avancés par l'Australie à cet égard – que ce soit en général ou spécifiquement en Australie. Cuba "admet pleinement que la consommation de tabac a des conséquences sérieuses pour la santé publique et elle reconnaît que des données scientifiques ont établi de manière irréfutable que la consommation de tabac et l'exposition à la fumée de tabac étaient cause de décès, de maladie et d'incapacité".[3212] Le Honduras a aussi indiqué clairement, au début des présentes procédures, que "[l]e différend ne port[ait] pas sur la question de savoir si le tabagisme [était] dangereux ou s'il nu[isait] à la santé de nombreux individus en Australie et dans le monde – dans les deux cas, la réponse est affirmative".[3213] De même, l'Indonésie a noté, d'emblée, que "la question soumise au Groupe spécial n'[était] pas de savoir si le tabac est nocif"[3214], ajoutant que:

> [p]ersonne, et certainement pas l'Indonésie, ne pense que le tabagisme est sain. La plupart des pays, y compris l'Indonésie, reconnaissent que la consommation de tabac sous différentes formes peut entraîner des maladies et, dans certains cas, un décès prématuré.[3215]

7.1308. De même, la République dominicaine se réfère, sans les critiquer, à diverses déclarations de l'Australie concernant les conséquences nocives du tabac:

> Lors de réunions de l'Organe de règlement des différends de l'OMC, l'Australie a évoqué l'échelle de l'épidémie mondiale de tabagisme. Mentionnant le rapport 2011 de l'OMS sur l'épidémie mondiale de tabagisme, elle souligne ce qui suit:
>
> > La consommation de tabac reste la principale cause mondiale de décès évitables. Elle tue près de 6 millions de personnes et entraîne des centaines de milliards de dollars de pertes économiques chaque année dans le monde … si les tendances actuelles se maintiennent, d'ici à 2030 le tabac tuera plus de 8 millions de personnes dans le monde chaque année, 80% de ces décès touchant des habitants de pays à revenu faible ou moyen.
>
> L'Australie a également souligné les risques spécifiques posés par le tabagisme en Australie et les coûts qui en résultaient. Dans l'exposé des motifs concernant le *projet de loi* [T]*PP,* le gouvernement australien a noté ce qui suit:
>
> > Le tabagisme reste l'une des premières causes de décès et de maladies évitables en Australie et il tue plus de 15 000 Australiens chaque année.[3216]

7.1309. La gravité particulière des conséquences qu'entraîne le fait de ne pas réduire la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits est également reconnue dans la FCTC, qui indique dans son préambule que des "données scientifiques ont établi de manière irréfutable que la consommation de tabac et l'exposition à la fumée de tabac étaient cause de décès, de maladie et d'incapacité" et que "la propagation de l'épidémie de tabagisme [était] un problème mondial aux conséquences sérieuses pour la santé publique".[3217]

7.1310. Eu égard à ce qui précède, nous constatons qu'il est largement reconnu, et qu'il n'est pas contesté dans les présentes procédures, que les conséquences sur la santé publique de la consommation de tabac et de l'exposition au tabac, y compris en Australie, sont particulièrement graves.

---

reflète l'expérience acquise au cours du siècle dernier en observant l'augmentation et le recul de la consommation de tabac et ceux, parallèles mais différés, des principales maladies liées au tabagisme.")).

[3212] Cuba, première communication écrite, paragraphe 3.

[3213] Honduras, première communication écrite, paragraphe 1.

[3214] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 8.

[3215] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 7.

[3216] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 140 et 141. (notes de bas de page de l'original omises)

[3217] Voir FCTC (pièces AUS-44, JE-19), préambule, cinquième et deuxième considérants, respectivement. Voir aussi *ibid.* articles 3 et 8 1). Voir aussi OMS/FCTC, mémoire d'*amici curiae* (pièce AUS-42 (révisée)), paragraphe 1.1.

7.1311. Nous notons en outre à cet égard la détermination de l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante* selon laquelle la protection de la vie et de la santé des personnes au moyen de la suppression ou de la réduction des risques pour la santé bien connus et extrêmement graves que présentent les fibres d'amiante est une "valeur … vitale et importante au plus haut point".[3218] De même, dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, l'Organe d'appel a souscrit à l'avis du Groupe spécial selon lequel "il y a[vait] peu d'intérêts plus "vitaux" et "importants" que la protection des êtres humains contre les risques pour la santé".[3219] Nous notons aussi que "le risque sérieux pour la santé des personnes" qui est lié au tabagisme a été précédemment reconnu dans le cadre de procédures de règlement des différends du GATT et de l'OMC.[3220]

7.1312. Comme il est indiqué, certains plaignants font valoir que nous devrions évaluer la nature des risques et la gravité des conséquences spécifiquement pour différents produits du tabac ou en fonction de certains groupes d'âge et groupes sociaux. En particulier, la République dominicaine fait valoir que les risques devraient être examinés séparément pour les cigarettes et pour les cigares car selon elle, aucun des éléments de preuve ne montre "une quelconque incidence des mesures [T]PP sur la réduction de la prévalence du tabagisme ou de la consommation globale de produits du tabac ou de celle des cigares".[3221]

7.1313. Comme cela est expliqué plus haut, les mesures TPP s'appliquent à une large gamme de produits du tabac, tels que définis dans la Loi TPP, y compris les cigarettes et les cigares, et il n'est pas contesté que la *nature* des risques liés à la consommation de différents produits de tabac, y compris les cigarettes et les cigares, est essentiellement la même.[3222] S'agissant de la distinction entre les cigarettes et les cigares, nous notons les affirmations de l'Australie relatives à diverses publications scientifiques, selon lesquelles les cigares peuvent libérer des concentrations de nicotine comparables à celles des cigarettes:

> Tous les produits du tabac contiennent des quantités substantielles de nicotine; les cigarettes sont particulièrement efficaces dans la libération de nicotine. De même, les cigares peuvent libérer des concentrations de nicotine comparables à celles des cigarettes et du tabac sans fumée – un seul gros cigare peut contenir autant de tabac qu'un paquet entier de cigarettes et peut se fumer en une ou deux heures.[3223]

7.1314. L'Australie explique aussi, en se référant à des sources pertinentes, y compris l'Institut national du cancer des États-Unis et le CCV, que les cigares contiennent des quantités plus importantes de substances nocives que les cigarettes. "La fumée des cigares, comme celle des cigarettes, contient des produits chimiques toxiques et cause de cancers qui sont nocifs à la fois pour les fumeurs et pour les non-fumeurs. Toutefois, ces substances sont présentes en quantités beaucoup plus importantes dans la fumée des cigares. Il y a un lien de causalité entre la consommation de cigares et le cancer, les maladies cardiovasculaires et les pneumopathies chroniques …".[3224] L'OMS et le Secrétariat de la FCTC ont également déclaré que "la fumée de

---

[3218] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 172.

[3219] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 144. Voir aussi le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.347.

[3220] Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial du GATT *Thaïlande – Cigarettes*, paragraphe 73 ("En accord avec les parties au différend et avec l'expert de l'OMS, [le Groupe spécial] a admis que la consommation de tabac constituait un risque sérieux pour la santé des personnes et qu'en conséquence, les mesures destinées à réduire la consommation de cigarettes entraient dans le champ d'application de l'article XX b)."); et le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.1 ("Les cigarettes sont intrinsèquement nocives pour la santé des personnes, comme le reconnaissent l'OMS, la communauté scientifique et les deux parties au présent différend".).

[3221] République dominicaine, réponse à la question n° 65 du Groupe spécial.

[3222] Voir plus haut le paragraphe 7.1295.

[3223] Australie, première communication écrite, paragraphe 25 (faisant référence au rapport de 1988 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-29), page 9; au rapport Samet (pièce AUS-7), paragraphe 40; à la Monographie n° 9 du NCI concernant la lutte antitabac (pièces AUS-33, DOM-149), page 11; et à Cigars: Facts and Figures (pièce AUS-34)).

[3224] Australie, première communication écrite, paragraphe 30 (faisant référence à l'Aide-mémoire du NCI sur les cigares (pièce AUS-40); à Cancer Council of Victoria, Quit Victoria, Heart Foundation, and VicHealth, Submission on Tobacco Plain Packaging: Proposed Approach to Non-Cigarette Tobacco Products, 28 October 2011 (pièce AUS-41), pages 2 et 3; et au rapport Samet (pièce AUS-7), paragraphes 75 à 77). Voir aussi la Monographie n° 9 du NCI concernant la lutte antitabac (pièces AUS-33, DOM-149), page 19, "Conclusions générales":

cigare [contenait] les mêmes composants toxiques que la fumée de cigarette, et [que] la consommation de cigares provoqu[ait] nombre des mêmes maladies que la consommation de cigarettes".[3225]

7.1315. Les plaignants ne contestent pas ces affirmations factuelles de l'Australie ni les éléments de preuve sur lesquels celle-ci s'appuie à cet égard, qui donnent à penser que la gravité des conséquences découlant de la consommation de cigares est comparable à celle qui découle de la consommation de cigarettes.

7.1316. S'agissant de groupes d'âges spécifiques, nous notons que les plaignants ne contestent pas les arguments de l'Australie concernant l'incidence particulière sur la santé publique de la consommation de tabac et de l'exposition au tabac chez les jeunes et les adolescents ni la pertinence de ces arguments dans le contexte australien:

> Comme cela est souligné dans le rapport des Centres de prévention et de lutte contre les maladies intitulé *Best Practices for Comprehensive Tobacco Control Programs 2014* (meilleures pratiques en matière de programme globaux de lutte antitabac, 2014), les stratégies de lutte antitabac doivent cibler tous les comportements tabagiques. Le rapport note qu'un système global de lutte antitabac devrait cibler: l'initiation chez les jeunes et les jeunes adultes; le sevrage chez les jeunes et les adultes; l'exposition au tabagisme passif; et les disparités parmi les groupes de population en ce qui concerne le tabac. En particulier, il est important de mettre l'accent sur la prévention de l'initiation chez les jeunes car c'est pendant la période de la jeunesse et de l'adolescence que l'initiation aux produits du tabac aura probablement lieu. En outre, des éléments de preuve montrent que les personnes qui commencent à fumer tôt sont plus susceptibles de continuer de fumer.[3226]

7.1317. Par conséquent, nous concluons que du point de vue de la santé publique, les conséquences de la non-réalisation de l'objectif consistant à réduire la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits sont particulièrement graves pour les jeunes. Nous notons aussi que dans l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, l'Organe d'appel et le Groupe spécial ont tous deux reconnu l'importance particulière de la réduction du tabagisme chez les jeunes.[3227]

7.1318. Nous notons en outre que les plaignants ne contestent pas non plus les affirmations de l'Australie selon lesquelles la consommation de tabac touche les aborigènes et les habitants des îles du Détroit de Torres de manière disproportionnée par rapport au reste de la population australienne:

> Les conséquences nocives de la consommation de tabac touchent de manière disproportionnée les communautés défavorisées et, en Australie, la probabilité qu'une maladie mentale soit diagnostiquée ou traitée est deux fois plus grande chez les fumeurs que chez les non-fumeurs. Le tabagisme est responsable de 12,1% du coût total de la morbidité et de 20% des décès chez les aborigènes et les habitants des îles du Détroit de Torres.
>
> …

1. La consommation de cigares peut provoquer des cancers de la bouche, de l'œsophage, du larynx et du poumon. Les fumeurs de cigares réguliers qui inhalent la fumée, en particulier ceux qui fument plusieurs cigares par jour, ont un risque accru de développer des cardiopathies coronariennes et des bronchopneumopathies chroniques obstructives.
2. Les fumeurs de cigares réguliers ont des risques de développer des cancers de la bouche et de l'œsophage qui sont semblables à ceux des fumeurs de cigarettes, mais plus faibles s'agissant du cancer du poumon et du cancer du larynx, des cardiopathies coronariennes et des bronchopneumopathies chroniques obstructives.

[3225] OMS/FCTC, mémoire d'*amici curiae* (pièce AUS-42 (révisée)), paragraphe 3.

[3226] Australie, première communication écrite, paragraphe 43 (faisant référence à USCDC, Meilleures pratiques en matière de programmes globaux de lutte antitabac (pièce AUS-50), page 19; et au rraport de l'enquête NDSHS de 2013 (pièce AUS-48), page 22).

[3227] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 236; et rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.347.

> Le taux de tabagisme est deux fois plus élevé chez les aborigènes et les habitants des îles du Détroit de Torres que chez les Australiens non indigènes, et 41,6% des aborigènes et habitants des îles du Détroit de Torres de plus de 15 ans fument quotidiennement. En 2012-13, le tabagisme quotidien était plus répandu parmi ces populations que parmi les populations non indigènes dans tous les groupes d'âges.[3228]

7.1319. Enfin, nous sommes attentifs à l'argument formulé par l'Australie, non contesté par les plaignants, selon lequel "il n'y a pas de seuil au-dessous duquel la consommation de tabac ou l'exposition au tabagisme passif ou à la fumée de tabac ambiante seraient sans danger".[3229] Nous interprétons cela comme la mise en évidence de la gravité particulière des conséquences de la non-réalisation de l'objectif consistant à améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits. Nous rappelons également à cet égard que l'on s'attendrait normalement à ce que la gravité des conséquences découlant de la non-réalisation de l'objectif légitime du règlement technique soit "corrélée, au moins dans une certaine mesure, à l'importance de l'objectif pour le Membre concerné".[3230] L'Australie a insisté sur l'importance que revêtait selon elle l'objectif de santé publique recherché par la Loi TPP; en particulier, elle a indiqué que "les intérêts en jeu [étaient] de la plus haute importance"[3231] et a souligné "l'importance fondamentale d'une approche globale de la lutte antitabac".[3232]

7.1320. Nos conclusions ne sont pas modifiées par l'existence de l'article 15 de la Loi TPP, qui dispose que la Loi TPP ne s'appliquera pas dans la mesure où son fonctionnement porterait atteinte à certaines protections constitutionnelles, par exemple en cas d'acquisition de biens autrement que dans des conditions équitables.[3233] L'Indonésie fait valoir que "[d]u fait que l'Australie est disposée à abandonner les [mesures TPP] plutôt qu'à verser une compensation, il est clair qu'elle estime qu'il n'est guère risqué pour la santé publique de ne pas laisser [ces mesures] réaliser [leur] objectif de santé publique (c'est-à-dire que le risque lié à la non-réalisation est négligeable)".[3234] Nous ne sommes pas convaincus, toutefois, comme l'Indonésie le fait valoir, que l'existence de cette disposition dans la Loi TPP, et le fait qu'elle envisage la possibilité que les prescriptions de la loi en question ne s'appliquent pas s'il était constaté qu'elles entraînent l'acquisition de biens autrement que dans des conditions équitables au regard de la Constitution australienne, fournissent des éléments de preuve indiquant que l'objectif de santé publique de la Loi TPP lié à la réduction de la consommation de produits du tabac et de l'exposition à ces produits ou la possibilité que les mesures TPP contribuent à cet objectif ne soient pas importants pour l'Australie.[3235]

[3228] Australie, première communication écrite, paragraphes 34 et 37 (faisant référence au rapport Samet (pièce AUS-7), paragraphe 103; au rapport de l'enquête NDSHS de 2010 (pièces AUS-45, DOM-280), page 22; à Vos *et al*. 2007 (pièce AUS-46), page 55; et à Australian Bureau of Statistics, Australian Aboriginal and Torres Strait Islander Health Survey, Updated Results, 2012-2013, Cat. No. 4727.0.55.006 (2014) (pièce AUS-49)).

[3229] Australie, première communication écrite, paragraphe 23 (faisant référence à OMS, Recommandations de politique concernant le tabagisme passif (pièce AUS-24), page 2). Voir aussi Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 538.

[3230] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.279. En disant cela, l'Organe d'appel a estimé que "[t]outefois, cela ne signifi[ait] pas que l'importance *relative* d'un objectif, déterminée par rapport à d'autres objectifs potentiels qu'un Membre pourrait poursuivre, [était] un facteur directement pertinent pour ce qui est de "[tenir] compte … des risques que la non-réalisation entraînerait" au titre de l'article 2.2". *Ibid.* (italique dans l'original). Pour l'Organe d'appel, les termes de l'article 2.2 "ne connotent pas les types de jugements qui seraient nécessaires pour déterminer si un objectif est, par comparaison, plus ou moins important que d'autres objectifs". *Ibid.* paragraphe 5.278.

[3231] Australie, première communication écrite, paragraphe 697.

[3232] Australie, première communication écrite, paragraphe 38.

[3233] Loi TPP, Présentation simplifiée du chapitre 1, article 15 (pièces AUS-1, JE-1), article 13.

[3234] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 425.

[3235] Nous notons aussi que l'article 15 de la Loi TPP vise à faire en sorte que la même loi "ne s'applique pas dans la mesure où son fonctionnement porterait atteinte à certaines protections constitutionnelles (par exemple par acquisition de biens autrement que dans des conditions équitables)." Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 13, Présentation simplifiée du chapitre 1. Comme l'Australie l'explique, la Haute Cour d'Australie a confirmé la constitutionnalité des mesures TPP en ce qui concerne le point spécifique traité par l'article 15. Australie, première communication écrite, paragraphe 693. En fait, la Haute Cour a répondu "non" à la première et principale question de fond qui lui était soumise, qui était la suivante: "Hormis les dispositions prévues à l'article 15 de la Loi de 2011 sur l'emballage neutre du tabac de l'Australie de 2011 (Cth), toutes les dispositions de ladite loi ou certaines d'entre elles entraîneraient-elles l'acquisition autrement que dans des

7.2.5.5.2.3 Conclusion sur la nature des risques que la non-réalisation entraînerait et la gravité de leurs conséquences

7.1321. Nous avons déterminé plus haut qu'une évaluation par le Groupe spécial "des risques que la non-réalisation entraînerait" impliquait, en premier lieu, d'*identifier* la nature et la gravité des "risques que la non-réalisation entraînerait", et que cela n'impliquait pas une comparaison entre les mesures contestées et les mesures de rechange possibles ni un examen de leurs degrés respectifs de contribution à l'objectif. De fait, cette identification suppose une évaluation des deux aspects essentiels suivants: la nature des risques et la gravité des conséquences de la non-réalisation de l'objectif des mesures contestées.

7.1322. Gardant à l'esprit l'interprétation qui précède, à la lumière de l'objectif des mesures TPP et compte tenu en particulier des données scientifiques et techniques disponibles, nous avons constaté que la nature des risques que la non-réalisation de l'objectif entraînerait était que la santé publique ne serait pas améliorée étant donné que la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits ne serait pas réduite. Nous avons constaté aussi que les conséquences pour la santé publique découlant de la non-réalisation de cet objectif étaient particulièrement graves.

7.1323. Ayant identifié les risques liés à la non-réalisation, comme il est expliqué, nous tiendrons compte de ces risques dans les parties ultérieures de notre analyse générale au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC.

7.2.5.6 Question de savoir si des mesures de rechange moins restrictives pour le commerce sont raisonnablement disponibles pour l'Australie

7.1324. Comme il est indiqué plus haut, la question de savoir si un règlement technique est "*plus* restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire" au sens de la deuxième phrase de l'article 2.2 de l'Accord OTC et, de ce fait, crée un "obstacle[] non nécessaire[] au commerce international" au sens de la première phrase peut être déterminée sur la base d'une "analyse comparative"[3236] de la mesure contestée et des mesures de rechange possibles qui pourraient être raisonnablement disponibles *et* moins restrictives pour le commerce que ne l'est la mesure contestée, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait.[3237]

7.1325. Ayant déterminé plus haut que les mesures TPP contribuaient à leur objectif et étaient aussi restrictives pour le commerce, nous examinons maintenant la question de savoir si, comme les plaignants le font valoir, l'Australie aurait raisonnablement à sa disposition certaines mesures de rechange *moins* restrictives pour le commerce pour apporter une contribution équivalente à son objectif, compte tenu des risques que la non-réalisation de l'objectif entraînerait.

7.1326. Les parties ont examiné en détail la manière dont il faudrait aborder cette analyse comparative. Nous précisons donc d'abord notre approche globale, avant d'examiner chacune des mesures de rechange proposées par les plaignants.

---

conditions équitables de quelconques biens et, dans l'affirmative, lesquels, appartenant aux plaignants ou à l'un quelconque d'entre eux, qui soit d'un type auquel les dispositions de l'article 51 xxxi) de la Constitution s'appliquent?" *JTI v Commonwealth* (pièces AUS-500, CUB-50), page 2. Le Groupe spécial note que l'Australie et l'Indonésie ont également communiqué des extraits de cette décision de la Haute Cour en tant que pièces. Voir les pièces HND-53 et IDN-86.

[3236] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 320; *États-Unis – EPO*, paragraphe 376; et *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.212.

[3237] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 320 à 323; *États-Unis – EPO*, paragraphe 379; et *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.213. Comme l'Organe d'appel l'a observé, il peut y avoir des circonstances dans lesquelles une analyse comparative de cette nature peut être inutile, par exemple si la mesure contestée n'est pas restrictive pour le commerce ou n'apporte aucune contribution à l'accomplissement de l'objectif légitime poursuivi. Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 322, note de bas de page 647; et *États-Unis – EPO*, paragraphe 376, note de bas de page 748.

7.2.5.6.1 Approche du Groupe spécial

7.2.5.6.1.1 Principaux arguments des parties

7.1327. Le Honduras fait valoir que la comparaison effectuée dans le cadre de la deuxième partie d'une évaluation de la "nécessité" au titre de l'article 2.2 devrait examiner "si la solution de rechange proposée est moins restrictive pour le commerce, si elle apporterait une contribution équivalente à l'objectif légitime pertinent, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait, et si elle est raisonnablement disponible".[3238]

7.1328. Le Honduras fait valoir que le Groupe spécial devrait évaluer la contribution des mesures TPP et celle de la solution de rechange indiquée par les plaignants au regard de l'objectif de l'Australie consistant à améliorer la santé publique en diminuant la prévalence du tabagisme.[3239] Il fait valoir en outre qu'aux fins de comparer le degré de contribution, le Groupe spécial doit avoir déterminé auparavant de manière claire et précise le degré de contribution que la mesure contestée apporte à l'accomplissement de l'objectif légitime.[3240] Il affirme en outre que la mesure de rechange proposée peut atteindre un degré de contribution équivalent différemment du règlement technique en cause et que le Groupe spécial dispose d'une marge d'appréciation dans cette évaluation.[3241] À son avis, cela peut avoir une incidence sur la nature des éléments de preuve disponibles et l'évaluation qualitative ou quantitative qui est faite de sa contribution.[3242] Le Honduras ajoute que les "éléments de preuve quantitatifs montrent indéniablement que l'emballage neutre n'a pas entraîné de réduction du tabagisme pendant les trois premières années d'application, et que les projections quantitatives ainsi que l'analyse qualitative des mobiles du tabagisme confirment qu'il n'est pas capable de le faire, *a fortiori* de manière significative". Il fait valoir qu'en revanche, "les éléments quantitatifs et qualitatifs à l'appui de la hausse des taxes ou du relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat" sont très nombreux, et que "[l]e mécanisme de contrôle préalable est centré sur les mêmes mécanismes mais est simplement plus ciblé".[3243]

7.1329. Le Honduras note que l'Organe d'appel fait simplement référence à une mesure de rechange qui est "moins" restrictive pour le commerce.[3244] Selon lui, le point de départ est la mesure contestée ainsi que la nature et le degré de son caractère restrictif pour le commerce, ce qui signifie que dans le contexte des présentes procédures, le Groupe spécial devrait analyser si les mesures TPP aussi bien que les solutions de rechange proposées ont une incidence sur les conditions de concurrence sur le marché en Australie, et quel est le degré de cette incidence.[3245]

7.1330. Le Honduras fait valoir en outre que la détermination concernant les "risques liés à la non-réalisation" influera dans la même mesure sur l'analyse relationnelle et sur l'analyse comparative. Par exemple, si une mesure entraîne des risques liés à la non-réalisation qui ne tirent pas à conséquence, cette détermination influera dans la même mesure sur les conclusions de l'analyse relationnelle et celles de l'analyse comparative et influera aussi sur la conclusion globale de l'évaluation de la "nécessité" au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC.[3246]

7.1331. Le Honduras estime aussi que l'analyse comparative du Groupe spécial ne peut examiner que les mesures de rechange qui seraient raisonnablement disponibles pour le Membre de l'OMC importateur[3247] et que cela inclut les mesures qui consistent à accroître l'importance d'une mesure

---

[3238] Honduras, première communication écrite, paragraphe 807 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 322).

[3239] Honduras, réponse à la question n° 64 du Groupe spécial (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphes 7.597 à 7.599). Voir aussi Honduras, réponse à la question n° 69 du Groupe spécial (citant Union européenne, communication en tant que tierce partie, paragraphe 68).

[3240] Honduras, première communication écrite, paragraphes 822 et 934.

[3241] Honduras, réponse à la question n° 157 du Groupe spécial.

[3242] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphes 5.254 et 5.255.

[3243] Honduras, réponse à la question n° 157 du Groupe spécial.

[3244] Honduras, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 471).

[3245] Honduras, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.

[3246] Honduras, première communication écrite, paragraphe 822.

[3247] Honduras, première communication écrite, paragraphe 823 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 320, 321 et 322).

existante ou à améliorer une mesure existante.[3248] Selon lui, la question pertinente pour la comparaison est de savoir si la contribution globale est équivalente et, de ce fait, le point de départ est le degré global de contribution que le règlement technique apporte à l'objectif de réduction du tabagisme poursuivi.[3249]

7.1332. Le Honduras dit que l'invocation par l'Australie des décisions rendues dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés* est trompeuse et sortie de son contexte, de sorte que l'analogie établie par celle-ci entre les faits dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés* et les faits dans les présentes procédures est inexacte.[3250] En tout état de cause, il estime que les mesures TPP ne sont pas un élément essentiel du régime réglementaire de lutte antitabac de l'Australie et qu'il serait incorrect d'affirmer que les nombreuses autres mesures de lutte antitabac de l'Australie risqueraient d'être compromises si l'emballage neutre n'était pas en vigueur.[3251]

7.1333. La République dominicaine fait valoir que "pour procéder à l'analyse relationnelle de la question de savoir si une mesure est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser" son objectif, un groupe spécial s'appuie généralement sur l'"outil conceptuel" des solutions de rechange moins restrictives pour le commerce".[3252] Lorsqu'il évalue chaque solution de rechange moins restrictive pour le commerce avancée par un plaignant, un groupe spécial doit "examiner, en particulier, si la solution de rechange proposée est moins restrictive pour le commerce que la mesure contestée, si elle apporterait une contribution équivalente à l'objectif légitime pertinent, (compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait), et si elle est raisonnablement disponible".[3253]

7.1334. La République dominicaine estime que les moyens déclarés pour la réalisation d'un objectif ne peuvent pas être eux-mêmes également des objectifs, parce que toute solution de rechange devrait contribuer par les mêmes moyens (c'est-à-dire les "objectifs spécifiques" de l'Australie) que l'emballage neutre, "même si la solution de rechange contribuait davantage à l'objectif ultime de réduction du tabagisme". Par conséquent, l'évaluation par le Groupe spécial des mesures TPP et celle des solutions de rechange doivent être effectuées au regard de "l'objet [de la Loi TPP] consistant à réduire le comportement tabagique".[3254]

7.1335. De plus, la République dominicaine fait valoir qu'une mesure proposée est une solution de rechange si elle est différente dans ses effets quant au fond d'une mesure existante, y compris du point de vue de l'étendue de la contribution à l'objectif pertinent.[3255] Par conséquent, "si une mesure existante peut être modifiée, étendue ou améliorée de façon à apporter une contribution au moins équivalente à l'objectif de la mesure contestée, cette mesure améliorée peut constituer une "solution de rechange"".[3256] La République dominicaine indique que le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés* n'ont pas constaté que le renforcement d'une mesure déjà mise en œuvre "en partie" ne pouvait pas être une solution de rechange ni qu'une "variante" plus rigoureuse d'une mesure existante n'était pas une solution de

[3248] Honduras, première communication écrite, paragraphe 823 (faisant référence aux rapports du Groupe spécial *Chine – Terres rares*, paragraphe 7.186).

[3249] Honduras, réponse à la question n° 157 du Groupe spécial (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.2).

[3250] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 687 et 688. Voir aussi Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 689 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 91; aux rapports du Groupe spécial *Chine – Terres rares*, paragraphes 7.186, 7.568 à 7.590; et aux rapports du Groupe spécial *Chine – Matières premières*, paragraphe 7.568); réponse à la question n° 161 du Groupe spécial; et observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 158 du Groupe spécial.

[3251] Honduras, réponse à la question n° 161 du Groupe spécial; et observations sur la réponse de l'Australie aux questions n° 157 et 158 du Groupe spécial.

[3252] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 970.

[3253] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 971.

[3254] République dominicaine, réponse à la question n° 64 du Groupe spécial.

[3255] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 631; et réponse à la question n° 153 du Groupe spécial.

[3256] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 689; et réponse à la question n° 153 du Groupe spécial. Voir aussi République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 631 et 659 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *Chine – Terres rares*, paragraphe 7.186).

rechange.[3257] Sous réserve qu'une mesure de rechange "comporte quelque élément réglementaire *nouveau* apportant une contribution équivalente à toute contribution apportée par une mesure contestée, le remplacement de la mesure contestée par la mesure de rechange ne diminuerait *pas* la contribution apportée à l'objectif de santé publique – même si les mesures fonctionnent différemment, à des moments différents et selon des synergies différentes".[3258]

7.1336. La République dominicaine estime qu'un groupe spécial doit seulement établir que les mesures de rechange sont moins restrictives pour le commerce que la mesure contestée, "ce qui ne requiert pas nécessairement une détermination des niveaux absolus de restriction de chaque mesure".[3259] Elle estime que pour comparer leur caractère restrictif pour le commerce, un groupe spécial doit garder à l'esprit qu'un règlement technique contesté et des mesures de rechange proposées peuvent utiliser des moyens réglementaires différents pouvant entraîner la perte de possibilités de concurrence différentes. Selon elle, le "caractère restrictif relatif des mesures pour le commerce ne peut pas … être comparé au moyen d'une simple comparaison des possibilités de concurrence perdues parce que cela serait comparer des torchons avec des serviettes".[3260] La République dominicaine dit qu'"une méthode de comparaison permettant de comparer des serviettes avec des serviettes" serait de comparer les effets sur le commerce du règlement technique contesté et ceux des mesures de rechange, de sorte qu'un groupe spécial pourrait, tout d'abord, identifier le nombre, la nature et l'étendue des différents effets sur le commerce qui résultent du règlement technique contesté et ensuite, évaluer si les mesures de rechange entraînent des effets défavorables moindres sur le commerce compte tenu de tous les éléments.[3261]

7.1337. La République dominicaine estime aussi que lorsqu'un règlement technique contesté et des mesures de rechange "emploient des moyens réglementaires différents, un facteur important à garder à l'esprit est que certains types de moyens réglementaires ne sont pas soumis aux disciplines des accords visés en tant que mesures restrictives pour le commerce".[3262] Donc, si une mesure de rechange n'est pas restrictive pour le commerce au titre des accords visés et qu'un règlement technique contesté l'est, elle considère que c'"est une indication nette, voire déterminante" de ce que la solution de rechange est moins restrictive pour le commerce au titre de ces accords.[3263]

7.1338. La République dominicaine fait valoir que le Groupe spécial ne peut examiner des mesures de rechange que s'il constate que les mesures TPP contribuent à l'objectif consistant à réduire le comportement tabagique. Elle fait valoir que "[p]our comparer le caractère restrictif pour le commerce des mesures [TPP] et celui des solutions de rechange, le Groupe spécial doit pleinement tenir compte des deux dimensions du caractère restrictif pour le commerce des mesures [TPP]".[3264] Selon elle, à supposer que les solutions de rechange apportent une contribution équivalente à l'objectif consistant à réduire le comportement tabagique (et sur la base de ses hypothèses concernant la contribution des mesures TPP), du point de vue des restrictions concernant le volume des produits du tabac, chacune des solutions de rechange est semblablement restrictive pour le commerce parce que chacune apporte une contribution semblable à la réduction du tabagisme; toutefois, "elles ne restreignent pas, comme les mesures

[3257] République dominicaine, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 148 du Groupe spécial (faisant référence à Australie, réponse à la question n° 157 du Groupe spécial, paragraphe 70); et observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 157 du Groupe spécial. Voir aussi République dominicaine, observations sur la réponse de l'Australie aux questions du Groupe spécial n° 148 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 7.167 à 7.169; et au rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 158); n° 151 et n° 158.

[3258] République dominicaine, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 158 du Groupe spécial. (italique dans l'original)

[3259] République dominicaine, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.

[3260] République dominicaine, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.

[3261] République dominicaine, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.

[3262] République dominicaine, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial; et observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 151 du Groupe spécial.

[3263] République dominicaine, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial; et observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 151 du Groupe spécial.

[3264] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 970 à 972.

[TPP] le font, les possibilités de concurrence en réduisant la différenciation et en faussant les possibilités de concurrence".[3265]

7.1339. La République dominicaine ne voit aucune base dans les arguments ou éléments de preuve présentés au Groupe spécial qui permettrait de procéder à une évaluation séparée du caractère restrictif pour le commerce et de la contribution des mesures de rechange pour les cigares et pour les cigarettes.[3266]

7.1340. La République dominicaine fait valoir qu'un groupe spécial a le devoir d'évaluer tous les éléments de preuve, tant quantitatifs que qualitatifs, qui lui ont été présentés, de sorte que si le Groupe spécial choisit d'évaluer qualitativement la contribution des mesures TPP, il ne peut pas décider de ne pas examiner les éléments de preuve quantitatifs. Si le Groupe spécial parvient à la constatation que les mesures TPP ont apporté ou sont aptes à apporter une contribution à la réduction du tabagisme, il doit établir le degré ou l'étendue de cette contribution, exprimés en termes quantitatifs ou qualitatifs, et cela servira ensuite de base pour la comparaison avec les solutions de rechange, qui "sera facilitée par l'indication claire et précise du degré de contribution".[3267] Des mécanismes de politique différents réaliseront inévitablement des degrés de contribution différents et la question concerne, non le nombre de mécanismes en jeu, mais le degré de contribution qui en résulte.[3268]

7.1341. La République dominicaine fait valoir aussi qu'un groupe spécial doit évaluer l'équivalence sur la base de la contribution globale des mesures contestées et des mesures de rechange à l'objectif, et non sur celle de la contribution apportée par des aspects particuliers de la mesure. D'après elle, cela signifie que dans les présentes procédures, la comparaison doit être effectuée en comparant l'incidence des mesures respectives sur l'objectif de réduction du tabagisme[3269] et elle devrait prendre en compte 1) le degré ou l'étendue de la contribution; 2) lorsque la contribution est attendue dans le futur, la probabilité qu'elle se concrétise; et 3) lorsque la contribution est attendue dans le futur, le délai dans lequel il est prévu qu'elle se concrétise.[3270] La République dominicaine souligne que ces considérations sont importantes dans les présentes procédures parce qu'"on n'est absolument pas sûrs que les mesures [TPP] contestées contribueront jamais à réduire le tabagisme, tandis qu'il est presque certain que les solutions de rechange proposées le feraient".[3271]

7.1342. La République dominicaine ajoute que le Groupe spécial bénéficie, pour évaluer l'équivalence, d'une "marge d'appréciation"[3272] lui permettant de soupeser les facteurs pertinents tels que le degré, la probabilité et la localisation temporelle des contributions respectives, afin d'arriver à une conclusion globale en ce qui concerne l'équivalence.[3273] Cette marge d'appréciation peut être éclairée par les risques que la non-réalisation de l'objectif entraînerait.[3274] Une mesure peut engendrer un risque lié à la non-réalisation beaucoup plus élevé qu'un autre, parce qu'elle est beaucoup moins susceptible de contribuer à l'objectif.[3275]

7.1343. Cuba fait valoir, si le Groupe spécial constate que les mesures TPP ont effectivement pour effet de réduire les niveaux de consommation du tabac en Australie, que ces mesures sont "disproportionnées". Elle dit que le degré de contribution, si modeste soit-il, que les mesures TPP apportent à la réduction des niveaux de consommation de tabac en Australie pourrait être

[3265] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 973 à 978; et observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 151 du Groupe spécial.
[3266] République dominicaine, réponse à la question n° 152 du Groupe spécial.
[3267] République dominicaine, réponse à la question n° 157 du Groupe spécial (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphes 5.215 et 5.216); et observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 148 du Groupe spécial.
[3268] République dominicaine, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 148 du Groupe spécial.
[3269] République dominicaine, réponse à la question n° 157 du Groupe spécial.
[3270] République dominicaine, réponse à la question n° 157 du Groupe spécial; et observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 156 du Groupe spécial.
[3271] République dominicaine, réponse à la question n° 157 du Groupe spécial.
[3272] République dominicaine, réponse à la question n° 157 du Groupe spécial (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.215).
[3273] République dominicaine, réponse à la question n° 157 du Groupe spécial.
[3274] République dominicaine, réponse à la question n° 157 du Groupe spécial (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.215).
[3275] République dominicaine, réponse à la question n° 157 du Groupe spécial.

reproduit par des mesures de rechange moins restrictives.[3276] Elle indique que "l'évaluation du point de savoir si les mesures de l'Australie sont disproportionnées doit prendre en compte la contribution positive effective dont le Groupe spécial estime qu'elle a résulté des mesures TPP et déterminer si les solutions de rechange proposées par Cuba sont raisonnablement disponibles et égaleraient cette contribution".[3277] En outre, dans la mesure où il y a des incertitudes sur le point de savoir si la mesure contestée ou les mesures de rechange seront efficaces, elle estime que ces incertitudes devraient aussi être prises en compte dans l'analyse.[3278]

7.1344. Cuba estime que le Groupe spécial n'est pas obligé de procéder à une analyse quantitative des degrés *relatifs* du caractère restrictif pour le commerce des mesures en cause et de chacune des solutions de rechange proposées et que le faire impliquerait de conjecturer à tel point que cette analyse ne pourrait plus être qualifiée d'"analyse quantitative au moyen des méthodes de laboratoire empiriques ou expérimentales communément associées aux sciences physiques".[3279] Elle précise que le Groupe spécial peut évaluer le degré relatif du caractère restrictif pour le commerce des mesures TPP en examinant si les mesures de rechange proposées "auraient la même incidence dévastatrice que l'emballage neutre sur les gros cigares cubains roulés à la main". Elle estime que les mesures TPP "éroderont fondamentalement la capacité des producteurs cubains de positionner leurs gros cigares roulés à la main comme des produits de luxe haut de gamme s'appuyant sur une longue tradition". Elle considère que "même si cela ne se produit pas immédiatement, cela se produira inévitablement avec le temps" et qu'aucune des mesures de rechange proposées n'aurait cet effet.[3280]

7.1345. Cuba estime que le Groupe spécial devrait évaluer si, à la lumière de tous les éléments de preuve présentés, les mesures moins restrictives pour le commerce apporteraient une contribution plus faible que celle des mesures TPP aux objectifs de l'Australie en matière de santé. Elle dit que le Groupe spécial n'a pas besoin de fonder son évaluation exclusivement sur des éléments de preuve qualitatifs et qu'il dispose de données lui permettant de procéder à une évaluation quantitative. Elle ajoute que la distinction entre une évaluation qualitative et une évaluation quantitative n'est pas stricte et que le Groupe spécial devrait prendre en compte la totalité des éléments de preuve ainsi que la qualité et l'importance de ces éléments.[3281]

7.1346. Cuba estime que l'allégation de l'Australie selon laquelle les solutions de rechange proposées par les plaignants ne peuvent pas être considérées comme des "solutions de rechange" parce que ce sont des éléments complémentaires d'une "série globale de mesures" est incorrecte d'un point de vue juridique et factuel.[3282] Elle fait valoir que l'argument de l'Australie selon lequel les mesures TPP font partie d'un ensemble de mesures qui "fonctionnent conjointement en synergie" est "une tentative manifeste visant à mettre [ces mesures] à l'abri de toutes sortes d'examen". Elle cite les observations formulées par le Bureau de la meilleure pratique réglementaire (OBPR) d'Australie indiquant ce qui suit: "[il nous est] difficile de déterminer quel est le problème et quelle est son importance"; "il y a eu une diminution de la consommation de tabac au cours des 15 dernières années chez les jeunes et durant les 30 dernières années pour la population dans son ensemble"; et "il apparaît que les programmes actuels réalisent leurs objectifs et qu'il n'existe pas de raisons évidentes pour l'adoption d'autres initiatives".[3283]

7.1347. L'Indonésie fait valoir que, bien que l'Australie ait fait valoir qu'elle mettait en œuvre une "politique globale de lutte antitabac" qui s'appuyait à la fois sur les mesures TPP et sur plusieurs des mesures proposées par les plaignants comme solutions de rechange, elle n'a pas avancé d'arguments ni d'éléments de preuve (et "certainement rien de comparable aux éléments de preuve présentés par le Brésil" dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*[3284]) montrant que les solutions de rechange des plaignants seraient moins efficaces en l'absence des mesures TPP.

[3276] Cuba, première communication écrite, paragraphes 408 à 410.
[3277] Cuba, première communication écrite, paragraphe 411. (italique dans l'original)
[3278] Cuba, première communication écrite, paragraphe 411.
[3279] Cuba, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 187).
[3280] Cuba, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.
[3281] Cuba, réponse à la question n° 157 du Groupe spécial.
[3282] Cuba, observations sur la réponse de l'Australie aux questions n° 157 et 158 du Groupe spécial.
[3283] Cuba, observations sur la réponse de l'Australie aux questions n° 157 et 158 du Groupe spécial.
[3284] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphes 286 et 287 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 7.142, 7.160 et 7.169).

7.1348. L'Indonésie précise aussi que les plaignants ne font pas valoir que les mesures de lutte antitabac existantes – comme la taxation, les campagnes de marketing social ou l'âge minimum légal pour l'achat – serviraient de solutions de rechange sous leur forme actuelle mais font valoir qu'ils ont proposé des modifications de ces politiques de façon qu'elles deviennent "de nouvelles mesures qui ne sont pas actuellement en vigueur en Australie". À son avis, le Groupe spécial devrait conclure sur la base des faits de l'espèce que les "solutions de rechange" au sens de l'article 2.2 peuvent inclure le renforcement, l'amélioration ou l'actualisation d'autres politiques de lutte antitabac qui se sont avérées plus efficaces que les mesures TPP pour réduire le tabagisme et qui sont moins restrictives pour le commerce.[3285]

7.1349. L'Indonésie fait aussi référence à la communication de l'Union européenne en tant que tierce partie selon laquelle même une mesure qui irait jusqu'à éliminer le tabagisme en Australie ne pourrait être qualifiée de solution de rechange au regard de la norme proposée par l'Australie si elle n'avait pas un effet sur l'attrait de l'emballage. Elle fait également référence à l'observation formulée par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)* selon laquelle "[l]a mesure de rechange proposée peut réaliser l'équivalence différemment de la mesure en cause".[3286]

7.1350. L'Indonésie estime que le Groupe spécial doit d'abord déterminer la contribution à l'objectif de la mesure (des mesures), qu'elle identifie comme étant de ramener à 10% le taux de prévalence du tabagisme en Australie d'ici à 2018 et de réduire de 50% le nombre des fumeurs parmi les aborigènes et les habitants des îles du Détroit de Torres. Une mesure qui réduit à la fois la prévalence et la consommation pourrait être considérée de manière plus favorable qu'une mesure qui réduit la seule prévalence, et il ne devrait pas être constaté qu'une mesure qui réduirait seulement la consommation sans aucune incidence sur la prévalence a apporté une contribution à l'objectif de l'Australie consistant à réduire la prévalence du tabagisme. L'Indonésie fait valoir que lorsque la contribution d'une mesure contestée ne peut être évaluée que qualitativement, un groupe spécial doit essayer d'évaluer si la mesure contestée apporte (ou est apte à apporter) une contribution qui est supérieure à celle des solutions de rechange proposées.[3287]

7.1351. L'Indonésie fait valoir que la question de savoir quelle mesure est "moins restrictive pour le commerce" devrait être évaluée en comparant la mesure contestée avec les solutions de rechange proposées et en sélectionnant la mesure qui interfère le moins avec les possibilités "de concurrence" offertes aux produits sur le marché.[3288]

7.1352. En outre, l'Indonésie fait valoir que l'Australie n'a fourni aucun élément de preuve indiquant que des synergies existaient ni n'a même expliqué exactement quelle était la nature de la "synergie" entre l'emballage neutre et les autres éléments de sa stratégie de lutte antitabac.[3289]

7.1353. L'Australie fait valoir que l'approche suivie par les plaignants pour la comparaison des solutions de rechange dans les présentes procédures représente "une rupture radicale par rapport à la jurisprudence applicable car les mesures "de rechange" proposées, à une exception près, sont déjà mises en œuvre dans le cadre de sa politique globale de lutte antitabac". Elle fait référence à l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, dans laquelle "le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont conclu tous les deux que des mesures qui étaient déjà des éléments d'une stratégie globale visant à faire face aux problèmes de santé ne constituaient pas des "solutions de rechange" valables".[3290] Elle ajoute que l'Organe d'appel "a souscrit à cette analyse" et ajouté que "[l]a substitution d'un élément de cette politique globale à un autre affaiblirait la politique en réduisant les synergies entre ses composants, ainsi que son effet total".[3291]

[3285] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 290.
[3286] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 291.
[3287] Indonésie, réponse à la question n° 165 du Groupe spécial.
[3288] Indonésie, réponse à la question n° 165 du Groupe spécial.
[3289] Indonésie, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 157 du Groupe spécial.
[3290] Australie, première communication écrite, paragraphe 704 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 7.169, 7.171 et 7.172); et deuxième communication écrite, paragraphe 551.
[3291] Australie, première communication écrite, paragraphe 704 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 172); deuxième communication écrite, paragraphe 551; et réponse à la question n° 165 du Groupe spécial.

7.1354. Tout en notant qu'une mesure de rechange peut atteindre un degré équivalent de contribution différemment du règlement technique en cause[3292], l'Australie fait valoir que lorsqu'une mesure de rechange proposée contribue à l'objectif de santé publique différemment du règlement technique en cause mais de la même manière que des éléments existant dans la stratégie globale, elle n'apportera pas un degré équivalent de contribution.[3293] Elle dit en outre que le raisonnement du Groupe spécial *Chine – Terres rares* "ne s'applique pas en l'espèce parce qu['elle] a expliqué pourquoi les variantes d'éléments existants de la stratégie de lutte antitabac de l'Australie proposées par les plaignants ne pouvaient pas être des solutions de rechange efficaces pour remplacer les [mesures TPP], compte tenu des synergies et des complémentarités entre l'emballage neutre du tabac et ces éléments".[3294]

7.1355. L'Australie considère que, hormis le "système de contrôle préalable" proposé, les solutions de rechange proposées par les plaignants "sont d'exactes répliques ou, dans le cas du relèvement proposé de l'âge minimum légal pour l'achat, de légères variantes de mesures [qu'elle] a déjà mises en œuvre". Elle indique qu'une approche globale et dynamique de la lutte antitabac est requise, de sorte qu'aucune des mesures de rechange proposées par les plaignants ne peut remplacer la contribution de la mesure concernant l'emballage neutre à ses objectifs car cette mesure joue un rôle distinct et complémentaire à l'intérieur d'une série de mesures de lutte antitabac.[3295] Elle fait valoir que les synergies entre les mesures peuvent amplifier l'effet global des stratégies de lutte antitabac plus qu'une mesure individuelle à elle seule. Par exemple, l'emballage neutre du tabac, en diminuant l'attrait des produits du tabac, accroît aussi l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites. Il est donc logique que les mises en garde sanitaires explicites agrandies, combinées avec l'emballage neutre du tabac, engendrent un effet plus marqué que l'une ou l'autre mesure à elle seule.[3296]

7.1356. L'Australie fait valoir que l'hétérogénéité croissante de la consommation de tabac renforce la nécessité d'une approche globale de la lutte antitabac et que les stratégies de lutte antitabac doivent cibler tous les comportements tabagiques[3297] et s'appliquer à tous les produits du tabac afin d'éviter un vide réglementaire qui, s'il n'y est pas remédié, pourrait être exploité par l'industrie du tabac ou permettre aux consommateurs d'échapper aux mesures associées à des produits du tabac particuliers.[3298] Elle indique que les approches globales de la lutte sont compatibles avec la FCTC et visées à l'article 5 de la FCTC.[3299]

7.1357. L'Australie fait valoir que l'affirmation du Honduras selon laquelle le raisonnement de l'Organe d'appel dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés* ne s'applique pas aux circonstances de l'espèce parce que l'emballage neutre du tabac fonctionne isolément et non en synergie avec les mesures de rechange proposées représente une "interprétation fondamentalement erronée du

[3292] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 553 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.269); et réponse à la question n° 165 du Groupe spécial.

[3293] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 553 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 172); et réponse à la question n° 165 du Groupe spécial.

[3294] Australie, observations sur les réponses des plaignants à la question n° 156 du Groupe spécial.

[3295] Australie, première communication écrite, paragraphe 706; et réponse à la question n° 165 du Groupe spécial.

[3296] Australie, première communication écrite, paragraphes 40 et 41 (faisant référence au rapport de 2000 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-53), page 6). Voir aussi Australie, première communication écrite, paragraphes 706 et 38.

[3297] Australie, première communication écrite, paragraphes 42 et 43 (faisant référence à USCDC, Meilleures pratiques en matière de programmes globaux de lutte antitabac (pièce AUS-50), page 19).

[3298] Australie, première communication écrite, paragraphes 44 et 45.

[3299] Australie, première communication écrite, paragraphe 47 (faisant référence à l'article 5 de la FCTC, qui se lit comme suit: "Chaque Partie élabore, met en œuvre, actualise et examine périodiquement des stratégies et des plans et programmes nationaux multisectoriels globaux de lutte antitabac conformément aux dispositions de la Convention et des protocoles auxquels elle est Partie.") Voir aussi *ibid.*, le paragraphe 46 (faisant référence à OMS/FCTC, mémoire d'*amicus curiae*) (pièce AUS-42 (révisée)), le paragraphe 72, qui est ainsi libellé: "[L]a lutte contre le tabagisme repose sur la mise en œuvre de mesures multisectorielles globales qui fonctionnent conjointement comme des interventions cumulatives dans le cadre d'un système de réglementation complémentaire.").

fonctionnement des [mesures TPP], de la stratégie nationale de l'Australie concernant le tabac et de la meilleure pratique en matière de lutte antitabac".[3300]

7.1358. L'Australie affirme que le Groupe spécial "doit aussi prendre en compte les mécanismes ou l'enchaînement de causalité spécifiques de la mesure pour évaluer si les solutions de rechange identifiées par les plaignants apporteront une contribution équivalente aux objectifs généraux des [mesures TPP] consistant à réduire la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits". À cet égard, elle estime que pour être considérées comme des solutions de rechange, les mesures proposées, quelles qu'elles soient, doivent "préserv[er] le droit du Membre défendeur d'assurer le niveau de protection qu'il souhaite pour ce qui est de l'objectif poursuivi".[3301] Selon elle, par conséquent, toutes mesures de rechange proposées doivent apporter une contribution équivalente à son objectif général d'amélioration de la santé publique, compte tenu du fait que ces mesures font partie de son éventail global de mesures de lutte antitabac. L'Australie indique que les mesures TPP sont un élément "à l'intérieur d'une série globale de mesures visant conjointement à améliorer la santé publique" et que "les mécanismes spécifiques par lesquels [ladite mesure] fonctionne sont un élément central de sa conception et de sa structure et éclairent la mesure dans laquelle une mesure de rechange proposée, qui réduit la gamme des mécanismes employés dans sa stratégie de lutte antitabac, est capable d'apporter une contribution équivalente aux objectifs énoncés à l'alinéa 31) de la Loi TPP".[3302] Selon elle, plus la série de "mécanismes spécifiques" employés dans sa stratégie de lutte antitabac est limitée, plus il est difficile d'influer sur le comportement de l'ensemble de consommateurs le plus large possible, et plus la série de mesures en place est limitée, plus est grande la possibilité qu'il y ait des failles réglementaires.[3303]

7.1359. De plus, l'Australie fait valoir que la "localisation temporelle attendue" de la contribution d'une mesure est sans pertinence pour l'évaluation par un groupe spécial de l'équivalence de contribution.[3304] Elle dit aussi que dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés* l'Organe d'appel "a considéré qu'il était suffisant de démontrer qu'un règlement technique était apte à contribuer à ses objectifs "à un certain moment dans le temps"", et rien dans l'analyse effectuée par l'Organe d'appel dans le différend en question ni dans aucun autre ne donne à penser que la "localisation temporelle attendue" de la contribution d'une mesure ait une quelconque influence pertinente sur la détermination de l'équivalence entre la contribution d'une mesure contestée et celle d'une mesure de rechange proposée.[3305]

7.1360. L'Australie affirme que les mesures TPP restreignent le commerce "seulement dans la mesure nécessaire pour accomplir leur degré de contribution à ses objectifs de santé publique", de sorte que toute mesure de rechange qui est moins restrictive pour le commerce, "en réduisant le volume des importations de produits du tabac dans une moindre mesure, apporterait une contribution moindre aux objectifs de santé publique de la mesure". En outre, elle indique que "toute mesure de rechange proposée qui est plus efficace que l'emballage neutre du tabac réduirait le volume des importations dans une plus grande mesure et serait donc plus restrictive pour le commerce"[3306] et que "toute mesure de rechange proposée apportant une contribution équivalente aux objectifs de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac devrait réduire le volume des importations de produits du tabac dans la même mesure, et serait donc également (et non pas moins) restrictive pour le commerce que la mesure contestée".[3307]

7.1361. Selon l'Australie, une comparaison des réductions relatives de la valeur du commerce causées par la mesure contestée et par les solutions de rechange proposées n'est pas pertinente dans les circonstances des présentes procédures, parce que "le Groupe spécial ne dispose d'aucun

[3300] Australie, observations sur les réponses des plaignants à la question n° 163 du Groupe spécial. Voir aussi Australie, observations sur les réponses des plaignants à la question n° 161 du Groupe spécial.
[3301] Australie, réponse à la question n° 64 du Groupe spécial (citant le rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 156).
[3302] Australie, réponse aux questions n° 64 et 69 du Groupe spécial. Voir aussi Australie, réponse à la question n° 64 du Groupe spécial (citant les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique),* paragraphe 5.254).
[3303] Australie, réponse à la question n° 64 du Groupe spécial. Voir aussi Australie, réponse à la question n° 69 du Groupe spécial; et observations sur les réponses des plaignants à la question n° 157 du Groupe spécial.
[3304] Australie, observations sur les réponses des plaignants à la question n° 157 du Groupe spécial.
[3305] Australie, observations sur les réponses des plaignants à la question n° 157 du Groupe spécial.
[3306] Australie, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.
[3307] Australie, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.

élément de preuve étayant la conclusion que [les mesures TPP sont] restrictives pour le commerce au motif qu['elles ont] réduit la valeur du commerce global des produits du tabac sur le marché australien".[3308] L'Australie note que "le fait que les augmentations des droits d'accise soient la principale cause de descente en gamme est admis par toutes les parties au différend, par les experts en matière de santé publique et, au demeurant, par l'industrie du tabac".[3309] Par conséquent, si "la descente en gamme, en elle-même et à elle seule, témoigne du caractère restrictif pour le commerce, une augmentation des droits d'accise serait beaucoup plus restrictive pour le commerce que l'emballage neutre du tabac".[3310] De plus, faisant référence aux arguments des plaignants relatifs à la limitation des "possibilités de concurrence" et des "libertés", elle note qu'un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat, "de par sa conception, sa structure et son fonctionnement attendu, élimin[erait] complètement une "possibilité de concurrence" ou "liberté" dont dispose actuellement l'industrie du tabac sur le marché australien, à savoir la possibilité de faire licitement concurrence pour les ventes de produits du tabac aux consommateurs âgés de 18 à 21 ans".[3311] C'est, selon elle, une restriction plus marquée de la "liberté" que les limitations concernant la capacité de faire usage de certains éléments d'identification de la marque sur l'emballage.[3312] S'agissant du contrôle préalable, l'Australie indique que "les plaignants soutiennent que toute augmentation des coûts de mise en conformité, en elle-même et à elle seule, équivaut à un caractère restrictif pour le commerce et qu'"[elle] a exposé les coûts de mise en conformité, coûts réglementaires et autres coûts très significatifs qui seraient imposés à la branche de production et aux nouveaux venus si un système de "contrôle préalable" utilisateur-payeur devait être introduit".[3313] Elle considère en outre que l'argument de la République dominicaine selon lequel le caractère restrictif pour le commerce des mesures de rechange devrait être considéré sous "le prisme des accords visés n'a aucun fondement juridique de quelque sorte que ce soit".[3314]

7.2.5.6.1.2 Analyse du Groupe spécial

7.1362. Comme il est dit plus haut, un plaignant peut s'efforcer d'indiquer une mesure de rechange possible qui "est moins restrictive pour le commerce, apporte une contribution équivalente à l'objectif pertinent et est raisonnablement disponible", au moment d'établir *prima facie* qu'un règlement technique est plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire.[3315] Ces solutions de rechange sont des "outils conceptuels" permettant de démontrer qu'un règlement technique est plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire.[3316]

7.1363. Il incombe au plaignant d'indiquer une mesure de rechange proposée possible qui est moins restrictive pour le commerce, apporte une contribution équivalente à l'objectif pertinent et est raisonnablement disponible. Si cela est fait, il incombe alors au Membre défendeur de réfuter les éléments *prima facie* du plaignant en présentant des éléments de preuve et arguments montrant que la mesure contestée n'est pas plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire en démontrant, par exemple, que la mesure de rechange indiquée par le plaignant n'est pas, en fait, "raisonnablement disponible", n'est pas moins restrictive pour le commerce ou n'apporte pas de contribution équivalente à l'accomplissement de l'objectif légitime pertinent.[3317]

7.1364. Globalement, donc, pour constituer le fondement d'une détermination établissant que la mesure contestée est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire, une mesure de rechange proposée devrait satisfaire cumulativement à tous les éléments de l'analyse comparative.

[3308] Australie, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.
[3309] Australie, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial; et observations sur les réponses des plaignants aux questions n° 151 et 165 du Groupe spécial.
[3310] Australie, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial; et observations sur les réponses des plaignants aux questions n° 151 et 165 du Groupe spécial.
[3311] Australie, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial; et observations sur les réponses des plaignants aux questions n° 151 et 165 du Groupe spécial.
[3312] Australie, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial; et observations sur les réponses des plaignants aux questions n° 151 et 165 du Groupe spécial.
[3313] Australie, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial; et observations sur les réponses des plaignants aux questions n° 151 et 165 du Groupe spécial.
[3314] Australie, observations sur les réponses des plaignants aux questions n° 151 et 165 du Groupe spécial.
[3315] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 323; *États-Unis – EPO*, paragraphe 379; et *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.213.
[3316] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.213.
[3317] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 323.

Il devrait ainsi être démontré qu'une mesure de rechange proposée serait non seulement moins restrictive pour le commerce que les mesures contestées, mais aussi qu'elle apporterait au moins une contribution équivalente à l'objectif poursuivi par celles-ci et serait "raisonnablement disponible" pour le Membre en tant que solution de rechange pour remplacer les mesures contestées.[3318]

7.1365. Une comparaison du caractère restrictif pour le commerce[3319] d'un règlement technique contesté avec le caractère restrictif pour le commerce d'une mesure de rechange proposée requiert d'abord l'identification du caractère restrictif pour le commerce de la solution de rechange proposée. Évaluer le caractère restrictif pour le commerce d'une mesure requiert d'évaluer le degré de caractère restrictif pour le commerce de cette mesure, et non simplement de déterminer si la mesure implique ou non une certaine restriction au commerce.[3320] Cela est nécessaire en particulier pour permettre d'effectuer une comparaison consistant à déterminer si une solution de rechange proposée est "moins" restrictive pour le commerce que le règlement technique contesté et pour formuler une conclusion sur le point de savoir si les mesures contestées sont "*plus* restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire" au sens de l'article 2.2.[3321] La nature de cette évaluation n'est pas différente de celle du degré du caractère restrictif pour le commerce des mesures contestées dans l'"analyse relationnelle" qui précède, en ce sens que cet examen concerne pareillement la mesure dans laquelle la solution de rechange proposée aurait un effet limitatif sur le commerce.[3322] Pour que la comparaison soit significative, les mêmes paramètres doivent être appliqués aux deux évaluations dans la plus grande mesure possible. Il se peut toutefois que les éléments de preuve disponibles en ce qui concerne une mesure de rechange proposée soient limités quant à leur nature et leur qualité par le fait qu'il s'agit, par nature, d'un outil conceptuel hypothétique. De plus, il peut y avoir des limites intrinsèques et des contraintes quant au degré de précision avec lequel cette comparaison peut être effectuée, selon la manière dont le règlement technique contesté et la mesure de rechange proposée, chacun, fonctionneraient et, partant, influeraient sur le commerce international.

7.1366. De même, s'agissant de la contribution apportée par le règlement technique en cause et par une mesure de rechange proposée, les *degrés* de contribution respectifs de ces mesures à l'objectif poursuivi doivent d'abord être établis, en tant que condition préalable à une évaluation de leur équivalence.[3323]

7.1367. Nous notons à cet égard les arguments des plaignants concernant la nature des éléments de preuve devant être pris en compte dans l'évaluation du degré de contribution de leurs mesures de rechange proposées (y compris la question de savoir si l'évaluation devrait être fondée sur des éléments de preuve qualitatifs ou quantitatifs) et la façon dont la comparaison avec la contribution des mesures TPP devrait être effectuée. Comme cela est expliqué plus haut, la nature de cette comparaison, qui est fondée en partie sur une situation hypothétique, implique intrinsèquement qu'il peut exister des limites quant au degré de précision pouvant être atteint lorsque l'on évalue le degré de contribution d'une mesure de rechange proposée. De plus, la disponibilité et la qualité des éléments de preuve pertinents influent également sur le degré de précision avec lequel le degré de contribution des mesures contestées elles-mêmes peut être déterminé. Néanmoins, comme il est expliqué plus haut, cela ne soustrait pas le Groupe spécial à son devoir d'évaluer les degrés relatifs de contribution des mesures contestées et des mesures de rechange proposées et ensuite de prendre en compte cette évaluation pour procéder à son évaluation globale. De fait, nous devons nous efforcer d'établir aussi précisément que possible, compte tenu de l'intégralité des éléments de preuve pertinents qui nous ont été présentés, le degré de contribution que les solutions de rechange proposées apporteraient à l'objectif. À cet égard, comme c'était le cas pour la détermination du degré de contribution des mesures TPP à leur objectif, nous ne jugeons pas approprié d'exclure *a priori* de l'examen certains types d'éléments de preuve (par exemple les éléments de preuve de nature qualitative ou de nature quantitative). En fait, nous devons prendre en compte tous les éléments de preuve pertinents dont nous disposons, dans la mesure où ils

[3318] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.213.
[3319] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 471.
[3320] Voir le rapport de l'Organe d'appel *Colombie – Textiles*, paragraphe 5.104 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Argentine – Services financiers*, paragraphe 6.234).
[3321] Voir le rapport de l'Organe d'appel *Colombie – Textiles*, paragraphe 5.116.
[3322] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 375 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 319.
[3323] Voir le rapport de l'Organe d'appel *Colombie – Textiles*, paragraphe 5.116.

peuvent éclairer notre évaluation du degré de contribution qui serait attendu d'une mesure de rechange proposée.

7.1368. Le degré de contribution d'une mesure de rechange proposée à l'objectif poursuivi par le Membre ayant été déterminé dans la mesure possible, une comparaison des contributions respectives des mesures contestées et des solutions de rechange proposées devrait être fondée sur la question de savoir si l'on peut dire que ces contributions sont "équivalentes". Ce qui est pertinent dans une évaluation de l'"équivalence" est "le degré global de contribution que le règlement technique apporte à l'objectif poursuivi … et non un quelconque aspect ou élément particulier de la contribution pris isolément". Ainsi que l'Organe d'appel l'a expliqué, les contours exacts de cette évaluation peuvent varier d'une affaire à l'autre et devraient tenir compte "des caractéristiques du règlement technique en cause révélées par sa conception et sa structure, ainsi que de la nature de l'objectif poursuivi, et de la nature, de la quantité et de la qualité des éléments de preuve disponibles".[3324]

7.1369. En outre, pour chercher à démontrer cette équivalence, un plaignant n'a pas besoin de démontrer que sa mesure de rechange proposée atteint un degré de contribution identique à celui qui est atteint par le règlement technique contesté. En fait, une mesure de rechange proposée peut atteindre un degré équivalent de contribution différemment du règlement technique en cause[3325] et il y a une marge d'appréciation dans cette évaluation.[3326] Cette marge d'appréciation peut être éclairée par la nature des risques et la gravité des conséquences découlant de la non-réalisation de l'objectif du règlement technique.[3327] Nous notons à cet égard l'observation de l'Organe d'appel selon laquelle la nécessité de l'équivalence des degrés de contribution respectifs est conforme au principe énoncé dans le sixième considérant du préambule de l'Accord OTC – à savoir qu'un Membre ne sera pas empêché de poursuivre un objectif légitime "aux niveaux qu'il considère appropriés".[3328]

7.1370. Compte tenu de la nature hypothétique d'une mesure de rechange proposée, une certaine imprécision dans l'évaluation de l'équivalence des degrés de contribution respectifs d'un règlement technique et d'une solution de rechange proposée est à prévoir et peut s'avérer inévitable.[3329] À titre d'exemple, l'Organe d'appel note qu'"un règlement technique et les mesures de rechange proposées peuvent employer diverses méthodes ou techniques contribuant conjointement ou séparément à l'accomplissement de l'objectif poursuivi, qui ne sont peut-être pas chacune quantifiables isolément".[3330] Cependant, cette imprécision ne devrait pas, en elle-même et à elle seule, "soustraire un groupe spécial à son devoir d'évaluer l'équivalence des degrés de contribution respectifs", et un groupe spécial devrait procéder à l'exercice général de soupesage et de mise en balance au titre de l'article 2.2 malgré cette imprécision.[3331] Nous sommes guidés par ces considérations dans notre évaluation.

7.1371. Nous rappelons aussi la prescription imposant de tenir compte "des risques que la non-réalisation entraînerait", qui donne à penser que la comparaison de la mesure contestée avec une mesure de rechange possible devrait être effectuée eu égard à "la nature des risques en cause et à la gravité des conséquences qui découleraient de la non-réalisation de l'objectif légitime"[3332] en tant qu'élément à soupeser et mettre en balance dans la détermination.[3333] Ce facteur peut

[3324] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphes 5.216, 5.254 et 5.255.
[3325] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphes 5.215 et 5.254.
[3326] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 373; et *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphes 5.215 et 5.254.
[3327] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.215.
[3328] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.214. Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 373.
[3329] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.216.
[3330] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.216 et note de bas de page 660 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 151).
[3331] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.216.
[3332] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 321.
[3333] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 321.

influencer en particulier la marge d'appréciation dont dispose le Groupe spécial pour évaluer l'équivalence des degrés de contribution respectifs.[3334]

7.1372. Dans le contexte des présentes procédures, comme nous l'avons établi précédemment, la nature des risques que la non-réalisation de l'objectif légitime de l'Australie entraînerait est que la santé publique ne serait pas améliorée car la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits ne seraient pas réduites.[3335] Nous avons constaté aussi que les conséquences découlant de la non-réalisation de cet objectif pour la santé publique étaient particulièrement graves. Nous prendrons donc dûment en compte ce facteur dans notre comparaison des mesures TPP avec les solutions de rechange proposées par les plaignants.

7.1373. Enfin, une mesure de rechange proposée au titre de l'article 2.2 doit être "raisonnablement disponible" pour le Membre défendeur.[3336] Il peut être constaté qu'une mesure de rechange n'est pas raisonnablement disponible lorsqu'elle est de nature purement théorique, par exemple, lorsque le Membre défendeur n'est pas capable de l'adopter ou lorsque la mesure impose une charge indue à ce Membre, par exemple des coûts prohibitifs ou des difficultés techniques substantielles.[3337]

7.1374. La nature et le degré des éléments de preuve exigés pour qu'un plaignant établisse la "disponibilité raisonnable" d'une mesure de rechange proposée "varieront forcément d'une mesure à l'autre et d'une affaire à l'autre".[3338] Le fait que l'évaluation se rapporte à des mesures de rechange proposées qui fonctionnent comme des "outil[s] conceptuel[s]" éclaire la nature et le degré des éléments de preuve exigés pour établir la "disponibilité raisonnable" des mesures de rechange proposées, en vue de fournir des éléments *prima facie* au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC.[3339]

7.1375. Bien qu'il lui incombe d'établir *prima facie* que sa mesure de rechange proposée est raisonnablement disponible[3340], le plaignant n'est pas tenu au titre de l'article 2.2 de fournir des renseignements détaillés concernant la manière dont une solution de rechange proposée serait mise en œuvre par le défendeur dans les faits, ni des estimations précises et exhaustives des coûts que cette mise en œuvre entraînerait.[3341] En fait, "une fois qu'un plaignant a établi *prima facie* que la solution de rechange proposée est raisonnablement disponible pour le défendeur, ce serait au défendeur qu'il incomberait de présenter des éléments de preuve spécifiques montrant que les coûts associés seraient prohibitifs, ou que les difficultés techniques

---

[3334] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphes 5.254 et 5.269.

[3335] Voir plus haut le paragraphe 7.1322.

[3336] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 323; *États-Unis – EPO*, paragraphe 379; et *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.327.

[3337] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 156 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 308).

[3338] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.327 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Chili – Système de fourchettes de prix (article 21:5 – Argentine)*, paragraphe 134, qui fait référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laines*, page 16; et *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 157).

[3339] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.328 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 320).

[3340] Cela doit être comparé avec l'article XX du GATT de 1994, l'Organe d'appel établissant une distinction dans les termes suivants:

> [N]ous relevons des différences entre, d'une part, la charge incombant au défendeur au titre de l'article XX du GATT de 1994 de prouver qu'une mesure de rechange proposée par le plaignant imposerait une charge indue – par exemple, du fait d'un coût prohibitif ou de difficultés techniques substantielles – et que cette solution de rechange n'est donc *pas* raisonnablement disponible et, d'autre part, la charge incombant au plaignant au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC d'établir *prima facie* que la mesure de rechange qu'il propose serait raisonnablement disponible.

Voir les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.337 (italique dans l'original).

[3341] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.334.

seraient tellement substantielles que la mise en œuvre de cette solution de rechange entraînerait une charge indue pour le Membre en question".[3342]

7.1376. Ayant précisé le fondement général de notre évaluation, nous examinons certaines questions soulevées par les parties en ce qui concerne la manière dont l'analyse comparative devrait être abordée, dans une situation où la mesure en cause fait partie "d'une suite plus complexe de mesures visant le même objectif".[3343]

7.1377. L'argument premier de l'Australie en ce qui concerne trois des quatre mesures de rechange proposées par les plaignants est que ce ne sont pas de "véritables" solutions de rechange aux fins de l'évaluation juridique au titre de l'article 2.2. L'Australie indique que, "[h]ormis le "système de contrôle préalable" proposé, les "solutions de rechange" proposées par les plaignants "sont d'exactes répliques ou, dans le cas du relèvement proposé de l'âge minimum légal pour l'achat, de légères variantes de mesures [qu'elle] a déjà mises en œuvre".[3344] À cet égard, elle s'appuie sur les déterminations établies par l'Organe d'appel dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*.[3345]

7.1378. L'Australie fait valoir qu'elle a "déjà expliqué … pourquoi une approche globale et dynamique de la lutte antitabac [était] requise" et que, "[c]ela étant, aucune des "mesures de rechange" proposées ne peut remplacer la contribution de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac à ses objectifs car cette mesure joue un rôle distinct et complémentaire à l'intérieur d'une série de mesures de lutte antitabac".[3346]

7.1379. Les plaignants estiment que certaines modifications apportées aux mesures existantes peuvent néanmoins être considérées comme des mesures de rechange. Le Honduras indique par exemple que le "champ des mesures de rechange valables inclut non seulement les mesures qui sont nouvelles pour le Membre défendeur mais aussi les mesures qui consistent à accroître l'importance d'une mesure existante ou à améliorer une mesure existante".[3347] La République dominicaine fait valoir qu'une "mesure proposée est une solution de rechange si elle est différente dans ses effets quant au fond d'une mesure existante, y compris du point de vue de l'étendue de la contribution à l'objectif pertinent" et qu'une "mesure de rechange peut donc inclure maintes caractéristiques d'une mesure existante mais avec un élément de réglementation *plus strict*".[3348] Ces plaignants font référence aux décisions du Groupe spécial *Chine – Terres rares* confirmant selon eux que, pour reprendre la formulation de la République dominicaine, une mesure de rechange raisonnablement disponible "peut être une version améliorée d'une mesure existante".[3349]

7.1380. Nous traiterons, dans le cadre de notre évaluation, la question de savoir si chacune des mesures spécifiques proposées par les plaignants est en effet une "solution de rechange" aux fins de notre analyse de ces propositions. À ce stade, nous examinons les précisions pertinentes apportées dans les décisions antérieures mentionnées par les parties et la façon dont elles peuvent éclairer ce qui est considéré comme une "solution de rechange" dans un contexte où différentes mesures sont maintenues en vue d'un objectif commun.

7.1381. Dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, le Groupe spécial a examiné un certain nombre de solutions de rechange proposées par les Communautés européennes pour remplacer l'interdiction d'importer des pneumatiques rechapés imposée par le Brésil et a constaté qu'elles avaient déjà été mises en œuvre par le Brésil ou étaient en train de l'être. Il a donc conclu que "les

---

[3342] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.338.

[3343] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.216, note de bas de page 660 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 151).

[3344] Australie, première communication écrite, paragraphe 705.

[3345] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 172.

[3346] Australie, première communication écrite, paragraphe 706.

[3347] Honduras, première communication écrite, paragraphe 823.

[3348] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 631. (italique dans l'original)

[3349] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 747. Voir aussi République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 631 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *Chine – Terres rares*, paragraphe 7.186) et Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 587 et 588.

mesures de rechange identifiées par les Communautés européennes pour éviter la production de déchets ne constitu[aient] pas des solutions de rechange qui pourraient être appliquées *en remplacement de* l'interdiction d'importer des pneumatiques rechapés pour réaliser son objectif, à savoir empêcher la production de pneumatiques de rebut dans toute la mesure du possible".[3350] En appel, l'Organe d'appel a constaté ce qui suit:

> En fait, comme l'interdiction d'importer, ces mesures existent déjà en tant qu'éléments d'une stratégie globale conçue par le Brésil pour traiter la question des pneumatiques de rebut. La substitution d'un élément de cette politique globale à un autre affaiblirait la politique en réduisant les synergies entre ses composants, ainsi que son effet total. Nous sommes donc d'avis que le Groupe spécial n'a pas fait erreur en rejetant en tant que solutions de rechange pour remplacer l'interdiction d'importer les composants de la politique du Brésil concernant les pneumatiques de rebut qui étaient complémentaires de l'interdiction d'importer.[3351]

7.1382. Dans l'affaire *Chine – Terres rares*, la Chine faisait valoir que les mesures de rechange indiquées par les plaignants "n'étaient pas en fait des "solutions de rechange" car elle imposait déjà de telles mesures". Le Groupe spécial a admis cette affirmation mais a observé ce qui suit:

> [L]a Chine n'a pas expliqué pourquoi elle ne pouvait pas, comme solution de rechange pour remplacer les droits d'exportation (dont le Groupe spécial a déjà constaté qu'ils étaient incompatibles avec les règles de l'OMC et n'étaient pas à même d'apporter une contribution importante à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux), *augmenter* les restrictions en volume à l'extraction et à la production, *augmenter* les contrôles de la pollution à l'extraction et à la production, *augmenter* la taxe sur les ressources et/ou *augmenter* la taxe sur la pollution. À cet égard, le fait que la Chine impose déjà ces types de mesures n'explique pas pourquoi *l'augmentation des taux* (par exemple de la taxe sur les ressources) n'est pas une "solution de rechange" pour remplacer les droits d'exportation.[3352]

7.1383. Ces décisions apportent un éclairage sur des aspects de notre analyse comparative pertinents pour notre analyse dans les présentes procédures.

7.1384. Premièrement, nous souscrivons à l'affirmation de l'Australie, qui fait écho au raisonnement du Groupe spécial et de l'Organe d'appel dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés,* selon laquelle dans les cas où un Membre défendeur maintient la mesure en cause en tant qu'"élément[] [d'une] politique globale", la substitution d'un autre "élément de cette politique globale" à la mesure en cause peut "affaibl[ir] la politique en réduisant les synergies entre" les composants de cet ensemble, ainsi que la totalité de ses effets.[3353] Eu égard à ce qui précède, il est approprié de tenir dûment compte, dans une analyse comparative au titre de l'article 2.2, du contexte dans lequel la mesure contestée est appliquée, y compris, dans les cas où cela sera pertinent, du fait qu'elle peut constituer un composant d'une politique globale. Cela est également compatible, à notre avis, avec la nécessité de tenir compte, comme l'a dit l'Organe d'appel, "des caractéristiques du règlement technique en cause révélées par sa conception et sa structure, ainsi que de la nature de l'objectif poursuivi, et de la nature, de la quantité et de la qualité des éléments de preuve disponibles" pour évaluer les contributions relatives de la mesure contestée et des mesures de rechange proposées à l'objectif poursuivi par le Membre défendeur.[3354]

7.1385. Deuxièmement, même si nous acceptons l'argument de l'Australie selon lequel la déclaration susmentionnée de l'Organe d'appel dans l'affaire *Chine – Terres rares* a été formulée pour les besoins de l'argumentation, nous souscrivons à l'hypothèse dont il apparaît qu'elle sous-tend le raisonnement du Groupe spécial dans l'affaire en question – à savoir, qu'une mesure

---

[3350] Rapport du Groupe spécial *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 7.172. (italique dans l'original)

[3351] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 172. (note de bas de page omise)

[3352] Rapports du Groupe spécial *Chine – Terres rares*, paragraphe 7.186. (italique dans l'original)

[3353] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 172.

[3354] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.215.

proposée qui est une *variante* d'une mesure existante peut constituer une solution de rechange valable. De fait, cela est compatible avec l'observation de l'Organe d'appel selon laquelle les mesures de rechange ont "un caractère hypothétique dans le contexte de l'analyse au titre de l'article 2.2 parce qu'elles n'existent pas encore dans le Membre en question, *ou du moins pas sous la forme particulière proposée par le plaignant*".[3355] Cela confirme qu'une mesure peut être une solution de rechange valable lorsqu'elle existe dans le Membre défendeur, même si c'est sous une forme différente de celle qui est proposée par le plaignant. En pareil cas, c'est la *variante* proposée par les plaignants en remplacement de la mesure contestée qui ferait l'objet de l'analyse comparative au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, y compris la question de savoir si cette variante d'une mesure existante apporterait une contribution équivalente à l'objectif poursuivi par le Membre défendeur.

7.1386. S'agissant des implications de ces considérations générales pour notre évaluation, nous rappelons notre conclusion que l'objectif des mesures TPP est d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits. Les mesures TPP cherchent à accomplir cet objectif en réduisant l'attrait des produits du tabac, en augmentant l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et en diminuant l'aptitude de l'emballage pour la vente au détail de produits du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme ou de la consommation de produits du tabac.[3356] Nous avons conclu plus haut que les éléments de preuve qui nous étaient présentés, pris dans leur totalité, étayaient la conclusion que les mesures TPP, combinées avec d'autres mesures de lutte antitabac maintenues par l'Australie (y compris les mises en garde sanitaires explicites agrandies introduites en même temps que les mesures TPP), apportaient une contribution significative à l'objectif de l'Australie consistant à améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits.

7.1387. Nous rappelons aussi le contexte réglementaire de la lutte antitabac en Australie, tel qu'il est énoncé dans la section 2.2 des présents rapports. Comme il est expliqué plus haut en détail, l'Australie maintient une série de mesures de lutte antitabac, y compris des restrictions de la publicité et de la promotion des produits du tabac, des mesures fiscales et des restrictions de la vente des produits du tabac.[3357] Nous rappelons aussi le contexte immédiat dans lequel l'Australie a adopté les mesures TPP, à savoir comme l'une des quatre mesures qu'elle annonçait pour "donner suite [aux] recommandations de la [NPHT]", y compris une majoration de 25% des droits d'accise sur le tabac, des restrictions à la publicité australienne des produits du tabac sur Internet et des dépenses supplémentaires pour les campagnes antitabac.[3358] L'Australie a expliqué, documents à l'appui, dans les présentes procédures que ces mesures faisaient partie d'une stratégie globale à long terme de lutte antitabac.[3359]

7.1388. En outre, nous notons que cette approche est compatible avec celle qui est exposée dans la FCTC, dont l'Australie a indiqué qu'elle cherchait à la mettre en œuvre entre autres choses au moyen des mesures TPP. Comme il est dit plus haut[3360], l'article 5 1) de la FCTC contient ainsi une "obligation[] générale[]" d'"élabor[er], [de mettre] en œuvre, [d']actualis[er] et [d']examin[er] périodiquement des stratégies et des plans et programmes nationaux multisectoriels globaux de lutte antitabac conformément" aux dispositions de la FCTC et des autres protocoles applicables.[3361]

7.1389. La FCTC embrasse une gamme globale d'actions visant à traiter différents aspects de la lutte antitabac.[3362] Cela ressort du fait qu'elle est structurée sur la base d'une distinction entre des

[3355] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.328. (pas d'italique dans l'original)

[3356] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 3 2).

[3357] Voir plus haut les sections 2.2.1 (Mises en garde sanitaires textuelles et illustrées obligatoires); 2.2.2 (Restrictions à la publicité et la promotion des produits du tabac); 2.2.3 (Mesures fiscales); 2.2.4 (Restrictions à la vente des produits du tabac); et 2.2.5 (Autres mesures, y compris interdictions de la consommation de produits du tabac dans différents lieux, campagnes de marketing social antitabac, mise à disposition de thérapies de remplacement de la nicotine et médicaments de sevrage tabagique, Quitlines et mesures contre le commerce illicite du tabac).

[3358] Voir plus haut le paragraphe 2.8.

[3359] Voir, par exemple, Australie, première communication écrite, section II.D.

[3360] Voir le paragraphe 2.101.

[3361] FCTC (pièces AUS-44, JE-19), article 5 1).

[3362] Voir plus haut la note de bas de page 1064 et, par exemple, l'analyse figurant aux paragraphes 7.327, 7.328 et 7.388.

mesures relatives à la réduction de la demande de tabac (qui incluent ce qui suit: mesures financières et fiscales; mesures pour la protection contre l'exposition à la fumée du tabac; réglementation de la composition des produits du tabac; réglementation des informations sur les produits du tabac à communiquer; mesures concernant le conditionnement et l'étiquetage des produits du tabac; éducation, communication, formation et sensibilisation du public; publicité en faveur du tabac, promotion et parrainage; mesures visant à réduire la demande en rapport avec la dépendance à l'égard du tabac et le sevrage tabagique)[3363] et des mesures relatives à la réduction de l'offre de tabac (qui incluent des mesures concernant le commerce illicite des produits du tabac et la vente aux mineurs et par les mineurs).[3364]

7.1390. Nous notons aussi que l'idée qu'il faudrait traiter la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits au moyen d'une combinaison de mesures fonctionnant conjointement est exprimée dans des publications de l'OMS[3365], de la Banque mondiale[3366], du Directeur du Service de santé publique des États-Unis[3367], de l'USIOM[3368] et des Centres des États-Unis pour la prévention et la lutte contre les maladies (USCDC).[3369] Cette approche multidimensionnelle reflète la multiplicité des facteurs dont il est reconnu qu'ils influent sur la consommation de tabac, comme nous l'avons vu plus haut.[3370]

7.1391. Ces éléments indiquent que les mesures TPP fonctionnent "dans le cadre d'une suite plus complexe de mesures visant le même objectif"[3371] et nous tiendrons dûment compte de ce contexte réglementaire plus large lorsque nous procéderons à notre évaluation comparative. En même temps, comme il est indiqué plus haut, cela ne veut pas dire que les plaignants ne pourraient pas indiquer comme solution de rechange pour remplacer les mesures TPP une mesure qui prendrait la forme d'une variante de l'une des autres mesures appliquées par l'Australie dans le cadre de sa série plus large de mesures visant à lutter contre le tabagisme.

7.2.5.6.2 Première mesure de rechange proposée: relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat

7.1392. Tous les plaignants font valoir que porter de 18 à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat de produits du tabac en Australie serait une solution de rechange moins restrictive pour le commerce pour remplacer les mesures TPP, qui apporterait une contribution équivalente à l'objectif de l'Australie.

[3363] FCTC (pièces AUS-44, JE-19), articles 6 à 14.

[3364] FCTC (pièces AUS-44, JE-19), articles 15 à 17.

[3365] OMS, ensemble de politiques visant à inverser l'épidémie de tabagisme (pièce AUS-607), page 11 (reconnaissant que les politiques de lutte antitabac "sont complémentaires et synergiques").

[3366] Jha et Chaloupka 1999 (pièce AUS-51), pages 82 et 83 (notant que "[d]ans les cas où *les pouvoirs publics* décideront de prendre des mesures énergiques pour freiner l'épidémie de tabagisme, une stratégie à plusieurs volets devrait être adoptée …").

[3367] Rapport de 2014 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièces AUS-37, DOM-104, CUB-35), page 7 (notant que "[d]epuis le rapport de 1964 du Directeur du Service de santé publique, les programmes et politiques globaux de lutte antitabac se sont avérés efficaces pour lutter contre la consommation du tabac", et que "[d']autres progrès pourront être réalisés si ces mesures sont appliquées pleinement, énergiquement et durablement"); et rapport de 2000 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-53), page 11 (notant qu'"une réussite en matière de santé publique s'agissant de réduire la consommation de tabac requiert une action sur tous les fronts", et qu'une "approche globale, qui optimise une synergie provenant d'une combinaison de stratégies, est apparue comme le principe directeur des futurs efforts visant à réduire la consommation de tabac"). Voir aussi le rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-76), chapitre 6.

[3368] Rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232), page 6-20 (notant, dans son analyse des restrictions de l'accès des jeunes, qu'"il existe certains éléments de preuve indiquant que les programmes globaux de lutte antitabac *qui comprennent des restrictions d'accès pour les jeunes* sont efficaces pour réduire la consommation de tabac chez les mineurs … ").

[3369] USCDC, Meilleures pratiques en matière de programmes globaux de lutte antitabac (pièce AUS-50), pages 6 et 9 (reconnaissant l'efficacité des approches globales de lutte antitabac qui combinent des "stratégies éducatives, cliniques, réglementaires, économiques et sociales", et notant que "les recherches ont montré que les efforts d'intervention qui intègraient la mise en œuvre d'initiatives touchant les programmes et les politiques étaient pls efficaces pour influencer les normes, systèmes et réseaux sociaux").

[3370] Voir, par exemple, l'analyse figurant plus haut aux paragraphes 7.703 à 7.720.

[3371] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.216, note de bas de page 660 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 151).

7.1393. Le principal argument avancé par l'Australie en réponse à cette solution de rechange proposée est qu'un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat n'est pas une mesure de rechange mais "en fait, une légère variante d'une mesure que l'Australie a déjà mise en œuvre".[3372] Nous examinons donc tout d'abord si un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat peut être considéré comme une mesure "de rechange".

7.1394. Si nous devions déterminer qu'un tel relèvement constitue une mesure de rechange, nous devrions nous demander s'il s'agit, comme les plaignants le donnent à entendre, d'une mesure moins restrictive pour le commerce qui apporterait une contribution équivalente à l'objectif de l'Australie consistant à améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits et serait raisonnablement disponible pour l'Australie. À titre préliminaire, nous décrivons tout d'abord la mesure proposée.

7.2.5.6.2.1 Description de la mesure proposée

7.1395. Le Honduras fait valoir qu'une mesure de rechange moins restrictive pour le commerce consiste à porter de 18 à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat fixé par l'Australie, ce qui pourrait restreindre la disponibilité des produits du tabac pour les adolescents.[3373] La République dominicaine fait valoir que, "[o]utre une majoration des taxes, u[n …] autre moyen de s'attaquer à cette question serait de porter l'âge minimum légal pour l'achat, actuellement de 18 ans, à 21 ans pour les produits du tabac en Australie" car ce serait une option plus efficace, plus simple et plus facile d'accès qui, à la différence des mesures TPP, n'entraverait pas l'usage des marques".[3374] Cuba "adopte" les arguments avancés par la République dominicaine en ce qui concerne un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat.[3375] L'Indonésie "approuve" les solutions de rechange "proposées par" la République dominicaine s'agissant de porter de 18 à 21 ans l'âge légal pour fumer.[3376]

7.1396. Nous notons aussi l'argument de la République dominicaine selon lequel, si le Groupe spécial devait considérer qu'une réduction plus importante du tabagisme réalisée en portant de 18 à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat, à elle seule, implique nécessairement un caractère plus restrictif pour le commerce, la République dominicaine "propose une approche calibrée pour le relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat", qui "ferait en sorte que la contribution à la réduction du tabagisme apportée par le relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat reste équivalente à toute contribution que les mesures [TPP] pourraient apporter".[3377] En particulier, "l'âge minimum légal pour l'achat pourrait être porté à 19 ou 20 ans, si le Groupe spécial devait constater que son relèvement à 21 ans est sensiblement plus efficace que les mesures [TPP] pour ce qui est de réduire les volumes de produits du tabac vendus, et que cela constitue une considération déterminante pour l'évaluation du caractère restrictif pour le commerce".[3378] En effet, le fait de porter à 19 ans l'âge minimum légal pour l'achat aurait une incidence plus faible sur les taux de prévalence que son relèvement à 21 ans, et la contribution "à la réduction du tabagisme [résultant du fait de porter à 20 ans l'âge minimum légal pour l'achat] se situerait nécessairement au milieu de la fourchette des effets constatés pour un âge minimum légal pour l'achat de 19 ans et pour un âge minimum légal pour l'achat de 21 ans.[3379]

7.1397. Étant donné que la suggestion de la République dominicaine selon laquelle l'Australie pourrait porter à 19 ou 20 ans l'âge minimum légal pour l'achat dépend de nos autres constatations concernant le caractère restrictif pour le commerce et la contribution d'un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat, nous examinerons ces arguments dans le cas où nous formulerions les constatations indiquées par la République dominicaine (à savoir qu'une réduction plus importante du tabagisme réalisée en portant l'âge minimum légal pour l'achat de 18 à 21 ans, à elle seule, entraîne nécessairement un degré plus élevé de caractère restrictif pour le commerce).

[3372] Australie, première communication écrite, paragraphe 709.
[3373] Honduras, première communication écrite, paragraphes 567 et 913.
[3374] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 763. (note de bas de page omise)
[3375] Cuba, première communication écrite, paragraphe 287.
[3376] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 457. Voir aussi Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphes 283 à 293.
[3377] République dominicaine, réponse à la question n° 157 du Groupe spécial, paragraphe 133.
[3378] République dominicaine, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial, paragraphe 58.
[3379] République dominicaine, réponse à la question n° 157 du Groupe spécial, paragraphe 135.

7.2.5.6.2.2 Question de savoir si un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat est une mesure de rechange

7.1398. L'Australie souligne que chacun de ses États et territoires a porté de 16 à 18 ans l'âge minimum légal pour l'achat sur la période de 1990 à 1998.[3380] Elle ajoute qu'il y a en Australie un large éventail de politiques visant à restreindre l'accès des jeunes aux produits du tabac, y compris des prohibitions concernant la vente de produits du tabac aux mineurs, l'achat au nom de mineurs et l'utilisation de faux documents d'identité pour l'achat de produits du tabac.[3381] De plus, "certains États ont également mis en œuvre des lois autorisant la saisie des produits du tabac consommés [par] une personne âgée de moins de 18 ans ou en sa possession".[3382] Selon l'Australie, ces mesures complètent, plutôt qu'elles ne remplacent, les mesures TPP.[3383]

7.1399. Les arguments des plaignants relatifs à la mesure dans laquelle des variantes de mesures existantes peuvent être classées comme des "solutions de rechange" aux fins de l'analyse comparative sont résumés plus haut.[3384] De plus, l'Indonésie fait valoir que "le fait que l'Australie a relevé l'âge minimum légal pour l'achat de 16 à 18 ans *il y a presque 20 ans* n'a aucun rapport avec les effets positifs qu'un relèvement de l'âge de 18 à 21 ans pourrait entraîner *maintenant*".[3385]

7.1400. L'âge minimum légal pour l'achat existant en Australie est de 18 ans et est maintenu par des mesures appliquées au niveau des États et des territoires.[3386] Comme il est dit plus haut, une mesure peut être une solution de rechange valable lorsqu'elle existe dans le Membre défendeur, même si c'est sous une forme différente de celle qui est proposée par le plaignant.[3387] Dans le cas présent, même si l'Australie maintient effectivement un âge minimum légal pour l'achat, ce n'est pas sous la forme proposée par les plaignants (c'est l'âge de 18 ans, et non 21 ans comme il est proposé). L'Australie n'a pas démontré pourquoi une variante de cette nature (c'est-à-dire relevant de trois ans l'âge minimum légal pour l'achat) n'est pas suffisante pour faire de la proposition des plaignants une mesure de rechange aux fins de notre analyse; elle affirme simplement que du fait de l'existence d'un âge minimum légal pour l'achat de 18 ans, cette mesure complète plutôt qu'elle ne remplace les mesures TPP.[3388]

7.1401. Par conséquent, nous ne sommes pas convaincus que la proposition des plaignants consistant à porter à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat ne soit pas une mesure de rechange au seul motif qu'il s'agit d'une "légère variante" de l'âge minimum pour l'achat existant en Australie, c'est-à-dire 18 ans.[3389]

7.1402. Nous concluons donc qu'un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat est une mesure de rechange, en ce sens que c'est une mesure qui n'est pas appliquée actuellement par l'Australie. Nous examinons donc plus avant si cette mesure, en tant que solution de rechange pour remplacer les mesures TPP, serait moins restrictive pour le commerce que les mesures TPP, apporterait une contribution équivalente à l'objectif de l'Australie et serait raisonnablement disponible aux fins d'une mise en œuvre par l'Australie.

7.2.5.6.2.3 Question de savoir si un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat serait moins restrictif pour le commerce que les mesures TPP

Arguments des parties

7.1403. Le Honduras fait valoir qu'un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat est moins restrictif pour le commerce que les prescriptions relatives à la marque et au

[3380] Australie, première communication écrite, paragraphe 710.
[3381] Australie, première communication écrite, paragraphe 710.
[3382] Australie, première communication écrite, paragraphe 710.
[3383] Australie, première communication écrite, paragraphe 710.
[3384] Voir plus haut le paragraphe 7.1379.
[3385] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 289. (italique dans l'original)
[3386] Instrument de notification de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac communiqué par l'Australie (pièce HND-26); et Australie, première communication écrite, annexe C, note de bas de page 1102.
[3387] Voir plus haut le paragraphe 7.1385.
[3388] Australie, première communication écrite, paragraphe 710.
[3389] Voir plus haut le paragraphe 2.65 et la note de bas de page 309 pour un examen de l'âge minimum légal pour l'achat existant en Australie.

format prévues dans les mesures TPP, puisqu'il n'affecte pas la capacité des producteurs d'utiliser les emballages de marque pour signaler la qualité et la réputation aux consommateurs sur le marché australien et qu'il n'imposerait aux producteurs aucun coût de mise en conformité afférant aux modifications de l'apparence de l'emballage et des produits du tabac eux-mêmes.[3390] Il ajoute qu'un relèvement portant à 21 ans de l'âge minimum légal pour l'achat n'altère en rien les possibilités de concurrence en portant atteinte aux droits de propriété intellectuelle protégés des producteurs et à leur capacité de distinguer légitimement leurs produits de ceux de leurs concurrents sur le marché australien ni n'impose aux commerçants de coûts de mise en conformité additionnels de quelque sorte que ce soit, et il ne crée pas d'incertitudes sur le marché.[3391]

7.1404. La République dominicaine fait valoir qu'un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat serait moins restrictif pour le commerce que les mesures TPP. Selon elle, alors que les mesures TPP empêchent les marques de jouer "leur rôle vital de différenciation" et éliminent de ce fait des possibilités de concurrence pour les producteurs de produits du tabac, un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat n'aurait aucun de ces effets restrictifs sur le commerce.[3392]

7.1405. La République dominicaine fait valoir aussi que si le Groupe spécial devait constater que les mesures TPP contribuent à l'objectif de l'Australie, les mesures seront également restrictives pour le commerce du fait qu'elles réduiront le volume des ventes de produits du tabac.[3393] Sur la base de cette hypothèse, elle indique qu'un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat est moins restrictif pour le commerce que les mesures TPP, parce qu'il entraînerait les mêmes restrictions fondées sur le volume que les mesures TPP mais ne restreindrait pas les possibilités de concurrence comme le font les mesures TPP en réduisant la différenciation et en altérant les possibilités de concurrence. Spécifiquement, le relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat n'affecte pas l'usage des marques ou autres éléments de l'emballage et des produits qui servent à différencier les produits du tabac les uns des autres[3394], et il n'entraîne pas de descente en gamme parce qu'il prive les jeunes de la possibilité d'acheter tous les produits du tabac, qu'ils soient haut de gamme ou bas de gamme.[3395] En outre, la République dominicaine estime qu'un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat peut être calibré de façon à faire en sorte que ses effets sur le volume des ventes de produits du tabac soient équivalents en taille à tous effets sur le volume constatés des mesures TPP. L'âge minimum légal pour l'achat pourrait être porté à 19 ou 20 ans, si le Groupe spécial devait constater que son relèvement à 21 ans est sensiblement plus efficace que les mesures [TPP] pour ce qui est de réduire les volumes de produits du tabac vendus.[3396]

7.1406. La République dominicaine fait également valoir qu'à supposer qu'il n'y ait pas de discrimination fondée sur l'origine, une restriction relative à l'âge n'est pas une mesure restrictive pour le commerce au regard de l'Accord OTC, du GATT de 1994, de l'Accord sur les ADPIC ni d'aucun autre accord visé. Elle fait valoir que la réduction des possibilités de concurrence résultant d'une restriction non-discriminatoire relative à l'âge n'est pas protégée par les accords visés. Elle fait valoir que si une mesure de rechange n'est pas restrictive pour le commerce au titre des accords visés et qu'un règlement technique contesté l'est, c'"est une indication nette, voire déterminante" de ce que la mesure de rechange est moins restrictive pour le commerce au titre de ces accords.[3397]

7.1407. Cuba adopte les arguments avancés par la République dominicaine en ce qui concerne cette solution de rechange.[3398]

7.1408. L'Indonésie "approuve" les solutions de rechange "proposées par" la République dominicaine s'agissant de porter de 18 à 21 ans l'âge légal pour fumer.[3399]

[3390] Honduras, première communication écrite paragraphes 580 et 916; et réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.
[3391] Honduras, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.
[3392] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 1022 et 1023.
[3393] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 970.
[3394] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 970 à 976; et réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.
[3395] République dominicaine, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.
[3396] République dominicaine, réponse aux questions n° 151 et 157 du Groupe spécial.
[3397] République dominicaine, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.
[3398] Cuba, première communication écrite, paragraphe 287.

7.1409. L'Australie fait valoir que "selon les propres arguments des plaignants, un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat, "de par sa conception, sa structure et son fonctionnement attendu, aurait pour effet d'éliminer une "possibilité de concurrence" actuellement à la disposition des fabricants de tabac en Australie, à savoir la possibilité de faire licitement concurrence pour les ventes de produits du tabac aux consommateurs âgés de 18 à 21 ans".[3400] À son avis, par conséquent, "selon le propre critère peu judicieux des "possibilités de concurrence" avancé par les plaignants, un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat serait "restrictif pour le commerce"".[3401]

7.1410. L'Australie ajoute que l'idée de la République dominicaine selon laquelle un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat entraînerait des baisses de la consommation de tabac implique nécessairement que ces mesures restreindront le commerce. De plus, elle affirme que l'argument de la République dominicaine selon lequel un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat produira un degré de contribution à la réduction de la consommation de tabac équivalent ou supérieur à celui de l'emballage neutre du tabac, implique nécessairement une réduction équivalente ou plus importante du volume des importations de produits du tabac; et, par conséquent, produira "un degré de caractère restrictif pour le commerce équivalent ou plus élevé".[3402]

Analyse du Groupe spécial

7.1411. Comme nous l'avons vu plus haut, une mesure est restrictive pour le commerce au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC lorsqu'elle a un effet limitatif sur le commerce international.[3403]

7.1412. Les plaignants font valoir en substance qu'un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat serait moins restrictif pour le commerce que les mesures TPP parce qu'il n'impliquerait pas le type de restrictions des possibilités de concurrence découlant de la capacité de différencier des produits sur la base des marques et d'autres éléments des emballages de marque. L'Australie répond, faisant référence aux arguments des plaignants relatifs aux "possibilités de concurrence", qu'un relèvement portant de 18 à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat éliminerait une possibilité de concurrence actuellement à la disposition des fabricants de tabac en Australie consistant à faire licitement concurrence pour les ventes de produits du tabac aux consommateurs âgés de 18 à 21 ans.

7.1413. Nous pensons comme l'Australie qu'un relèvement portant de 18 à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat éliminerait la capacité des fabricants de tabac de vendre leurs produits aux individus âgés de moins de 21 ans, ainsi que toutes possibilités de concurrence associées à ces ventes, y compris pour les produits du tabac importés. Nous notons à cet égard que même si les jeunes de 18 à 21 ans ne représentent qu'un segment du marché constitué des individus pouvant consommer ou consommant effectivement des produits du tabac, nous avons noté l'importance des jeunes fumeurs pour l'industrie du tabac. Nous rappelons à cet égard les éléments de preuve provenant de l'industrie du tabac elle-même qui nous ont été présentés donnant à penser que "[l]e succès futur de toute marque de cigarettes est déterminé par la capacité de cette marque d'attirer les jeunes adultes fumeurs âgés de 18 à 24 ans", et que "les fumeurs âgés de 18 à 24 ans déterminent les tendances futures de l'industrie du tabac".[3404]

7.1414. Nous rappelons aussi notre détermination, s'agissant des mesures TPP, selon laquelle ces mesures sont restrictives pour le commerce dans la mesure où elles ont un effet limitatif sur le

---

[3399] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 457.
[3400] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 563.
[3401] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 563.
[3402] Australie, observations sur la réponse des plaignants à la question n° 153 du Groupe spécial.
[3403] Comme l'a indiqué l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 219, également cité plus haut, "[l']article 2.2 concerne donc les restrictions au commerce international". Cela est compatible avec la première phrase de l'article 2.2, qui emploie l'expression "obstacles non nécessaires au commerce international", et non pas simplement "obstacles non nécessaires au commerce". Le terme "commerce" est également qualifié par le terme "international" dans d'autres dispositions clés de l'Accord OTC, y compris "conduite du commerce international" (préambule, troisième considérant), "restriction … au commerce international" (préambule, sixième considérant), et "obstacles au commerce international" (préambule, cinquième considérant; article 2.5; article 5.1.2; Annexe 3.E).
[3404] Livre blanc sur le développement de la publicité pour Camel (pièce AUS-197), page 1.

volume total du commerce des produits du tabac.[3405] Dans la mesure où un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat apporterait une contribution à l'objectif de l'Australie consistant à améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits au moins équivalente à celle des mesures TPP (ce qu'il ferait, selon les plaignants) en réduisant la consommation globale de produits du tabac, cet effet jouerait également sur le volume global des importations en Australie.[3406] Nous constatons donc qu'un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat, comme les mesures TPP, restreindrait le volume du commerce d'un montant correspondant à sa contribution à l'objectif de l'Australie.

7.1415. De plus, nous rappelons notre détermination énoncée plus haut selon laquelle, alors que nous convenons qu'en restreignant la possibilité pour les marques de se différencier, les mesures TPP limitent la possibilité pour les fabricants de tabac de faire concurrence sur la base de cette différenciation des marques[3407], nous ne sommes pas convaincus que cette modification de l'environnement concurrentiel pour tous les produits du tabac pour la totalité du marché (qui peut en principe *accroître* la concurrence sur le marché) constitue, en elle-même, une restriction des "possibilités de concurrence" pour les produits du tabac importés dont on doive supposer qu'elle a un "effet limitatif" sur le commerce international. À cet égard, nous rappelons notre conclusion selon laquelle nous ne sommes pas convaincus que les plaignants aient démontré que cette réduction des possibilités de différenciation des marques a entraîné une intensification de la concurrence par les prix et une baisse des prix et, par conséquent, une diminution de la valeur des ventes des produits du tabac et de la valeur totale des importations.

7.1416. Nous notons aussi que bien que les éléments de preuve qui nous ont été présentés ne fournissent qu'une base très limitée pour évaluer avec un quelconque degré de précision l'incidence potentielle d'un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat sur la valeur totale des importations (et donc pour déterminer, à partir de là, si cette solution de rechange a un effet limitatif sur le commerce), nous n'avons aucune raison de supposer que cette incidence serait *moindre* que celle qui est observée s'agissant des mesures TPP. Dans le même ordre d'idées, nous notons aussi que les éléments de preuve qui nous ont été présentés pour cette solution de rechange n'analysent pas spécifiquement l'incidence potentielle d'un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat sur le volume et la valeur des importations de cigarettes par segment de prix. D'autres éléments de preuve versés au dossier donnent à penser toutefois que les jeunes fumeurs adultes sont plus sensibles aux prix que les fumeurs plus âgés[3408], ce qui laisse donc penser qu'un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat devrait à court terme influer davantage sur le segment des prix bas que sur celui des prix plus élevés.

[3405] Voir plus haut le paragraphe 7.1208.

[3406] Nous notons à cet égard la propre admission par la République dominicaine du fait que le relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat de 18 à 21 ans qu'elle propose peut entraîner une réduction plus importante du tabagisme que celle obtenue au moyen des mesures TPP, de sorte que le degré du caractère restrictif pour le commerce résultant de cette solution de rechange serait *plus élevé* que le degré atteint au moyen des mesures TPP:

> [S]i le Groupe spécial devait considérer qu'une réduction plus importante du tabagisme réalisée en portant de 18 à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat, à elle seule, implique nécessairement un caractère plus restrictif pour le commerce, la République dominicaine propose une approche calibrée pour le relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat … . Cette approche calibrée ferait en sorte que la contribution à la réduction du tabagisme apportée par le relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat reste équivalente à toute contribution que les mesures [T]PP pourraient apporter.

République dominicaine, réponse à la question n° 157 du Groupe spécial, paragraphe 133. Voir aussi plus haut le paragraphe 7.1396.

[3407] Voir plus haut le paragraphe 7.1167.

[3408] Cela inclut l'observation du Directeur du Service de santé publique des États-Unis selon laquelle plusieurs études indiquent que les jeunes et les jeunes adultes aux États-Unis sont deux à trois fois plus sensibles aux prix que les adultes et selon laquelle, en tout état de cause, il y a une relation inverse entre l'âge et la sensibilité aux prix. Voir le rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-76), pages 697 à 707. Ces statistiques concernant la sensibilité aux prix sont également notées dans Chaloupka *et al.* 2012 (pièce DOM-115). Voir aussi le rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232), page 6-8; le manuel de 2011 du CIRC (pièce DOM-117), page 352; et le rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6,

7.1417. À la lumière de ces éléments, nous ne sommes pas convaincus que les plaignants aient démontré qu'un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat serait nécessairement moins restrictif pour le commerce que les mesures TPP.

7.1418. Nonobstant cette conclusion, nous constatons qu'il est approprié de poursuivre notre analyse et de déterminer également si, à supposer que cette mesure puisse être considérée comme moins restrictive pour le commerce que les mesures TPP, un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat apporterait une contribution équivalente à l'objectif de l'Australie consistant à améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits.

7.2.5.6.2.4 Question de savoir si un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat apporterait une contribution équivalente à l'objectif de l'Australie

Principaux arguments des parties

7.1419. Le Honduras fait valoir que le relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat "pourrait … contribuer à l'objectif de l'Australie en matière de prévalence du tabagisme dans la même mesure voir dans une plus grande mesure que les restrictions concernant les marques et le format dans le cadre de l'emballage neutre".[3409] Ce relèvement aurait pour effet d'éliminer les produits du tabac des réseaux sociaux des adolescents, ce qui restreindrait l'accès de ces derniers aux produits du tabac et réduirait la prévalence du tabagisme en traitant sa cause première (c'est-à-dire en empêchant l'initiation durant l'adolescence). Le Honduras fait référence[3410] au rapport d'expert du professeur Steinberg, qui préconise les interventions agissant sur la disponibilité des produits du tabac pour les adolescents, au lieu de celles qui cherchent à influencer la demande de ces produits chez les adolescents.[3411] Il ajoute que depuis la communication au Groupe spécial du premier rapport du professeur Steinberg, un comité de l'USIOM a publié un rapport souscrivant à la recommandation de cet expert, qui a contribué au rapport, selon laquelle le fait de porter à 21 ans ou 25 ans l'âge minimum légal pour l'achat des produits du tabac aiderait à prévenir l'initiation à la consommation de tabac chez les adolescents.[3412] Il fait valoir que diverses juridictions dans le monde ont réussi à réduire la prévalence du tabagisme en relevant l'âge minimum légal pour l'achat de produits du tabac.[3413] Il fait également référence à des études prévoyant qu'aux États-Unis, un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat ramènerait en 75 ans la prévalence du tabagisme de 22,1% à 7,5% chez les jeunes de 15 à 17 ans, et de 22,3% à 13,6% chez les individus âgés de 18 ans et plus.[3414]

7.1420. Le Honduras fait valoir qu'il est probable que le fait de relever l'âge minimum légal pour l'achat empêchera ou retardera l'initiation à la consommation de tabac chez les adolescents et les jeunes adultes, ce qui réduira sensiblement les taux de tabagisme, de sorte que même à court terme, cette mesure répondrait directement à l'objectif de l'Australie consistant à améliorer la santé publique.[3415] Il ajoute qu'"à long terme, à mesure que la population des fumeurs australiens diminuera en nombre par suite de la mesure proposée par le Honduras, les personnes qui devront arrêter de fumer ou s'abstenir de récidiver seront moins nombreuses en Australie, ce qui est

paragraphe 39 et paragraphe 40 (notant que la disponibilité de produits du tabac bon marché peut entraîner une augmentation de l'initiation des jeunes).

[3409] Honduras, première communication écrite, paragraphe 917.

[3410] Honduras, première communication écrite, paragraphe 913. Voir aussi Honduras, première communication écrite, paragraphe 571; et deuxième communication écrite, paragraphe 218.

[3411] Honduras, première communication écrite, paragraphes 569 et 570.

[3412] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 220 (faisant référence au contre-rapport Steinberg (pièce DOM/HND-10)).

[3413] Honduras, première communication écrite, paragraphes 573 à 575; et deuxième communication écrite, paragraphe 219. Le Honduras fait référence au relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat en Angleterre, en Écosse et au pays de Galles, en Finlande (de 16 ans à 18 ans) et à Needham, Massachusetts (de 18 ans à 21 ans).

[3414] Honduras, première communication écrite, paragraphe 576.

[3415] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 692.

conforme à la propre stratégie de l'Australie visant à réduire le nombre des fumeurs en s'attelant à la question de l'initiation au tabac chez les jeunes".[3416]

7.1421. La République dominicaine fait valoir qu'un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat aurait une incidence notable sur la consommation initiale et continue de produits du tabac "dans la tranche d'âge la plus préoccupante" et, à plus long terme, sur les taux de consommation de tabac et de prévalence du tabagisme chez les adultes. Elle fait également référence au rapport d'expert du professeur Steinberg, qui explique que "les politiques limitant la capacité des adolescents de se procurer des cigarettes sont susceptibles d'avoir une plus grande incidence que celles qui tentent de diminuer l'intérêt des adolescents pour le tabac".[3417] Elle ajoute que "le fait de relever l'âge minimum légal pour l'achat éliminerait les cigarettes des réseaux sociaux des jeunes", lesquels reçoivent généralement leurs premières cigarettes d'amis qui peuvent acheter des cigarettes de manière licite et les partager au sein de leur réseau social.[3418] Un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat aurait aussi, selon elle, une incidence à plus long terme sur la diminution des taux de tabagisme chez les adultes.[3419] La République dominicaine note les références du professeur Steinberg à des exemples concrets, y compris "les relèvements de l'âge minimum légal pour l'achat mis en place en Angleterre, en Écosse, au pays de Galles, en Finlande et en Suède, dont il a été constaté qu'ils avaient fait diminuer l'achat et le tabagisme chez les jeunes".[3420] Elle fait référence à une étude séparée des États-Unis qui prévoit que, sur 50 ans, le fait de porter de 18 ans à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat aux États-Unis pourrait faire baisser la prévalence a) pour les jeunes de 14 à 17 ans, de 20% jusqu'à 6,6%, b) pour les jeunes de 18 à 20 ans, de 26,9% jusqu'à 12,2%, et c) pour les individus âgés de 21 ans et plus, de 21,8% jusqu'à 15,5%.[3421]

7.1422. La République dominicaine fait également référence à une publication de 2015 de l'USIOM intitulée *Public Health Implications of Raising the Minimum Age of Legal Access to Tobacco Products* (conséquences pour la santé publique d'un relèvement de l'âge minimum de l'accès légal aux produits du tabac)[3422] (rapport de 2015 de l'USIOM), qui a examiné l'incidence d'un relèvement portant de 18 à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat. Selon elle, ce rapport "a souscrit à l'avis du professeur Steinberg selon lequel le fait de porter de 18 à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat réduirait les taux de tabagisme chez les jeunes en éliminant les produits du tabac des réseaux sociaux des jeunes âgés de moins de 18 ans"[3423] et a constaté que cela présenterait des avantages à long terme s'agissant des taux de tabagisme chez les adultes parce que, si l'accès aux produits du tabac était retardé, de nombreux jeunes ne commenceraient jamais à fumer.[3424] La République dominicaine présente des estimations de l'USIOM concernant la réduction des taux d'initiation si l'âge minimum légal pour l'achat était porté de 18 à 21 ans pour les jeunes de moins de 15 ans (15%); les jeunes de 15 à 17 ans (25%); les jeunes âgés de 18 ans (15%); et les jeunes âgés de 19 à 20 ans (15%).[3425]

7.1423. La République dominicaine indique que la contribution des mesures TPP "pourrait, si l'on est charitable, [être] décrite comme n'étant guère plus qu'une conjecture"[3426], tandis qu'"[a]u contraire, les éléments de preuve examinés plus haut, en particulier le rapport de 2015 de

[3416] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 692. Voir aussi Honduras, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.

[3417] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 768 (citant le rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6), paragraphe 68); et deuxième communication écrite, paragraphes 604 et 605. Voir aussi République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 769.

[3418] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 770. Voir aussi République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 769 à 771.

[3419] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 773 à 777; et deuxième communication écrite, paragraphe 606.

[3420] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 775.

[3421] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 776 (faisant référence à Ahmad 2005a (pièces DOM-130, HND-75)).

[3422] Rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232).

[3423] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 609.

[3424] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 610 (faisant référence au rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232), page S-6); réponse aux questions n° 65, 126 et 157 du Groupe spécial.

[3425] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 609 (faisant référence au rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232), page 7-11); et réponse à la question n° 157 du Groupe spécial.

[3426] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 619; et réponse à la question n° 157 du Groupe spécial.

l'USIOM, montrent qu'un relèvement portant de 18 à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat contribuerait très certainement largement à réduire le comportement tabagique à court et à long terme et cela, tant chez les jeunes que chez les adultes".[3427] Elle estime qu'un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat constituerait aussi une solution de rechange efficace pour remplacer les mesures TPP s'agissant de freiner la consommation de cigares chez les jeunes.[3428]

7.1424. Cuba adopte les arguments avancés par la République dominicaine en ce qui concerne un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat.[3429] Elle fait référence au rapport de 2015 de l'USIOM[3430] et souligne que le document conclut que le relèvement de l'âge minimum pour l'achat peut empêcher ou retarder l'initiation à la consommation de tabac chez les jeunes.[3431] Selon elle, le fait de restreindre l'accès des jeunes par des efforts visant à faire respecter les dispositions ou par un relèvement de l'âge minimum pour l'achat a une incidence directe sur la prévalence du tabagisme pour ce qui est de réaliser l'objectif d'amélioration de la santé publique.[3432]

7.1425. L'Indonésie "approuve" les solutions de rechange "proposées par" la République dominicaine s'agissant de porter de 18 à 21 ans l'âge légal pour fumer.[3433] Elle ajoute qu'"il y a des éléments de preuve dans le dossier montrant qu'un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat … a également un effet positif sur la réduction de la prévalence du tabagisme".[3434]

7.1426. L'Australie estime que n'importe quel relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat ne serait pas efficace pour diminuer l'attrait des produits du tabac et qu'il existe des restrictions d'accès à ces produits qui visent à décourager les adolescents de commencer à fumer. Selon elle, ces mesures n'auraient aucune incidence sur les individus âgés de plus de 21 ans et elles n'encourageraient pas le sevrage ni ne décourageraient les récidives. L'Australie affirme que par contre, les mesures TPP ont la possibilité d'influencer tous les consommateurs et consommateurs potentiels de produits du tabac.

7.1427. L'Australie ajoute que la République dominicaine "tente de transférer sur le Groupe spécial la charge qui lui incombe de proposer des mesures de rechange moins restrictives pour le commerce apportant une contribution équivalente aux objectifs des" mesures TPP, spécifiquement en ce qui concerne la "manière dont les mesures de rechange ou une combinaison des mesures de rechange pourraient être mises en œuvre pour apporter une contribution équivalente" à celle des mesures TPP. Elle estime que la République dominicaine laisse les mesures de rechange "entièrement non spécifiées, escomptant que le Groupe spécial déterminera, par exemple, comment "adapter avec soin" … la mesure dans laquelle il conviendrait de relever l'âge minimum légal pour l'achat pour que ces mesures aient une incidence sur le volume du commerce identique à celle qui résulte de l'emballage neutre du tabac".[3435]

7.1428. L'Australie fait valoir que les éléments de preuve étayant un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat sont ambigus.[3436] Elle fait référence à la conclusion de ses experts, le professeur Chaloupka et le docteur Biglan, selon laquelle les éléments de preuve à l'appui d'un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat étaient "contrastés", et selon laquelle les études examinées par le professeur Steinberg concernaient presque exclusivement un relèvement portant à 18 ans l'âge minimum légal pour l'achat, ce que l'Australie a déjà fait.[3437] Elle souligne que l'USIOM indique dans son évaluation qu'avant la publication de son rapport, il y avait une "pénurie

[3427] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 620; et réponse à la question n° 157 du Groupe spécial. Voir aussi deuxième communication écrite, paragraphe 621.
[3428] République dominicaine, réponse à la question n° 152 du Groupe spécial.
[3429] Cuba, première communication écrite, paragraphe 287.
[3430] Cuba n'a pas communiqué ce rapport en tant que pièce. Toutefois, d'après la description et l'analyse qu'elle fait dudit rapport, nous croyons comprendre qu'il s'agit du même rapport de l'USIOM que celui qui a été communiqué par la République dominicaine en tant que pièce DOM-232.
[3431] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 349 à 353.
[3432] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 348.
[3433] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 457.
[3434] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 201.
[3435] Australie, observations sur les réponses des plaignants aux questions n° 151 et 165 du Groupe spécial.
[3436] Australie, première communication écrite, paragraphes 722 à 724.
[3437] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 556 et 557. Voir aussi Australie, réponse à la question n° 148 du Groupe spécial.

d'éléments de preuve directs" et il n'y avait pas d'"études pertinentes" concernant l'effet d'un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat de produits du tabac.[3438]

7.1429. L'Australie ajoute toutefois qu'un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat "est une politique qu'elle pourrait envisager de mettre en œuvre dans le futur, parallèlement à l'emballage neutre du tabac, en particulier si la base d'éléments de preuve qui l'étaye continue de s'étoffer" (et note que l'État de Tasmanie est en train d'examiner un texte de loi qui interdirait la vente de produits du tabac à toute personne née le 1er janvier 2000 ou après cette date).[3439]

7.1430. L'Australie ajoute qu'un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat ne permet pas d'accomplir un degré équivalent de contribution à ses objectifs en matière de santé publique. Elle affirme que le seul but déclaré du relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat est de décourager l'initiation des jeunes au tabac et qu'en tant que tel, il n'aurait aucune incidence sur les individus de plus de 21 ans ni sur le sevrage ou la récidive.[3440] Elle ajoute que, si l'emballage neutre du tabac était remplacé par un ajustement de son approche visant à restreindre l'accès des jeunes aux produits du tabac, cela compromettrait ses moyens d'agir sur le comportement des consommateurs influencés par la publicité figurant sur les paquets ou par les mises en garde sanitaires explicites, ce qui "réduirait le caractère global et l'efficacité de [s]a politique de lutte antitabac …". À son avis, "une stratégie de lutte antitabac qui restreint l'accès aux produits du tabac *et* réduit leur attrait, augmente l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et diminue l'aptitude de l'emballage à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs de la consommation de tabac … est plus efficace que l'une ou l'autre mesure fonctionnant isolément".[3441]

7.1431. L'Australie estime que l'affirmation de la République dominicaine selon laquelle l'évaluation de l'équivalence de la contribution doit être axée sur la contribution globale à l'objectif de "réduction de la prévalence du tabagisme et de la consommation de tabac" ne tient pas compte du fait qu'encourager le sevrage et décourager la récidive sont deux des objectifs déclarés de la mesure TPP, énoncés aux articles 3 1) a) ii) et iii) de la Loi TPP. Selon elle, en généralisant les objectifs de la mesure TPP de cette manière, la République dominicaine cherche à éluder la conclusion évidente que la mesure de rechange qu'elle propose ne réaliserait pas deux des objectifs explicites de la mesure.

Analyse du Groupe spécial

7.1432. Comme il est indiqué plus haut, nous devons tout d'abord examiner si et, dans l'affirmative, à quel degré, un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat contribuerait à l'objectif de l'Australie consistant à améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits, afin d'évaluer ensuite si cette contribution serait "équivalente" à celle des mesures TPP au même objectif.

7.1433. Pour démontrer la contribution qu'un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat apporterait à l'objectif de l'Australie, les plaignants s'appuient surtout sur les rapports d'expert du professeur Steinberg et sur le rapport de 2015 de l'USIOM.[3442] L'Australie s'appuie principalement sur les rapports d'experts du professeur Chaloupka[3443], du professeur Slovic[3444] et du docteur Biglan[3445] pour répondre aux rapports du professeur Steinberg.

7.1434. Nous avons déjà exposé les vues du professeur Steinberg sur les causes de l'initiation au tabac.[3446] De plus, le professeur Steinberg fait valoir que les politiques qui limitent la capacité des

[3438] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 558 et 559; et réponse à la question n° 139 du Groupe spécial.
[3439] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 560; et réponse à la question n° 139 du Groupe spécial.
[3440] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 561; et réponse à la question n° 139 du Groupe spécial.
[3441] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 562; et réponse à la question n° 139 du Groupe spécial.
[3442] Rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232).
[3443] Rapport Chaloupka sur la santé publique (pièce AUS-9).
[3444] Rapport Slovic (pièce AUS-12); et contre-rapport Slovic (pièce AUS-532).
[3445] Rapport Biglan (pièce AUS-13).
[3446] Voir plus haut par exemple les paragraphes 7.710 et 7.711.

adolescents de se procurer des cigarettes sont susceptibles d'avoir une plus grande incidence que celles qui tentent de diminuer leur intérêt pour le tabac.[3447] Selon lui, "les deux stratégies les plus susceptibles de lutter avec succès contre l'accès des mineurs aux cigarettes sont le relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat (conjugué à une mise en application efficace) et la hausse du prix des cigarettes, qui réduiront fortement l'une et l'autre la probabilité que des situations sociales réunissent des individus de moins de 18 ans et des pairs ayant des cigarettes".[3448]

7.1435. Le professeur Steinberg fait référence à des études relatives à un relèvement portant de 16 à 18 ans l'âge minimum légal pour l'achat en Angleterre, en Écosse et au Pays de Galles. L'une des études, explique-t-il, a révélé que cette mesure s'était traduite par une baisse significative de la prévalence du tabagisme chez les jeunes de 16 à 17 ans; selon une autre, le relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat s'est accompagné d'une réduction du tabagisme régulier et d'une augmentation notable de la proportion d'élèves ayant déclaré avoir des difficultés à acheter des cigarettes dans les magasins.[3449] Le professeur Steinberg dit aussi qu'il a été signalé que le relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat en Finlande et en Suède avait réduit l'achat par des mineurs et/ou le tabagisme chez les mineurs, et que plusieurs études qui avaient essayé de modéliser l'incidence d'un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat sur le tabagisme des mineurs aux États-Unis avaient conclu que cela "se traduirait par des diminutions significatives".[3450]

7.1436. Le professeur Steinberg conclut que le relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat est un moyen efficace de lutte contre le tabagisme chez les mineurs, à condition que les lois soient appliquées. Il note que certains experts "ont demandé s'il faudrait combiner une application plus efficace des restrictions relatives à l'âge pour l'achat avec des lois criminalisant les "achats par procuration" (adultes achetant des cigarettes pour des mineurs)" et ajoute qu'il croit savoir "que tous les États et territoires en Australie prohibent actuellement l'achat par procuration effectué par des adultes pour des mineurs" et qu'"il est probable que de telles lois, si elles sont appliquées avec vigilance, aideraient à restreindre les ventes indirectes et renforceraient par conséquent les mesures relatives à l'accès en assurant le respect des prescriptions relatives à l'âge minimum légal pour l'achat".[3451]

7.1437. Le professeur Steinberg fait valoir qu'"[i]l est probable que même des relèvements moindres de ce type, de 18 à 19 ans, auraient … un certain effet positif" mais il ajoute que relever l'âge minimum légal pour l'achat très au-delà de l'âge de 18 ans, à 21 ans, présente deux avantages potentiels.[3452] Premièrement, cela offre la possibilité d'éliminer les cigarettes des réseaux sociaux des élèves du secondaire puisque les adolescents se procurent fréquemment des cigarettes auprès d'amis et tendent à être les amis de personnes du même âge. Le professeur Steinberg indique que, du fait que beaucoup de jeunes de 16 et 17 ans ont des amis, partenaires amoureux et camarades de classe qui ont 18 ans, le fait de permettre aux jeunes de 18 ans d'acheter des cigarettes "assure une circulation facile de cigarettes achetées licitement dans les réseaux sociaux de nombreux fumeurs mineurs – en particulier s'ils fréquentent le même établissement scolaire".[3453] Par contre, les adolescents de moins de 18 ans qui fréquentent des personnes sensiblement plus âgées sont bien moins nombreux, de sorte qu'il leur serait plus difficile socialement d'obtenir des cigarettes "si l'âge minimum légal pour l'achat était relevé de plusieurs années au-dessus de 18 ans".[3454] Deuxièmement, vu les recherches indiquant que les risques qu'un individu devienne un fumeur chronique sont bien moindres si l'initiation au tabac est retardée jusqu'après l'adolescence, "le fait de décourager un plus grand nombre d'individus de fumer pendant l'adolescence aura une incidence significative à long terme sur la santé de la population adulte".[3455]

7.1438. S'agissant du rapport de 2015 de l'USIOM, le but déclaré du document est "d'examiner la documentation existante sur l'initiation à la consommation de tabac et d'utiliser la modélisation et d'autres méthodes pour prévoir les résultats probables en matière de santé publique d'un

[3447] Rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6), paragraphe 68.
[3448] Rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6), paragraphe 69.
[3449] Rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6), paragraphe 70.
[3450] Rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6), paragraphe 70.
[3451] Rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6), paragraphe 71.
[3452] Rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6), paragraphes 73 et 74.
[3453] Rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6), paragraphe 74.
[3454] Rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6), paragraphe 74.
[3455] Rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6), paragraphe 74.

relèvement portant à 21 ans et d'un relèvement portant à 25 ans de l'âge minimum pour l'achat de produits du tabac".[3456] Les conclusions de ce rapport incluent ce qui suit:

- il est probable qu'un relèvement de l'âge minimum pour l'accès légal aux produits du tabac empêchera ou retardera l'initiation des adolescents et des jeunes adultes à la consommation de tabac[3457];

- même si les modifications de l'âge minimum pour l'accès légal aux produits du tabac concerneront directement les individus âgés de 18 ans ou plus, il est probable que la plus forte réduction proportionnelle de l'initiation à la consommation de tabac aura lieu chez les adolescents âgés de 15 à 17 ans[3458];

- il est probable que l'incidence sur l'initiation à la consommation de tabac d'un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum pour l'accès légal aux produits du tabac sera beaucoup plus importante que celle d'un relèvement à 19 ans, mais il est probable que l'effet additionnel d'un relèvement qui porterait l'âge minimum de 21 à 25 ans sera considérablement moindre[3459];

- il est probable qu'un relèvement, en particulier portant à 21 ans et à 25 ans l'âge minimum pour l'accès légal aux produits du tabac, entraînera une diminution substantielle de la prévalence du tabagisme[3460]; et

- il est probable qu'un relèvement de l'âge minimum pour l'accès légal aux produits du tabac entraînera une diminution substantielle de la mortalité liée au tabagisme.[3461]

7.1439. Le rapport de 2015 de l'USIOM conclut en outre qu'il est probable qu'un relèvement de l'âge minimum pour l'accès légal aux produits du tabac améliorera immédiatement la santé des adolescents et des jeunes adultes en réduisant le nombre de ceux dont l'état de santé se sera dégradé à cause du tabagisme. En outre, à mesure que les premières cohortes de naissance touchées par le changement des politiques arriveront à l'âge adulte, les avantages découlant de la diminution des effets néfastes sur la santé à moyen terme et à long terme commenceront aussi à se manifester. Il est probable également que le relèvement de l'âge minimum pour l'accès légal aux produits du tabac réduira l'exposition au tabagisme passif et la prévalence d'autres produits du tabac, ce qui réduira davantage leurs effets néfastes connexes sur la santé, à la fois immédiatement et dans le temps.[3462]

7.1440. L'Australie estime que les éléments de preuve relatifs à un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat sont ambigus[3463] et fait valoir que bien que la République dominicaine affirme le contraire, le rapport de 2015 de l'USIOM "ne conclut pas avec certitude que la mesure réduira

[3456] Rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232), page S-1.
[3457] Rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232), pages S-3 et 7-10.
[3458] Rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232), pages S-4 et 7-10.
[3459] Rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232), pages S-4 et 7-10.
[3460] Rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232), pages S-6 et 7-20.
[3461] Rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232), pages S-6 et 8-20.
[3462] Rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232), pages S-6 et 8-20. Nous notons que certaines ou la totalité de ces conclusions concordent avec un certain nombre d'autres études communiquées par les plaignants. Voir Fidler et West 2010 (pièces DOM-128, HND-70); Schneider *et al.* 2015 (pièce DOM-370); Ahmad 2005a (pièces DOM-130, HND-75); Ahmad et Billimek 2007 (pièce HND-74); et Ahmad 2005b (pièce HND-76). L'USIOM a mentionné en les approuvant un certain nombre des autres études qui nous ont été présentées. Voir, par exemple, Fidler et West 2010 (pièces DOM-128, HND-70); Schneider *et al.* 2015 (pièce DOM-370); Ahmad 2005a (pièces DOM-130, HND-75); Ahmad et Billimek 2007 (pièce HND-74); et Ahmad 2005b (pièce HND-76). À cet égard, nous notons l'affirmation de l'expert de l'Australie, le docteur Biglan, selon laquelle "les éléments de preuve montrant les effets d'une réduction de l'accès sur le tabagisme chez les jeunes sont contrastés". À l'appui de cet argument, le docteur Biglan fait référence à une étude non publiée à laquelle il a contribué "qui donne à penser qu'un programme visant à réduire les ventes illicites aux jeunes peut réduire la prévalence du tabagisme chez les jeunes". Il fait également référence à une méta-analyse des éléments de preuve "concluant qu'il n'y avait aucun élément de preuve indiquant qu'une réduction de l'accès influerait sur le tabagisme chez les jeunes". Voir le rapport Biglan (pièce AUS-13), paragraphe 190. Nous ne sommes pas convaincus que cette description soit suffisante pour réfuter le grand nombre d'études mentionnées et approuvées par l'USIOM dans son rapport appuyant le relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat. Nous notons que le docteur Biglan avance aussi d'autres arguments à cet égard, que nous examinons plus loin.
[3463] Australie, première communication écrite, paragraphe 724.

immédiatement le tabagisme".[3464] Elle note l'observation de l'USIOM selon laquelle, avant la publication de son rapport, il y avait une "pénurie d'éléments de preuve directs" et il n'y avait pas d'"études pertinentes" concernant l'effet d'un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat de produits du tabac.[3465] Cette observation est formulée par son expert, le professeur Chaloupka, qui indique que "[b]ien que ces politiques et les efforts connexes aient considérablement réduit l'offre commerciale de cigarettes aux jeunes, ils ont intensifié le recours des jeunes fumeurs à des sources sociales pour les produits du tabac".[3466] Le professeur Chaloupka indique également qu'"il apparaît qu'il y a peu de lien entre les niveaux de respect des prescriptions par les détaillants et la prévalence du tabagisme, actuel ou à un moment donné de l'existence, parmi les élèves du secondaire aux États-Unis ou une initiation précoce à la consommation de cigarettes chez les jeunes des États-Unis".[3467]

7.1441. Nous notons cependant que les plaignants ont présenté des éléments de preuve pertinents provenant de sources crédibles donnant à penser qu'un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat, y compris un relèvement à 21 ans, a le potentiel de contribuer à réduire la consommation de tabac en limitant l'accès aux produits du tabac pour les jeunes âgés de moins de 21 ans et, partant, à influer sur l'initiation au tabac et la prévalence du tabagisme. Nous ne sommes pas convaincus que l'Australie ait montré que la logique sous-jacente reflétée dans ces éléments de preuve soit inapplicable dans le contexte australien. Spécifiquement, s'agissant de l'initiation, nous ne disposons d'aucun élément de preuve donnant à penser que le raisonnement de l'USIOM selon lequel l'élimination de la possibilité pour les jeunes de moins de 21 ans d'acheter licitement des produits du tabac limiterait l'accès pour cette tranche d'âge parce qu'elle est moins susceptible d'appartenir à des réseaux sociaux constitués de personnes âgées de 21 ans[3468] soit inapplicable dans le contexte australien. De même, s'agissant de la prévalence du tabagisme, l'Australie n'a pas communiqué d'éléments de preuve donnant à penser que l'*évolution* prévue des modifications de la prévalence dans le temps résultant d'un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat soit inapplicable dans le contexte australien – spécifiquement, que les diminutions de la prévalence du tabagisme dans l'ensemble de la population deviendraient significatives au bout de quelques années car la mesure toucherait essentiellement les enfants, les adolescents et les jeunes adultes, de sorte que les pleins effets sur la santé deviendraient visibles seulement lorsque ces personnes auraient vieilli.[3469] De fait, elle estime qu'"eu égard à la conclusion à laquelle est parvenu l'[USIOM], et conformément à l'approche fondée sur les éléments de preuve qui est suivie par l'Australie en matière d'élaboration des politiques, un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat est une politique qu'elle pourrait envisager de mettre en œuvre dans le futur, parallèlement à l'emballage neutre du tabac, en particulier si la base d'éléments de preuve qui l'étaye continue de s'étoffer".[3470] Elle note que la Tasmanie étudie une proposition visant à interdire la vente de produits du tabac aux individus nés après l'année 2000.[3471]

7.1442. Nous notons aussi que l'Australie ne conteste pas que des mesures visant à restreindre l'accès aux produits du tabac, y compris un âge minimum légal pour l'achat, peuvent contribuer à réduire la consommation de produits du tabac. De fait, l'Australie elle-même maintient une telle mesure en fixant un âge minimum de 18 ans pour l'achat. Nous notons aussi que le texte introductif de l'article 16 1) de la FCTC, intitulé "Vente aux mineurs et par les mineurs", prescrit que chaque partie "adopte et applique des mesures … efficaces au niveau gouvernemental approprié pour interdire la vente de produits du tabac aux personnes qui n'ont pas atteint l'âge

[3464] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 558 et 559; et réponse à la question n° 139 du Groupe spécial.

[3465] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 559.

[3466] Rapport Chaloupka sur la santé publique (pièce AUS-9), paragraphe 51.

[3467] Rapport Chaloupka sur la santé publique (pièce AUS-9), paragraphe 52.

[3468] Rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232), pages 7-4 et 7-5. Voir aussi le rapport Steinberg (pièce DOM/HND-6), paragraphes 73 et 75.

[3469] Rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232), page 7-19. Le rapport de l'USIOM permet de penser que l'on s'attendrait à ce que ces tendances s'accentuent et produisent finalement une réduction "considérable" de la prévalence du tabagisme au cours des prochaines décennies. *Ibid.*

[3470] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 560. À cet égard, nous notons que les plaignants ont versé au dossier une étude additionnelle publiée en juin 2015, qui a révélé qu'un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat à Needham, Massachusetts, avait contribué à faire diminuer davantage le tabagisme chez les jeunes par comparaison avec les communautés qui n'avaient pas adopté la même mesure. Voir Schneider *et al.* 2015 (pièce DOM-370). L'Australie n'a pas contesté ces éléments de preuve.

[3471] Plan stratégique de la Tasmanie (pièce AUS-609).

prévu en droit interne ou fixé par la législation nationale, ou l'âge de [18] ans".[3472] L'article 16 4) de la FCTC dispose que les "Parties reconnaissent que, pour en accroître l'efficacité, les mesures visant à interdire la vente de produits du tabac aux mineurs devraient, selon qu'il convient, être appliquées conjointement avec les autres dispositions de la [FCTC]".[3473]

7.1443. Dans le même temps, nous notons que des préoccupations semblables à celles qui ont été exprimées par l'Australie s'agissant de l'accès aux produits du tabac par l'intermédiaire de sources sociales sont reprises dans diverses études portant sur un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat[3474], y compris le rapport de 2015 de l'USIOM.[3475] De fait, ce rapport indique que "même une cessation complète de la vente au détail de tabac aux consommateurs mineurs permettra de contenir, mais non d'éliminer, la quantité globale de tabac à leur disposition s'il n'y a pas de mesures drastiques visant la distribution sociale".[3476] À cet égard, l'USIOM note que ces "sources sociales" (qu'il définit comme des "distributeurs causaux" (parents, amis et étrangers donnant du tabac aux consommateurs mineurs) et des "sources indirectes" (parents, amis et étrangers achetant du tabac pour des consommateurs mineurs en échange d'une somme modique)[3477] resteront les principales sources de tabac pour les mineurs.[3478]

7.1444. Ces éléments de preuve donnent à penser qu'il est reconnu qu'en raison de l'accès aux produits du tabac par l'intermédiaire de sources sociales, l'institution d'un âge minimum légal pour l'achat "limitera, mais n'éliminera pas" l'accès des mineurs aux produits du tabac. L'USIOM donne également à entendre que selon l'âge minimum légal pour l'achat, les effets sur l'accès aux produits du tabac par l'intermédiaire de sources sociales seront différents et, en particulier, qu'un âge minimum légal de 21 ans pour l'achat assure "une distance plus grande des sources sociales" qu'un âge inférieur (ou même supérieur):

> Pour les adolescents de moins de 15 ans, le fait de porter de 18 à 19 ans l'âge minimum légal peut n'avoir qu'une incidence modeste sur la limitation des sources sociales, étant donné la proximité des âges. Si les adolescents font déjà partie de réseaux comptant des individus âgés de 18 ans, il se peut alors que ces réseaux incluent aussi des jeunes de 19 ans ayant accès au tabac. Un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal permet toutefois un éloignement plus grand des sources sociales. Même si des jeunes de 19 ans peuvent encore fréquenter le lycée et donc potentiellement influencer ceux de moins de 15 ans, il est beaucoup moins probable que des individus âgés de 21 ans fassent partie des mêmes réseaux sociaux. Il est peu probable cependant que le fait porter de 21 à 25 ans l'âge minimum légal permette d'obtenir une limitation additionnelle notable des sources sociales pour les adolescents de moins de 15 ans par rapport à ce qui est obtenu avec la politique fixant l'âge minimum légal à 21 ans.[3479]

7.1445. Nous notons aussi l'observation de l'USIOM selon laquelle "[s]i un État ou une localité augmentait la menace de détection et de punition visant les sources sociales, l'incidence sur la consommation des adolescents et des jeunes adultes pourrait être plus importante qu'il n'est prévu dans [le rapport de 2015 de l'USIOM]".[3480]

[3472] FCTC (pièces AUS-44, JE-19), article 16 1).
[3473] FCTC (pièces AUS-44, JE-19), article 16 4).
[3474] Voir, par exemple, Ahmad 2005a (pièces DOM-130, HND-75), page 75; Ahmad 2005b (pièce HND-76), page 338; et Schneider *et al.* 2015 (pièce DOM-370).
[3475] Voir, par exemple, le rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232), pages S-3, S-8, 5-8, 5-9 et 6-15.
[3476] Rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232), page 6-15.
[3477] Rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232), page 5-11.
[3478] Rimpelä et Rainio 2004 (pièce HND-72), mentionné dans le rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232), page 6-2. Il est dit aussi dans le rapport que "[s]i la loi n'est appliquée qu'aux détaillants ou n'est pas appliquée aux fournisseurs non commerciaux (c'est-à-dire les sources sociales), il est probable que toute diminution du volume de tabac disponible pour la vente au détail entraînera une augmentation corrélative de l'accès par l'intermédiaire de sources sociales". Rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232), pages 6-8 et 6-15.
[3479] Rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232), page 7-4. Cette conclusion est étayée par d'autres études communiquées par les plaignants. Voir Ahmad 2005b (pièces DOM-130, HND-75) page 75; et Ahmad et Billimek 2007, (HND-74), page 380.
[3480] Rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232), page S-8.

7.1446. À cet égard, nous observons que tous les États et territoires australiens prohibent l'achat de produits du tabac pour le compte de personnes n'ayant pas encore l'âge minimum légal pour l'achat, actuellement de 18 ans[3481], et que le Queensland, la Nouvelle-Galles du Sud, l'Australie-Méridionale, la Tasmanie et l'Australie-Occidentale autorisent la saisie des produits du tabac consommés par les personnes de moins de 18 ans ou en leur possession.[3482] Ces restrictions sont également appuyées par des mesures portant sur le respect des prescriptions au niveau de la vente au détail. En fait, "[l]a plupart des États et des territoires ont introduit des prescriptions strictes en matière de preuve de l'âge pour la vente de tabac imposant au vendeur de demander la présentation d'une pièce d'identité avec photo agréée pour déterminer l'âge d'une personne qui cherche à acheter du tabac".[3483] Depuis 2011, la Nouvelle-Galles du Sud, l'Australie-Occidentale, l'État de Victoria, l'Australie–Méridionale, la Tasmanie, le Territoire de la capitale fédérale et le Territoire du Nord procèdent à des contrôles aléatoires en ce qui concerne le respect de l'âge minimum légal pour l'achat, tandis que le Queensland recourt à des "opérations de surveillance secrètes" à la fois selon les circonstances et en réponse à des plaintes pour contrôler et faire appliquer la législation.[3484] Il nous apparaît donc que l'Australie a mis en place un cadre réglementaire visant à traiter l'offre de produits du tabac aux personnes de moins de 18 ans par l'intermédiaire de sources sociales et commerciales, qui est de nature à pouvoir contribuer à réduire la "fuite"[3485] que l'offre fournie par l'intermédiaire de ces sources pourrait entraîner.[3486]

[3481] Voir Tobacco (Amendment) Act 1990 (ACT) (pièce AUS-351), article 5 remplaçant l'article 5 de la partie II de la Tobacco Act 1927 (ACT); Tobacco Products Control Act 2006 (WA) (pièce AUS-350), article 7; Public Health (Tobacco) Act 2008 (NSW) (pièce AUS-267), article 23; et Tobacco Control Act 2002 (NT) (pièce AUS-374), article 43 2). Voir aussi Australie, première communication écrite, annexe C. Voir spécifiquement Australie, première communication écrite, note de bas de page 1103. Voir aussi le rapport Chaloupka sur la santé publique (pièce AUS-9), annexe C.

[3482] Voir Tobacco Products (Prevention of Supply to Children) Act 1998 (Qld), Section 15, 22, 40 (pièce AUS-353), article 40; Public Health Amendment (Juvenile Smoking) Act 2002 (NSW) (pièce AUS-358), annexe 1 point 1, insérant l'article 58 dans la Public Health Act 1991 (NSW); Tobacco Products Regulation (Miscellaneous Offences) Amendment Act 2007 (SA) (pièce AUS-359), article 15, insérant un nouvel article 70A dans la Tobacco Products Regulation Act 1997 (SA); Public Health Act 1997 (Tas) (pièce AUS-360), article 66; et Tobacco Products Control Act 2006 (WA) (pièce AUS-350), article 99. L'Australie note que le Territoire de la capitale fédérale, le Territoire du Nord et l'État de Victoria n'avaient pas mis en place de législation en matière de saisie au 4 mars 2013. Australie, première communication écrite, annexe C. Voir en particulier *ibid.,* la note de bas de page 1104.

[3483] Le tabac en Australie, 2012, extraits DOM (pièce DOM-126), page 97.

[3484] Le tabac en Australie, 2012, extraits DOM (pièce DOM-126), page 97.

[3485] Ahmad 2005a (pièces DOM-130, HND-75), page 82; Ahmad et Billimek 2007, (HND-74), page 388; et Ahmad 2005b (pièce HND-76), page 338.

[3486] Nous ne donnons pas à penser que ces mécanismes d'application traitent parfaitement le problème du respect des prescriptions par les détaillants ni celui de la fourniture de produits du tabac par l'intermédiaire de sources sociales. De fait, comme le CCV l'a observé, "[q]uel que soit celui qui fournit les premières cigarettes, une fois initiés au tabac, les jeunes fumeurs adaptent leurs moyens d'accès pour correspondre à l'environnement social et législatif existant". Voir Le tabac en Australie, 2012, extraits DOM (pièce DOM-126), page 53. En fait, Philip Morris a indiqué que la demande résiduelle de produits du tabac menaçait de compromettre la proposition de la Tasmanie visant à interdire la vente de produits du tabac aux personnes nées après l'année 2000 par stimulation d'un marché illicite des produits du tabac. Voir Philip Morris, communication au Conseil législatif du Parlement tasmanien (pièce AUS-559). Notre observation vise, non pas donner à entendre que des "fuites" ne se produiraient pas dans le cadre du régime de l'Australie, mais seulement à observer qu'il existe un cadre réglementaire en Australie qui pourrait contribuer à la réduction de ces "fuites". Nous notons aussi la critique du professeur Chaloupka selon laquelle il n'y a guère de relation entre les niveaux de respect des prescriptions par les détaillants et le pourcentage des élèves de lycée aux États-Unis ayant fumé au moins une fois au cours des 30 jours précédents. Voir le rapport Chaloupka sur la santé publique (pièce AUS-9), figure 2. À cet égard, nous observons que le professeur Chaloupka ne fait pas de distinction entre "les expériences en Australie" (rapport Chaloupka sur la santé publique (pièce AUS-9), paragraphe 51) (où l'âge minimum légal pour l'achat est déjà fixé à 18 ans dans tous les États et les territoires) (cf. l'annexe C de la première communication écrite de l'Australie pour ce qui est des mesures) et les États-Unis (où l'âge minimum légal pour l'achat est fixé à 18 ans par la législation fédérale, mais où certains États et localités l'ont relevé pour le porter à des âges variant entre 19 et 22 ans). Rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232, page 5-3). Les éléments de preuve résumés plus haut donnent à penser que ce manque d'uniformité en ce qui concerne l'âge minimum légal pour l'achat fixé au niveau fédéral, au niveau des États et au niveau municipal aux États-Unis entraîne en même temps des variations de la prévalence chez les jeunes dans l'ensemble de ces juridictions. Nous ne sommes donc pas certains que l'on puisse s'attendre à ce qu'une simple comparaison entre le taux de non-respect des prescriptions par les détaillants et le taux de personnes ayant fumé au cours des 30 jours précédents dans l'ensemble des États-Unis constitue une comparaison exacte aux fins de déterminer la corrélation dont le professeur Chaloupka affirme l'existence.

7.1447. Eu égard à ce qui précède, nous constatons que les plaignants ont fourni suffisamment d'éléments de preuve pour démontrer qu'un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat serait apte à contribuer à l'objectif de l'Australie consistant à améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits. Dans la mesure où il est probable que le degré d'efficacité d'un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat serait influencé par des facteurs tels que l'accès par l'intermédiaire de sources sociales ou l'existence de mesures d'application efficaces, nous avons observé que l'Australie avait mis en place un cadre réglementaire visant à traiter ces questions.[3487]

7.1448. Selon les estimations figurant dans le rapport de 2015 de l'USIOM, si l'âge minimum légal pour l'achat est porté de 18 à 21 ans, la réduction des taux d'initiation aux États-Unis pour différentes tranches d'âge sera la suivante:

Tableau 3: Réduction estimée des taux d'initiation des États-Unis après un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat, par tranche d'âge

Réduction de l'initiation par tranche d'âge	Âge minimum légal pour l'achat: 21	
	Descriptif qualitatif	**Estimation numérique**
Moins de 15 ans	Moyenne	15%
De 15 à 17 ans	Importante	25%
18 ans	Moyenne	15%
De 19 à 20 ans	Moyenne	15%

Source: Rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232), page 7-11.

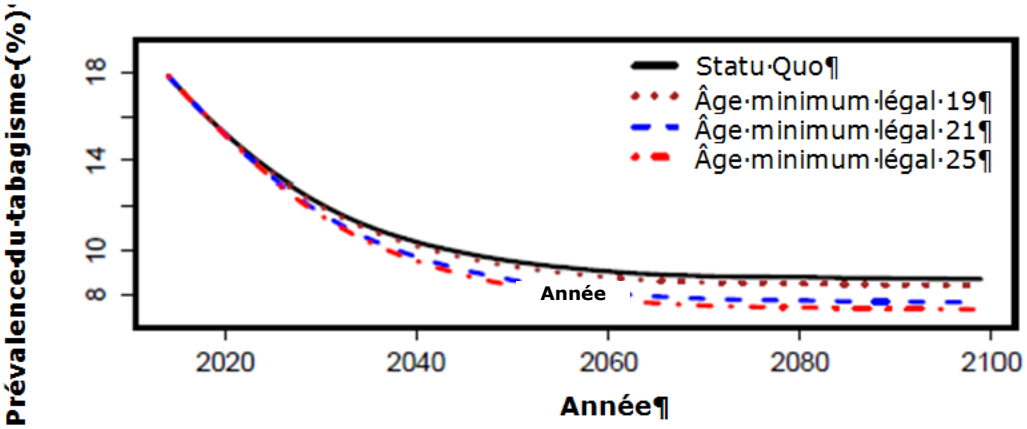
7.1449. Le rapport de 2015 de l'USIOM modélise également la prévalence du tabagisme chez les adultes aux États-Unis en utilisant les modèles du réseau de modélisation pour l'intervention et la surveillance du cancer (CISNET) et SimSmoke[3488] pour un relèvement portant l'âge minimum légal pour l'achat de 18 ans à 19, 21 ou 25 ans. Ces modèles produisent les résultats suivants, respectivement:

[3487] Voir plus haut le paragraphe 7.1446.
[3488] L'USIOM décrit ces modèles dans les termes suivants:

> Pour le présent rapport, le comité a commandé l'utilisation de deux modèles établis de macro-simulation de la consommation de cigarettes, dans le but de compléter ses conclusions sur les effets d'une modification de l'âge minimum légal pour l'achat sur l'initiation au tabac par la production d'estimations quantitatives de la façon dont les effets probables sur l'initiation influeraient sur la prévalence future du tabagisme et sur certaines mesures de la morbidité et de la mortalité liées au tabagisme. Il s'agit du modèle de populations de fumeurs du réseau de modélisation pour l'intervention et la surveillance du cancer (CISNET) et du modèle SimSmoke. Les deux modèles simulent la prévalence annuelle, par âge, du tabagisme et la mortalité imputable au tabagisme. De plus, CISNET modélise la variation des habitudes tabagiques par cohorte de naissance et permet de rendre compte des effets de l'intensité du tabagisme. SimSmoke modélise les effets des politiques importantes de lutte antitabac et permet la simulation de résultats en matière de santé maternelle et infantile. Bien que le relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat relève actuellement de la compétence des États et des localités, les modèles projettent les effets d'un changement de politique sur les États-Unis dans leur ensemble et ne permettent pas de prendre en considération les différences importantes existant dans le pays qui pourraient influer sur l'importace de l'effet d'un relèvement de l'âge minimum légal dans les États ou les localités.

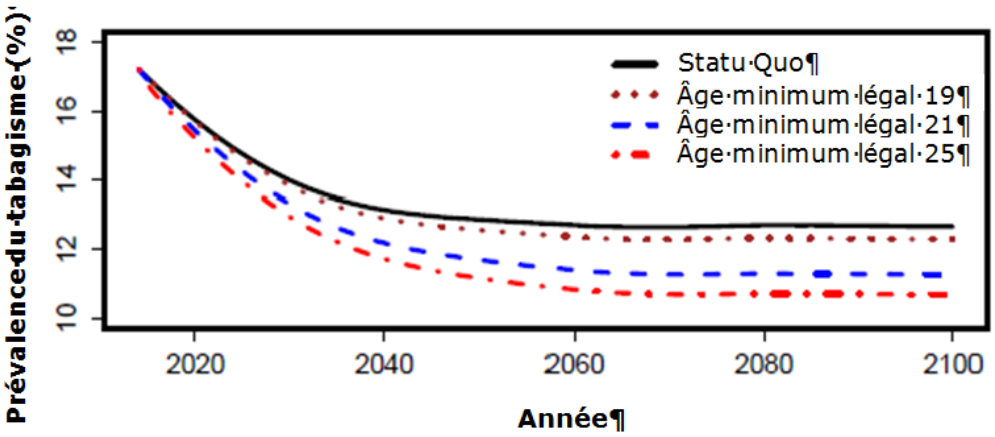
Voir le rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232), page 1-7.

Figure 15: Prévalence du tabagisme chez les adultes – CISNET



Source: rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232), page 7-17.

Figure 16: Prévalence du tabagisme chez les adultes – SimSmoke



Source: Rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232), page 7-18.

7.1450. L'USIOM explique que malgré les différences entre les modèles CISNET et SimSmoke et les différences dans les prévisions de prévalence produites par chaque modèle pour chaque âge minimum légal potentiel pour l'achat pris en considération dans son rapport de 2015, les deux modèles "prévoient … une diminution de 11 à 12% pour [un âge minimum légal pour l'achat de 21 ans]".[3489] Le rapport de 2015 de l'USIOM fournit aussi des modèles CISNET et SimSmoke indiquant les conséquences à court terme et à long terme d'un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat en ce qui concerne le nombre prévu de vies sauvées.

7.1451. L'USIOM résume comme suit les conséquences d'un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat:

> L'analyse [des modèles] permet de penser qu'un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat pourrait, avec le temps, réduire considérablement la mortalité et la morbidité imputables au tabagisme … Les deux modèles suggèrent un délai de quelques décennies avant que les avantages globaux en matière de mortalité se fassent sentir au niveau de la population, en raison du décalage temporel entre l'exposition au tabagisme et les principaux résultats pour la santé et parce que la

[3489] Rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232), page 7-18. Le rapport note également que les modèles prévoient "une diminution d'environ 3% de la prévalence prévue en 2100 pour [un âge minimum légal pour l'achat de 19 ans]" et une "diminution de 15,7% pour [un âge minimum légal pour l'achat de de 25 ans]".

> politique touche principalement les adolescents et les jeunes adultes. Néanmoins, des effets plus immédiats seraient observés s'agissant de la santé maternelle et infantile, ainsi que d'autres situations comme les atteintes aiguës. L'analyse montre en outre que pour les nouvelles générations, à commencer par les personnes nées entre 2000 et 2019, on pourrait constater une diminution significative de la mortalité et du nombre d'années potentielles de vie perdues.[3490]

7.1452. Nous sommes peu disposés à supposer que ces projections spécifiques de l'USIOM, établies sur la base d'une modélisation aux États-Unis, puissent être transposées directement au marché australien pour fournir une mesure exacte du *degré* de contribution que cette mesure apporterait ou pourrait apporter à une réduction de la consommation de produits du tabac et de l'exposition à ces produits en Australie.[3491] Nous notons en particulier que, comme l'Australie l'a souligné, le degré d'efficacité d'une telle mesure serait probablement influencé par des facteurs tels que l'accès par l'intermédiaire de sources sociales ou l'existence de mécanismes d'application efficaces dans la juridiction mettant en œuvre la mesure.

7.1453. Globalement, eu égard à ce qui précède, nous constatons que les éléments de preuve qui nous ont été présentés donnent à penser que, nonobstant la difficulté liée à l'établissement de projections précises sur la base des éléments de preuve émanant d'autres juridictions qui nous ont été présentés, un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat serait apte en principe à apporter une contribution significative à l'objectif de l'Australie consistant à améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits. Ayant formulé cette conclusion, nous examinons si cette contribution serait équivalente à celle qui est apportée par les mesures TPP.

7.1454. Comme nous l'avons vu plus haut[3492], cette évaluation devrait être effectuée compte tenu des caractéristiques du règlement technique en cause révélées par sa conception et sa structure, ainsi que de la nature de l'objectif poursuivi, et de la nature, de la quantité et de la qualité des éléments de preuve disponibles.[3493] Nous rappelons aussi qu'une mesure de rechange proposée peut atteindre un degré équivalent de contribution différemment du règlement technique en cause[3494] et que ce qui est pertinent, c'est le degré *global* de contribution que le règlement technique apporte à l'objectif poursuivi, et non un quelconque aspect ou élément particulier de la contribution pris isolément.[3495]

7.1455. Aux fins d'évaluer l'équivalence pour un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat, la question dont nous sommes saisis est donc de savoir si un relèvement portant de 18 à 21 ans de l'âge minimum légal pour l'achat fixé par l'Australie, en *remplacement* des mesures TPP, apporterait globalement une contribution à l'objectif de l'Australie équivalente à celle des mesures TPP, telles qu'appliquées conjointement avec les autres mesures existantes de lutte antitabac de l'Australie.

7.1456. Nous rappelons nos constatations ci-dessus selon lesquelles, sur la base des éléments de preuve qui nous ont été présentés, les mesures TPP apportent une contribution significative à l'objectif de l'Australie. Dans ce contexte, nous avons constaté entre autres choses que les images et les messages transmis par l'emballage du tabac étaient de nature à pouvoir faire croire que l'initiation au tabac pouvait satisfaire certains besoins, et que les jeunes et les jeunes adultes étaient particulièrement vulnérables pour ce qui est de répondre compulsivement à ces besoins. Nous avons constaté aussi qu'en supprimant la possibilité que l'emballage transmette ces

---

[3490] Rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232), page 8-19.

[3491] Nous notons aussi l'évaluation générale de l'USIOM selon laquelle un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat aux États-Unis pourrait, selon les termes de l'Institut, avoir un effet sur l'initiation "moyen" pour les adolescents de moins de 15 ans, un effet qui est "plus important" pour les adolescents âgés de 15 à 17 ans que pour ceux de moins de 15 ans (rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232), page 7-5); et entraîner une diminution de l'initiation "plus importante" que "faible" pour les jeunes entre 18 et 20 ans. Rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232), page 7-6.

[3492] Voir plus haut le paragraphe 7.1368.

[3493] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.215.

[3494] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.215.

[3495] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.216.

messages, l'emballage neutre était apte à réduire l'attrait des produits du tabac, renforcer l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et diminuer l'aptitude de l'emballage pour la vente au détail de produits du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme ou de la consommation de produits du tabac et, par conséquent, à avoir une incidence sur les comportements tabagiques.

7.1457. Nous notons qu'un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat vise la disponibilité des produits du tabac pour les individus âgés de 18 à 21 ans.[3496] Le professeur Steinberg fait valoir que les interventions "qui restreignent la disponibilité des cigarettes pour les adolescents (c'est-à-dire fondées sur l'offre) sont beaucoup plus susceptibles d'être efficaces que celles qui cherchent à influencer la demande des adolescents concernant ces produits".[3497] Nous notons que la disponibilité des produits du tabac est un facteur reconnu qui peut influer sur le fait que les adolescents commencent ou non à fumer[3498], et que la FCTC reconnaît les limitations obligatoires concernant les ventes de produits du tabac aux mineurs et par des mineurs comme un élément d'une politique globale de lutte antitabac.[3499] Nous rappelons aussi que tous les États et territoires australiens maintiennent un âge minimum légal pour l'achat de 18 ans et que les jeunes constituent un groupe reconnu comme étant particulièrement exposé aux risques liés au tabagisme.[3500]

7.1458. Dans la mesure où un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat aurait la capacité d'influer de manière significative sur l'initiation des jeunes et, partant, de réduire à plus long terme la prévalence du tabagisme, il apporterait une contribution à l'objectif de l'Australie qui serait, en partie, comparable quant à sa nature à celle des mesures TPP, mais qui fonctionnerait toutefois selon un mécanisme différent (à savoir en influant sur la disponibilité des produits du tabac, et non sur la demande, dans cette tranche d'âge particulière).

7.1459. Toutefois, un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat fixé par l'Australie concernerait *seulement* la disponibilité des produits du tabac pour les individus âgés de moins de 21 ans. Comme nous l'avons constaté plus haut, les mesures TPP, outre qu'elles contribuent à décourager l'initiation des adolescents et des jeunes adultes, sont aptes à contribuer à encourager le sevrage et à empêcher la récidive chez les fumeurs ne relevant pas de cette tranche d'âge. Un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat ne traiterait l'initiation, le sevrage ou la récidive dans aucune tranche d'âge au-delà de 21 ans. De plus, il n'influerait pas non plus sur les caractéristiques de conception des emballages du tabac qui transmettent, comme nous l'avons constaté, des images et des messages capables, à leur tour, de faire croire, en particulier aux adolescents et aux jeunes adultes, que l'initiation au tabac peut satisfaire certains besoins psychologiques et qui contribuent à rendre les produits du tabac attrayants. Les adolescents continueraient d'être sensibles à ces images et à ces messages et donc d'y répondre compulsivement, dans un environnement où les emballages de marque seraient encore disponibles, y compris par le biais de circuits non commerciaux. Sans les mesures TPP, ces moyens de communication ne seraient pas traités *du tout*.

7.1460. Globalement, donc, un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat aurait une incidence seulement sur la disponibilité des produits du tabac pour une tranche d'âge importante mais circonscrite, ne traiterait pas l'initiation, le sevrage ni la récidive dans d'autres tranches d'âge et ne traiterait pas les aspects de la *demande* de produits du tabac (pour toutes les tranches d'âge) qui sont traités par les mesures TPP. Pour ces raisons, nous ne sommes pas convaincus que l'on puisse dire qu'un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat, en *remplacement* des mesures TPP, apporterait une contribution équivalente à l'objectif de santé publique de l'Australie.

7.1461. En formulant cette constatation, nous soulignons que ces observations ne doivent pas minimiser le rôle reconnu de l'âge minimum légal pour l'achat (y compris la possibilité d'un âge minimum légal pour l'achat de 21 ans) dans le cadre d'une politique globale de lutte antitabac.

[3496] Steinberg, réponse à la question n° 159 du Groupe spécial (pièce DOM/HND-20), paragraphe 3.
[3497] Steinberg, réponse à la question n° 159 du Groupe spécial (pièce DOM/HND-20), paragraphe 9. (italique omis)
[3498] Rapport de 1994 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis, résumé analytique (pièce AUS-73).
[3499] FCTC (pièces AUS-44, JE-19), article 16. Voir aussi plus haut les paragraphes 7.1389 et 7.1442 .
[3500] Voir plus haut les paragraphes 7.1316 et 7.1317.

Nous notons à cet égard l'observation de l'USIOM selon laquelle "[l]a consommation de tabac par des mineurs est réduite de façon très substantielle lorsque la juridiction adopte un solide arsenal de mesures de lutte antitabac, y compris des restrictions concernant l'accès des jeunes appliquées rigoureusement".[3501] Toutefois, le remplacement des mesures TPP par un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat laisserait de côté le fait que l'âge minimum légal pour l'achat fixé par l'Australie *combiné avec* les mesures TPP traite de façon plus globale les différents éléments influant sur la consommation de tabac dans différentes tranches d'âge en Australie. Remplacer les mesures TPP par un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat fixé en Australie pourrait affaiblir les synergies existant entre les différentes composantes de la politique de lutte antitabac de l'Australie, en laissant de côté l'effet des images et des messages transmis par les éléments figuratifs et autres caractéristiques de conception des emballages du tabac.[3502]

7.1462. Nous notons aussi l'argument de la République dominicaine selon lequel notre évaluation de l'équivalence doit être effectuée "compte tenu de trois facteurs au moins: 1) le degré ou l'étendue de la contribution; 2) lorsque la contribution est attendue dans le futur, la probabilité qu'elle se concrétise; et 3) lorsque la contribution est attendue dans le futur, le délai dans lequel il est prévu qu'elle se concrétise".[3503] Nous n'excluons pas que le délai dans lequel on peut s'attendre à ce que les effets d'une mesure se produisent puisse être pertinent dans une évaluation de l'équivalence de la contribution de différentes mesures au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC.[3504] Le fait de prendre en compte ces éléments, toutefois, ne modifie pas notre observation formulée plus haut selon laquelle les effets de l'emballage du tabac ne seraient pas traités *du tout* en l'absence des mesures TPP, quel que soit le délai dans lequel les effets d'un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat se manifesteraient. Par conséquent, la prise en considération de ce facteur ne nous amène pas à modifier notre conclusion que les plaignants n'ont pas démontré qu'un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat apporterait une contribution à l'objectif de l'Australie équivalente à celle des mesures TPP.

7.1463. Nous rappelons aussi que les limites de notre marge d'appréciation pour évaluer si une mesure de rechange proposée atteint un degré équivalent de contribution peuvent être éclairées par la nature des risques et la gravité des conséquences qui découleraient de la non-réalisation de l'objectif poursuivi.[3505] Nous avons déterminé plus haut que la nature des risques que la non-réalisation de l'objectif de l'Australie entraînerait était que la santé publique ne serait pas améliorée car la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits ne seraient pas réduites.[3506] Nous avons constaté aussi que les conséquences découlant de la non-réalisation de cet objectif pour la santé publique étaient particulièrement graves et qu'elles étaient importantes pour l'Australie. Cette gravité et cette importance étayent, à notre avis, notre conclusion que le retrait des mesures TPP ne serait pas contrebalancé par la mise en œuvre d'un âge minimum légal pour l'achat plus élevé qui laisserait de côté l'effet des images et des messages transmis par les caractéristiques de conception de l'emballage du tabac. Nous notons en particulier à cet égard les explications de l'Australie indiquant qu'elle cherche à empêcher l'existence de lacunes réglementaires dans sa politique globale de lutte antitabac, laquelle inclut, comme l'une des pièces maîtresses, des restrictions poussées concernant la publicité et la promotion. Le fait de prendre en compte la nature de ces risques et la gravité de ces conséquences confirme donc notre précédente conclusion qu'un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat n'apporterait pas une contribution équivalente à l'objectif de l'Australie.

7.1464. Pour toutes ces raisons, nous ne sommes pas convaincus qu'un relèvement portant de 18 à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat apporterait une contribution équivalente à l'objectif de l'Australie consistant à améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits.

[3501] Rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232), page 6-20.
[3502] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 170.
[3503] République dominicaine, réponse à la question n° 157 du Groupe spécial; et observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 156 du Groupe spécial.
[3504] Cf. plus haut le paragraphe 7.938.
[3505] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.215.
[3506] Voir plus haut le paragraphe 7.1322.

7.2.5.6.2.5 Question de savoir si un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat est une mesure raisonnablement disponible pour l'Australie

7.1465. Comme cela est indiqué plus haut, une mesure de rechange proposée ne serait pas *raisonnablement disponible* lorsqu'elle est de nature purement théorique, par exemple, lorsque le Membre défendeur n'est pas capable de l'adopter ou lorsque la mesure impose une charge indue à ce Membre, par exemple des coûts prohibitifs ou des difficultés techniques substantielles.[3507]

7.1466. Le Honduras fait valoir qu'un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat est raisonnablement disponible pour l'Australie car il suppose simplement une action législative visant à modifier diverses lois des États et territoires relatives à l'âge minimum légal pour l'achat des produits du tabac et l'application effective de ces lois. Il fait valoir que l'Australie a déjà adopté de nombreuses lois antitabac au niveau fédéral et au niveau des États et territoires et les a appliquées efficacement, et que la mesure de rechange proposée est donc clairement à sa portée. Il ajoute que le simple fait que l'adoption de cette mesure nécessitera certains coûts additionnels ne signifie pas qu'elle n'est pas raisonnablement disponible. En outre, la mesure ne présentera aucune difficulté technique pour les autorités australiennes.[3508] La République dominicaine fait valoir qu'un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat est une option raisonnablement envisageable en Australie car elle impliquerait que le gouvernement fédéral et/ou les gouvernements des États modifient l'âge minimum fixé par la législation australienne pour le porter de 18 à 21 ans et ne nécessiterait aucunes ressources gouvernementales additionnelles au-delà de celles qui permettent actuellement de faire respecter l'âge minimum légal pour l'achat existant, à savoir 18 ans.[3509]

7.1467. L'Australie n'a pas contesté qu'un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat en tant que mesure de rechange était à sa disposition. De fait, comme cela est indiqué plus haut, elle a dit que c'était une mesure qu'elle pouvait envisager d'adopter.[3510]

7.2.5.6.2.6 Conclusion générale sur un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat comme solution de rechange pour remplacer les mesures TPP

7.1468. Nous avons constaté plus haut que la proposition des plaignants visant à ce que l'Australie porte à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat serait une mesure "de rechange", en ce sens qu'il s'agit d'une mesure qui n'est pas appliquée actuellement par l'Australie.

7.1469. Toutefois, nous avons aussi déterminé que les plaignants n'avaient pas démontré qu'un relèvement portant à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat serait moins restrictif pour le commerce que les mesures TPP.

7.1470. Nous ne sommes pas non plus convaincus que cette mesure, en remplacement des mesures TPP, apporterait une contribution équivalente à l'objectif de l'Australie consistant à améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits. En particulier, nous avons constaté que, alors qu'un relèvement à 21 ans de l'âge minimum légal pour l'achat serait en principe à même d'apporter une contribution significative à l'objectif de l'Australie, nous n'étions pas convaincus qu'en *remplacement* des mesures TPP, elle apporterait une contribution équivalente à cet objectif. Pour formuler cette constatation, nous avons tenu compte en particulier des caractéristiques des mesures TPP, eu égard au contexte plus large de leur fonctionnement dans le cadre de la série globale de mesures visant à réduire la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits, ainsi que des risques que la non-réalisation de l'objectif des mesures TPP entraînerait.[3511]

7.1471. Compte tenu de ce qui précède, nous concluons que les plaignants n'ont pas démontré qu'un relèvement portant de 18 à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat était une mesure de

[3507] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 156 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 308).
[3508] Honduras, première communication écrite, paragraphes 918 et 583 à 585.
[3509] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 778.
[3510] Voir plus haut le paragraphe 7.1429.
[3511] Voir les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.215.

rechange moins restrictive pour le commerce qui apporterait une contribution à l'objectif de l'Australie équivalente à celle des mesures TPP.

7.2.5.6.3 Deuxième mesure de rechange proposée: augmentation des taxes sur les produits du tabac

7.1472. Tous les plaignants font valoir qu'une augmentation des taxes sur les produits du tabac en Australie constitue une solution de rechange raisonnablement disponible pour remplacer les mesures TPP.

7.1473. L'Australie considère que cette mesure n'est pas une mesure "de rechange" car elle est déjà appliquée. Nous examinons donc cette question en premier lieu, après avoir décrit la mesure proposée.

7.2.5.6.3.1 Description de la mesure proposée

7.1474. Les plaignants ont généralement décrit cette solution de rechange comme une augmentation des droits d'accise qui permettrait de réaliser toute réduction de la consommation de tabac résultant des mesures TPP. En conséquence, ils ne prescrivent pas un niveau de taxation précis ni une manière précise de procéder mais soutiennent en fait que l'augmentation des taxes pourrait être fixée au niveau nécessaire pour apporter la contribution souhaitée à l'objectif de l'Australie.[3512]

7.1475. Nous partons donc du principe que la mesure de rechange proposée par les plaignants est une augmentation des droits d'accise perçus sur les produits du tabac, accompagnée d'une certaine souplesse quant à l'importance et aux modalités précises de l'augmentation qui dépendront du degré de contribution dont il aura été constaté qu'il est atteint par les mesures TPP. Bien qu'il incombe aux plaignants d'identifier et de définir une mesure de rechange au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, nous évaluons l'augmentation des taxes proposée par les plaignants en tenant compte du fait qu'un plaignant n'est peut-être pas nécessairement tenu de fournir des renseignements détaillés sur la mise en œuvre ou le fonctionnement dans la pratique d'une solution de rechange proposée, étant donné la nature hypothétique de ces mesures de rechange proposées.[3513]

7.2.5.6.3.2 Question de savoir si une augmentation des taxes est une mesure de rechange

7.1476. L'Australie fait valoir qu'une augmentation des taxes sur les produits du tabac n'est pas une solution de rechange car l'Australie met en œuvre des "augmentations régulières et substantielles" de ses droits d'accise sur le tabac et prévoit de le faire à l'avenir. À cet égard, elle fait référence à des augmentations passées et prévues distinctes de ses taxes sur le tabac depuis l'introduction des mesures TPP.[3514] Elle estime en outre que le raisonnement du Groupe spécial et de l'Organe d'appel dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés* "élimine complètement les augmentations des droits d'accise sur le tabac comme mesure de rechange", au motif que des mesures qui ont déjà été mises en œuvre, en tout ou en partie, ou qui sont en train d'être mises en œuvre dans le cadre d'une politique globale visant à traiter un problème de santé publique complexe ne sont pas des solutions de rechange devant être prises en compte dans l'exercice de "soupesage et de mise en balance". De fait, ces mesures sont complémentaires de la mesure en cause.[3515]

7.1477. Nous rappelons que l'Australie impose des droits d'accise sur les produits du tabac et que, outre les ajustements pour indexation, le taux du droit d'accise a été relevé à plusieurs reprises et

[3512] Voir, par exemple, Honduras, première communication écrite, paragraphes 594, 919 à 921; deuxième communication écrite, paragraphe 221; République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 761; deuxième communication écrite, paragraphe 975; Cuba, première communication écrite, paragraphes 277 à 280; et Indonésie, première communication écrite, paragraphes 430 à 434.

[3513] Voir, par exemple, les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphes 5.334 et 5.338.

[3514] Australie, première communication écrite, paragraphe 707; et deuxième communication écrite, paragraphe 552.

[3515] Australie, réponse à la question n° 158 du Groupe spécial.

des prévisions d'augmentations futures ont été établies.[3516] Spécifiquement, l'Australie a modifié la *Loi de 1921 sur le droit d'accise* (Cth) en 1999 pour appliquer un droit d'accise aux cigarettes, cigares et autres produits du tabac par pièce (pour les produits sous forme de bâtonnet ne dépassant pas 0,8 gramme de tabac pièce), ou par kilogramme (pour les produits dépassant 0,8 gramme pièce) à un taux équivalent au taux par bâtonnet.[3517] De plus, elle a majoré à plusieurs reprises le taux du droit d'accise applicable au tabac. Le 29 avril 2010, elle a annoncé qu'une majoration de 25% du taux du droit d'accise sur le tabac serait appliquée à compter du 30 avril 2010.[3518] Le 1er août 2013, elle a annoncé quatre augmentations additionnelles de 12,5% du droit d'accise, prenant effet les 1er décembre 2013, 1er septembre 2014, 1er septembre 2015 et 1er septembre 2016.[3519] De plus, sa stratégie nationale concernant le tabac inclut des recommandations visant à "[c]ontinuer de mettre en œuvre des augmentations régulières échelonnées des droits d'accise sur le tabac, selon qu'il sera approprié"[3520], une nouvelle augmentation étant prévue pour 2017.[3521] Ces augmentations s'ajoutent aux augmentations des taxes qui étaient indexées traditionnellement sur l'indice des prix à la consommation et, depuis mars 2014, sur les gains hebdomadaires moyens en horaire normal.[3522] En outre, la taxe de l'Australie sur les biens et les services frappe tous les produits du tabac[3523], de sorte que les taxes sur les cigarettes appliquées par l'Australie représentent plus de 60% des prix de détail pour les marques populaires.[3524]

7.1478. La solution de rechange proposée par les plaignants se caractérise par un *relèvement* des niveaux de taxation existants. Bien que nous reconnaissions l'existence d'augmentations passées et prévues des taxes sur le tabac en Australie, nous ne considérons pas que du fait de cette circonstance, la solution de rechange proposée par les plaignants fasse double emploi avec des mesures ou pratiques existantes déjà mises en œuvre par l'Australie. De fait, nous croyons comprendre que, quel que soit le niveau précis des taxes imposées sur les produits du tabac en Australie actuellement ou à un moment quelconque dans le futur, les plaignants proposent son *relèvement*, en *remplacement* des mesures TPP. Nous estimons que cela constituerait nécessairement une variante des taxes existantes sur les produits du tabac appliquées par l'Australie. Dans la mesure où l'Australie fait valoir que cette variante compromettrait l'efficacité de son approche globale de la lutte antitabac, nous estimons que cet argument est plus pertinent pour déterminer si l'augmentation des taxes proposée par les plaignants atteint un degré équivalent de contribution à la réalisation de l'objectif des mesures TPP.

[3516] Voir plus haut le paragraphe 2.62.

[3517] Voir Australie, première communication écrite, annexe B, section D 1); Excise Tariff Amendment Act (No. 1) 2000 (Cth) (pièce AUS-417), annexe 1; et l'examen après mise en œuvre de l'augmentation des droits d'accise sur le tabac (pièces AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), paragraphes 4 et 5.

[3518] Premier Ministre Rudd, communiqué de presse sur l'action contre le tabagisme (pièces AUS-115, HND-4, DOM-52); Excise Tariff Amendment (Tobacco) Act 2010 (Cth) (pièce AUS-418), annexe 1; et Examen après mise en œuvre de l'augmentation des droits d'accise sur le tabac (pièces AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), paragraphes 24 à 26.

[3519] Communiqué de presse sur l'action contre le tabagisme (pièces AUS-421, HND-85, DOM-114, IDN-5); déclarations de M. Chris Bowen, député, Trésorier, et de Mme Penny Wong, sénatrice, Ministre des finances et de la déréglementation (pièce AUS-265), page 33.

[3520] Stratégie nationale concernant le tabac 2012-2018 (pièces AUS-129, DOM-131), page 20.

[3521] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 552.

[3522] Voir le communiqué de presse sur les droits d'accise sur le tabac (pièces AUS-421, HND-85, DOM-114, IDN-5); et le rapport Chaloupka sur la santé publique (pièce AUS-9), paragraphe 18. Le professeur Chaloupka explique en outre ce qui suit:

> En 1983, l'Australie est devenue le premier pays à indexer ses droits d'accise sur le tabac sur l'indice des prix à la consommation pour faire en sorte que l'inflation n'érode pas leur valeur au fil du temps. Plus récemment, en mars 2014, elle est devenue le premier pays du monde à indexer ses droits d'accise sur le tabac sur les gains hebdomadaires moyens en horaire normal pour faire en sorte que les produits du tabac ne deviennent pas plus abordables au fil du temps.

Ibid., paragraphe 39. Voir aussi Excise Tariff Amendment (Tobacco) Act 2014 (Cth) (pièce HND-86), article 6AA; et les pages de travail sur les droits d'accise (pièce IDN-23), page 4.

[3523] Examen après mise en œuvre de l'augmentation des droits d'accise sur le tabac (pièces AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), paragraphe 7.

[3524] Rapport Chaloupka sur la santé publique (pièce AUS-9), paragraphe 18; Examen après mise en œuvre de l'augmentation des droits d'accise sur le tabac (pièces AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), paragraphes 88 et 89; et Premier Ministre Rudd, communiqué de presse sur l'action contre le tabagisme (pièces AUS-115, HND-4, DOM-52).

7.1479. Nous estimons donc que l'augmentation des taxes sur les produits du tabac proposée par les plaignants constitue une variante d'une mesure déjà appliquée par l'Australie et, en tant que telle, constitue une mesure de rechange.

7.1480. Nous examinons maintenant si un relèvement du niveau de taxation des produits du tabac serait moins restrictif pour le commerce que les mesures TPP et apporterait une contribution équivalente à l'objectif de l'Australie, compte tenu des risques que la non-réalisation de l'objectif entraînerait.

7.2.5.6.3.3 Question de savoir si une augmentation des taxes serait moins restrictive pour le commerce que les mesures TPP

Arguments des parties

7.1481. Le Honduras fait valoir qu'une augmentation des taxes est moins restrictive pour le commerce que les restrictions concernant les marques et le format dans le cadre de l'emballage neutre, puisque les producteurs de tabac ne seraient pas empêchés de faire concurrence sur le marché australien en utilisant les emballages de marque pour signaler aux consommateurs la qualité et la réputation. Il ajoute qu'une possible augmentation des taxes n'entraînerait pas de coûts de mise en conformité afférents à la modification des processus de production des emballages et des produits du tabac respectant les restrictions concernant le format prévues par les mesures TPP.[3525] De plus, les taxes "sont prévisibles et transparentes et donc moins restrictives pour le commerce que les mesures non fiscales, comme en témoigne la préférence accordée dans le système de l'OMC à des droits, taxes et impositions transparents et prévisibles".[3526] Faisant référence à l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – EPO*[3527], le Honduras estime aussi que les coûts d'une augmentation des taxes sont normalement répercutés sur les consommateurs, de sorte qu'une augmentation des taxes est à l'évidence moins restrictive pour le commerce que les mesures TPP.[3528] Il ajoute que l'argument de l'Australie selon lequel les hausses des prix de l'industrie coïncident souvent avec des augmentations de taxes indique que les augmentations de taxes n'affectent pas les profits des producteurs ni leurs parts de marché, de sorte que les augmentations des droits d'accise n'entraînent aucun autre effet de distorsion sur le marché et ne sont donc pas plus restrictives pour le commerce que les mesures TPP.[3529]

7.1482. Le Honduras fait valoir qu'une augmentation des taxes "ne modifie pas les conditions de concurrence pour les produits importés, … ni ne crée d'incertitudes … [ou] ne décourage l'importation de produits du tabac en Australie". Il estime également qu'une augmentation progressive des taxes n'impose aucun coûts additionnels de mise en conformité s'agissant du processus de production ou des coûts d'importation. Il ajoute qu'une augmentation des taxes peut "aussi entraîner une descente en gamme, comme l'Australie le note", mais cela ne signifie pas qu'elle ait autant d'effets de distorsion et de restriction des échanges que l'emballage neutre, qui empêche les producteurs de différencier leurs produits et donc de se livrer mutuellement une concurrence loyale. Il estime en outre que, par opposition "à un règlement technique comme l'emballage neutre", la seule prescription qui s'applique aux taxes intérieures est qu'elles soient conformes à l'article III du GATT de 1994. Les taxes non discriminatoires sont donc en soi des mesures compatibles avec les règles de l'OMC, alors qu'un règlement technique est incompatible avec les règles de l'OMC s'il n'est pas efficace ou s'il est plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire. Par conséquent, le Honduras affirme que les taxes internes non discriminatoires sont une solution de rechange compatible avec les règles de l'OMC pour remplacer une mesure incompatible avec les règles de l'OMC et doivent donc être privilégiées.[3530]

[3525] Honduras, première communication écrite, paragraphe 920; et deuxième communication écrite, paragraphe 221. Voir aussi Honduras, première communication écrite, paragraphe 597; et réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.

[3526] Honduras, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.

[3527] Honduras, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 483).

[3528] Honduras, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 483).

[3529] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 705.

[3530] Honduras, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial; et observations sur Australie, réponse aux questions n° 151 et 165 du Groupe spécial.

7.1483. La République dominicaine fait valoir qu'en empêchant les marques "de jouer leur rôle vital de différenciation, les mesures [TPP] éliminent des possibilités de concurrence pour les producteurs de produits du tabac et sont susceptibles d'avoir un effet (discriminatoire) disproportionné sur le commerce des produits du tabac haut de gamme … en Australie".[3531] Elle fait valoir qu'une augmentation des taxes n'aurait aucun effet sur les marques et, par conséquent, "ne fausserait en rien les possibilités de concurrence des produits du tabac et de leurs producteurs de tabac".[3532]

7.1484. En outre, la République dominicaine "admet qu'une augmentation des taxes est restrictive pour le commerce" en ce sens que, si le Groupe spécial constate que les mesures TPP "réduisent le comportement tabagique, ce qui entraîne une restriction du volume des produits du tabac vendus, une solution de rechange doit réduire de la même façon le comportement tabagique et, par conséquent, être de la même façon restrictive pour le commerce".[3533] De fait, l'"étendue de cette régression peut être calibrée précisément pour faire en sorte que ses effets sur le volume des ventes de produits du tabac soient équivalents en taille à tous effets des mesures [TPP] sur le volume dont l'existence pourrait être constatée".[3534] Toutefois, la République dominicaine ajoute qu'une augmentation des taxes "est beaucoup moins restrictive pour le commerce que les mesures [TPP] parce que, même si les deux mesures restreignaient le volume des ventes dans une mesure équivalente, une augmentation des taxes n'empêcherait pas les producteurs de bénéficier des possibilités de concurrence qui découlent de la différenciation des produits par l'usage des marques". Des droits d'accise plus élevés permettraient aux producteurs et aux exportateurs de "décider où et comment positionner leur marque sur le spectre prix-qualité", de sorte que, alors que les mesures TPP restreignent le commerce des produits à deux égards, une augmentation des taxes ne le restreint qu'à un seul égard.[3535] En réponse à l'argument de l'Australie selon lequel une augmentation des taxes entraînerait une descente en gamme, la République dominicaine fait valoir que "l'affirmation de l'Australie est vague et non étayée" parce que l'Australie n'indique pas quel niveau de taxes additionnelles serait nécessaire pour réduire le tabagisme dans une mesure équivalente à celle des mesures TPP et qu'elle n'étaye donc pas son affirmation en montrant comment les taxes additionnelles particulières en question entraîneraient une descente en gamme plus importante que ne le feraient les mesures TPP. Elle fait valoir que les éléments de preuve indiquent que les mesures TPP ont entraîné une accélération de la descente en gamme beaucoup plus importante que la forte augmentation des taxes de 25% appliquée en avril 2010, ce qui indique que les mesures TPP ont eu un degré beaucoup plus élevé de caractère restrictif pour le commerce, tel que mesuré au regard des effets de descente en gamme sur la base de la valeur.[3536]

7.1485. En tout état de cause, la République dominicaine fait valoir que des taxes, spécifiquement des taxes intérieures non discriminatoires, ne sont pas une mesure restrictive pour le commerce au regard de l'Accord OTC, du GATT de 1994, de l'Accord sur les ADPIC ni d'aucun autre accord visé. En outre, les taxes intérieures n'interfèrent pas non plus avec les possibilités de concurrence pour ce qui est de différencier les produits ni avec l'usage des marques. La République dominicaine estime que c'"est une indication nette, voire décisive" de ce que [cette mesure de rechange est] intrinsèquement moins restrictive pour le commerce au regard des accords visés".[3537]

7.1486. Cuba fait valoir qu'une "augmentation non discriminatoire des droits d'accise est pleinement compatible avec les règles de l'OMC et ne restreint pas l'usage des droits de propriété intellectuelle ni n'impose de charges réglementaires incompatibles avec les règles de l'OMC aux exportateurs". À son avis, "la décision de l'Australie d'adopter l'emballage neutre, qui peut conférer au mieux une efficacité marginale mais qui emporte des risques significatifs à la fois du point de vue de l'accélération de la [d]escente en gamme et des baisses des prix ne peut pas être justifiée".[3538]

[3531] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 1022.
[3532] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 1023.
[3533] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 980.
[3534] République dominicaine, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.
[3535] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 981.
[3536] République dominicaine, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial (faisant référence à République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 497 et figure 15).
[3537] République dominicaine, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.
[3538] Cuba, première communication écrite, paragraphe 280.

7.1487. L'Indonésie fait valoir qu'une augmentation des taxes est moins restrictive pour le commerce que les mesures TPP parce que ces augmentations n'interfèrent pas avec l'aptitude des producteurs de distinguer leurs produits à l'intention des consommateurs et qu'elle n'affecte pas de manière disproportionnée les producteurs de produits haut de gamme et de produits importés.[3539]

7.1488. L'Indonésie ajoute que les augmentations de taxes (par exemple) peuvent réduire la consommation d'un produit sans être restrictives pour le commerce au titre des accords de l'OMC visés. Elle précise qu'une mesure de lutte antitabac qui apporte une contribution à la réduction de la prévalence du tabagisme peut aussi entraîner un fléchissement de la demande de produits du tabac, même s'il ne s'ensuit pas nécessairement que cet effet ait une incidence défavorable sur les possibilités de concurrence des importations et soit restrictif pour le commerce. Dans la mesure où elle réduirait aussi la consommation de produits du tabac, une réduction de la prévalence affecterait seulement les possibilités commerciales globales par suite du fléchissement de la demande. L'Indonésie estime que la question de savoir quelle mesure est "moins restrictive pour le commerce" devrait être évaluée en comparant la mesure contestée avec les solutions de rechange moins restrictives pour le commerce proposées et en choisissant la mesure qui interfère le moins avec les possibilités "de concurrence" offertes aux produits sur le marché.[3540]

7.1489. L'Australie estime que, même si le Groupe spécial devait considérer que la descente en gamme est pertinente pour une évaluation du caractère restrictif pour le commerce des mesures TPP et des mesures de rechange proposées, la République dominicaine n'a pas démontré que la descente en gamme dont il est allégué qu'elle est causée par les mesures TPP dépassait celle qui est causée par les augmentations des droits d'accise. À son avis, au lieu de fournir des éléments de preuve pour démontrer que la descente en gamme causée par les augmentations des droits d'accise est moins importante que celle dont il est allégué qu'elle est causée par l'emballage neutre du tabac, la République dominicaine a simplement affirmé que c'était le cas.[3541] L'Australie estime aussi que la suggestion de la République dominicaine selon laquelle une augmentation des droits d'accise entraînerait une baisse de la consommation de tabac implique nécessairement que ces mesures restreindront le commerce. De plus, elle fait valoir que l'argument de la République dominicaine selon lequel cela donnera un degré de contribution à la réduction de la consommation de tabac équivalent ou supérieur au degré atteint par l'emballage neutre du tabac implique nécessairement une réduction équivalente ou supérieure du volume des importations de produits du tabac et, par conséquent, un degré de caractère restrictif pour le commerce équivalent ou supérieur.[3542]

Analyse du Groupe spécial

7.1490. Telle qu'elle est présentée par les plaignants, la solution de rechange consistant à augmenter les taxes serait calibrée de façon à réaliser la même réduction globale de la consommation de tabac et d'exposition au tabac que celle qui est réalisée par les mesures TPP.

7.1491. Dans la mesure où une augmentation des taxes serait conçue pour produire le même degré de contribution à la réduction de la consommation de produits du tabac et d'exposition à ces produits que celui des mesures TPP et aurait par conséquent un degré égal d'incidence sur la réduction de la consommation globale de ces produits, elle serait donc tout aussi restrictive pour le commerce du point de vue de son incidence sur le *volume* du commerce des produits du tabac. Par conséquent, les plaignants n'ont pas montré qu'elle serait moins restrictive pour le commerce que les mesures TPP du point de vue de l'incidence sur le volume total des importations de produits du tabac. Toute forme d'augmentation des taxes qui entraînerait une diminution proportionnelle du volume des produits du tabac importés semblerait entraîner au moins le même degré de caractère restrictif pour le commerce que celui qui est imputable aux mesures TPP en raison de leur contribution à l'objectif de l'Australie.

7.1492. De plus, nous notons qu'il a été constaté que certains types de mesures fiscales donnaient lieu au type de "descente en gamme" ou d'effets de substitution par le bas dont les

[3539] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 431.
[3540] Indonésie, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 165 du Groupe spécial.
[3541] Australie, observations sur les réponses des plaignants aux questions n° 161 et 165 du Groupe spécial.
[3542] Australie, observations sur les réponses des plaignants à la question n° 153 du Groupe spécial.

plaignants font valoir qu'ils découlent des mesures TPP et sont, selon eux, restrictifs pour le commerce. Nous notons que l'étendue de cet effet peut dépendre, en principe, du type de taxes choisi et que l'OMS suggère que le problème peut se poser en particulier pour la taxation *ad valorem*.[3543] De façon corollaire, taxer les produits du tabac de manière uniforme – de sorte que les taxes représentent une proportion comparable du prix des différents produits, et donc que les augmentations des taxes se traduisent par une hausse proportionnelle du prix de tous les produits – devrait réduire, toutes choses étant égales par ailleurs, le potentiel de substitution entre eux.[3544] Cependant, nous notons aussi des éléments de preuve indiquant que la taxation du tabac en Australie qui, à ce jour, est spécifique et non *ad valorem*, est la principale source reconnue de "descente en gamme" sur le marché australien.[3545]

7.1493. Même si les parties n'ont pas examiné la forme de taxation précise proposée, nous prenons note des éléments de preuve qui nous ont été présentés indiquant qu'une augmentation des droits d'accise sur le tabac peut avoir une incidence différente selon le type de droits utilisés.[3546] Par exemple, des éléments de preuve montrent que par rapport aux droits d'accise *ad valorem*, les droits d'accise spécifiques tendent à augmenter davantage le prix de détail, et réduisent donc plus fortement la consommation[3547] et qu'avec une taxe spécifique, les prix à la consommation sont plus susceptibles d'augmenter davantage que le montant de l'augmentation des taxes.[3548] Nous notons aussi qu'il est possible que la taxation *ad valorem* puisse intensifier la concurrence sur le marché en renforçant les différences de prix existant entre les marques et qu'il a été noté à cet égard que les ajustements *ad valorem* pouvaient accroître la possibilité d'une substitution par le bas au profit de produits du tabac meilleur marché.[3549] Bien que les pouvoirs publics puissent adopter un certain nombre de régimes fiscaux possibles pour équilibrer les effets d'une augmentation des taxes[3550], nous notons que l'incidence globale des taxes sur la

[3543] Cela est expliqué par des études concluant que, dans le cas de hausses inégales des prix sur l'ensemble des produits du tabac, il existe un potentiel de substitution entre produits du tabac sous l'effet de changements dans les prix *relatifs* de ces produits. Manuel de l'OMS concernant les taxes sur le tabac, texte intégral (pièce CUB-62), page 23; et Manuel de 2011 du CIRC (pièce DOM-117), page 5 ("[d]es taux différentiels appliqués à des types de produits du tabac différents ou même à des articles relevant de la même catégorie de produits entraînent des écarts de prix et des possibilités de substitution de produits au profit de produits et marques plus faiblement taxés"). En principe, une taxation spécifique devrait faire baisser le prix relatif des cigarettes haut de gamme et contrebalancer partiellement un possible effet de descente en gamme découlant de la hausse du prix des cigarettes induite par la taxe.

[3544] Manuel de l'OMS concernant les taxes sur le tabac, texte intégral (pièce CUB-62), pages 11, 95; et Manuel de 2011 du CIRC (pièce DOM-117), page 26 ("L'application d'un niveau de taxes semblable réduirait les incitations à la substitution et augmenterait l'efficacité de la politique fiscale s'agissant de réduire la consommation de tabac"). Voir aussi Chaloupka *et al.* 2012 (pièce DOM-115), page 174; et le rapport Chaloupka sur la santé publique (pièce AUS-9), paragraphe 12.

[3545] Voir Australie, première communication écrite, note de bas de page 982. Voir aussi le rapport HoustonKemp (pièce AUS-19) (RSC), section 3.3, page 18; l'examen après mise en œuvre de l'augmentation des droits d'accise sur le tabac (pièces AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), page 26; et les déclarations de l'industrie sur les droits d'accise et la descente en gamme (pièce AUS-293).

[3546] Par exemple, le CIRC a noté que "[l]es taxes spécifiques et les taxes *ad valorem* [avaient] des effets différents sur les prix, les bénéfices et la position concurrentielle des producteurs de tabac, les recettes fiscales, la qualité et la variété des produits, l'administration et la distribution des revenus. Ces taxes contribueront différemment à la réalisation des objectifs en matière de santé publique." Manuel de 2011 du CIRC (pièce DOM-117), page 16.

[3547] Manuel de l'OMS concernant les taxes sur le tabac, texte intégral (pièce CUB-62), page 44.

[3548] Manuel de l'OMS concernant les taxes sur le tabac, texte intégral (pièce CUB-62), page 46.

[3549] Voir le modèle de simulation de taxe sur le tabac de l'OMS (pièce CUB-63), page 11. Comme le CIRC l'indique, les droits *ad valorem* "maintiendront les écarts de prix relatifs (avant impôts) entre les cigarettes fortement taxées et les cigarettes faiblement taxées", de sorte qu'"il y aura davantage de concurrence par les prix dans le cadre d'un système *ad valorem*, ce qui peut entraîner un prix moyen plus bas" et "avoir un effet multiplicateur favorisant la mauvaise qualité". Manuel de 2011 du CIRC (pièce DOM-117), page 18.

[3550] Par exemple, l'application d'une taxe spécifique à taux unique qui induirait des hausses de prix relativement plus fortes et comprimerait la part de marché des cigarettes bon marché permettrait de traiter la possibilité d'une substitution par le bas. Compte tenu de ce qui précède, cependant, des droits d'accise spécifiques pourraient être considérés comme plus favorables à la diversité des marques et des emballages existants car des éléments de preuve donnent à penser qu'il y a un effet de "substituabilité par le haut" favorable aux marques haut de gamme en cas de droits d'accise spécifiques. Voir le Manuel de l'OMS concernant les taxes sur le tabac, texte intégral (pièce CUB-62), pages 45 et 46. Le CIRC a noté que des droits spécifiques "rédu[iraient] les écarts de prix relatifs entre les cigarettes fortement taxées et les cigarettes faiblement taxées", ce qui "pourrait amener les consommateurs à se tourner vers des cigarettes plus chères, à supposer que les cigarettes plus coûteuses soient considérées comme étant de meilleure qualité (et donc plus attrayantes)". Manuel de 2011 du CIRC (pièce DOM-117), page 18.

consommation du tabac peut aussi entraîner d'autres effets sur la concurrence entre produits et entre marques en raison de l'augmentation des prix. Dans le cas spécifique de l'augmentation de 25% des droits d'accise sur le tabac imposée par l'Australie en 2010, les fabricants de tabac ont indiqué que cette augmentation s'était traduite par une plus grande part de marché pour les marques peu coûteuses, altérant les positions concurrentielles relatives des fournisseurs de cigarettes, et par un déplacement de la consommation vers le tabac à rouler.[3551]

7.1494. Compte tenu de ces éléments, nous ne voyons pas bien comment un relèvement des niveaux de taxation permettrait de répondre ou d'échapper aux préoccupations exprimées par les plaignants au sujet de la "descente en gamme"/la substitution par le bas s'agissant des mesures TPP ou toute incidence qui en résulterait sur la valeur totale du commerce des produits du tabac. De fait, dans la mesure où cette substitution par le bas pourrait contribuer au caractère restrictif pour le commerce d'une mesure, il n'est pas évident qu'un degré de caractère restrictif pour le commerce comparable ou supérieur ne découlerait pas également d'une augmentation des taxes imposées sur le tabac.

7.1495. Globalement, donc, nous ne sommes pas convaincus que les plaignants aient démontré qu'une augmentation des taxes sur le tabac qui apporterait le même degré de contribution que les mesures TPP serait moins restrictive pour le commerce que les mesures TPP.

7.1496. Nonobstant cette conclusion, nous jugeons approprié de poursuivre notre analyse et de déterminer également si, à supposer qu'il puisse être moins restrictif pour le commerce que les mesures TPP, un relèvement du niveau de taxation des produits du tabac apporterait une contribution équivalente à l'objectif de l'Australie consistant à améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits.

7.2.5.6.3.4 Question de savoir si une augmentation des taxes sur les produits du tabac apporterait une contribution équivalente à l'objectif de l'Australie

Arguments des parties

7.1497. Le Honduras fait valoir qu'"il est largement reconnu que la façon la plus efficace de réduire la consommation de tabac est de renchérir les produits du tabac en augmentant les taxes".[3552]

7.1498. Le Honduras soutient que si le Groupe spécial constate que les mesures TPP apportent une certaine contribution à l'objectif de l'Australie, l'augmentation des taxes proposées pour les produits du tabac "pourrait atteindre un degré de contribution équivalent" parce que l'importance de la taxe proposée pourrait être calibrée de façon à correspondre à tout niveau de réduction de la consommation souhaité.[3553] Il estime que l'incidence des mesures fiscales s'explique par l'élasticité-prix d'un produit (c'est-à-dire la mesure dans laquelle la demande d'un produit fléchit ou augmente du fait des hausses ou des baisses de son prix).[3554] Il fait référence au Manuel technique sur l'administration des taxes sur le tabac de l'OMS et indique que les élasticités-prix des cigarettes sont estimées à -0,4, ce qui signifie que si le prix des cigarettes devait augmenter de 10%, la consommation de cigarettes diminuerait de 4%.[3555] Il fait donc valoir que le Groupe spécial devrait déterminer de façon claire et précise le degré de contribution que la mesure contestée apporterait, de sorte que l'importance requise de l'augmentation des taxes dépendrait du degré de contribution apporté par la mesure contestée.[3556]

7.1499. La République dominicaine fait valoir que "[l]es institutions sanitaires, les pouvoirs publics et les experts en matière de santé du monde entier reconnaissent universellement que la taxation du tabac est un outil de politique extrêmement efficace – sinon le plus efficace – pour réduire la

[3551] Examen après mise en œuvre de l'augmentation des droits d'accise sur le tabac (pièces AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), paragraphes 116 à 121.
[3552] Honduras, première communication écrite, paragraphe 589; et deuxième communication écrite, paragraphe 699.
[3553] Honduras, première communication écrite, paragraphe 921.
[3554] Honduras, première communication écrite, paragraphe 590.
[3555] Honduras, première communication écrite, paragraphe 590.
[3556] Honduras, première communication écrite, paragraphes 598 et 921; et deuxième communication écrite, paragraphe 221.

consommation de tabac et faciliter le sevrage tabagique".[3557] Elle estime que la taxation fonctionne bien à la fois pour les cigarettes et pour les cigares.[3558]

7.1500. La République dominicaine fait valoir en outre que l'augmentation des taxes apporterait une "contribution équivalente ou supérieure" à l'objectif des mesures TPP. Elle fait valoir que "la taxation est un moyen "éprouvé et confirmé" de s'attaquer avec succès à chacun des trois comportements tabagiques identifiés" dans la Loi TPP[3559] et fait référence à plusieurs sources pour étayer son argument selon lequel une augmentation des taxes est le moyen le plus efficace de réduire la consommation de produits du tabac.[3560] Elle affirme que "la réduction de la consommation globale est imputable environ pour moitié à une réduction de la *prévalence* du tabagisme et pour moitié, à une réduction de l'*intensité* du tabagisme".[3561] Elle calcule les augmentations de prix et de taxes qui apporteraient la même contribution que les mesures TPP, sur la base des niveaux hypothétiques de contribution des mesures TPP[3562] (et qui "s'appliqueraient en sus du taux des droits d'accise existant en Australie, quel qu'il puisse être à n'importe quel moment"[3563]):

Tableau 4: Équivalents estimés des hausses de prix et de taxes pour des contributions hypothétiques des mesures TPP à la réduction du nombre de fumeurs

Équivalence de la contribution	Contribution hypothétique des mesures TPP à la réduction du nombre de fumeurs (%)	Hausse des prix nécessaire pour apporter la même contribution par rapport au taux actuel (%)	Augmentation des taxes nécessaire pour apporter la même contribution par rapport au taux actuel (%)
Exemple 1	0,5	2,5	4,39
Exemple 2	1,0	5,0	8,78
Exemple 3	1,5	7,5	13,17
Exemple 4	2,0	10,0	17,57

Source: République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 639, tableau 4.

7.1501. La République dominicaine fait valoir que "l'avantage évident d'une augmentation des taxes comme solution de rechange réside dans le fait que l'augmentation des taxes nécessaire pour apporter une contribution équivalente à la réduction de la prévalence peut être calibrée avec une précision quantitative considérable à l'aide de ces élasticités".[3564] Elle fait valoir aussi qu'"à la différence des mesures [TPP] qui prendront des années avant que leur plein effet ne soit visible, selon l'Australie", la taxation est efficace immédiatement après sa mise en œuvre et c'est probablement chez les jeunes, dont on sait qu'ils sont particulièrement sensibles aux prix, qu'elle sera le plus efficace.[3565] Elle soutient que, si l'on considère conjointement l'importance, la probabilité et le moment auquel intervient l'augmentation ainsi que les risques liés à la non-réalisation, une augmentation des taxes apporterait une contribution à la réduction du tabagisme qui est beaucoup plus qu'équivalente à toute contribution apportée par les mesures TPP.[3566]

7.1502. La République dominicaine fait valoir que l'argument de l'Australie selon lequel "la taxation est efficace pour le sevrage et la récidive mais pas pour l'initiation" est contraire à "ce qui

[3557] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 751; et deuxième communication écrite, paragraphe 636.
[3558] République dominicaine, réponse à la question n° 152 du Groupe spécial.
[3559] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 757; et titre VI.H.3.e.ii 1) b).
[3560] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 753 à 756 et 1021.
[3561] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 758 à 760 et 1021. (italique dans l'original)
[3562] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 639, tableau 4. La République dominicaine ajoute que l'utilisation d'estimations d'élasticités plus élevées réduirait significativement l'augmentation estimée de la taxation qui serait requise pour réaliser les réductions de prévalence déclarées. République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 640.
[3563] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 641.
[3564] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 761 et 1021; et deuxième communication écrite, paragraphes 638 et 646.
[3565] République dominicaine, réponses aux questions n° 65 et 157 du Groupe spécial; et deuxième communication écrite, paragraphes 646 à 648.
[3566] République dominicaine, réponse à la question n° 157 du Groupe spécial.

est communément admis et adopté de la même façon par les organismes de santé, les pouvoirs publics et les universitaires, à savoir que la taxation réussit également à empêcher l'initiation au tabagisme, en particulier chez les jeunes".[3567] S'agissant de l'argument de l'Australie selon lequel "les mesures [TPP] peuvent affecter des groupes de consommateurs différents plus que ne le font les augmentations de taxes"[3568], elle indique que les mesures [TPP] ciblent en particulier les jeunes et les consommateurs défavorisés socialement et que la taxation est généralement considérée comme particulièrement efficace pour réduire le tabagisme parmi ces groupes. Elle ajoute que l'Australie et ses experts ne fournissent aucun élément de preuve à l'appui des affirmations selon lesquelles la taxation n'est pas efficace pour convaincre les consommateurs ayant des revenus élevés de ne pas fumer ou selon lesquelles les mesures [TPP] seraient particulièrement utiles pour ce faire. Elle fait valoir qu'en fait, les éléments de preuve empiriques montrent que la taxation est efficace pour tous les groupes démographiques.[3569] S'agissant de l'argument de l'Australie selon lequel la taxation fonctionne selon des mécanismes différents et ne peut donc pas réduire l'attrait des produits du tabac en renforçant la perception du dommage, elle fait valoir que du moment qu'une solution de rechange apporte une contribution équivalente, il importe peu qu'elle le fasse au moyen d'un autre mécanisme.[3570]

7.1503. Cuba fait valoir que toute réduction de la consommation de tabac résultant des mesures TPP "pourrait facilement être reproduite (et renforcée) par une augmentation appropriée des droits d'accise. Elle fait valoir que l'augmentation requise de la taxe sur les produits du tabac peut être quantifiée par référence à l'"élasticité–prix" de la demande du marché. Elle estime qu'il est universellement admis que la valeur -0,4 constitue une bonne estimation de l'élasticité-prix de la demande de tabac dans les pays à revenu élevé et que, même en supposant une valeur d'élasticité de -0,2, l'Australie serait en mesure de réaliser une baisse de 2% de la consommation de produits du tabac avec une simple hausse de 10% de leur prix.[3571] En tout état de cause, elle fait valoir qu'"[u]ne augmentation de taxes peut être ajustée au plus près pour obtenir l'avantage souhaité en matière de santé publique".[3572] Elle fait valoir que les taxes constituent la mesure de lutte antitabac la plus efficace, compte tenu en particulier de leur incidence sur les personnes à faible revenu, tels que les jeunes.[3573]

7.1504. L'Indonésie indique qu'il est généralement reconnu qu'augmenter les taxes sur les produits du tabac est "l'option de politique la plus efficace pour réduire les conséquences néfastes du tabac pour la santé publique".[3574] Elle estime que les mesures TPP n'ont montré *aucune* incidence sur la prévalence du tabagisme après leur introduction, et que les augmentations des taxes sur le tabac ont constamment indiqué une réduction immédiate et quantifiable de la prévalence sans perturber en même temps les possibilités de concurrence sur le marché.[3575] En outre, les augmentations des taxes sur le tabac présentent l'avantage supplémentaire de générer des incidences observables. Spécifiquement, l'augmentation de 25% des taxes sur le tabac en 2010 a entraîné une baisse de la consommation de cigarettes de 15 bâtonnets par habitant chaque trimestre et l'Australie a estimé qu'une hausse de 1% du prix des cigarettes entraînerait une réduction de la consommation de 0,4%.[3576]

7.1505. L'Australie répond que, "[b]ien qu'il soit reconnu que la taxation des produits du tabac est la politique la plus efficace pour réduire la consommation de tabac (c'est-à-dire si *une* seule mesure était utilisée)", la meilleure approche de la lutte antitabac est une approche globale.[3577] Elle fait valoir que les mesures de taxation ne permettent pas de réaliser ses trois objectifs spécifiques tels qu'ils sont définis dans les mesures TPP (à savoir diminuer l'attrait des produits du tabac, augmenter l'efficacité des mises en garde sanitaires et réduire l'aptitude de l'emballage pour la vente au détail de produits du tabac à induire les consommateurs en erreur).[3578] De fait,

[3567] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 651.
[3568] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 652.
[3569] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 653 et 654.
[3570] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 655 et 656.
[3571] Cuba, première communication écrite, paragraphe 278.
[3572] Cuba, première communication écrite, paragraphe 279.
[3573] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 342; et observations sur les réponses de l'Australie aux questions n° 157 et 158 du Groupe spécial.
[3574] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 430.
[3575] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 433.
[3576] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 433.
[3577] Australie, première communication écrite, paragraphe 719.
[3578] Australie, première communication écrite, paragraphe 720.

elle soutient que "les augmentations des droits d'accise "ont une incidence directe sur la consommation de tabac en modifiant l'abordabilité des produits du tabac par les hausses des prix de détail"".[3579] S'appuyant sur les éléments de preuve communiqués par le professeur Chaloupka, elle fait valoir que les consommateurs réagissent différemment aux interventions en matière de lutte antitabac selon le moment où ils se trouvent de leur cycle de vie et selon leurs antécédents tabagiques, et que cela limite la mesure dans laquelle les augmentations des droits d'accise peuvent influer sur le comportement tabagique de *tous* les consommateurs ou consommateurs potentiels.[3580] Elle estime que les interdictions de la publicité, y compris l'emballage neutre du tabac, et les augmentations de taxes ont des degrés d'efficacité différents à des stades différents du processus d'initiation, contrairement à l'affirmation de la République dominicaine selon laquelle l'Australie ou le professeur Chaloupka ont donné à entendre que la taxation était efficace pour le sevrage et la récidive mais pas pour l'initiation.[3581] Elle estime que les "enchaînements de causalité différents par lesquels l'emballage neutre du tabac et les droits d'accise influent sur le comportement des consommateurs (et des consommateurs potentiels)" impliquent que les mesures sont aptes conjointement à influer sur un éventail plus large de consommateurs que l'une ou l'autre mesure agissant isolément.[3582] Elle soutient donc que "le remplacement de l'emballage neutre du tabac par une variante déjà forte de [s]a politique … en matière de droits d'accise réduirait les synergies entre ces mesures et affaiblirait "l'effet total" de l'approche globale suivie par l'Australie".[3583] Elle ajoute que l'emballage neutre du tabac peut avoir une incidence sur les consommateurs et consommateurs potentiels qui sont insensibles aux hausses de prix.[3584]

Analyse du Groupe spécial

7.1506. Comme cela est expliqué plus haut, les plaignants soutiennent que le niveau des taxes pourrait être relevé afin de réduire la consommation de tabac en Australie dans la même proportion que toute réduction de la consommation imputable aux mesures TPP.

7.1507. Nous notons d'emblée qu'il n'est pas contesté que la taxation des produits du tabac est reconnue comme une mesure efficace de lutte antitabac.[3585] En particulier, les mesures de taxation du tabac existantes de l'Australie sont fondées sur la reconnaissance explicite de la contribution de la taxation aux objectifs de santé publique de l'Australie. Le Département du Trésor australien a observé qu'"il [était] de notoriété publique que les mesures antitabac devraient inclure des taxes plus élevées", dans la mesure où "des taxes plus élevées sur les produits du tabac entraînent des hausses de prix, ce qui réduit la consommation de tabac et, par voie de conséquence, les coûts sanitaires et sociaux liés à la consommation de tabac".[3586] Dans la stratégie nationale concernant le tabac pour 2004-2009 de l'Australie, il est reconnu que les taxes sur les produits du tabac augmentent les prix, ce qui contribue à décourager la consommation, et il est reconnu en outre que l'intention qui sous-tend la politique australienne d'augmentation des droits d'accise est de rendre les produits du tabac moins abordables.[3587] En conséquence, la NPHT de l'Australie a élaboré une stratégie dans laquelle elle recommandait, entre autres choses, une augmentation des droits d'accise sur le tabac pour des motifs de santé publique et identifiait la réduction de l'abordabilité des produits du tabac comme une action clé pour la réduction de la

[3579] Australie, première communication écrite, paragraphe 720 (faisant référence au rapport Chaloupka sur la santé publique (pièce AUS-9), paragraphe 37).
[3580] Australie, première communication écrite, paragraphe 720 (faisant référence au rapport Chaloupka sur la santé publique (pièce AUS-9), paragraphes 35, 42 et 44).
[3581] Voir Australie, observations sur les réponses des plaignants à la question n° 161 du Groupe spécial, paragraphe 108 (faisant référence au rapport Chaloupka sur la santé publique (pièce AUS-9), paragraphe 35); et contre-rapport Chaloupka (pièce AUS-582), paragraphe 29 (faisant référence à République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 650).
[3582] Australie, première communication écrite, paragraphe 721.
[3583] Australie, observations sur les réponses des plaignants à la question n° 157 du Groupe spécial. Voir aussi Australie, réponse à la question n° 148 du Groupe spécial, paragraphe 23 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 172).
[3584] Australie, première communication écrite, paragraphe 721.
[3585] Nous notons à cet égard la déclaration de l'Australie selon laquelle "l'Australie et ses experts n'ont jamais contesté" que les augmentations des droits d'accise constituaient une politique efficace de lutte antitabac. Voir Australie, observations sur les réponses des plaignants à la question n° 157 du Groupe spécial, paragraphe 80.
[3586] Examen après mise en œuvre de l'augmentation des droits d'accise sur le tabac (pièces AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), paragraphe 27.
[3587] Examen après mise en œuvre de l'augmentation des droits d'accise sur le tabac (pièces AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), paragraphe 14.

consommation de tabac et de la prévalence du tabagisme.[3588] En outre, l'Australie a annoncé des augmentations échelonnées de ses droits d'accise sur le tabac, reconnaissant que "l'augmentation des droits d'accise [était] pour les pouvoirs publics le moyen le plus efficace de réduire le nombre des décès prématurés et des maladies dus au tabagisme", et comptant que cela serait "particulièrement efficace pour réduire le nombre de jeunes fumeurs".[3589]

7.1508. L'OMS a également reconnu l'efficacité de la taxation comme mesure de lutte antitabac. Selon l'organisation, la taxation est considérée comme la mesure de lutte antitabac la plus rentable à la disposition des pouvoirs publics, en particulier s'agissant de réduire la consommation de tabac parmi les jeunes et les populations pauvres.[3590] L'OMS a noté spécifiquement que "[p]armi toutes les taxes qui s'appliquent sur les produits du tabac, ce sont les droits d'accise qui servent le mieux l'objectif sanitaire d'une réduction de la consommation de tabac, car en frappant spécifiquement cette catégorie de produits, ils en augmentent le prix par rapport aux autres biens et services".[3591] Résumant les principales constatations tirées des publications pertinentes, l'OMS indique ce qui suit:

> [U]ne littérature abondante et qui ne cesse de se développer indique clairement que la demande globale pour les produits du tabac est significativement influencée par les changements dans les taxes et les prix de ces produits. Ces travaux démontrent que le prix influe sur tous les aspects de la consommation de tabac: des prix plus élevés dissuadent des consommateurs potentiels de commencer, incitent les consommateurs à cesser d'en consommer et réduisent la fréquence de la consommation et la quantité consommée par ceux qui continuent de fumer.[3592]

7.1509. Conformément à ces considérations, la FCTC dispose à l'article 6 1) que les parties à la Convention "reconnaissent que les mesures financières et fiscales sont un moyen efficace et important de réduire la consommation de tabac pour diverses catégories de la population, en particulier les jeunes". L'article 6 2) a) dispose en outre que les parties à la FCTC devraient "adopt[er] ou [maintenir], selon le cas, des mesures pouvant comprendre … l'application de politiques fiscales et, le cas échéant, de politiques des prix concernant les produits du tabac afin de contribuer aux objectifs de santé visant à réduire la consommation de tabac".[3593]

[3588] Examen après mise en œuvre de l'augmentation des droits d'accise sur le tabac (pièces AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), paragraphe 16. Nous notons qu'à l'époque, les pouvoirs publics australiens n'ont pas adopté cette recommandation particulière de procéder à des augmentations échelonnées en raison de la pression financière que cela aurait exercé sur les personnes qui continuaient de fumer. Voir *ibid.*, paragraphe 18; et la réponse au Plan d'action de la NPHT (pièces AUS-116, JE-15), page 63.

[3589] Communiqué de presse sur les droits d'accise sur le tabac (pièces AUS-421, HND-85, DOM-114, IDN-5). Voir aussi la réponse au Plan d'action de la NPHT (pièces AUS-116, JE-15), pages 61 et 62; et la stratégie nationale concernant le tabac 2012-2018 (pièces AUS-129, DOM-131), page 19.

[3590] Manuel de l'OMS concernant les taxes sur le tabac, texte intégral (pièce CUB-62), pages 9, 18, 21 à 23, 112; et Modèle de simulation de taxe sur le tabac de l'OMS (pièce CUB-63), page 1. Voir aussi OMS, Augmenter les taxes sur le tabac (pièce IDN-88), page 6 ("[L']augmentation des taxes sur le tabac est la solution la plus efficace et la plus rentable pour réduire le tabagisme quel que soit le contexte"); le Manuel de 2011 du CIRC (pièce DOM-117), page 3 ("[C']est l'augmentation substantielle des taxes et des prix sur les produits du tabac qui se révèle la mesure la plus efficace et la plus rentable pour faire diminuer le tabagisme, en particulier parmi les jeunes et les populations pauvres …"); le rapport 2013 de l'OMS sur l'épidémie mondiale de tabagisme (pièces DOM-318, CUB-81), page 79 ("[a]ugmenter les taxes pour faire augmenter le prix des produits du tabac est le moyen le plus efficace pour réduire la consommation de tabac et encourager les fumeurs à arrêter de fumer"); et le rapport 2015 de l'OMS sur l'épidémie mondiale de tabagisme (pièces AUS-595, DOM-319), page 16 ("augmenter les taxes sur le tabac pour les porter à plus de 75% du prix de détail figure parmi les interventions les plus efficaces et les plus rentables en matière de lutte antitabac").

[3591] Manuel de l'OMS concernant les taxes sur le tabac, texte intégral (pièce CUB-62), page 11.

[3592] Manuel de l'OMS concernant les taxes sur le tabac, texte intégral (pièce CUB-62), page 23. Voir aussi *ibid.*, pages 78 et 79.

[3593] FCTC (pièces AUS-44, JE-19), article 6. Nous notons aussi que les Directives pour l'application de l'article 6 de la FCTC indiquent ce qui suit: "Les politiques fiscales et tarifaires sont largement reconnues comme étant l'un des moyens les plus efficaces pour agir sur la demande et, partant, sur la consommation de produits du tabac." Directives concernant l'article 6 de la FCTC (pièce AUS-111), Introduction, page 1.

7.1510. L'efficacité générale de la fiscalité comme moyen de lutte antitabac est également reconnue dans un certain nombre d'autres sources universitaires, gouvernementales et autres sources spécialisées figurant dans le dossier des présentes procédures.[3594]

7.1511. Sur cette base, nous concluons que la taxation est reconnue en principe comme une mesure de lutte antitabac efficace, capable de contribuer à réduire la consommation de produits du tabac. Nous examinons donc le degré de contribution qui pourrait être apporté à l'objectif de l'Australie au titre de la solution de rechange des plaignants.

7.1512. Nous commençons par rappeler nos observations concernant le régime d'accise de l'Australie existant pour les produits du tabac, y compris les récentes majorations du taux des droits d'accise, l'indexation des taux de taxes sur les prix à la consommation et les gains hebdomadaires moyens en horaire normal, et les éléments de preuve montrant l'intention de l'Australie de continuer de mettre en œuvre des augmentations régulières échelonnées des droits d'accise.[3595] En outre, il a été noté que l'Australie imposait des droits d'accise sur les produits du tabac qui étaient parmi les plus élevés du monde, avaient été régulièrement augmentés au fil du temps et avaient entraîné des prix figurant parmi les plus élevés du monde.[3596]

7.1513. Notre interprétation de la mesure de rechange proposée par les plaignants est qu'elle entraînerait en particulier une augmentation des droits d'accise sur le tabac, distincte d'autres formes de taxation des produits du tabac.[3597] En outre, il y a des variations potentielles quant à la manière dont l'augmentation des droits d'accise pourrait être appliquée au titre de cette solution

[3594] Chaloupka *et al.* 2012 (pièce DOM-115), pages 172 et 179; rapport Chaloupka sur la santé publique (pièce AUS-9), paragraphes 10 et 37; Chaloupka et Warner 1998 (pièce DOM-116), page 56; Ross et Chaloupka 2006 (pièce DOM-118), page S114; rapport de 2014 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièces AUS-37, DOM-104, CUB-35), page 12 ("Les éléments de preuve sont suffisants pour conclure que les hausses des prix des produits du tabac, y compris celles qui résutent d'augmentations des droits d'accise, empêchent l'initiation à la consommation de tabac, favorisent le sevrage et réduisent la prévalence et l'intensité de la consommation de tabac chez les jeunes et les adultes"); Pechmann *et al.* 2011 (pièce HND-149), page 24; Jha et Chaloupka 1999 (pièce AUS-51), page 5; C. Tworek *et al.* 2010 (pièce HND-152), page 9; Tauras *et al.* 2013 (pièce HND-153), page 4317; Sussman *et al.* 2013 (pièce HND-154), pages 2 et 3; Guindon *et al.* 2013 (pièce HND-156), page 1; Cummings *et al.* 2009 (pièce HND-157), page 443; Nargis *et al.* 2013 (pièce HND-158), page 2; Le tabac en Australie, 2012, extraits HND (pièce HND-79), chapitre 13, page 1 ("[l]es éléments de preuve montrant l'efficacité des politiques fiscales et des politiques de prix sont innombrables"); Dunlop *et al.* 2011 (pièce HND-83), page 1687 ("les augmentations de taxes sont considérées comme l'intervention la plus efficace pour réduire la demande de tabac, et les recherches montrent que plus l'augmentation des taxes est forte, plus la diminution des ventes de cigarettes est importante"); F. Chaloupka, "How Effective Are Taxes in Reducing Tobacco Consumption" (pièce IDN-87), page 7; rapport de 2000 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis, résumé analytique (pièce IDN-89), page 22; et contre-rapport Chaloupka (pièce AUS-582), paragraphe 29 ("Mes recherches ont démontré de façon constante que des taxes plus élevées sur le tabac étaient efficaces pour décourager l'initiation et l'adoption du tabagisme chez les jeunes, encourager le sevrage chez les fumeurs adultes et réduire la consommation chez les consommateurs habituels, avec des effets relativement plus importants sur la consommation du tabac chez les jeunes et les personnes démunies.").

[3595] Voir plus haut le paragraphe 7.1477.

[3596] Rapport Chaloupka sur la santé publique (pièce AUS-9), paragraphes 9 b), 18 et 41; contre-rapport Chaloupka (pièce AUS-582), paragraphe 26; et rapport 2015 de l'OMS sur l'épidémie mondiale de tabagisme (pièces AUS-595, DOM-319), page 39. Le professeur Chaloupka note également que l'Australie a réduit le montant de sa franchise douanière au fil du temps. Rapport Chaloupka sur la santé publique (pièce AUS-9), paragraphe 18.

[3597] L'Australie impose actuellement des droits d'accise et d'autres taxes sur les produits du tabac. Les droits d'accise sont une taxe sur certains biens produits en Australie qui, par rapport à d'autres taxes destinées à générer des recettes, peuvent également être appliquées de manière sélective afin de poursuivre des objectifs autres que fiscaux. Les biens importés comparables à ceux qui sont frappés de droits d'accise sont imposés de manière équivalente par l'imposition d'un droit de douane au même taux que le taux du droit d'accise. Examen après mise en œuvre de l'augmentation des droits d'accise sur le tabac (pièces AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), paragraphe 2. Les autres taxes frappant les produits du tabac comprennent les taxes sur la valeur ajoutée, les taxes générales sur les ventes ou sur la consommation, les prélèvements spéciaux finançant certains programmes. Manuel de l'OMS concernant les taxes sur le tabac, texte intégral (pièce CUB-62), pages 19, 28 et 29; et Chaloupka *et al.* 2012 (pièce DOM-115), page 173. Il a été dit également que, parmi les diverses taxes imposées par les pouvoirs publics sur le tabac, "c['étaient] les droits d'accise sur les produits du tabac (y compris les autres taxes spécifiquement prélevées sur les produits du tabac même lorsqu' elles portent un autre nom) qui serv[aient] le mieux l'objectif sanitaire d'une réduction de la consommation de tabac, car en frappant spécifiquement cette catégorie de produits, ils en augment[aient] le prix par rapport aux autres biens et services". Chaloupka *et al.* 2012 (pièce DOM-115), page 173.

de rechange. Par exemple, des droits d'accise spécifiques aussi bien que des droits d'accise *ad valorem* sont possibles, les premiers étant perçus sur la base de la quantité (par exemple, un montant fixe par cigarette ou poids de tabac) et les seconds, sur la base de la valeur (par exemple, un pourcentage du prix sortie usine ou du prix de détail).[3598] Ainsi, une variante potentielle de la solution de rechange pourrait être une augmentation des droits d'accise *spécifiques* existants de l'Australie qui serait appliquée par bâtonnet ou par kilogramme.[3599]

7.1514. Même si les parties n'ont pas traité directement certaines des variantes potentielles d'une augmentation des taxes sur le tabac, nous prenons ces variantes en compte dans la mesure où elles peuvent éclairer le degré de contribution que cette mesure de rechange pourrait apporter.[3600] À cet égard, nous sommes conscients que la variabilité du type de droits d'accise imposés peut refléter les différences dans les objectifs des pouvoirs publics et les contraintes particulières auxquelles ceux-ci sont confrontés.[3601] Nous rappelons également que les mesures de rechange constituent un outil conceptuel dans l'analyse globale au titre de l'article 2.2 et que "[c]es mesures de rechange ont un caractère hypothétique dans le contexte de l'analyse au titre de l'article 2.2 parce qu'elles n'existent pas encore dans le Membre en question, ou du moins pas sous la forme particulière proposée par le plaignant".[3602] La solution de rechange proposée par les plaignants est intrinsèquement variable étant donné son caractère hypothétique et l'argument des plaignants selon lequel l'augmentation des taxes pourrait être calibrée de façon à réaliser une contribution équivalente à celle dont le Groupe spécial a constaté qu'elle était réalisée par les mesures TPP.

7.1515. En faisant valoir que le niveau de l'augmentation des taxes pourrait être calibré pour contribuer à l'objectif de santé publique de l'Australie à un degré équivalent à celui des mesures TPP, les plaignants ont tous fait référence à l'importance des effets du prix sur la consommation de tabac, mesurée par l'élasticité-prix de la demande[3603], qui indique la réduction proportionnelle de la consommation résultant d'une hausse de prix. L'OMS a observé que les études pertinentes concernant les cigarettes avaient présenté un large éventail d'estimations à cet égard mais "consid[éraient] dans leur grande majorité que les élasticités-prix [étaient] comprises entre -0,25 et -0,5, la plupart étant groupées autour de -0,4", ce qui signifiait qu'une augmentation de 10% entraînerait une baisse de 4% de la consommation.[3604] En s'appuyant sur ces sources, le gouvernement australien a décrit cette situation comme "l'élasticité-prix consensuelle d'environ -0,4" qui, selon les études réalisées par la Banque mondiale et l'OMS, est valable pour

[3598] Voir le Manuel de l'OMS concernant les taxes sur le tabac, texte intégral (pièce CUB-62), page 11; et Chaloupka *et al.* 2012 (pièce DOM-115), pages 173 et 174.

[3599] Voir, par exemple, le rapport Neven (pièce UKR-3) (RSC), page 34, note de bas de page 62. Un élément de réflexion additionnel qui n'a pas été déterminé est de savoir si la solution de rechange impliquerait une taxation spécifique *à taux unique* pour tous les produits du tabac ou si elle permettrait d'établir une distinction entre les différents produits du tabac (y compris par catégorie de prix et d'autres caractéristiques de la marque). Manuel de l'OMS concernant les taxes sur le tabac, texte intégral (pièce CUB-62), pages 35 et 36. Voir aussi *ibid.*, page 11 (notant qu'"[o]utre la taxation spécifique, selon les caractéristiques des produits les plus consommés et de la structure du secteur, les pouvoirs publics peuvent également imposer une taxe *ad valorem* de façon à amener les caractéristiques propres à ces produits (attrait et variété) au niveau désiré"). Voir aussi Chaloupka *et al.* 2012 (pièce DOM-115), page 173 (décrivant différents régimes d'accise imposés en fonction des prix des fabricants, de l'échelle de production et des caractéristiques des cigarettes).

[3600] Voir, par exemple, le Manuel de 2011 du CIRC (pièce DOM-117), page 5 (notant que "[l]e niveau des taxes et le régime fiscal ont des répercussions sur le comportement des consommateurs, sur celui de l'industrie du tabac et sur l'efficacité de la taxe sur le tabac en tant que mesure de politique publique").

[3601] Voir, par exemple, le Manuel de l'OMS concernant les taxes sur le tabac, texte intégral (pièce CUB-62), page 12.

[3602] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.328.

[3603] Voir Honduras, première communication écrite, paragraphe 590; République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 759 à 761; Cuba, première communication écrite, paragraphe 278; et Indonésie, première communication écrite, paragraphe 433.

[3604] Manuel de l'OMS concernant les taxes sur le tabac, texte intégral (pièce CUB-62), page 21. Voir aussi Chaloupka *et al.* 2012 (pièce DOM-115), page 175; rapport de 2014 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièces AUS-37, DOM-104, CUB-35), page 789 (faisant référence à une "estimation consensuelle" tirée de deux études "selon laquelle une hausse de 10% du prix des cigarettes entraînera une réduction de 3 à 5% de la consommation globale de cigarettes"). En outre, des études sur la consommation de tabac dans les pays à faible revenu et à revenu intermédiaire ont montré que la demande de produits du tabac y était plus sensible aux prix que dans les pays à revenu élevé. Voir le Manuel de 2011 du CIRC (pièce DOM-117), page 350.

les pays à revenu élevé, bien que les estimations soient un peu plus éparses pour les pays à revenu élevé autres que les États-Unis et le Royaume-Uni.[3605]

7.1516. Le nombre -0,4 retenu pour l'élasticité, qui n'a été contesté par aucune des parties dans les présentes procédures[3606], fait référence à l'élasticité-prix de la demande *globale* de tabac. À cet égard, l'OMS a observé que la diminution de la consommation globale de tabac imputable à une augmentation des taxes était constituée à la fois d'une réduction de la prévalence du tabagisme (en raison du sevrage tabagique des consommateurs) et d'une diminution de l'intensité (en raison de la réduction de la quantité de tabac consommée par les fumeurs restants).[3607] De plus, nous notons que l'incidence des droits d'accise et des hausses de prix correspondantes peut être différente à court terme et à long terme et que des éléments de preuve indiquent que l'incidence à long terme peut être plus importante que l'incidence à court terme.[3608] Ainsi que les pouvoirs publics australiens l'expliquent, "une réduction de la prévalence du tabagisme due au fait que les fumeurs actuels renoncent au tabac aura une incidence immédiate sur les taux de tabagisme, alors qu'une réduction de la prévalence due à une moindre entrée dans le tabagisme aura une incidence à plus long terme étant donné qu'elle touche les fumeurs potentiels futurs".[3609]

7.1517. S'agissant de l'augmentation de 25% des droits d'accise sur le tabac imposée en 2010, les objectifs de l'Australie incluaient une réduction de la consommation totale de tabac d'environ 6% et une réduction de la prévalence chez les fumeurs de 2% ou 3%.[3610] Dans son examen après mise en œuvre de cette augmentation des droits d'accise, l'Australie a identifié certains effets qui permettraient de réduire la consommation de tabac, à savoir un tabagisme moins important chez certains fumeurs, le sevrage chez d'autres, le découragement/la prévention de la récidive et la

[3605] Examen après mise en œuvre de l'augmentation des droits d'accise sur le tabac (pièces AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), paragraphe 32. Voir aussi *Ibid.*, paragraphe 64.

[3606] La République dominicaine a cité aussi des estimations empiriques de l'élasticité de la *prévalence* du tabagisme calculées pour le marché australien, allant de -0,436 à -0,863, qu'elle interprète comme représentant la moitié de l'élasticité de la *consommation globale* en Australie. Voir République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 760 et 761.

[3607] Manuel de l'OMS concernant les taxes sur le tabac, texte intégral (pièce CUB-62), page 22; OMS, Augmenter les taxes sur le tabac (pièce IDN-88), page 8; rapport 2015 de l'OMS sur l'épidémie mondiale de tabagisme (pièces AUS-595, DOM-319), page 26. Diverses autres sources témoignent pareillement de l'incidence conjuguée de la réduction de la prévalence et de l'intensité du tabagisme. Le CIRC de l'OMS rapporte que "les études qui examinent à la fois la prévalence et l'intensité du tabagisme constatent généralement que les effets du prix sur la consommation se partagent à peu près également entre l'effet du prix sur la prévalence du tabagisme et l'effet du prix sur l'intensité du tabagisme chez les fumeurs." Manuel de 2011 du CIRC (pièce DOM-117), page 176. De la même façon, des études spécialisées sur les effets des prix sur la consommation indiquent que "l'incidence du prix sur la consommation de tabac résulte pour moitié environ de son effet sur la prévalence, ce qui correspond dans une large mesure à l'arrêt du tabac chez des consommateurs adultes." Chaloupka *et al.* 2012 (pièce DOM-115), page 175. Il a été dit que cette double incidence sur l'intensité et sur la prévalence impliquait que l'élasticité-prix de la consommation globale était le double de l'élasticité de la prévalence. Cet effet est appelé: "règle de deux". Voir République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 758.

[3608] Voir, par exemple, le Manuel de 2011 du CIRC (pièce DOM-117), page 119, tableaux 4.1, 4.2 et 4.3 présentant des estimations d'élasticités provenant de pays ayant des niveaux de revenu différents ainsi que de nombreuses estimations d'élasticités à long terme supérieures aux estimations des élasticités à court terme. Voir aussi Chaloupka *et al.* 2012 (pièce DOM-115), page 175 (notant que plusieurs études "modélisent le caractère dépendogène du tabac et constatent que la demande est plus sensible au prix à long terme qu'à court terme"); et le Manuel de l'OMS concernant les taxes sur le tabac, texte intégral (pièce CUB-62), page 23 (notant que, "[a]insi que le prévoient les théories économiques de l'addiction, l'impact d'une augmentation constante du prix sera plus substantiel à long terme qu'à court terme").

[3609] Examen après mise en œuvre de l'augmentation des droits d'accise sur le tabac (pièces AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), paragraphe 33. Nous notons que cela est compatible avec les estimations empiriques des élasticités-prix calculées spécifiquement pour le marché australien. Voir Bardsley et Olekalns 1999 (pièce DOM-122), page 237, figure 5; et le Manuel de 2011 du CIRC (pièce DOM-117), pages 117 et 118.

[3610] Premier Ministre Rudd, communiqué de presse sur l'action contre le tabagisme (pièces AUS-115, HND-4, DOM-52); et Examen après mise en œuvre de l'augmentation des droits d'accise sur le tabac (pièces AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), paragraphe 59. La diminution de 6% de la consommation totale de tabac a été estimée en partant du principe qu'une augmentation de 25% des droits d'accise entraînerait une hausse de prix de 15% (en supposant qu'environ 60% du prix d'un paquet de cigarettes corresponde aux droits d'accise), puis en calculant la baisse de la consommation avec un chiffre d'élasticité supposé. Voir l'examen après mise en œuvre de l'augmentation des droits d'accise sur le tabac (pièces AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), paragraphe 64. La réduction de la prévalence du tabagisme a été estimée sur la base d'un taux de tabagisme de 17% parmi la population adulte. Voir *ibid.*, paragraphe 69.

diminution de l'initiation au tabagisme.[3611] Sous réserve de certaines limites relatives aux données, l'examen après mise en œuvre réalisé par le Département du Trésor australien a fait état d'améliorations indéniables concernant la réduction de la consommation totale de tabac et, dans une moindre mesure, de la prévalence chez les adultes.[3612]

7.1518. Les chiffres de l'élasticité estimés dans les travaux de recherche universitaire et la propre expérience de l'Australie concernant la perception de droits d'accise sur le tabac indiquent la contribution potentielle d'une augmentation des taxes à l'objectif de l'Australie. Néanmoins, en évaluant le degré de cette contribution, nous notons que les plaignants n'ont pas défini les contours exacts de l'augmentation des taxes proposée mais au lieu de cela ont fait référence principalement aux chiffres de l'élasticité-prix de la demande comme base pour faire valoir que la taxation pourrait être calibrée de façon à apporter une contribution équivalente à toute contribution apportée par les mesures TPP.

7.1519. Nous notons en outre qu'il y a, comme nous le verrons plus loin, plusieurs autres considérations qui pourraient avoir des implications sur le degré de contribution à l'objectif de l'Australie que cette solution de rechange permettrait peut-être d'atteindre.

7.1520. Les éléments de preuve qui nous ont été présentés en ce qui concerne l'incidence des augmentations des droits d'accise sur le tabac donnent à penser que la contribution potentielle peut varier selon les différents groupes de population.[3613] Dans le même ordre d'idées, l'OMS estime que l'incidence d'une augmentation des droits d'accise sur le tabac sera deux à trois fois plus forte pour ceux qui ont moins d'argent, y compris les jeunes.[3614] Notant que la prévalence et l'intensité du tabagisme chez les adultes varient en raison inverse du prix, le CIRC rapporte que les éléments de preuve empiriques étayent la prévision de la théorie économique selon laquelle la consommation de tabac serait plus sensible aux prix chez les jeunes que chez les adultes.[3615] S'agissant des différentes catégories socioéconomiques, en déterminant la stratégie nationale concernant le tabac 2012-2018, le Comité intergouvernemental de l'Australie en matière de drogues a relevé des recherches montrant que l'incidence des hausses de prix était plus forte dans les catégories à faible revenu.[3616] Cela est conforme à la conclusion du CIRC selon laquelle la sensibilité aux prix de la demande de tabac est généralement plus élevée parmi les populations pauvres que parmi les populations aisées dans les pays à revenu élevé.[3617] Ces éléments de preuve indiquent que la taxation aura potentiellement une efficacité plus grande pour certaines

[3611] Examen après mise en œuvre de l'augmentation des droits d'accise sur le tabac (pièces AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), paragraphe 62.

[3612] Examen après mise en œuvre de l'augmentation des droits d'accise sur le tabac (pièces AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), paragraphes 133 à 135. De plus, les recherches effectuées après l'augmentation des taxes de 2010 ont révélé que les personnes récemment sevrées qui avaient arrêté de fumer après l'augmentation (par opposition à avant) étaient plus susceptibles de se dire influencées par le prix, et que les fumeurs avaient réagi aux hausses de prix par des changements face au tabagisme (par exemple, essayer d'arrêter de fumer ou de réduire leur consommation) et des modifications au regard des produits (par exemple, se tourner vers des marques moins chères, consommer du tabac en vrac ou acheter en vrac). Stratégie nationale concernant le tabac 2012-2018 (pièces AUS-129, DOM-131), page 19.

[3613] Comme l'a dit le professeur Chaloupka, l'incidence comportementale d'une augmentation des droits d'accise sur le tabac peut n'être pas uniforme et d'autres augmentations des droits d'accise existants imposés par l'Australie sur le tabac "amèneront certains utilisateurs actuels et potentiels à réduire leur consommation de tabac, tandis que d'autres modifieront leurs comportements d'une manière qui aura une incidence plus faible et que d'autres encore ne seront pas influencés". Rapport Chaloupka sur la santé publique (pièce AUS-9), paragraphe 9 b). Voir aussi *ibid.*, paragraphes 34, 42 et 44. En ce qui concerne les tranches d'âge, le Département du Trésor australien a noté les conclusions d'études selon lesquelles les adolescents et les jeunes adultes sont beaucoup plus sensibles aux hausses de prix. Examen après mise en œuvre de l'augmentation des droits d'accise sur le tabac (pièces AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), paragraphe 35 (faisant référence à la littérature économique sur l'élasticité-prix de la demande qui estime qu'une hausse de 10% du prix des cigarettes réduit la consommation d'environ 5% à 12% chez les fumeurs adolescents, comparativement à environ 1% chez les fumeurs qui approchent de la trentaine).

[3614] OMS, Augmenter les taxes sur le tabac (pièce IDN-88), pages 6 et 7.

[3615] Manuel de 2011 du CIRC (pièce DOM-117), page 352.

[3616] Stratégie nationale concernant le tabac 2012-2018 (pièces AUS-129, DOM-131), page 19.

[3617] Manuel de 2011 du CIRC (pièce DOM-117), page 353 (notant que ces données reposent largement sur des éléments de preuve provenant des États-Unis et du Royaume-Uni).

catégories de populations, tandis que d'autres seront relativement moins sensibles aux changements de prix qu'à d'autres mesures de lutte antitabac.[3618]

7.1521. De plus, à l'appui de leurs arguments concernant l'adoption d'une augmentation des taxes comme solution de rechange pour remplacer les mesures TPP, les plaignants ont appelé l'attention sur le fait que les taxes sur le tabac de l'Australie étaient plus faibles que le niveau de taxation de 70% du prix à la consommation de produits du tabac recommandé par l'OMS.[3619] Nous notons que ce niveau recommandé est un point de repère indicatif pour lequel l'OMS a reconnu que d'autres considérations pouvaient être pertinentes pour les pouvoirs publics mettant en œuvre.[3620] En tout état de cause, étant donné les incitations au moyen desquelles une augmentation des droits d'accise contribuerait à l'objectif en cause, nous estimons que ce sont les prix des produits du tabac, et non les seuls taux de taxes correspondants, qui sont le plus directement pertinents pour l'influence sur la consommation de tabac.[3621] Cela est compatible avec la meilleure pratique recommandée par l'OMS aux termes de laquelle, "[s']ils veulent maximiser l'impact pour la santé publique d'une augmentation des taxes sur le tabac tout en dégageant des recettes supplémentaires, les pouvoirs publics doivent augmenter les taxes afin de renchérir les produits et de les rendre économiquement moins accessibles".[3622] À cet égard, nous notons que les prix du tabac pratiqués en Australie figurent parmi les plus élevés du monde.[3623] En outre, l'OMS a constaté que les augmentations automatiques de ses droits d'accise spécifiques appliquées par l'Australie sur la base des gains hebdomadaires moyens permettaient de faire en sorte que les produits du tabac ne deviennent pas relativement plus abordables avec le temps.[3624] De fait, des éléments de preuve indiquent que les augmentations des droits d'accise de l'Australie ont réussi à rendre les produits du tabac moins abordables pour les consommateurs.[3625]

[3618] Examen après mise en œuvre de l'augmentation des droits d'accise sur le tabac (pièces AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), paragraphe 34 (faisant référence à une étude du National Bureau of Economic Research (Bureau national de recherche économique) des États-Unis affirmant que les augmentations des taxes sur les cigarettes s'accompagnent de baisses négligeables de la consommation chez les adultes et qu'il faudrait augmenter les taxes de 100% pour obtenir une réduction du tabagisme chez les adultes allant jusqu'à 5%). Chaloupka observe que "bien que les fumeurs à revenu élevé soient relativement peu sensibles aux hausses de prix des cigarettes, ils sont davantage susceptibles de réagir à des politiques moins globales d'interdiction de fumer dans les lieux de travail … étant donné qu'ils sont plus exposés à ces politiques." Rapport Chaloupka sur la santé publique (pièce AUS-9), paragraphe 34.

[3619] Voir Honduras, première communication écrite, paragraphe 595; Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 702; et Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 343.

[3620] Manuel de l'OMS concernant les taxes sur le tabac, texte intégral (pièce CUB-62), pages 56 et 112 (faisant référence à un niveau de droits d'accise représentant 70% du prix de détail comme étant une "meilleure pratique" qui devrait tenir compte de facteurs tels que les différences concernant "le niveau de départ des pays en termes de structure et de taux des taxes"). De plus, le rapport 2015 de l'OMS sur l'épidémie mondiale de tabagisme (pièces AUS-595, DOM-319), page 111, indique qu'"il est important de noter que les modifications de la fiscalité en tant que part du prix dépendent non seulement des modifications fiscales mais aussi des modifications des prix. C'est pourquoi, malgré une augmentation des taxes, la part fiscale pourrait rester la même ou diminuer; de même, il arrive parfois qu'une part fiscale augmente même s'il n'y a aucune modification/augmentation des taxes." Nous notons également que le paragraphe 3.2 des Directives concernant l'article 6 de la FCTC (pièce AUS-111), intitulé "Niveau des taux à appliquer", indique qu'"[i]l n'y a pas de niveau optimal de taxation du tabac valable pour tous les pays …".

[3621] Examen après mise en œuvre de l'augmentation des droits d'accise sur le tabac (pièces AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), paragraphe 91. Nous notons à cet égard l'observation de la République dominicaine selon laquelle "le rapport entre la taxe et le prix de détail n'est qu'*un* point de repère pour l'évaluation des niveaux de taxation, et pas nécessairement le plus approprié" car "[i]l existe plusieurs autres points de repère qui sont utilisés pour évaluer l'abordabilité des produits du tabac". République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 662. Par exemple, l'OMS a également examiné la mesure de l'abordabilité du tabac sur la base de la relation entre la croissance du revenu par habitant et la hausse des prix du tabac et a noté en outre que "[l]a taxe en tant que proportion du prix n'expliqu[ait] pas tout". Voir le rapport 2015 de l'OMS sur l'épidémie mondiale de tabagisme (pièces AUS-595, DOM-319), pages 82 et 112.

[3622] Manuel de l'OMS concernant les taxes sur le tabac, texte intégral (pièce CUB-62), page 115.

[3623] Voir le rapport 2015 de l'OMS sur l'épidémie mondiale de tabagisme, appendice IX (pièce AUS-595.A), tableau 9.1, diagramme 9.2.0. Voir aussi plus haut la note de bas de page 3605.

[3624] Voir le rapport 2015 de l'OMS sur l'épidémie mondiale de tabagisme (pièces AUS-595, DOM-319), page 39; et le contre-rapport Chaloupka (pièce AUS-582), paragraphe 28.

[3625] British American Tobacco Australia, Submission to the Australian Government's Re:think – Tax discussion paper consultation, 5 June 2015 (communication de BATA au sujet du document de travail du gouvernement australien sur la fiscalité) (pièce AUS-593), page 9; et contre-rapport Chaloupka (pièce AUS-582), paragraphe 28.

7.1522. Nous notons aussi qu'il apparaît qu'un principe central sous-tendant la solution de rechange des plaignants est que les augmentations des taxes seraient répercutées sur les fumeurs par le biais d'une hausse du prix à la consommation, et non pas absorbées par l'industrie, de façon à créer un effet dissuasif sur la consommation de tabac.[3626] Dans la mesure où le niveau de taxation recommandé par l'OMS comme point de repère n'a pas été atteint en raison des pratiques de l'industrie en matière de fixation des prix, ces pratiques, qui consistent à répercuter sur le consommateur un prix supérieur à l'augmentation, peuvent intensifier plutôt qu'annuler la diminution de l'abordabilité des produits du tabac réalisée par une augmentation des taxes. Nous ne considérons donc pas que la proportion des droits d'accise dans le prix total soit en elle-même déterminante quant au degré potentiel de contribution qui serait atteint par une augmentation des taxes.

7.1523. Compte tenu de ces considérations, nous convenons qu'une augmentation des droits d'accise sur le tabac en Australie pourrait, en principe, apporter une contribution significative à l'objectif de l'Australie consistant à améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits. De fait, d'après ce que nous comprenons, l'Australie ne conteste pas l'idée que la taxation des produits du tabac est capable de contribuer à la réalisation de son objectif.

7.1524. Nous examinons donc si cette augmentation des taxes atteindrait un degré de contribution à l'objectif de réduction de la consommation de produits du tabac et d'exposition à ces produits *équivalant* au degré atteint par les mesures TPP.

7.1525. Comme cela est expliqué plus haut, il n'est pas contesté que la taxation est un instrument de lutte antitabac efficace et que l'on s'attendrait à ce qu'elle ait une incidence sur le comportement des consommateurs et, partant, contribue à l'objectif de réduction de la consommation de produits du tabac et d'exposition à ces produits. L'Australie a donc mis en œuvre des augmentations échelonnées de ses propres droits d'accise sur le tabac avec le même objectif de santé publique que celui qui est recherché par les mesures TPP, en indiquant son intention de continuer de le faire à l'avenir dans le cadre de sa stratégie globale de lutte antitabac.[3627] En l'espèce, nous jugeons très pertinent qu'une partie de cette stratégie globale fasse intervenir une version de la solution de rechange proposée, concernant laquelle les autorités australiennes ont appliqué une série d'augmentations dans le passé tout en tenant compte de l'incidence potentiellement indésirable d'une augmentation des taxes.[3628] Nous avons également noté des éléments de preuve indiquant que les prix du tabac en Australie figurent parmi les plus élevés du monde, et que l'indexation des droits d'accise sur les salaires est reconnue comme contribuant à rendre les produits du tabac moins abordables.

7.1526. Néanmoins, nous ne sommes pas convaincus que le *remplacement* des mesures TPP par une taxation additionnelle du tabac entraînerait une contribution équivalente à l'objectif de l'Australie. Les plaignants ont fait valoir que le niveau de taxation pourrait être calibré de façon à reproduire toute contribution apportée par les mesures TPP. Toutefois, même à supposer que la réduction exacte de la consommation globale causée par les mesures TPP puisse être isolée et quantifiée, une augmentation des taxes visant à réaliser la même réduction globale laisserait nécessairement en place les aspects des produits du tabac et de leur emballage pour la vente au détail que les mesures TPP traitent "dans le cadre d'une suite plus complexe de mesures visant le même objectif" de lutte antitabac.[3629] En effet, nous avons déjà constaté que les mesures TPP contribuaient à l'objectif de l'Australie, entre autres choses du fait qu'elles supprimaient les types d'images et de messages associés pouvant être transmis par l'emballage du tabac qui étaient de nature à pouvoir faire croire qu'une initiation à la consommation de tabac permettait de satisfaire certains besoins, concernant lesquels les jeunes et les jeunes adultes étaient particulièrement

[3626] Voir, par exemple, le modèle de simulation de taxe sur le tabac de l'OMS (pièce CUB-63), page 9.

[3627] Voir Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 552; et la stratégie nationale concernant le tabac 2012-2018 (pièces AUS-129, DOM-131), page 20.

[3628] Voir le rapport technique 2 de la NPHT (pièces AUS-52, JE-12), page 15 (formulant des recommandations en vue d'augmenter la taxation conjointement avec des mesures efficaces pour prévenir l'évasion fiscale et offrir de meilleurs services à ceux qui arrêtent de fumer); et la réponse au Plan d'action de la NPHT (pièces AUS-116, JE-15), page 63 (notant que le gouvernement australien s'est abstenu de poursuivre jusqu'au bout l'augmentation des droits d'accise préconisée par l'Équipe spéciale sur la santé préventive eu égard à la pression financière potentielle que cela aurait exercé sur les personnes qui continuaient de fumer).

[3629] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.216, note de bas de page 660.

vulnérables, et qu'elles influençaient le sevrage tabagique ou la récidive en agissant sur l'aptitude du paquet à agir comme un signal conditionné appelant à fumer et donc à affecter l'aptitude des fumeurs à arrêter de fumer ou à ne pas récidiver. Nous avons également constaté que, de façon plus générale, en supprimant la possibilité que l'emballage puisse avoir ces effets, l'emballage neutre était à même de réduire l'attrait des produits du tabac, de renforcer l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et de diminuer l'aptitude de l'emballage pour la vente au détail de produits du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme ou de la consommation de produits du tabac et, par conséquent, d'avoir une incidence sur les comportements tabagiques.

7.1527. Nous sommes conscients qu'une mesure de rechange proposée n'a pas besoin d'atteindre un degré de contribution *identique* à celui qui est atteint par le règlement technique contesté pour qu'il soit constaté qu'elle atteint un degré de contribution *équivalent*. Dans le même temps, comme cela est expliqué plus haut, nous estimons que le fonctionnement des mesures TPP, y compris leur contribution à l'objectif de l'Australie consistant à réduire la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits, doit être considéré dans le contexte plus large de la stratégie globale conçue et mise en œuvre par l'Australie pour traiter la question de la lutte antitabac. À cet égard, nous notons que si l'augmentation des droits d'accise sur le tabac en Australie étaient mise en œuvre pour *remplacer* les mesures TPP, cela ne permettrait pas de s'attaquer aux effets de l'emballage du tabac que les mesures TPP cherchent à traiter, y compris toutes images ou messages transmis par l'emballage du tabac et l'aptitude du paquet à agir comme un signal conditionné, et toute incidence connexe sur les comportements face au tabac serait perdue. Nous notons en outre à cet égard que, bien que la taxation en tant qu'instrument de lutte antitabac puisse contribuer à réduire la prévalence et l'intensité du tabagisme en général[3630], les limites de la taxation du tabac en tant que mesure isolée sont reconnues dans les Directives de la FCTC pour l'application de l'article 6[3631], aux termes desquelles "les taxes sur le tabac ne sont pas isolées de tout contexte et elles doivent être appliquées dans le cadre d'une stratégie globale de lutte antitabac".[3632] À notre avis, cet énoncé est compatible avec les effets indirects potentiels qui peuvent devoir être pris en compte dans la mise en œuvre d'une augmentation des taxes, ainsi qu'avec le fait qu'une augmentation des taxes ne traite pas les aspects de l'apparence des produits du tabac et de leur emballage pour la vente au détail qui sont traités par les mesures TPP.

7.1528. Nous estimons que, dans la situation que nous examinons, "[l]a substitution d'un élément de cette politique globale à un autre affaiblirait la politique en réduisant les synergies entre ses composants, ainsi que son effet total."[3633] Bien que différentes mesures puissent avoir la capacité de contribuer, par divers moyens, au même objectif de réduction de la consommation de produits du tabac et d'exposition à ces produits, cela n'implique pas qu'elles seraient interchangeables ou substituables et, partant, qu'elles constituent des "solutions de rechange" mutuelles, quand chacune vise à traiter un aspect distinct d'un problème à multiples facettes et que leur caractère global et complémentaire fait partie intégrante de l'approche suivie. Dans un tel contexte, la suppression d'un élément de la politique globale peut, comme l'Organe d'appel l'a expliqué, affaiblir la politique en réduisant les synergies entre ses composants, ainsi que son effet total.

7.1529. Pour traiter les risques particuliers découlant de la consommation de produits du tabac et de l'exposition à ces produits, il est reconnu qu'"une combinaison de mesures peut être appropriée" et que l'objectif de santé publique en l'espèce est recherché par "différentes mesures [qui] traitent différents aspects du même risque et se complètent mutuellement pour faire face à ce risque".[3634] Spécifiquement, les mesures TPP jouent un rôle en tant qu'un élément contributif dans le régime global de lutte antitabac maintenu par l'Australie, qui inclut en particulier une prohibition totale de la publicité et de la promotion, des mises en garde sanitaires explicites, ainsi que des augmentations régulières échelonnées des taxes sur le tabac. Dans ce contexte, comme nous l'avons vu plus haut, elles contribuent à renforcer, et évitent d'affaiblir, la prohibition plus large de la publicité et de la promotion des produits du tabac ainsi que les mises en garde

[3630] Comme nous l'avons vu plus haut, l'imposition de taxes peut avoir des incidences sur la concurrence entre les marques et les produits du tabac ainsi que des effets indirects potentiels relatifs au commerce illicite, à la fraude fiscale et aux difficultés financières pour les catégories à faible revenu de la population. Voir, par exemple, le Manuel de l'OMS concernant les taxes sur le tabac, texte intégral (pièce CUB-62), chapitre 4.

[3631] Voir plus haut le paragraphe 7.1509.

[3632] Directives concernant l'article 6 de la FCTC (pièce AUS-111), paragraphe 1.6, page 2. Voir aussi *ibid.*, section 1, "Introduction", page 1.

[3633] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 172.

[3634] Rapport du Groupe spécial *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 7.213.

sanitaires explicites que l'Australie maintient également et qui ne sont ni l'une ni l'autre contestées dans le cadre des présentes procédures. Nous notons aussi que, comme nous l'avons vu plus haut, l'Australie maintient déjà un niveau élevé de droits d'accise et d'autres taxes sur les produits du tabac en tant que partie intégrante de sa stratégie globale de lutte antitabac. Dans ce contexte, une augmentation des droits d'accise sur le tabac sans la contribution simultanée des mesures TPP décrite plus haut aurait une incidence sur le comportement des consommateurs et préserverait en même temps les éléments de l'emballage et l'attrait de la marque qui pourraient contrecarrer ou affaiblir l'effet dissuasif des augmentations des droits d'accise sur les prix.[3635]

7.1530. Comme le prévoit l'article 2.2, nous tenons compte également des risques que la non-réalisation de l'objectif de l'Australie entraînerait, eu égard en particulier à la nature des risques que présentent la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits et à la gravité des conséquences qui en découlent. Le risque pour la santé humaine que présentent la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits est reconnu comme étant particulièrement grave.[3636] À notre avis, cela est compatible aussi bien avec l'objectif de l'Australie consistant à combler les lacunes réglementaires potentielles dans son approche plus large de la lutte antitabac[3637] qu'avec le droit des Membres de l'OMC, en vertu de l'Accord OTC, de poursuivre des objectifs réglementaires légitimes aux niveaux qu'ils jugent appropriés.[3638]

7.1531. Eu égard à tous ces éléments, nous ne sommes pas convaincus que les plaignants aient démontré qu'une augmentation des taxes, en remplacement des mesures TPP, permettrait de réaliser l'objectif de l'Australie à un degré équivalent, compte tenu de la nature de l'objectif, des risques que la non-réalisation entraînerait et des éléments de preuve qui nous ont été présentés en ce qui concerne la complémentarité des mesures TPP avec d'autres mesures de lutte antitabac existantes.

7.2.5.6.3.5 Question de savoir si une augmentation des taxes sur les produits du tabac est raisonnablement disponible pour l'Australie

Arguments des parties

7.1532. Le Honduras fait valoir que l'augmentation des taxes proposée est *raisonnablement disponible pour* l'Australie, puisqu'elle n'engendre pas de difficultés techniques substantielles ni de coûts prohibitifs, et que l'Australie avait adopté diverses augmentations de taxes au cours des années passées.[3639] Il ajoute que 54 autres parties à la FCTC avaient atteint un taux de taxe de 70% en 2015[3640] et que 25 autres parties ont une taxe globale plus élevée que celle de l'Australie.[3641] S'agissant de l'argument de l'Australie selon lequel les droits d'accise qu'elle impose ne représentent pas 70% du prix au détail des produits du tabac en raison de la politique de prix de l'industrie, il estime que cela "ne constitue pas un moyen de défense" permettant de "rendre l'industrie responsable de sa propre défaillance en matière de réglementation lorsque celle-ci ne fait que mettre en œuvre des politiques de prix ordinaires et bien comprises".[3642] Il affirme que l'industrie ne réagit pas différemment en Australie qu'elle ne le fait sur n'importe quel autre marché où les augmentations des taxes sont souvent complétées par des hausses de prix parce que celles-ci se remarquent moins lorsqu'elles sont combinées avec des augmentations de taxes.[3643]

7.1533. La République dominicaine estime également que les augmentations des droits d'accise sur les produits du tabac sont *raisonnablement disponibles pour* l'Australie car il n'y aurait pas de

[3635] Voir le Manuel de l'OMS concernant les taxes sur le tabac, texte intégral (pièce CUB-62), pages 46, 54 et 113.
[3636] Voir plus haut le paragraphe 7.1310. Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, note de bas de page 660.
[3637] Voir, par exemple, Australie, première communication écrite, paragraphe 45; réponse à la question n° 64 du Groupe spécial, paragraphe 144; et réponse à la question n° 152 Groupe spécial, paragraphe 56.
[3638] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.215.
[3639] Honduras, première communication écrite, paragraphes 600 et 922; et deuxième communication écrite, paragraphe 221.
[3640] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 702.
[3641] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 703.
[3642] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 702.
[3643] Honduras, observations sur Australie, réponse à la question n° 158 du Groupe spécial.

coûts administratifs ni de coûts d'application additionnels pour un taux de droits majoré. Elle ajoute que les taux de taxe majorés peuvent accroître les recettes globales, qui pourraient être affectées au financement des programmes de lutte antitabac encourageant le sevrage et prévenant l'initiation à la consommation de tabac (y compris les programmes de marketing social, qu'elle préconise également).[3644] Elle estime aussi que les taxes actuelles de l'Australie ne satisfont pas aux recommandations de l'OMS pour les produits du tabac, à savoir que les taxes totales (la somme des droits d'accise, de la taxe générale sur les ventes, de la taxe sur la valeur ajoutée, etc.) représentent au moins 75% du prix au détail[3645] et note que lesdites recommandations tiennent compte du fait que l'industrie du tabac (comme toute autre industrie) augmente ses prix au fil du temps, de sorte que des augmentations "durables" des taxes sont nécessaires pour "accroître" et "préserver" la proportion des droits d'accise dans le prix.[3646]

7.1534. Cuba fait valoir que les hausses graduelles des taxes sont "raisonnablement possibles et moins restrictives pour le commerce".[3647] Elle fait référence au modèle de simulation de taxes sur le tabac de l'OMS et fait valoir que "le Département du Trésor australien est en mesure d'effectuer facilement les analyses qui permettraient d'adopter et de mettre en œuvre avec succès cette mesure de rechange".[3648] Elle estime aussi que l'Australie n'a pas réfuté l'argument selon lequel les taxes sur le tabac qu'elle impose sont inférieures au taux recommandé par l'OMS, qui s'élève à 70% du prix au détail, que cela "ne constitue pas un moyen de défense" permettant de "rendre l'industrie responsable de sa propre défaillance en matière de réglementation" et que 38 États parties à la FCTC (et Cuba) ont atteint l'objectif de 70% en 2013, ce qui contredit les affirmations de l'Australie.[3649]

7.1535. L'Indonésie fait également valoir que les augmentations de taxes sont raisonnablement disponibles puisqu'elles sont déjà en vigueur, comme en témoignent l'augmentation de 25% de la taxe sur le tabac imposée par l'Australie en avril 2010 et les quatre augmentations annuelles de 12,5% annoncées par l'Australie qui ont commencé en décembre 2013. Elle note que, même avec les augmentations de taxes prévues, le niveau de taxation du tabac de l'Australie reste faible par rapport aux normes internationales et est inférieur à l'objectif de 70% qui est recommandé par l'OMS (l'Indonésie souligne que "le Département du Trésor australien a estimé que le taux total des droits d'accise de l'Australie n'était que de 60%" dans son examen après mise en œuvre d'avril 2010 concernant l'augmentation de 25% de la taxe).[3650]

7.1536. L'Australie estime que les plaignants ont spécifié sans "la moindre précision" l'importance des augmentations des droits d'accise qu'ils proposent comme mesure de rechange. Dans la mesure où les plaignants préconisent des augmentations des droits d'accise supérieures à celles qui ont déjà été introduites ou qui le seront, elle fait valoir qu'elle établit un équilibre entre ses objectifs de lutte antitabac et d'autres considérations, telles que la mesure dans laquelle les augmentations de taxes créent des difficultés financières pour les fumeurs qui ne peuvent pas se libérer de leur dépendance[3651], ce qui est, selon elle, "entièrement compatible" avec l'article 6 de la FCTC, qui dispose que ses recommandations sont "[s]ans préjudice du droit souverain des Parties de déterminer et de fixer leur politique fiscale".[3652]

7.1537. L'Australie fait valoir en outre que les tentatives des plaignants visant à indiquer que sa politique est en deçà de la recommandation de l'OMS que les taxes représentent 70% des prix de détail des produits du tabac ne sont pas crédibles, étant donné que les droits d'accise et les prix du tabac de l'Australie sont parmi les plus élevés au monde. De plus, elle soutient que l'industrie

[3644] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 762 et 1021; et deuxième communication écrite paragraphes 657 à 669.
[3645] République dominicaine, observations sur Australie, réponse à la question n° 158 du Groupe spécial (faisant référence au rapport 2015 de l'OMS sur l'épidémie mondiale de tabagisme (pièces AUS-595, DOM-319), page 78).
[3646] République dominicaine, observations sur Australie, réponse à la question n° 158 du Groupe spécial (faisant référence au rapport 2015 de l'OMS sur l'épidémie mondiale de tabagisme (pièces AUS-595, DOM-319), pages 39 et 82).
[3647] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 342.
[3648] Cuba, première communication écrite, paragraphe 279.
[3649] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 343.
[3650] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 432.
[3651] Australie, première communication écrite, paragraphe 738; et réponse à la question n° 158 du Groupe spécial.
[3652] Australie, première communication écrite, paragraphes 738 et 739.

du tabac a "généralement "répercuté un prix supérieur" aux augmentations des droits d'accise" sur les consommateurs, ce qui fait que "le rapport taxe/prix de 70% devient en fait une cible mobile".[3653] Elle ajoute que "cette stratégie, bien qu'elle implique que l'Australie se rapproche plus lentement de l'objectif de 70% que cela ne serait le cas autrement, renforce en fait l'efficacité des augmentations de ses droits d'accise en faisant monter les prix encore davantage".[3654]

Analyse du Groupe spécial

7.1538. Le Groupe spécial note que l'OMS et les experts en matière de lutte antitabac ont reconnu le caractère rentable de la fiscalité comme mesure de lutte antitabac. À cet égard, il a été noté que des taxes sur le tabac plus élevées généraient des recettes publiques additionnelles tout en réduisant dans le même temps la consommation de tabac.[3655] L'élasticité-prix relativement faible de la demande de produits du tabac (inférieure à -1,0), ainsi que la part relativement faible des droits d'accise dans les prix de détail[3656], indiquent qu'il serait possible d'augmenter les droits d'accise de manière à accroître les recettes tout en réduisant néanmoins la consommation de tabac.[3657] D'une manière générale, nous disposons aussi d'éléments de preuve donnant à penser que, comparativement à d'autres mesures de lutte antitabac, la taxation des produits du tabac entraîne relativement peu de dépenses publiques.

7.1539. Dans le même temps, nous sommes conscients du fait que l'imposition ou la progressivité des taxes sur le tabac peut entraîner des difficultés et des charges administratives. Celles-ci peuvent concerner, par exemple, le commerce illicite, l'emploi national, l'évasion et la fraude fiscales, ainsi que la dégressivité des taux de taxe pour les segments à faible revenu de la population.[3658] Cela donne à penser que, malgré son rapport coût-efficacité relatif pour les pouvoirs publics, l'augmentation des taxes peut susciter diverses préoccupations potentielles qui devront peut-être être prises en compte dans un contexte de réglementation et de marché spécifique. À cet égard, nous notons que les augmentations antérieures des droits d'accise de l'Australie ont correspondu à la prise en considération d'autres facteurs tels que la pression financière parmi les personnes qui continuent de fumer et la prévention du commerce illicite du tabac.[3659]

7.1540. Néanmoins, nous ne pensons pas que l'Australie fasse valoir qu'elle est incapable d'augmenter ses taxes existantes sur les produits du tabac, en raison par exemple de coûts prohibitifs ou de difficultés techniques substantielles.[3660] De plus, nous notons l'existence de ressources et de modèles qui fournissent des indications détaillées pour l'administration des taxes sur le tabac dans différents contextes et situations afin de faciliter l'utilisation par les pouvoirs publics de la fiscalité comme outil de politique publique tout en tenant compte des charges et des complexités potentielles de la mise en œuvre et de l'administration.[3661]

7.1541. Nous concluons donc que la mise en œuvre d'une augmentation des taxes sur les produits du tabac serait une mesure raisonnablement disponible pour l'Australie, dans la mesure où elle serait réalisable dans la pratique.

[3653] Australie, première communication écrite, paragraphe 708; et réponse à la question n° 158 du Groupe spécial.

[3654] Australie, réponse à la question n° 158 du Groupe spécial.

[3655] Modèle de simulation de taxe sur le tabac de l'OMS (pièce CUB-63), page 1. Voir aussi OMS, Augmenter les taxes sur le tabac (pièce IDN-88), page 6 ("[L']augmentation des taxes sur le tabac est la solution la plus efficace et la plus rentable pour réduire le tabagisme quel que soit le contexte").

[3656] Voir le rapport 2015 de l'OMS sur l'épidémie mondiale de tabagisme, appendice IX (pièce AUS-595.A), graphique 9.1.0; et le rapport 2015 de l'OMS sur l'épidémie mondiale de tabagisme (pièces AUS-595, DOM-319), tableau 2.3.6.

[3657] Manuel de l'OMS concernant les taxes sur le tabac, texte intégral (pièce CUB-62), page 71.

[3658] Voir, par exemple, le Manuel de l'OMS concernant les taxes sur le tabac, texte intégral (pièce CUB-62), chapitre 4; le modèle de simulation de taxe sur le tabac de l'OMS) (pièce CUB-63); et l'examen après mise en œuvre de l'augmentation des droits d'accise sur le tabac (pièces AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), paragraphes 96 à 110.

[3659] Voir la réponse au Plan d'action de la NPHT (pièces AUS-116, JE-15), page 63; l'examen après mise en œuvre de l'augmentation des droits d'accise sur le tabac (pièces AUS-292, HND-80, DOM-119, CUB-64, IDN-21), paragraphes 99 et 100; et la stratégie nationale concernant le tabac 2012-2018 (pièces AUS-129, DOM-131), page 20.

[3660] Voir le rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 156.

[3661] Voir le modèle de simulation de taxe sur le tabac de l'OMS (pièce CUB-63).

7.2.5.6.3.6 Conclusion générale sur une augmentation des taxes comme solution de rechange pour remplacer les mesures TPP

7.1542. Sur la base de ce qui précède, nous avons conclu plus haut que la proposition des plaignants visant à ce que l'Australie adopte une augmentation des taxes sur les produits du tabac serait une mesure de rechange, en ce sens qu'elle n'est pas appliquée actuellement par l'Australie.

7.1543. Toutefois, nous avons constaté aussi que nous n'étions pas convaincus que les plaignants aient démontré que l'augmentation des taxes serait moins restrictive pour le commerce que les mesures TPP. Dans ce contexte, nous avons constaté entre autres choses qu'il était reconnu que la taxation donnait lieu, y compris sur le marché australien, au type d'effets de "descente en gamme" ou de "substitution par le bas" qui préoccupaient les plaignants s'agissant des mesures TPP.

7.1544. Nous avons également conclu que, alors l'on pourrait s'attendre qu'une augmentation des taxes apporte une contribution significative à l'objectif de l'Australie consistant à améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits, nous n'étions pas convaincus qu'en remplacement des mesures TPP, ladite taxation apporterait une contribution équivalente à cet objectif car elle ne permettrait pas de corriger un certain nombre d'aspects de la demande de produits du tabac qui sont traités par les mesures TPP dans le cadre de la stratégie globale de lutte antitabac de l'Australie. Pour parvenir à cette constatation, nous avons pris en compte la conception des mesures TPP, les risques que la non-réalisation de l'objectif des mesures TPP entraînerait, ainsi que le contexte plus large de la série globale de mesures de l'Australie visant à réduire la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits, y compris le fait qu'elle maintient déjà des niveaux élevés de taxation des produits du tabac.[3662]

7.1545. Nous constatons donc que les plaignants n'ont pas démontré qu'une augmentation des taxes sur le tabac serait une solution de rechange moins restrictive pour le commerce pour remplacer les mesures TPP qui apporterait une contribution équivalente à l'objectif de l'Australie.

7.2.5.6.4 Troisième mesure de rechange proposée: les campagnes de marketing social

7.1546. Tous les plaignants font valoir que l'introduction d'"améliorations" dans les campagnes de marketing social en Australie[3663] ou la réalisation de campagnes de marketing social "efficaces"[3664] seraient une solution de rechange moins restrictive pour le commerce pour remplacer les mesures TPP qui apporterait une contribution équivalente à l'objectif de l'Australie.

7.1547. L'argument principal que l'Australie avance en réponse à cette mesure de rechange proposée est qu'elle "utilise depuis longtemps les campagnes d'éducation et de marketing social comme mesure de lutte antitabac" et que la tentative des plaignants visant à "déguiser une mesure australienne de lutte antitabac existante en "solution de rechange" n'est simplement pas crédible".[3665] Nous examinons donc la proposition des plaignants, avant de passer à l'argument de l'Australie sur ce point.

7.2.5.6.4.1 Description de la mesure proposée

7.1548. Le Honduras propose comme solution de rechange additionnelle des "amélior[ations] [d']aspects essentiels des campagnes de marketing social contre le tabac existantes de l'Australie".[3666]

[3662] Voir les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.215.

[3663] Honduras, première communication écrite, paragraphes 626 et 927.

[3664] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 779. Cuba "adopte" les arguments avancés par la République dominicaine en ce qui concerne les campagnes dans les médias sociaux. Cuba, première communication écrite, paragraphe 288. L'Indonésie "approuve" les solutions de rechange "proposées par" la République dominicaine s'agissant de "renforcer l'efficacité des campagnes de marketing social". Indonésie, première communication écrite, paragraphe 457.

[3665] Australie, première communication écrite, paragraphe 714.

[3666] Honduras, première communication écrite, paragraphes 626 et 927.

7.1549. Spécifiquement, le Honduras fait référence à un rapport d'expert du professeur Keller communiqué conjointement par le Honduras et la République dominicaine. Dans ce rapport, le professeur Keller indique que la "campagne principale" de la Campagne nationale contre le tabac (NTC) de l'Australie a constamment échoué à contribuer à l'objectif de l'Australie consistant à réduire la prévalence du tabagisme et que la NTC est insuffisante dans chacune des huit étapes qui devraient être utilisées pour l'élaboration d'une campagne de marketing social efficace.[3667]

7.1550. Le professeur Keller présente une campagne de marketing social de rechange qui consiste en modifications spécifiques des campagnes NTC pour chaque étape de ce cadre de travail, que le Honduras résume comme suit:

a. Étape 1: segmenter le public cible sur la base de la "situation au regard de la consommation" et de l'âge, ce qui fournirait trois manières distinctes d'atteindre la population australienne, à savoir: réduire l'initiation au tabagisme; atteindre des taux de sevrage plus élevés; et permettre une baisse des taux de récidive.[3668]

b. Étape 2: déterminer les objectifs qui devraient être appliqués pour chaque objectif de communication et pour chaque public cible.[3669]

c. Étape 3: repenser le message de manière à refléter et reprendre en les développant les besoins de chacun des publics ciblés.[3670]

d. Étape 4: sélectionner les canaux de communication qui, au lieu de s'appuyer principalement sur la télévision et d'autres mass media, devraient inclure de multiples canaux, en particulier ceux qui facilitent la communication personnelle. En outre, choisir de nouveaux thèmes de messages et des canaux de communication qui utilisent des témoignages personnels présentés en ligne et sur les médias sociaux.[3671]

e. Étape 5: établir l'obligation de rendre compte en ce qui concerne le budget média, au moyen de quatre stratégies concrètes: i) les spécialistes du marketing de la NTC devraient utiliser l'outil MessageWorks du Centre de lutte contre les maladies afin d'identifier le message le plus efficace et tester avant lancement de multiples messages à l'adresse des *Non-fumeurs* et de ceux qui *Envisagent d'arrêter*; ii) la NTC devrait recourir aux médias sociaux et à la m-santé (SMS et messages texte) afin de réduire les coûts de communication; et iv) la NTC devrait établir des relations avec ses partenaires, en particulier les partenaires des réseaux et les fournisseurs de services, afin d'obtenir gratuitement du temps d'antenne, de la bande passante ou de l'espace sur un serveur et d'abaisser ainsi les coûts de transmission des messages personnels aux publics cibles.[3672]

f. Étape 6: déterminer un mix-médias en orientant les activités vers les réseaux sociaux et les canaux Internet, en particulier pour s'adresser aux jeunes adultes qui "envisagent d'arrêter" de fumer.[3673]

g. Étape 7: améliorer le schéma et les indicateurs d'évaluation.[3674]

[3667] Honduras, première communication écrite, paragraphe 633.
[3668] Honduras, première communication écrite, paragraphe 635 (faisant référence au rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphes 111 à 123).
[3669] Honduras, première communication écrite, paragraphe 635 (faisant référence au rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphes 124 à 128).
[3670] Honduras, première communication écrite, paragraphe 635 (faisant référence au rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphes 129 à 135).
[3671] Honduras, première communication écrite, paragraphe 635 (faisant référence au rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphes 136 à 140).
[3672] Honduras, première communication écrite, paragraphe 635 (faisant référence au rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphes 141 à 145).
[3673] Honduras, première communication écrite, paragraphe 635 (faisant référence au rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphes 146 à 152).
[3674] Honduras, première communication écrite, paragraphe 635 (faisant référence au rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphes 153 à 156).

h. Étape 8: gérer des communications marketing intégrées, en intégrant les programmes, campagnes, messages et canaux de communication de la façon suivante: i) améliorer la couverture; ii) améliorer la contribution; iii) renforcer la communité; iv) renforcer la complémentarité; v) améliorer la conformité; et vi) rationaliser les coûts.[3675]

7.1551. La République dominicaine fait valoir, se référant également au rapport d'expert du professeur Keller, qu'une mesure de rechange moins restrictive pour remplacer les mesures TPP consiste en "l'élaboration et la réalisation de campagnes de marketing social efficaces en Australie".[3676] Elle décrit les campagnes de marketing social comme "des messages de service public transmis sur une gamme de plate-formes de communication (par exemple publicité en ligne et médias sociaux, marketing mobile, marketing direct et vente personnelle) pour atteindre les segments vulnérables de la population".[3677] Elle affirme que l'Australie n'a pas fait un usage efficace des campagnes de marketing social et que les récentes campagnes qu'elle a menées à cet égard dans le cadre de la NTC "n'ont pas eu le moindre résultat appréciable en ce qui concerne les principaux indicateurs comportementaux au cours des dernières années".[3678] Plus spécifiquement, le professeur Keller souligne que les campagnes récentes ne ciblent pas la prévention de l'initiation au tabagisme ni la récidive mais s'efforcent uniquement d'encourager les tentatives de sevrage dans un groupe trop large de fumeurs âgés de 16 à 40 ans.[3679] La République dominicaine se réfère donc aux campagnes de marketing social proposées par le professeur Keller, en utilisant le même processus en huit étapes que celui qui est décrit par le Honduras.[3680] Elle résume cela comme suit:

> Le professeur Keller recommande d'améliorer la campagne actuelle de marketing social de la NTC dans le but de mettre au point une campagne multicanal que les publics cibles percevront comme susceptible d'être rattachée à leur propre situation et pertinente à cet égard. La campagne serait adaptée de manière à répondre aux besoins de ces publics et réduirait en même temps les coûts de développement et de transmission de la NTC, en s'appuyant sur des outils empiriques pour concevoir des messages plus efficaces utilisant les médias en ligne et les médias sociaux afin de réduire les coûts de création et de diffusion, et en obtenant gratuitement du temps d'antenne, de la bande passante et une exposition par le truchement d'organisations partenaires et de parrainage d'entreprises.[3681]

7.1552. Cuba "adopte les arguments avancés par la République dominicaine" en ce qui concerne la mise en œuvre de campagnes plus efficaces dans les médias sociaux.[3682]

7.1553. L'Indonésie "approuve [les mesures de rechange] proposées par la République dominicaine s'agissant de renforcer l'efficacité des campagnes de marketing social".[3683]

7.1554. L'Australie fait valoir que la "tentative [des plaignants] visant à "déguiser une mesure australienne de lutte antitabac existante en "solution de rechange" n'est simplement pas crédible.[3684] Elle précise qu'elle "utilise depuis longtemps les campagnes d'éducation et de marketing social comme mesure de lutte antitabac et est considérée comme un leader mondial dans ce domaine". Elle fait valoir qu'elle a reçu des évaluations positives en ce qui concerne tous

[3675] Honduras, première communication écrite, paragraphe 635.
[3676] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 779.
[3677] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 781 (citant le rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphe 5).
[3678] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 782 (citant le rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphe 10).
[3679] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 782 (citant le rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphes 11 i) et 89).
[3680] République dominicaine, première communication écrite paragraphes 785 à 790 (faisant référence au rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphe 8 et section 3).
[3681] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 786.
[3682] Cuba, première communication écrite, paragraphe 288.
[3683] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 457; et deuxième communication écrite, paragraphe 293.
[3684] Australie, première communication écrite, paragraphe 714.

les indicateurs utilisés par l'OMS pour analyser les campagnes et elle indique que les campagnes élaborées en Australie ont été adaptées pour être utilisées dans d'autres pays.[3685]

7.1555. Compte tenu de ces arguments, nous traitons d'abord l'argument de l'Australie selon lequel la proposition n'équivaut pas à une mesure de rechange.

7.2.5.6.4.2 Question de savoir si des campagnes de marketing social "améliorées" constituent une mesure de rechange

7.1556. Comme cela est indiqué plus haut, les plaignants s'appuient sur un rapport d'expert du professeur Keller pour étayer leur affirmation que l'amélioration des campagnes de marketing social antitabac de l'Australie constitue une solution de rechange moins restrictive pour le commerce pour remplacer les mesures TPP qui est raisonnablement disponible pour l'Australie.[3686] Le professeur Keller indique ce qui suit:

> La question clé que je traite dans mon rapport est celle de savoir si l'Australie a eu raison de mettre en œuvre l'emballage neutre pour soutenir ses campagnes de marketing social, insuffisantes en matière de lutte antitabac, ou si elle aurait pu simplement améliorer ses campagnes existantes de sorte qu'elles constituent une solution de rechange valable pour remplacer le règlement sur l'emballage neutre.[3687]

7.1557. Le professeur Keller dit aussi ce qui suit:

> Je me borne à examiner la question qui m'a été posée par la République dominicaine et le Honduras, à savoir comment serait structurée une campagne de marketing antitabac réussie, capable d'apporter une contribution significative aux objectifs ambitieux de l'Australie en matière de prévalence. Ce faisant, j'évalue également si l'Australie a complètement épuisé le potentiel de ses campagnes fédérales actuelles de marketing social et quel type de modifications de ces campagnes permettrait de réduire encore la prévalence du tabagisme pour la ramener à un niveau égal ou supérieur aux effets générés par l'emballage neutre (à supposer que l'emballage neutre ait de quelconques effets positifs). En d'autres termes, j'examine si les campagnes fédérales de marketing social de l'Australie peuvent être améliorées de façon à constituer une *solution de rechange moins restrictive* pour remplacer l'emballage neutre.[3688]

7.1558. Le professeur Keller examine les campagnes NTC pour la période 2011-2013 et y décèle ce qu'elle estime être certaines insuffisances. Selon sa description, la NTC est le nom qui désigne collectivement les campagnes fédérales antitabac de l'Australie.[3689] Le professeur Keller analyse la "série actuelle des campagnes NTC" (allant, dit-elle, de 2011 à la date de son rapport), ce qui inclut les campagnes "NTC – Main" (NTC – Campagne principale) "NTC – Break the Chain" (NTC – Briser les chaînes) et "NTC – More Targeted Approach" (NTC – Une approche plus ciblée).[3690] Son rapport est fondé sur un "examen de tous les rapports d'évaluation de la NTC accessibles au public que le Département de la Santé du gouvernement d'Australie a commandés afin d'évaluer le succès (ou l'absence de succès) des campagnes NTC", "l'accent étant mis [en particulier] sur cinq rapports d'évaluation annuels commandés par [l'agence nationale australienne de médecine préventive) (ANPHA)] et [l'Équipe spéciale pour la lutte antitabac (TCT)]".[3691] Le professeur Keller formule ensuite un certain nombre de recommandations pour la "conception de campagnes fédérales de marketing social efficaces visant à réduire la prévalence du tabagisme en Australie".[3692] C'est sur la base de ces recommandations que les plaignants identifient "l'amélioration des campagnes antitabac en Australie"[3693] et la mise en place de "campagnes de

[3685] Australie, première communication écrite, paragraphe 714 (faisant référence à WHO Country Profile – Australia (pièce AUS-281), page 5); et deuxième communication écrite, paragraphe 552.
[3686] Voir Honduras, première communication écrite, paragraphes 927 et 626. Voir aussi République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 779.
[3687] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphe 4.
[3688] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphe 6. (italique dans l'original)
[3689] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), annexe 1, paragraphe 1.
[3690] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), annexe 1, paragraphe 7.
[3691] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphe 65.
[3692] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), chapitre 5.
[3693] Honduras, première communication écrite, paragraphe 927.

marketing social efficaces" comme étant une solution de rechange pour remplacer les mesures TPP.[3694] L'Australie estime qu'il ne s'agit pas d'une véritable solution de rechange mais, en fait, d'une "tentative visant à déguiser" une mesure existante en solution de rechange.[3695]

7.1559. Nous examinons donc d'abord si la mesure indiquée par les plaignants constitue une mesure de rechange et, en particulier, dans quelle mesure elle diffère des mesures de marketing social existantes de l'Australie. Ce faisant, nous rappelons nos observations initiales selon lesquelles nous n'excluons pas qu'une variante d'une mesure existante puisse constituer valablement une mesure de rechange devant être prise en considération dans une évaluation au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, et selon lesquelles une mesure peut être une solution de rechange valable lorsqu'elle existe dans le Membre défendeur, encore que sous une forme différente de celle qui est proposée par le plaignant.[3696]

7.1560. Nous observons tout d'abord que l'évaluation du professeur Keller porte, comme celle-ci le reconnaît, sur "la question de savoir si les campagnes *fédérales* de marketing social de l'Australie peuvent être améliorées de façon à constituer une solution de rechange moins restrictive pour remplacer l'emballage neutre".[3697] Cependant, s'agissant des campagnes de marketing social concernant la consommation de tabac en Australie, la responsabilité est partagée entre les campagnes fédérales et les campagnes organisées au niveau des États et territoires.

7.1561. Tout en limitant explicitement son évaluation aux campagnes fédérales, le professeur Keller reconnaît que "[c]haque État et territoire en Australie dispose de son propre programme de lutte antitabac, sur la base duquel il organise des campagnes de marketing social antitabac à l'intérieur de sa région géographique. Les programmes antitabac des États et territoires australiens sont mis en œuvre par l'intermédiaire de divers organismes des États et territoires".[3698]

7.1562. Le professeur Keller note que les programmes de lutte antitabac des États et territoires australiens "s'appuient sur des mémorandums d'accord conclus avec le gouvernement du Commonwealth afin de coordonner certains aspects des activités de lutte antitabac".[3699] Elle indique qu'il "existe un chevauchement important entre les activités des États et celles du gouvernement fédéral" et que "[l]es duplications sont particulièrement évidentes s'agissant des campagnes de communication et de publicité du marketing social antitabac et des services d'assistance téléphonique pour le sevrage tabagique".[3700] Par exemple, elle note que les États et territoires gèrent leurs propres services d'assistance téléphonique pour le sevrage tabagique, produisent leurs propres campagnes et messages de lutte antitabac, financent et mènent leurs propres recherches sur le tabagisme, forment des professionnels de santé, impriment leurs propres affiches, dépliants et brochures et parrainent des organisations et des événements.[3701] D'après la description de l'Australie, les campagnes organisées au niveau des États sont "généralement axées sur des activités de type "semaine du sevrage", mais elles comportent aussi des campagnes menées dans les mass media, des parrainages sportifs, des événements au niveau de la communauté et des campagnes d'éducation dans les écoles, les hôpitaux, les lieux de travail, les centres de santé et d'autres événements à l'échelon local.[3702] Nous notons que le partage des responsabilités pour la mise en œuvre des campagnes de marketing social de l'Australie est précisé en détail dans la stratégie nationale concernant le tabac 2012-2018, qui indique que la responsabilité de "mener des campagnes médiatiques efficaces (y compris à la télévision, à la radio, dans la presse écrite et en format numérique) aux niveaux de portée et de fréquence dont il aura été démontré qu'ils réduisent le tabagisme et sur la base des principes des meilleures pratiques actuelles", ainsi que d'autres responsabilités relatives aux médias sociaux, doivent être partagées entre le gouvernement australien et les gouvernements des États et territoires (et aussi, dans certains cas, des organisations non-gouvernementales).[3703]

[3694] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 779.
[3695] Australie, première communication écrite, paragraphe 714.
[3696] Voir le paragraphe 7.1385.
[3697] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphe 6. (non souligné dans l'original)
[3698] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphe 61, note de bas de page 92.
[3699] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), annexe 1, paragraphe 18.
[3700] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), annexe 1, paragraphe 18.
[3701] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), annexe 1, paragraphe 18.
[3702] Le tabac en Australie, 2012, extraits IDN (pièce IDN-24), page 12.
[3703] Stratégie nationale concernant le tabac 2012-2018 (pièces AUS-129, DOM-131) page 18. Parmi les autres champs d'action pertinents relevant de la responsabilité partagée figurent les points suivants:

7.1563. Il nous apparaît donc clairement que, comme l'Australie le donne à entendre[3704], une évaluation approfondie et précise du paysage du marketing social de l'Australie doit inclure une évaluation des mesures de marketing social qui existent au niveau fédéral et au niveau des États et territoires. Cette évaluation est à notre avis essentielle, vu que la solution de rechange des plaignants à cet égard concerne "l'amélioration des campagnes de lutte antitabac de l'Australie"[3705] et la mise en place de "campagnes de marketing social efficaces"[3706] et n'est pas limitée à la NTC, même si le rapport du professeur Keller est axé exclusivement sur les mesures adoptées au niveau fédéral et spécifiquement sur la NTC. Les campagnes autres que la NTC ne sont pas prises en considération dans ce rapport, sauf dans les cas où le professeur Keller fait valoir que l'intégration entre les activités de marketing social à ces différents niveaux de gouvernement est insuffisante.[3707] Nous ne sommes donc pas convaincus que le rapport du professeur Keller présente un audit complet de l'utilisation des campagnes dans les médias sociaux en Australie.[3708]

7.1564. Nonobstant cette observation, l'argument de l'Australie est que les affirmations des plaignants au sujet du marketing social comme solution de rechange pour remplacer les mesures TPP équivalent, non à l'identification d'une véritable solution de rechange, mais bien plutôt à une "tentative visant à déguiser" une mesure existante en solution de rechange.[3709] Nous allons maintenant examiner cette question, nonobstant le fait que les critiques du professeur Keller sont limitées aux campagnes fédérales antitabac menées dans le cadre de la NTC.[3710]

"poursuivre les campagnes médiatiques ciblant les populations aborigènes et habitants des îles du Détroit de Torres, y compris une solide évaluation visant à éclairer les stratégies des futures campagnes"; "continuer de surveiller le bien-fondé et l'efficacité du poids recommandé pour les médias et les types de médias/canaux, y compris l'exploration du rôle potentiel des médias numériques tels que YouTube, Facebook et Twitter"; "continuer de mettre en œuvre des campagnes concernant le tabac au niveau fédéral et au niveau des États et territoires, y compris en établissant un équilibre entre les matériaux à l'efficacité éprouvée existants et une série de nouveaux matériaux"; "renforcer l'action collaborative entre le gouvernement australien, les gouvernements des États et territoires et les organisations non-gouvernementales afin de maximiser l'efficacité des campagnes médiatiques"; "compléter la mise en œuvre des politiques de lutte antitabac (par exemple, les nouvelles mises en garde sanitaires sur les paquets et l'emballage neutre) par des campagnes médiatiques visant à promouvoir les efforts de sevrage des fumeurs"; "continuer d'établir la base d'éléments de preuve relatifs à l'efficacité des mass media pour éclairer et affiner la mise au point des futures campagnes, y compris l'analyse spécifique de l'efficacité de ces campagnes parmi les groupes où la prévalence du tabagisme est élevée"; et "continuer de partager avec les spécialistes mondiaux de la lutte antitabac les matériaux des campagnes ainsi que les évaluations et les autres éléments de preuve montrant l'efficacité des campagnes médiatiques".

[3704] Australie, première communication écrite, paragraphes 715 et 716.

[3705] Honduras, première communication écrite, paragraphe 927.

[3706] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 779.

[3707] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), annexe 3, paragraphes 54 à 61.

[3708] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphe 81.

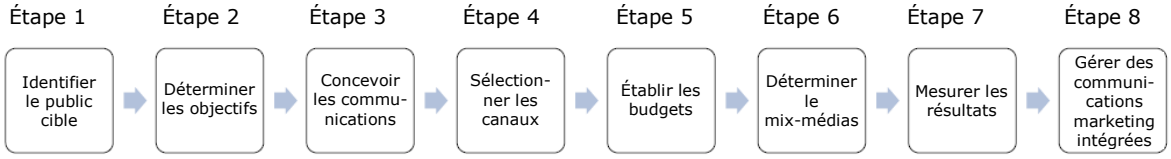
[3709] Australie, première communication écrite, paragraphe 714.

[3710] Nous notons les observations générales du professeur Keller selon lesquelles la NTC n'a "pas réussi à augmenter le nombre d'arrêts du tabac ni les comportements liés à l'arrêt, et ses critiques concernant la contribution indirecte apportée par la NTC aux objectifs de l'Australie, y compris le fait que: la NTC n'est pas un facteur de motivation significatif pour l'arrêt; la NTC n'a pas étoffé l'éventail des méfaits pour la santé associés au tabagisme ni n'a accru la certitude que ces méfaits se produiront; la NTC n'a pas renforcé les normes et les comportements antitabac; la NTC n'a pas avivé le désir d'arrêter de fumer; la NTC n'a pas accentué le contrôle comportemental perçu; et la NTC n'a pas renforcé les intentions d'arrêter de fumer. Le professeur Keller résume la situation comme suit:

> Par rapport à la période de référence de 2010, la série actuelle des campagnes NTC menées dans le cadre de la NTC n'a pas réussi à modifier le comportement tabagique ni les actions liées à l'arrêt, telles qu'essayer un traitement de substitution nicotinique, parler avec un professionnel de santé ou même consulter des renseignements sur le site Web QuitNow. Alors que presque tous les Australiens connaissent les effets nocifs du tabagisme sur la santé et les messages antitabac de la NTC, une petite minorité constante de 2% a attribué à la NTC le mérite de lui avoir permis d'arrêter de fumer. Il n'y a pas non plus de modifications significatives en ce qui concerne l'incidence de la NTC sur ce qui détermine une modification potentielle du comportement (comme les mentalités, les normes sociales, le contrôle comportemental perçu et les intentions d'arrêter de fumer), ce qui exacerbe la situation.
>
> La NTC disposait d'éléments de preuve couvrant trois années consécutives qui montraient que les campagnes nationales de lutte antitabac ne fonctionnaient pas. En faisant fi à plusieurs reprises des données d'évaluation, elle a perdu de multiples occasions d'améliorer l'efficacité des campagnes fédérales de lutte antitabac de l'Australie, par exemple en créant des messages

7.1565. Le professeur Keller procède à un "audit de marketing social des campagnes fédérales de marketing social de l'Australie" de 2011 à 2013, dans lequel elle "évalu[e] les raisons expliquant les résultats médiocres desdites campagnes sur la période de 2011 à 2013".[3711] Elle le fait en se référant au cadre en huit étapes qui est utilisé par "les universitaires et les professionnels de santé publique" pour élaborer des communications marketing efficaces. Comme cela est expliqué plus haut, ce cadre comporte les étapes suivantes:

Figure 17: Cadre proposé par le professeur Keller pour des communications marketing efficaces



Source: Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphe 8.

7.1566. À titre d'observation préliminaire, le professeur Keller fait valoir que "[p]endant la période de 2011 à 2013, la NTC s'est concentrée presque exclusivement sur les stratégies de *sevrage* tabagique en accordant une place limitée à la prévention des *récidives,* et pratiquement aucune des campagnes de la NTC ne visait spécifiquement la prévention de l'*initiation* au tabagisme".[3712] Selon elle, "l'omission de toute communication portant sur l'initiation est l'un des principaux défauts des efforts actuels de marketing social menés par l'Australie au niveau fédéral".[3713] Le professeur Keller ajoute que "[d]ans le même ordre d'idées, les fumeurs de 40 ans et plus ne sont pas ciblés par la NTC, alors que l'Australie souhaite explicitement décourager *tous* les Australiens de commencer à fumer et de récidiver et les encourager à arrêter", et que "[l]es personnes de 40 à 49 ans étaient la tranche d'âge la plus susceptible de fumer quotidiennement (16,2%)"; "[l]es personnes de 18 à 49 ans sont aujourd'hui beaucoup moins susceptibles de fumer quotidiennement qu'elles ne l'étaient il y a 12 ans mais, sur la même période, il y a eu peu de changement en ce qui concerne le tabagisme quotidien chez les personnes de 60 ans ou plus"; et "[a]vec le temps, le nombre hebdomadaire moyen de cigarettes fumées par l'ensemble des fumeurs a diminué, passant de 111 cigarettes en 2010 à 96 en 2013", même si "les fumeurs âgés de 50 à 69 ans ont […] continué de fumer en moyenne le plus grand nombre hebdomadaire de cigarettes (environ 120), soit près du double de la consommation chez les fumeurs entre 20 et 29 ans (environ 75)".[3714]

7.1567. Le professeur Keller évalue ensuite les campagnes de marketing social de la NTC entre 2011 et 2013 conformément à l'approche en huit étapes décrite ci-dessus et formule un certain nombre de recommandations:

a. *La stratégie de segmentation et de ciblage de la NTC est insuffisante.* S'agissant de cette critique, le professeur Keller recommande i) de segmenter le marché en utilisant la segmentation comportementale parce que, "[d']après les propres recherches de l'Australie, la nécessité première est de fournir des services d'assistance pour aider les fumeurs qui veulent arrêter de fumer, aider les fumeurs à rester non-fumeurs, aider les fumeurs qui ne se voient pas comme tels (par exemple, ceux qui fument des cigares ou des cigarillos) et aider les personnes à résister à la pression des pairs qui les poussent à commencer à fumer. Pour chacun de ces segments, l'Australie devrait identifier l'âge (12-17 ans, 18-24 ans, 25 ans et plus) et le comportement au regard de la consommation ("Ne fument pas", "N'admettent pas", "Envisagent d'arrêter", "Ont

antitabac plus efficaces et en s'abstenant de diffuser des messages dont on pouvait vérifier que les fumeurs australiens les jugeaient inefficaces. Au lieu de cela, l'Australie a continué d'accroître le financement de la NTC, malgré des éléments de preuve sans ambiguïté indiquant l'absence d'améliorations significatives s'agissant des objectifs en matière de communication et de comportements.

Voir le rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphes 70 à 80.

[3711] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphe 81.
[3712] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphe 84. (italique dans l'original)
[3713] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphe 86.
[3714] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphe 87. (italique dans l'original)

arrêté").[3715] Elle devrait ensuite ii) évaluer ces segments, en prenant en considération les "critères d'attrait pour des segments prédéterminés tels que le besoin (taille, vulnérabilité, importance du groupe), la vulnérabilité (niveau de risque pour la santé), l'accessibilité (accès personnel et non personnel) et la réceptivité (probabilité qu'il y ait une modification du comportement).[3716]

b. *Les objectifs de communication de la NTC sont mal spécifiés*. S'agissant de cette critique, le professeur Keller recommande que l'Australie applique le principe "SMART" (définition de critères spécifiques, mesurables, accessibles, réalistes et temporellement limités pour chaque objectif de communication et pour chaque public cible. Elle indique qu'un "exemple d'objectif "SMART" est de réduire de 0,25% par an les taux d'initiation au tabagisme chez les adolescents non-fumeurs pour les ramener d'environ 1,5% à 1,25% en 2015", et que les "objectifs comportementaux fondamentaux [consistant à] "réduire l'initiation", "inciter au sevrage" et "prévenir la récidive" devraient guider le spécialiste du marketing dans l'établissement des objectifs concrets du processus".

c. *Les messages de la NTC sont viciés dans leur conception*. S'agissant de cette critique, le professeur Keller recommande que l'Australie adapte les messages afin de refléter et de reprendre en les développant les besoins des différents publics cibles; mène de nouvelles recherches sur ces besoins et utilise celles qui existent afin de créer un contenu de messages pertinents pour les publics cibles; modifie le contenu des messages de la NTC par i) l'inclusion des conséquences sociales du tabagisme dans le message; et ii) la fourniture d'indications concrètes sur la manière d'arrêter de fumer; la création de messages positifs et responsabilisants soulignant les avantages de ne pas fumer plutôt que les effets nocifs du tabagisme; et le recours à des sources crédibles (familières, auxquelles on puisse s'identifier, authentiques, exemplaires et dignes de confiance) et des images positives (par exemple personnes ayant réussi à arrêter de fumer) pour communiquer le message.[3717]

d. *La sélection des canaux de communication par la NTC est déséquilibrée et trop centrée sur les mass media*. S'agissant de cette critique, le professeur Keller recommande le choix de canaux de communication appropriés qui soutiennent efficacement les messages clés et permettent aux spécialistes du marketing social d'atteindre le public cible (c'est-à-dire les canaux qui facilitent la communication personnelle et les canaux intégrés en face à face et numériques), au lieu de s'appuyer principalement sur la télévision et les autres mass media. Elle recommande aussi de faire en sorte que les canaux de communication soient adaptés au contenu et à l'exécution des messages; d'utiliser davantage les médias en ligne, les médias sociaux et les canaux de communication personnels, et moins la publicité dans les mass media).[3718]

e. *L'affectation budgétair*e *de la NTC est incohérente, les fonds affectés aux médias sociaux sont insuffisants et le processus manque de transparence.* S'agissant de cette critique, le professeur Keller recommande l'application de la méthode objectif-tâches[3719] pour déterminer le budget affecté à chaque public cible; la mobilisation des médias sociaux pour réduire les coûts de communication; l'utilisation d'outils d'évaluation tels que MessageWorks pour concevoir des messages plus efficaces et plus économiques; et la collaboration avec des partenaires, en particulier les partenaires de réseaux et les

[3715] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphes 92 et 127 à 132.
[3716] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphes 92 et 133 à 137.
[3717] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphes 101 et 143 à 149.
[3718] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphes 105 et 150 à 154.
[3719] Le professeur Keller explicite cette méthode dans les termes suivants:

> Dans le domaine du marketing, trois méthodes principales sont utilisées pour déterminer un budget publicitaire: i) la méthode abordable (c'est-à-dire le budget disponible); ii) la méthode de la parité concurrentielle (budget de référence par rapport à ce qui est dépensé par les concurrents); et iii) la méthode objectif-tâches (c'est-à-dire la somme des coûts des tâches requises pour atteindre l'objectif). Bien que la méthode objectif-tâches soit généralement utilisée pour déterminer le budget affecté à la publicité dans les mass media, elle peut être également utilisée pour déterminer les coûts des campagnes de communication personnelle.
>
> Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphe 41.

fournisseurs de services, afin d'obtenir gratuitement du temps d'antenne et des coûts plus bas pour la transmission de messages personnels.[3720]

f. *Les décisions de la NTC en matière de mix-médias sont inefficaces*. S'agissant de cette critique, le professeur Keller recommande un plan média reflétant les besoins du public cible et identifiant les sources d'information qui influencent celui-ci; un recours moindre à la publicité dans les mass media et une plus grande utilisation des réseaux sociaux et de l'influence personnelle, y compris les applications de "m-santé"[3721] comme les SMS et les messages texte; la création de messages publicitaires moins nombreux mais plus efficaces dans les mass media pour réduire les coûts de développement et de transmission; et l'utilisation de toutes les données disponibles pour établir la correspondance optimale entre le plan média et chaque public cible.[3722]

g. *La NTC utilise des méthodes et indicateurs inadéquats pour mesurer ses résultats en matière de communication.* S'agissant de cette critique, le professeur Keller recommande un plan d'évaluation pour le suivi des résultats et l'amélioration des points faibles de la campagne; l'évaluation de l'effet de chaque campagne et de l'effet conjoint des messages multiples; une évaluation séparée de l'effet de chaque canal de communication; l'application d'une période appropriée comme période de référence; l'utilisation de méthodes d'évaluation cohérentes pour toutes les campagnes NTC; la mesure des résultats voulus et non voulus dans le cadre d'un projet pilote avant l'exposition publique.[3723]

h. *La communication de la NTC n'est pas suffisamment intégrée*. S'agissant de cette critique, le professeur Keller recommande que le plan de communication utilise et mette en œuvre les six critères permettant de mesurer l'efficacité des stratégies de communication marketing intégrée pour intégrer les moyens de communication. Dans le cadre de cette approche des "six C"[3724], elle met en avant l'amélioration de la "contribution" par un prétest effectué pour chaque message et permettant d'en évaluer la singularité ou s'il apporte de nouvelles informations; le renforcement de la "communité" par l'utilisation d'une image de marque cohérente et homogène entourant la marque QuitNow; le renforcement de la "complémentarité" au moyen de messages et de canaux de communication intégrant les avantages complémentaires du sevrage dans un mode de vie sain; l'amélioration de la "convenance" par une actualisation continuelle

[3720] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphes 109, 155 à 159.
[3721] Le professeur Keller définit le terme "mHealth" dans les termes suivants:

> Le terme mHealth ou m-Health (m-santé) est l'abréviation de "mobile health" (santé mobile). Il fait référence aux pratiques de santé publique prises en charge par les appareils mobiles. Les initiatives en matière de m-santé font appel aux appareils de communication mobiles, tels que les téléphones mobiles, les tablettes électroniques et les assistants numériques personnels, pour dispenser des services de santé et des renseignements concernant la santé mais aussi pour agir sur les états émotionnels. La forme la plus simple de m-santé est l'alerte par SMS, mais une communication plus interactive telle que les jeux et les quiz permettant de communiquer des messages de prévention en matière de santé et de motiver un changement de comportement devient de plus en plus populaire.

Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), note de bas de page 11.
[3722] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphes 113, 160 à 166.
[3723] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphes 117 et 167 à 171.
[3724] Le professeur Keller définit les "six C" comme suit:

1. Couverture (dans quelle mesure les différentes options de communication atteignent-elles le marché cible désigné?);
2. Contribution (les options de communication différentes engendrent-elles une modification des comportements?);
3. Communité (y a-t-il une image de marque cohérente pour l'ensemble des options de communication?);
4. Complémentarité (les différents messages/canaux évoquent-ils des associations de marques complémentaires?);
5. Conformité (les options de communication permettront-elles de maintenir l'intérêt du public?);
6. Coût (quel est le coût nécessaire pour remplir tous les critères précédents?).

Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphe 55.

des difficultés rencontrées par le public cible. Elle fait valoir aussi que les médias en ligne et les médias traditionnels devraient se compléter afin de réduire les coûts.[3725]

i. *La NTC n'exploite pas les résultats de l'évaluation des périodes précédentes.* S'agissant de cette critique, le professeur Keller recommande l'utilisation des observations en retour pour améliorer constamment chaque nouveau plan de communication; l'analyse des faibles taux de sevrage pour déterminer quels sont les publics dont des besoins ne sont pas satisfaits; la conduite d'études de marketing pour découvrir les avantages recherchés par les segments comportementaux; l'obligation de rendre compte pour les organismes concernés si les objectifs de communication SMART ne sont pas atteints et que le plan de communication est en grande partie inchangé; l'analyse des effets de la publicité dans les mass media et les canaux de communication pour déterminer la réaffectation du budget; la conception d'une évaluation rigoureuse assortie de contrôles visant à écarter les messages qui manquent de force, les canaux inefficaces et les publics peu réceptifs.[3726]

7.1568. L'Australie fait valoir que les critiques du professeur Keller à l'égard des campagnes fédérales de marketing social sont "injustifiées".[3727] S'agissant de la suggestion que l'Australie segmente le public cible pour ses campagnes de marketing social, elle estime que "[c]ette suggestion contredit directement les recommandations du Directeur du Service de santé publique des États-Unis et de l'Organisation mondiale de la santé".[3728] Elle fait remarquer aussi que par ailleurs, le professeur Keller "passe entièrement sous silence les campagnes menées par les États et territoires de l'Australie, qui constituent un élément majeur et déterminant de ses efforts de marketing social".[3729] Elle soutient que, ce faisant, l'analyse du professeur Keller présente de façon erronée, "par exemple, la mesure dans laquelle les "nouveaux canaux de communication" constituent un élément du mix marketing social de l'Australie; la mesure dans laquelle les "personnes qui ont une influence personnelle", tels les prestataires de soins de santé, sont utilisés comme canal de communication; la mesure dans laquelle les publics sont exposés à des messages positifs qui fournissent des indications sur la manière d'arrêter de fumer et soulignent les conséquences sociales du tabagisme; et la mesure dans laquelle les campagnes de marketing social de l'Australie ciblent des publics spécifiques".[3730]

7.1569. L'Australie fait référence à un certain nombre de campagnes en cours au niveau de ses États et territoires. Par exemple, elle fait référence à la campagne "Your future's not pretty" (ton avenir n'est pas beau), menée dans le Queensland à l'adresse des "jeunes femmes de 18 à 24 ans, sur les effets préjudiciables du tabagisme sur l'apparence", qui a été "diffusée sur les canaux télévisuels, les canaux numériques et les médias hors domicile" et qui a également été "présentée comme un événement expérientiel dans les centres commerciaux – qui montrait aux jeunes femmes le visage qui serait le leur dans l'avenir si elles fumaient".[3731] Cette campagne a permis de noter ce qui suit:

> Les études de marché ont révélé que les jeunes femmes étaient très conscientes de l'incidence négative du tabagisme sur leur santé. Elles désirent fortement arrêter de fumer mais projettent cela dans un avenir lointain. Toutefois, elles redoutent généralement les conséquences esthétiques du tabagisme sur leur peau.
>
> Faire connaître les risques extrêmement graves pour la santé qui sont liés au tabagisme n'est pas suffisant pour dissuader les jeunes femmes.
>
> La campagne "Your future's not pretty" est axée sur une autre vérité, à savoir que le tabagisme abîme la peau et accélère le processus de vieillissement.
>
> La campagne a utilisé une technique de modélisation 3D de pointe pour montrer à une jeune femme la transformation de son visage tel qu'il sera dans le futur avec les

[3725] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphes 121, 172 et 173.
[3726] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphes 124 et 174.
[3727] Australie, première communication écrite, paragraphe 716.
[3728] Australie, observations sur les réponses des plaignants à la question n° 157 de Groupe spécial.
[3729] Australie, première communication écrite, paragraphe 716.
[3730] Australie, première communication écrite, paragraphe 716.
[3731] Site Web du Queensland consacré à la santé (pièce AUS-289), page 1.

> signes révélateurs d'un tabagisme prolongé – rides, peau décolorée, pattes d'oie, cheveux effilochés et acné accrue.[3732]

7.1570. L'Australie se réfère en outre à une campagne "All by myself" (tout seul) menée dans le Queensland, qui a utilisé les "publicités télévisées, radiophoniques, numériques et extérieures" pour "rappel[er] aux fumeurs [ce qui suit:] le reste du Queensland a arrêté de fumer et "il est temps pour vous de le faire aussi"".[3733] Elle fait aussi référence au site Web "iCanQuit"[3734] et à la campagne "WeCanQuit", tous deux gérés par le Cancer Institute de Nouvelles-Galles du Sud, qui "encourage les fumeurs à arrêter de fumer en leur expliquant que leurs amis, leur famille et des célébrités australiennes renoncent aussi à quelque chose pour les soutenir".[3735] Cette campagne présente "des messages intégrés dans un contenu médiatique au moyen d'éditoriaux, de publireportages, de parrainages et de segments d'émissions", ainsi que des publicités télévisées mettant en vedette l'actrice d'une émission de télévision populaire et une "légende" de la Ligue australienne de football.[3736] L'Australie fait également référence au site Web Quit Victoria, où les personnes peuvent en apprendre davantage sur le sevrage, se préparer à arrêter de fumer et gérer les conséquences de l'arrêt du tabac afin d'éviter les récidives.[3737]

7.1571. L'Australie a présenté aussi des éléments de preuve concernant les mesures de marketing social prises pour lutter contre la consommation de tabac dans la communauté aborigène. Par exemple, elle fait référence à "SmokeCheck", un "programme aborigène antitabac" mené dans le Queensland, dans le cadre duquel des professionnels de santé formés peuvent "identifier, encourager et aider les aborigènes et les habitants des îles du Détroit de Torres qui fument à modifier leurs comportements pour adopter des comportements positifs et sains".[3738] Elle fait également référence à la campagne "Butt out boondah (smoke)" (je lâche la cigarette (la fumée)), un "programme de sevrage tabagique et de mode de vie sain conçu à l'intention des communautés aborigènes de la Nouvelle-Galles du Sud méridionale".[3739]

7.1572. Nous lisons ces éléments de preuve comme indiquant qu'un certain nombre de mesures existant en Australie répondent à nombre des critiques ou points à améliorer identifiés par le professeur Keller en ce qui concerne les campagnes fédérales de marketing social de l'Australie. Spécifiquement, ces éléments de preuve révèlent que plusieurs des recommandations du

---

[3732] Site Web du Queensland consacré à la santé (pièce AUS-289), page 1.

[3733] Site Web du Queensland consacré à la santé (pièce AUS-289), page 3. Les renseignements relatifs à cette campagne indiquent que "les taux de tabagisme restent élevés parmi les adultes âgés de 25 à 44 ans ayant des enfants à la maison ou ceux qui envisagent d'avoir des enfants" et que les recherches "ont révélé que les coûts financiers ainsi que le souci de la santé et de la famille étaient les principaux facteurs qui incitaient les fumeurs à arrêter de fumer". Cette campagne permet également de noter que "[l]es notions qui s'articulent sur la culpabilité et l'isolement sont celles dont l'incidence, la pertinence et la crédibilité ont été les plus grandes parmi les groupes cibles". Eu égard au fait que "la plupart des fumeurs" ont "vu et entendu tous les messages antérieurs et y sont devenus insensibles", le "défi créatif sous-jacent à cette campagne était de faire connaître différemment les autres aspects du tabagisme qui influaient sur leur vie" en "port[ant] un message faisant appel aux sentiments plutôt qu'en utilisant des images explicites visant à choquer les fumeurs afin qu'ils arrêtent de fumer". Voir d'une manière générale *ibid.*

[3734] Site Web du Cancer Institute de la Nouvelle-Galles du Sud (pièce AUS-283). Cette page Web est un forum où des individus peuvent partager des récits et des expériences, établir un plan pour arrêter de fumer, trouver des renseignements sur la façon d'arrêter, commencer le sevrage, continuer de ne pas fumer et calculer les bénéfices associés à l'arrêt du tabac sur le plan financier et sur le plan de la santé.

[3735] Vidéo mise en ligne sur YouTube par la Nouvelle-Galles du Sud (pièce AUS-288).

[3736] Vidéo mise en ligne sur YouTube par la Nouvelle-Galles du Sud (pièce AUS-288).

[3737] Application Victorian QuitTxt (pièce AUS-284). Ce site Web donne également accès à un service d'appel pour le sevrage tabagique, "Quitline"; un service "Quitcoach", qui recueille des renseignements au sujet des habitudes tabagiques et les utilise pour offrir des conseils personnalisés; et un service "QuitTxt" qui "fournit des messages SMS réguliers, y compris des astuces et des encouragements pour vous aider à rester sur la bonne voie tout au long de votre tentative de sevrage". Ce site Web dédié au sevrage tabagique contient également une page consacrée aux "déclencheurs", à laquelle l'Australie fait référence isolément, qui identifie les situations susceptibles de déclencher l'envie de cigarettes et donne, entre autres, des "astuces proposées par d'anciens fumeurs pour surmonter ces envies". Voir Quit Victoria (pièce AUS-287).

[3738] Programme de Santé du Queensland (pièce AUS-285).

[3739] Site Web de la campagne antitabac (pièce AUS-286). Ce programme était constitué d'un film promotionnel et de quatre brèves vidéos mettant en scène des personnalités locales aborigènes expliquant qu'elles [avaient] aidé leur famille et leur communauté à arrêter de fumer ou à ne pas prendre l'habitude de le faire". Une fiche d'information a été élaborée pour informer les praticiens généralistes locaux sur le programme et sur la "façon dont leurs patients pourraient tirer profit de l'inscription aux programmes proposés dans le cadre de la campagne".

professeur Keller coïncident avec l'approche suivie en Australie, que ce soit au niveau fédéral ou au niveau des États et territoires (ou, d'ailleurs, dans le cadre d'initiatives conjointes du gouvernement fédéral et des gouvernements des États et territoires) et qu'elles font donc déjà partie de la stratégie de marketing social visant à lutter contre la consommation de tabac qui a été ou est en train d'être mise en œuvre à ces niveaux. Par exemple, l'Australie adapte déjà ou est en voie d'adapter des messages de façon à ce qu'ils reflètent les besoins de différents publics cibles, sur la base d'études de population et en faisant appel à des messages positifs et à des personnes célèbres.[3740] Ces initiatives vont dans le sens de la proposition du professeur Keller concernant la conception des messages. De plus, l'Australie et ses États et territoires utilisent d'ores et déjà ou sont en voie d'utiliser la télévision, la radio, la presse écrite et les formats numériques et utilisent ou étudient le rôle des médias numériques tels que Youtube, Facebook et Twitter pour leurs messages.[3741] Le professeur Keller reconnaît au demeurant que "[d]e plus en plus, la NTC utilise Internet (par exemple, la page Facebook de *QuitNow*) et les applications électroniques pour diffuser les messages de sevrage tabagique qui peuvent être consultés sur le site Web *QuitNow* de la NTC".[3742] Cela indique que des canaux de communication efficaces et efficients, tels qu'ils sont décrits par le professeur Keller[3743], y compris ce qu'il est convenu d'appeler les "anciens médias" (tels que, entre autres, la publicité, les promotions, les événements) et les nouveaux médias (médias en ligne et médias sociaux, marketing mobile et marketing direct) sont déjà utilisés en Australie. Les éléments de preuve nous indiquent aussi que l'Australie utilise déjà un "mix-médias", y compris par l'intermédiaire d'applications de "m-santé" comme "myquitbuddy".[3744] À notre avis, cela répond directement aux observations du professeur Keller sur la question de savoir si les campagnes de l'Australie sont "déséquilibrées et trop centrées sur les mass media"[3745] ou si elles reflètent des décisions inefficaces en matière de mix-médias.[3746] Nous notons également que la stratégie nationale concernant le tabac 2012-2018 de l'Australie inclut en tant qu'"actions" la mise en œuvre de campagnes qui "établissent un équilibre entre les matériaux à l'efficacité éprouvée existants et une série de nouveaux matériaux"[3747] et son objectif de "continuer d'établir la base d'éléments de preuve concernant l'efficacité des mass media pour éclairer et affiner la mise au point des futures campagnes".[3748] Il apparaît que l'Australie fait déjà cela pour les fumeurs de "condition socioéconomique modeste".[3749] Cela répond à notre avis aux critiques du professeur Keller relatives à l'évaluation des programmes passés[3750] et aux méthodes utilisées pour mesurer les résultats de la communication.[3751] En outre, il nous apparaît que les diverses mesures d'économie de coûts proposées par le professeur Keller découlent d'un certain nombre d'autres mesures identifiées par elle et que l'Australie, comme cela est indiqué plus haut, a déjà adoptées ou est en voie d'intégrer dans ses campagnes, telles que l'utilisation des médias sociaux et des applications de m-santé.[3752]

7.1573. Nous avons indiqué plus haut[3753] que lorsqu'une partie plaignante identifiait une mesure de rechange[3754], il se pouvait que celle-ci ne soit pas maintenue par le Membre défendeur sous la

[3740] Voir la vidéo mise en ligne sur YouTube par la Nouvelle-Galles du Sud (pièce AUS-288); et le site Web du Queensland consacré à la santé (pièce AUS-289).

[3741] Voir le rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphes 105, 150 à 154; et la stratégie nationale concernant le tabac 2012-2018 (pièces AUS-129, DOM-131), pages 16 et 18 (actions 6.2.1 et 6.2.3). Voir aussi le site Web du Cancer Institute de la Nouvelle-Galles du Sud (pièce AUS-283); l'application Victorian QuitTxt (pièce AUS-284); le Programme de Santé du Queensland (pièce AUS-285); la vidéo mise en ligne sur YouTube par la Nouvelle-Galles du Sud (pièce AUS-288); et le site Web du Queensland consacré à la santé (pièce AUS-289).

[3742] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), annexe 1, paragraphe 9.

[3743] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphes 150 à 154.

[3744] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphes 113 et 160 à 166; et Dossier: Lutte contre le tabagisme et campagnes médiatiques (pièce AUS-280), page 12. Nous notons aussi que de telles applications de m-santé sont déjà en place dans l'État de Victoria. Voir l'application Victorian QuitTxt (pièce AUS-284).

[3745] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphes 105 et 150 à 154.

[3746] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphes 113 et 160 à 166.

[3747] Stratégie nationale concernant le tabac 2012-2018 (pièces AUS-129, DOM-131), page 18 (action 6.2.4).

[3748] Stratégie nationale concernant le tabac 2012-2018 (pièces AUS-129, DOM-131), page 18 (action 6.2.7).

[3749] Stratégie nationale concernant le tabac 2012-2018 (pièces AUS-129, DOM-131), page 17.

[3750] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphes 124 et 174.

[3751] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphes 117 et 167 à 171.

[3752] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphes 155 à 159.

[3753] Voir plus haut le paragraphe 7.1385.

[3754] Voir les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 379.

forme particulière proposée par le plaignant[3755] et qu'un défendeur pouvait être tenu de préciser pourquoi une mesure proposée qui est une *variante* d'une mesure existante n'était pas une solution de rechange valable dans le contexte d'une affaire donnée.[3756] Sur la base des éléments de preuve pertinents qui nous ont été présentés, nous avons constaté que presque tous les éléments identifiés par le professeur Keller avaient déjà été mis en œuvre ou étaient en train de l'être[3757], par le gouvernement australien agissant seul ou conjointement avec les gouvernements des États et territoires ou exclusivement par lesdits gouvernements des États et territoires en Australie. À notre avis, ces éléments ne sont donc pas une variante de mesures existantes ou prévues en Australie.

7.1574. Globalement, sur la base des éléments de preuve qui nous ont été présentés, il nous apparaît que les seuls éléments de la proposition qui constitueraient une variante des mesures existantes de l'Australie sont les suivants:

a. ce que le professeur Keller décrit comme une segmentation "appropriée" du marché et l'identification des publics cibles pertinents (c'est-à-dire l'étape 1 du cadre utilisé par le professeur Keller)[3758]: nous croyons comprendre que la segmentation proposée par le professeur Keller (fondée sur une répartition de la population en fonction de l'âge et des différentes "situations au regard de la consommation") diffère de la manière dont l'Australie ventile actuellement le marché australien aux fins de ses campagnes de marketing social[3759];

b. ce que le professeur Keller décrit comme la meilleure intégration par la NTC de ses efforts et messages individuels (c'est-à-dire l'étape 8 du cadre utilisé par le professeur Keller)[3760]: l'Australie ne présente pas d'éléments de preuve montrant en quoi les mesures existantes répondent aux arguments du professeur Keller selon lesquels la NTC doit mieux intégrer ses efforts et messages individuels[3761] et, par conséquent, n'a pas indiqué pourquoi cette intégration ne constituerait pas une variante par rapport à une mesure existante.

7.1575. S'agissant des autres éléments de la conception des campagnes proposés par le professeur Keller, nous ne sommes pas convaincus que les plaignants aient démontré que ces éléments constituaient une variation par rapport aux campagnes de marketing social qui sont actuellement menées en Australie ou en train d'être mises en œuvre dans le cadre de la stratégie nationale concernant le tabac 2012-2018.

7.1576. Nous considérons donc que la proposition des plaignants concernant les campagnes de marketing social de l'Australie est une variante des campagnes de marketing social existantes de l'Australie seulement dans la mesure où elle propose de segmenter le marché de la manière spécifique proposée par le professeur Keller et de mieux intégrer les messages. Nous examinerons maintenant si cela équivaut à une solution de rechange moins restrictive pour le commerce raisonnablement disponible pour remplacer les mesures TPP, qui apportera une contribution équivalente à l'objectif de l'Australie consistant à réduire la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits.

[3755] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.328.

[3756] Voir les rapports du Groupe spécial *Chine – Terres rares*, paragraphe 7.186.

[3757] Nous notons que cette stratégie englobe la période 2012-2018, de sorte que les éléments des "actions" qu'elle recommande sont peut-être encore en voie d'être mises en œuvre. Nous notons que les constatations formulées dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés* illustrent le fait que les mesures qui ont été adoptées ou sont en voie d'être mises en œuvre ne constituent pas des solutions de rechange valables. Voir le rapport du Groupe spécial *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 7.169; et le rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, note de bas de page 297.

[3758] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphes 13 i), 92, 127 à 132.

[3759] Voir les paragraphes 7.1600 à 7.1604.

[3760] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphes 118 à 121, 172 et 173.

[3761] Le professeur Keller fait valoir que cela tient au fait que ces mesures manquent de cohérence entre l'ensemble des canaux et vecteurs de communication; de communité et de cohérence entre les messages; de complémentarité entre les canaux; et de coordination entre l'approche principale et l'approche plus ciblée et entre les programmes de communication en matière de marketing social antitabac au niveau national et au niveau des États et territoires. Voir le rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphe 172.

7.2.5.6.4.3 Question de savoir si des campagnes de marketing social "améliorées" seraient moins restrictives pour le commerce que les mesures TPP

Arguments des parties

7.1577. Le Honduras fait valoir que les améliorations qu'il propose d'apporter aux campagnes antitabac de l'Australie sont moins *restrictives pour le commerce* que les prescriptions relatives à la marque et au format prévues dans les mesures TPP. Spécifiquement, cette solution de rechange n'engendre aucune restriction à l'usage des marques sur l'emballage des produits du tabac, de sorte que ceux-ci pourraient soutenir la concurrence sur le marché australien en s'appuyant sur la différenciation des marques qui est normalement obtenue au moyen des emballages de marque. En outre, le Honduras fait valoir que cette mesure de rechange n'entraîne pas de coûts de mise en conformité pour les producteurs de tabac.[3762] Il ajoute que cette solution de rechange "n'est nullement restrictive pour le commerce vu qu'elle agit simplement du côté de la demande et n'impose aucune charge aux commerçants" car elle n'engendre aucune restriction à l'usage des marques, de sorte que la concurrence entre les produits du tabac pourrait s'exercer de façon loyale, et qu'elle n'entraîne aucun coût de mise en conformité pour les producteurs de tabac.[3763]

7.1578. La République dominicaine indique que l'élaboration et la réalisation de campagnes de marketing social efficaces en Australie n'auraient pas d'effet sur les marques et, par conséquent, ne fausseraient en rien les possibilités de concurrence des produits du tabac et de leurs producteurs.[3764] S'agissant spécifiquement du caractère restrictif pour le commerce mesuré par des modifications du volume des ventes, elle ajoute que "[l]e marketing social ne suppose pas du tout de réglementation du marché même s'il réduit le volume des ventes" et, en tant que tel, n'est pas "une mesure restrictive pour le commerce soumise aux disciplines résultant de[s] … accord[s] visé[s]".[3765] En tout état de cause, elle estime que "le marketing social ne suppose pas du tout de réglementation du marché et n'est pas une mesure restrictive pour le commerce/la propriété intellectuelle soumise à de quelconques disciplines résultant de l'accord visé".[3766]

7.1579. L'Indonésie note, en "approuv[ant] [les mesures de rechange] proposées par la République dominicaine s'agissant de renforcer l'efficacité des campagnes de marketing social"[3767], que "[l]a mise en œuvre des types de modifications structurelles des programmes recommandés par le professeur Keller … [serait] moins restricti[ve] pour le commerce que les mesures [TPP]".[3768]

7.1580. L'Australie fait valoir que la République dominicaine "tente de transférer sur le Groupe spécial la charge qui lui incombe de proposer des mesures de rechange moins restrictives pour le commerce apportant une contribution équivalente aux objectifs des" mesures TPP, spécifiquement en ce qui concerne la "manière dont les mesures de rechange ou une combinaison de ces mesures pourraient être mises en œuvre pour apporter une contribution équivalente" à celle des mesures TPP. Elle estime que la République dominicaine laisse les mesures de rechange "entièrement non spécifiées, escomptant que le Groupe spécial déterminera, par exemple, comment "adapter avec soin" les campagnes de marketing social existantes de l'Australie … de façon que ces mesures aient une incidence sur le volume du commerce identique à celle qui résulte de l'emballage neutre du tabac".[3769]

[3762] Honduras, première communication écrite, paragraphes 638 et 928.
[3763] Honduras, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.
[3764] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 1023; et deuxième communication écrite, paragraphe 976.
[3765] République dominicaine, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.
[3766] République dominicaine, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 151 du Groupe spécial.
[3767] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 457; et deuxième communication écrite, paragraphe 293.
[3768] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 289.
[3769] Australie, observations sur les réponses des plaignants aux questions n° 151 et 165 du Groupe spécial.

Analyse du Groupe spécial

7.1581. Ainsi que nous l'avons vu, une mesure est restrictive pour le commerce au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC lorsqu'elle a un effet limitatif sur le commerce international.[3770]

7.1582. La République dominicaine estime que les campagnes de marketing social ne sont pas, en tant que telles, "une mesure restrictive pour le commerce soumise aux disciplines résultant des accords visés".[3771] Nous ne sommes pas convaincus cependant que cela soit une considération directement pertinente pour notre évaluation de la mesure dans laquelle la mesure de rechange proposée serait ou ne serait pas restrictive pour le commerce. De fait, comme cela est expliqué plus haut, nous devons examiner la mesure dans laquelle on pourrait s'attendre à ce que cela ait un effet limitatif sur le commerce international.

7.1583. Nous rappelons nos constatations formulées plus haut selon lesquelles les mesures TPP sont restrictives pour le commerce dans la mesure où elles réduisent la consommation globale de produits du tabac et réduisent de ce fait le volume global des importations de produits du tabac.[3772] Dans la mesure où des campagnes de marketing social améliorées apporteraient une contribution à l'objectif de l'Australie qui est équivalente, comme les plaignants le font valoir, et cela en réduisant la consommation de produits du tabac, elles seraient au moins aussi restrictives pour le commerce que les mesures TPP.

7.1584. Nous ne sommes donc pas convaincus que des campagnes de marketing social améliorées, dans la mesure où elles seraient aussi efficaces que les mesures TPP pour contribuer à l'objectif de l'Australie, seraient moins restrictives pour le commerce que les mesures TPP.

7.1585. Nonobstant cette conclusion, nous jugeons approprié de poursuivre notre analyse et de déterminer aussi, à supposer que cette solution de rechange puisse être moins restrictive pour le commerce que les mesures TPP, si elle apporterait une contribution équivalente à l'objectif de l'Australie consistant à améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits.

7.2.5.6.4.4 Question de savoir si des campagnes de marketing social "améliorées" apporteraient une contribution équivalente à l'objectif de l'Australie

Arguments des parties

7.1586. Le Honduras fait valoir que les améliorations qu'il est proposé d'apporter aux campagnes antitabac de l'Australie peuvent apporter le même degré de contribution à l'objectif de l'Australie que les prescriptions relatives à la marque et les prescriptions relatives au format figurant dans les mesures TPP. Selon lui, le plan du professeur Keller, "s'il est mis en œuvre correctement, peut contribuer à prévenir l'initiation au tabagisme chez les non-fumeurs, à augmenter le sevrage chez les fumeurs actuels et à prévenir la récidive chez les anciens fumeurs", contribuant ainsi "à l'objectif de l'Australie consistant à réduire la prévalence du tabagisme dans la même mesure que les restrictions concernant les marques et le format qui figurent dans les mesures concernant l'emballage neutre".[3773]

7.1587. Le Honduras fait valoir que la non-réalisation de l'objectif de l'Australie par les mesures TPP n'entraînerait pas de conséquences graves, étant donné la baisse des taux de tabagisme et le cadre réglementaire global de l'Australie. Il estime que ces circonstances ne seraient pas modifiées si l'Australie devait adopter une mesure de rechange pour remplacer les mesures TPP. La faible

[3770] Comme l'Organe d'appel l'a indiqué dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 219, également cité plus haut, "[l']article 2.2 concerne donc les restrictions au commerce international". Cela est compatible avec la première phrase de l'article 2.2, qui emploie l'expression "obstacles non nécessaires au commerce international", et non pas simplement "obstacles non nécessaires au commerce". Le terme "commerce" est qualifié par le terme "international" dans d'autres dispositions clés de l'Accord OTC, y compris "conduite du commerce international" (préambule, troisième considérant), "restriction … au commerce international" (préambule, sixième considérant), et "obstacles … au commerce international" (préambule, cinquième considérant; article 2.5; article 5.1.2; et Annexe 3.E).

[3771] République dominicaine, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.

[3772] Voir le paragraphe 7.1255.

[3773] Honduras, première communication écrite, paragraphes 639, 640 et 929.

gravité des conséquences de la non-réalisation demeure donc inchangée lorsque l'on considère les mesures TPP ou toute autre mesure de rechange.

7.1588. La République dominicaine estime que l'élaboration et le lancement de campagnes de marketing social efficaces peuvent apporter une *contribution* au moins équivalente à l'objectif de réduction de la consommation de tabac en Australie.[3774] Elle estime que les campagnes de marketing social antitabac ont été utilisées avec succès par les pouvoirs publics du monde entier pour réduire la prévalence du tabagisme depuis les années 1970. Elle fait référence à la stratégie nationale concernant le tabac 2012-2018 de l'Australie, qui "met en lumière des éléments de preuve démontrant que les campagnes médiatiques peuvent être particulièrement utiles pour prévenir la récidive chez les fumeurs qui ont arrêté de fumer récemment et elle fait référence à des éléments de preuve démontrant l'efficacité des campagnes médiatiques pour les groupes socioéconomiques défavorisés".[3775] Elle fait aussi référence à des campagnes menées à New York et au Royaume-Uni.[3776] Elle indique que les campagnes de marketing social sont aussi efficaces pour les cigares que pour les cigarettes[3777] et qu'elles influent sur tous les segments de la population et tous les comportements tabagiques.[3778] Faisant référence au rapport du professeur Keller, elle ajoute, par comparaison avec les mesures TPP, que par la segmentation, le marketing social "peut être adapté avec soin aux besoins et aux choix de chaque public cible", de sorte que "l'on peut également [le] moduler … pour qu'il ait une incidence égale à celle que les mesures [TPP] pourraient avoir sur tous les comportements tabagiques – initiation et sevrage".[3779]

7.1589. Cuba adopte les arguments avancés par la République dominicaine en ce qui concerne les campagnes menées dans les médias sociaux.[3780] Elle ajoute, dans sa deuxième communication écrite, que l'argument de l'Australie selon lequel le rapport Keller passe sous silence les campagnes menées par les États et territoires "passe à côté de l'essentiel".[3781] Spécifiquement, en se concentrant sur la quantité plutôt que sur la qualité de ces campagnes de marketing social, l'Australie signale l'existence de ces mesures mais ne tient pas compte de leur efficacité.[3782]

7.1590. L'Indonésie approuve les mesures de rechange proposées par la République dominicaine en ce qui concerne le renforcement de l'efficacité des campagnes de marketing social.[3783] Elle ajoute que l'Australie reconnaît que ses campagnes de marketing social pourraient être plus efficaces et que "[l]a mise en œuvre des types de modifications structurelles des programmes recommandés par le professeur Keller se traduirait par de nouveaux programmes, plus efficaces, qui apporteraient une contribution accrue à la réduction de la prévalence et seraient moins restrictifs pour le commerce que les mesures [TPP]".[3784]

7.1591. L'Australie estime que la critique du professeur Keller à l'égard de ses campagnes de marketing social "est fondamentalement erronée" et "passe entièrement sous silence les campagnes menées par [s]es États et territoires …, qui constituent un élément majeur et déterminant de ses efforts de marketing social". Elle soutient donc que le professeur Keller présente de façon erronée, par exemple, "la mesure dans laquelle les "nouveaux canaux de communication" constituent un élément du mix marketing social de l'Australie; la mesure dans laquelle les "personnes qui ont une influence personnelle", tels les prestataires de soins de santé, sont utilisées comme canal de communication; la mesure dans laquelle les publics sont exposés à des messages positifs, qui fournissent des indications sur la manière d'arrêter de fumer et soulignent les conséquences sociales du tabagisme; et la mesure dans laquelle les campagnes de marketing social de l'Australie ciblent des publics spécifiques".[3785] Elle ajoute que l'emballage

[3774] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 792; et réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.
[3775] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 793 (faisant référence à la stratégie nationale concernant le tabac 2012-2018 (pièces AUS-129, DOM-131), pages 16 et 17).
[3776] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 796. Voir aussi République dominicaine, réponse à la question n° 65 du Groupe spécial.
[3777] République dominicaine, réponse à la question n° 152 du Groupe spécial.
[3778] République dominicaine, réponse à la question n° 157 du Groupe spécial.
[3779] République dominicaine, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.
[3780] Cuba, première communication écrite, paragraphe 288.
[3781] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 354.
[3782] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 354.
[3783] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 457; et deuxième communication écrite, paragraphe 293.
[3784] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 289.
[3785] Australie, première communication écrite, paragraphe 716.

neutre du tabac renforce l'efficacité de ses campagnes de marketing social, par ailleurs entravées par le marketing des produits du tabac, et que l'emballage neutre accroît l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites qui elles-mêmes renforcent les messages transmis par les campagnes de marketing social antitabac (et cela, au point de consommation).[3786]

7.1592. De plus, l'Australie fait valoir que la République dominicaine "tente de transférer sur le Groupe spécial la charge qui lui incombe de proposer des mesures de rechange moins restrictives pour le commerce apportant une contribution équivalente aux objectifs des" mesures TPP, en particulier en ce qui concerne la "manière dont les mesures de rechange ou une combinaison de ces mesures pourraient être mises en œuvre pour apporter une contribution équivalente" à celle des mesures TPP. Elle estime que la République dominicaine laisse les mesures de rechange "entièrement non spécifiées, escomptant que le Groupe spécial déterminera, par exemple, comment "adapter avec soin" les campagnes de marketing social existantes de l'Australie […] de façon que ces mesures aient une incidence sur le volume du commerce identique à celle qui résulte de l'emballage neutre du tabac".[3787] Elle indique aussi que l'affirmation de la République dominicaine, fondée sur la recommandation du professeur Keller, selon laquelle l'Australie devrait diviser en segments plus étroits le public visé par son marketing social, y compris en ciblant la tranche des 12-17 ans, "[c]ontredit directement les recommandations du Directeur du Service de santé publique des États-Unis et de l'Organisation mondiale de la santé".[3788]

7.1593. L'Australie ajoute que son approche du marketing social est dynamique, de sorte qu'elle la réexamine et l'actualise chaque année. Selon elle, "[s]i on laisse de côté d'autres problèmes qu'il comporte, le rapport du professeur Keller" examine la stratégie de marketing social de l'Australie jusqu'en 2013 et il était par conséquent obsolète au moment où il a été déposé en 2014. Sur cette base, elle fait valoir que la campagne de 2013 n'est plus un point de référence approprié pour proposer des améliorations de sa stratégie de marketing social.[3789]

Analyse du Groupe spécial

7.1594. Nous notons d'emblée qu'il apparaît que les parties conviennent que les campagnes de marketing social peuvent contribuer à une réduction de la consommation de produits du tabac.[3790] Cela est également reconnu à l'article 12 de la FCTC, intitulé "Éducation, communication, formation et sensibilisation du public", qui oblige toutes les parties, dans son texte introductif, à "promouvoir et … renforcer la sensibilisation du public aux questions ayant trait à la lutte antitabac, en utilisant, selon qu'il conviendra, tous les outils de communication disponibles".[3791]

[3786] Australie, observations sur les réponses des plaignants à la question n° 161 du Groupe spécial.

[3787] Australie, observations sur les réponses des plaignants aux questions n° 151 et 165 du Groupe spécial.

[3788] Australie, observations sur les réponses des plaignants à la question n° 157 du Groupe spécial (faisant référence à OMS, Un programme de politiques pour inverser le cours de l'épidémie (pièce AUS-607) et au rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-76)).

[3789] Australie, réponse à la question n° 158 du Groupe spécial.

[3790] Voir en particulier Australie, première communication écrite, paragraphe 714 (notant que "[l']Australie utilise depuis longtemps les campagnes d'éducation et de marketing social en tant que mesure de lutte antitabac et est considérée comme un leader mondial dans ce domaine"). Voir aussi Dossier: Lutte contre le tabagisme et campagnes médiatiques (pièce AUS-280).

[3791] L'article 12 précise qu'à cette fin, chaque Partie adopte et applique des mesures législatives, exécutives, administratives ou autres mesures efficaces pour favoriser: "a) un large accès à des programmes efficaces et complets d'éducation et de sensibilisation du public aux risques sanitaires, y compris les caractéristiques dépendogènes de la consommation de tabac et de l'exposition à la fumée du tabac; b) la sensibilisation du public aux risques pour la santé liés à la consommation de tabac et à l'exposition à la fumée du tabac, ainsi qu'aux avantages du sevrage tabagique et des modes de vie sans tabac, ainsi que le stipule l'article 14.2; c) l'accès du public, conformément à la législation nationale, à un large éventail d'informations concernant l'industrie du tabac pertinentes au regard de l'objectif de la Convention; d) des programmes de formation ou de sensibilisation et prise de conscience efficaces et appropriés en matière de lutte antitabac à l'intention des personnes telles que les agents de santé, les agents communautaires, les travailleurs sociaux, les professionnels des médias, les éducateurs, les décideurs, les administrateurs et autres personnes concernées; e) la sensibilisation et la participation des organismes publics et privés et d'organisations non gouvernementales qui ne soient pas liés à l'industrie du tabac, lors de l'élaboration et de la mise en œuvre de programmes et de stratégies intersectoriels de lutte antitabac; et f) la sensibilisation du public aux informations concernant les conséquences sanitaires, économiques et environnementales préjudiciables de la production et de la consommation de tabac, et l'accès du public à ces informations". FCTC (pièces AUS-44, JE-19), article 12. Voir aussi FCTC: directives pour l'application (édition 2013) (pièces AUS-109, DOM-44), article 12, pages 73 à 91.

Nous notons aussi que l'importance de campagnes de marketing social efficaces comme élément de la politique de lutte antitabac est reconnue dans les publications d'autres instances de santé publique, tels que le Directeur du Service de santé publique des États-Unis[3792], l'USIOM[3793] et l'USCDC.[3794]

7.1595. En outre, comme elle l'indique, l'Australie maintient déjà des programmes de marketing social, que nous avons déjà examinés plus haut en détail. Ainsi que nous l'avons conclu cependant, pour les fins qui nous occupent, nous cherchons à savoir si, en modifiant ses campagnes de marketing social existantes de façon à segmenter le marché de la manière proposée par le professeur Keller et à intégrer les messages, l'Australie pourrait apporter une contribution équivalente à celle qui est apportée par les mesures TPP d'une manière moins restrictive pour le commerce.

7.1596. Nous examinons d'abord la segmentation du marché et le ciblage des publics en Australie telle qu'elle est proposée par le professeur Keller. Celle-ci fait valoir ce qui suit:

> Toutes les campagnes de la NTC de 2011 à 2013 ont sélectionné un public cible: les fumeurs australiens âgés de 16 à 40 ans. D'après l'ANPHA, la campagne *NTC – Main* ne distingue pas de fumeurs en particulier dans ce groupe, alors que les campagnes de la NTC adaptées [c'est-à-dire les campagnes *NTC – Break the Chain* et *NTC – More Targeted Approach*], organisées par la TCT, isolent cinq publics cibles de fumeurs: 1) les fumeurs de 18 à 40 ans, de cultures et de langues diverses (CALD); les fumeurs autochtones (de 16 à 40 ans); 3) les femmes enceintes qui fument et les fumeuses qui prévoient d'être enceintes (de 16 à 40 ans); 4) les détenus et les détenus récemment libérés qui fument (âge non précisé); et 5) les fumeurs souffrant de troubles mentaux (âge non précisé). Il est important de noter que même si ces groupes sont visés par les campagnes *NTC – More Targeted Approa*ch et *NTC – Break the Chain*, ils continuent de faire partie du segment cible unique de la campagne *Main* – à savoir les fumeurs, principalement entre 18 ans (parfois 16) et 40 ans. Les non-fumeurs, c'est-à-dire ceux qui n'ont jamais fumé et les anciens fumeurs, ne sont pas inclus dans le public cible.[3795]

7.1597. Le professeur Keller propose donc de segmenter le marché "en utilisant la segmentation comportementale":

> D'après les propres recherches de l'Australie, la nécessité première est de fournir des services d'assistance pour aider les fumeurs qui veulent arrêter de fumer, aider les fumeurs à rester non-fumeurs, aider les fumeurs qui ne se voient pas comme tels (par exemple, ceux qui fument des cigares ou des cigarillos) et aider les personnes à résister à la pression des pairs qui les poussent à commencer à fumer. Pour chacun de ces segments, identifier l'âge (12-17 ans, 18-24 ans, 25 ans et plus) et le comportement au regard de la consommation ("Ne fument pas", "N'admettent pas", "Envisagent d'arrêter", "Ont arrêté").[3796]

7.1598. S'agissant des catégories de "consommation", le professeur Keller définit les personnes qui "envisagent d'arrêter" comme des fumeurs qui aimeraient arrêter mais ont besoin pour cela de l'aide de services d'assistance; ceux qui "ont arrêté", comme d'anciens fumeurs qui cherchent de l'aide afin de continuer de ne pas fumer; ceux qui "n'admettent pas", comme des fumeurs qui ne se voient pas comme dépendants et ont besoin d'informations leur permettant de se rendre compte qu'ils ont un problème; et ceux qui "ne fument pas" comme des personnes ayant besoin

[3792] Rapport de 2014 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièces AUS-37, DOM-104, CUB-35), page 812; rapport de 2000 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-53), page 20; et rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-76), pages 691 et 853.

[3793] Rapport de 1994 de l'USIOM, chapitre 8 (pièce AUS-547), page 240.

[3794] USCDC, Meilleures pratiques en matière de programmes globaux de lutte antitabac (pièce AUS-50), page 31.

[3795] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphe 89. Voir aussi le paragraphe 125.

[3796] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphes 92 et 127 à 132.

d'élaborer des outils et des stratégies qui leur permettront de résister à la tentation et à la pression des pairs qui les poussent à commencer à fumer.[3797]

7.1599. S'agissant des tranches d'âge, la segmentation du professeur Keller "procède des différents besoins, désirs, motivations et coûts qui peuvent être observés dans chaque groupe sur la question de (ne pas) fumer", une conclusion que le professeur Keller tire en partie des recherches et des évaluations réalisées par les pouvoirs publics australiens.[3798] Selon sa proposition, les campagnes de marketing social de l'Australie devraient être segmentées sur la base suivante:

Tableau 5: Segmentation proposée pour les campagnes de marketing social australiennes

Segment	Ne fument pas	Ont arrêté	N'admettent pas	Envisagent d'arrêter
12-17 ans (adolescents)	**1**	**2**	**3**	**4**
18-24 ans (jeunes adultes)	**5**	**6**	**7**	**8**
25 ans et plus (adultes)	**9**	**10**	**11**	**12**

Source: rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphe 129, figure 3.

7.1600. Nous notons qu'il apparaît que l'Australie reconnaît que les messages des campagnes antitabac sont souvent adaptés à des sous-groupes particuliers de la population.[3799] L'ANPHA note toutefois que la mise au point de campagnes adaptées est grevée par l'augmentation des coûts nécessaire pour créer des campagnes multiples adaptées à chaque sous-groupe, et par le danger d'engendrer dans le public le sentiment que le sous-groupe ciblé est le seul dont le comportement pose problème, de sorte que la décision de retenir ou non cette option doit prendre en compte les "éléments d'appréciation combinés en vue de campagnes adaptées à différents sous-groupes".[3800] Par exemple, l'ANPHA note qu'"à l'exception de la campagne "Truth" (vérité) des États-Unis, les campagnes qui s'adressent aux jeunes incluent souvent des thèmes de messages dont on sait qu'ils sont moins efficaces (conséquences à court terme, humour, normes sociales) et ces campagnes pourraient promouvoir l'idée fâcheuse que le tabagisme est quelque chose que seuls les jeunes devraient particulièrement éviter et n'est pas vraiment problématique pour les adultes".[3801] Ce rapport note aussi que certaines campagnes ciblant des groupes ethniques spécifiques ont été couronnées de succès, alors que selon les conclusions d'autres évaluations, les campagnes grand public ont eu plus de succès que les campagnes adaptées, et que les campagnes conçues à l'intention du grand public qui sont largement diffusées dans les mass media peuvent être au moins aussi efficaces pour l'ensemble des sous-groupes socioéconomiques, dès lors que chaque groupe a une possibilité égale d'y être exposé.[3802]

7.1601. À cet égard, nous notons aussi que, selon le Directeur du Service de santé publique des États-Unis, l'adaptation du contenu d'un message à des sous-groupes cibles spécifiques (définis, par exemple, selon l'âge, le sexe, la race/l'appartenance ethnique, le désir de sensation ou le statut socioéconomique) présente l'avantage potentiel d'accroître la pertinence du message et son aptitude à convaincre.[3803] Toutefois, le Directeur du Service de santé publique des États-Unis a également examiné des éléments indiquant, pour des campagnes ciblant les jeunes par opposition aux adultes, que "la question de savoir si ces campagnes [étaient] le meilleur choix possible pour réduire le tabagisme chez les jeunes [faisait] débat".[3804] Par exemple, selon des études qu'il a examinées, il peut être particulièrement difficile de concevoir des messages qui séduisent des

[3797] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphes 127 à 129.
[3798] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphe 132 et notes de bas de page 173 et 175.
[3799] Dossier: Lutte contre le tabagisme et campagnes médiatiques (pièce AUS-280), page 10; et Le tabac en Australie, 2012, extraits (pièce IDN-24), pages 24 à 26.
[3800] Dossier: Lutte contre le tabagisme et campagnes médiatiques (pièce AUS-280), page 10.
[3801] Dossier: Lutte contre le tabagisme et campagnes médiatiques (pièce AUS-280), page 11. Voir aussi Le tabac en Australie, 2012, extraits (pièce IDN-24), pages 22 et 23.
[3802] Dossier: Lutte contre le tabagisme et campagnes médiatiques (pièce AUS-280), page 11.
[3803] Rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-76), pages 689 et 690.
[3804] Rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-76), page 690.

jeunes plus âgés; des éléments montrant que les campagnes contre l'industrie menées dans les mass media sont peut-être plus susceptibles de faire reculer l'intention de fumer chez les plus jeunes que chez les adolescents plus âgés ont été interprétés comme indiquant que ces derniers pourraient être mieux pris en compte par des campagnes grand public; les jeunes ont réagi aussi favorablement aux publicités ciblant les adultes qu'aux publicités ciblant les jeunes, ce qui est compatible avec les conclusions tirées des campagnes médiatiques menées en direction des adultes qui ont réussi à réduire l'initiation au tabagisme et le comportement tabagique chez les jeunes; et aux États-Unis, il a été constaté que les effets bénéfiques sur le tabagisme des jeunes s'expliquaient par l'exposition à l'ensemble global des publicités des campagnes nationales antitabac et non pas seulement aux campagnes ciblant les jeunes, et que la majorité des points de couverture brute (GRP) (PCB en français)[3805] de la campagne nationale provenaient des adultes et non des jeunes.[3806] Le Directeur du Service de santé publique des États-Unis prend également note d'études sur le thème des médias et de la consommation de tabac qui avancent que le succès des campagnes ciblant les adultes auprès des adolescents peut être dû en partie au fait que ces campagnes modifient les normes sociales plus générales en matière de tabagisme, et que les campagnes ciblant les adultes afin de réduire le tabagisme chez les jeunes peuvent éviter le danger qu'en faisant appel aux campagnes médiatiques qui ciblent isolément les jeunes, on ne crée l'impression que, alors que les enfants devraient l'éviter, la consommation de tabac est un comportement acceptable chez les adultes.[3807]

7.1602. Ce qui précède donne à penser que, bien que des groupes d'âge différents puissent présenter des besoins différents, tels qu'ils sont identifiés par le professeur Keller[3808], ces différences ne peuvent pas toujours à elles seules justifier une segmentation selon l'âge, comme celle-ci le recommande. Spécifiquement, certains des éléments de preuve qui nous ont été présentés donnent à penser que la segmentation selon l'âge ne peut pas tenir dûment compte des chevauchements significatifs concernant les besoins des différents groupes d'âge, avec la possibilité que la segmentation selon l'âge n'affaiblisse potentiellement l'efficacité globale des campagnes de marketing social.

7.1603. Nous notons en outre que les éléments de preuve dont nous disposons démontrent qu'en fait, l'Australie a pris un certain nombre de mesures de marketing social fondées sur l'identification et le ciblage de groupes particulièrement vulnérables. Comme nous l'avons noté plus haut, le professeur Keller souligne que la campagne NTC "*Break the Chain*" vise à diminuer de moitié le taux de tabagisme chez les Australiens autochtones d'ici à 2018 et s'adresse spécifiquement aux fumeurs et aux personnes ayant récemment arrêté de fumer dans la communauté aborigène et parmi les habitants du détroit de Torres qui sont âgés de 16 à 40 ans. De plus, la campagne "*More Targeted Approach*" cible les groupes vulnérables difficiles à atteindre et, spécifiquement, des publics diversifiés sur les plans culturel et linguistique, non blancs, entre 18 et 40 ans; les femmes enceintes de 16 à 30 ans qui fument, ainsi que les fumeuses de 18 à 30 ans qui prévoient d'être enceintes dans les 2 ans à venir; les détenus et personnes récemment remises en liberté; et les personnes souffrant d'une maladie mentale.[3809] L'Australie indique que "[l]e niveau des taux de tabagisme parmi ces groupes reste inacceptable": en 2010, alors que la prévalence globale du tabagisme était de 16,6% chez les Australiens de 14 ans et plus, son taux était de 41% chez les adolescentes enceintes, de 38% chez les chômeurs, de 34% chez les personnes incapables de travailler, de 32% chez les personnes atteintes d'une maladie mentale et de 78% et 83% chez les hommes et les femmes détenus, respectivement.[3810] Nous avons moins de renseignements à notre disposition sur les détails des campagnes spécifiques qui ciblent ces groupes. Nous savons cependant, s'agissant des campagnes destinées aux femmes enceintes, qu'"[u]n éventail de matériaux publicitaires a été spécialement conçu pour cibler ces groupes et les sensibiliser au soutien disponible pour les aider dans leur tentative de sevrage sans les stigmatiser" et, spécifiquement, que "[l]a campagne "*Quit for you – Quit for Two*" (Arrête pour toi – Arrête pour

[3805] Les points de couverture brute (GRP) (ou PCB en français) "mesurent la portée relative de la campagne et la fréquence d'exposition à la campagne dans le public cible au sein de marchés des médias spécifiques". Rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-76), page 684.

[3806] Rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-76), page 690.

[3807] Rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-76), pages 690 et 692.

[3808] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphe 132.

[3809] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphe 89. Voir aussi le site Web Quitnow (pièce AUS-441).

[3810] Réponse au Plan d'action de la NPHT (pièces AUS-116, JE-15), pages 64 et 65.

deux) fait passer l'idée que le tabagisme pendant la grossesse engendre des méfaits pour la santé et que les femmes peuvent appeler le service d'assistance téléphonique pour le sevrage tabagique ou télécharger l'application mobile "Quit for you – Quit for Two" afin d'être soutenues dans leur démarche de sevrage".[3811] En outre, la campagne dispense des renseignements dans toute une série de langues, dans la presse écrite et à la radio, à des personnes d'origines culturelles et linguistiques diverses.[3812]

7.1604. Il apparaît donc qu'en fait, l'Australie a segmenté le public dans la mesure où elle a identifié les sous-groupes de sa population particulièrement affectés par la consommation de tabac et conçu des campagnes pour les cibler. Nous ne souscrivons donc pas à l'affirmation du professeur Keller selon laquelle "l'Australie applique plus ou moins une approche "taille unique/un message pour tous" s'agissant des campagnes antitabac".[3813] Toutefois, comme nous l'avons noté, le professeur Keller a proposé aussi de segmenter le marché australien en fonction de la "situation au regard de la consommation" (en plus de la segmentation selon l'âge, comme nous l'avons expliqué plus haut) et, spécifiquement, selon que la personne "ne fume pas", "n'admet pas", "envisage d'arrêter" ou "a arrêté".[3814] À cet égard, elle fait valoir que cette segmentation est "[f]ondée sur les recherches existantes menées en Australie".[3815] À l'appui de cette affirmation, elle fait référence à un rapport de 2010 intitulé "Tobacco Social Marketing Campaign Report" (rapport de campagne de marketing social concernant le tabac) qui ne figure pas dans le dossier des présentes procédures[3816] et ne fournit pas d'autre détail ou explication indiquant la base sur laquelle elle a segmenté le marché de cette façon. Nous ne sommes pas convaincus que l'affirmation que l'Australie devrait segmenter le marché de cette façon soit suffisante pour démontrer que le ciblage et la segmentation existants du marché effectués par l'Australie ne sont pas valables. Spécifiquement, nous ne sommes pas convaincus que les plaignants aient démontré que la segmentation spécifique proposée par le professeur Keller serait aussi efficace, voire plus, que l'approche actuelle de l'Australie consistant à cibler les segments de la population qu'elle a identifiés comme étant les plus vulnérables à l'égard des produits du tabac et de leur consommation.

7.1605. Nous examinons maintenant l'intégration des messages qui est proposée par le professeur Keller. Dans sa description, une "communication marketing intégrée devrait suivre la méthode dite des "six C":

> 1) couverture (dans quelle mesure les différentes options de communication atteignent-elles le marché cible désigné?); 2) contribution (les différentes options de communication engendrent-elles une modification des comportements?); 3) communité (y a-t-il une image de marque cohérente pour l'ensemble des options de communication?); 4) complémentarité (les différents messages et canaux de communication évoquent-ils des associations de marques complémentaires?); 5) conformité (les options de communication permettront-elles de maintenir l'intérêt du public?); et 6) coût (quel est le coût nécessaire pour remplir tous les critères qui précédent?).[3817]

7.1606. Le professeur Keller développe ses arguments relativement aux cinq premiers de ces "six C" lorsqu'elle décrit les lacunes de la NTC.

7.1607. Nous ne comprenons pas très bien en quoi les observations du professeur Keller concernant la NTC indiquent que celle-ci est inefficace. Par exemple, on ne voit pas très bien pourquoi la NTC devient inefficace du fait que deux campagnes ciblent les mêmes groupes démographiques[3818]; en quoi ou pourquoi il est problématique que la campagne principale et les

[3811] Site Web Quitnow (pièce AUS-441), page 1.
[3812] Site Web Quitnow (pièce AUS-441), page 2.
[3813] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphe 91.
[3814] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphe 92.
[3815] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphe 127.
[3816] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphe 127, note de bas de page 166. Le professeur Keller définit dans son rapport le "Tobacco Social Marketing Campaign Report (2010)" comme étant le "rapport de campagne de marketing social sur le tabac, Étape 2, Exploration qualitative, établi à l'intention de l'Unité de recherche en marketing, URBIS, Service des communications, Département de la santé et du vieillissement (juin 2010)". *Ibid.*, page 138.
[3817] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), annexe 3, paragraphe 8.
[3818] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), annexe 3, paragraphe 56.

campagnes adaptées soient évaluées différemment[3819]; en quoi le fait d'établir une identité de marque est un "projet décisif pour la NTC" ni quelle est l'importance du fait allégué que cela ne soit pas fait[3820]; pourquoi le fait que les méthodes de sevrage décrites sur les sites Web d'assistance au sevrage tabagique sont absentes des publicités télévisées les rend moins efficaces[3821], compte tenu de l'importance d'utiliser des mix-médias différents à des fins différentes, y compris "les puissants médias sociaux et les applications de m-santé [qui] offrent les avantages uniques d'un soutien apporté par le réseau des pairs et des dispositifs de communication "just-in-time" (juste-à-temps) permettant d'interagir avec les publics cibles"[3822]; ni en quoi ou pourquoi le fait que des lignes d'assistance au sevrage tabagique "presque identiques" sont maintenues au niveau fédéral et au niveau des États et territoires signifie qu'elles ne sont *pas* intégrées.[3823] En outre, les recommandations du professeur Keller pour chacun de ces supposés défauts semblent reposer, conformément à la segmentation du marché qu'elle propose, sur un public cible constitué d'adolescents non-fumeurs et de jeunes de 18 à 24 ans qui "envisagent d'arrêter". Cependant, comme cela est indiqué plus haut, nous ne sommes pas convaincus que les plaignants aient démontré que la proposition de segmenter les publics de cette façon serait nécessairement aussi efficace, voire plus, que l'approche actuelle de l'Australie consistant à cibler les segments de la population qu'elle a identifiés comme étant les plus vulnérables à l'égard de l'exposition aux produits du tabac et de l'utilisation de ces produits.

7.1608. De plus, nonobstant notre observation formulée plus haut en ce qui concerne la conception des messages des campagnes de marketing social en Australie et notre conclusion que les recommandations du professeur Keller ont déjà été mises en œuvre en Australie ou sont en train de l'être, nous jugeons pertinent de traiter certains arguments avancés par le professeur Keller à cet égard. Spécifiquement, l'un des éléments essentiels des arguments avancés par le professeur Keller porte sur le contenu des messages des campagnes de marketing social – le professeur Keller préconise des messages qui sont centrés sur la personne elle-même et non sur les autres; qui utilisent des "cadres de perte" ("par exemple, si vous fumez, vous ne pourrez pas atteindre l'excellence dans le sport"); qui soulignent les conséquences sociales de la consommation de tabac; qui jouent sur l'"émotion"; et qui présentent des astuces pour arrêter de fumer ou dire non "énergiquement". Le professeur Keller précise que les messages de la NTC "devraient insister sur la question du "pourquoi" arrêter de fumer/ne pas fumer", et "fournir à ceux qui "ne fument pas" et à ceux qui "n'admettent pas" des stratégies concrètes indiquant "comment faire" pour surmonter la tentation ou d'autres obstacles".[3824] Elle fait valoir aussi que "[l]es éléments de preuve disponibles qui sont tirés du marché australien indiquent les avantages de la création de messages positifs et permettant de se prendre en charge qui privilégient les avantages de ne pas fumer, comme l'endurance et la virilité pour les hommes, l'effet anti-âge et la fertilité pour les femmes, plutôt que les appels à la peur répétant les effets nocifs du tabagisme".[3825] Elle fait donc valoir que, pour susciter l'intérêt des adolescents qui "ne fument pas", si la NTC veut concevoir des messages publicitaires pour les mass media, elle devrait s'attacher à établir le lien entre l'abandon de la cigarette et l'amélioration de la condition et l'apparence physiques. Pour atteindre les jeunes adultes qui "envisagent d'arrêter", la NTC devrait chercher à réduire le stress des fumeurs en créant des messages qui mettent l'accent sur les astuces pratiques pour arrêter de fumer dans un format de message permettant de se prendre en charge.[3826]

7.1609. Nous traitons en particulier l'affirmation du professeur Keller concernant l'impératif de "la création de messages positifs et permettant de se prendre en charge qui privilégient les avantages de ne pas fumer". À cet égard, nous notons que le Directeur du Service de santé publique des États-Unis fait état d'une série de conclusions qui présentent des résultats mitigés concernant l'efficacité relative de divers contenus de messages. Spécifiquement, il rapporte des conclusions selon lesquelles "les publicités montrant les sérieuses conséquences physiques du tabagisme – représentées sous forme de graphiques, d'une manière saisissante ou faisant appel à l'émotion – ont donné de bons résultats"; une synthèse concernant 186 groupes de réflexion indiquait que "les publicités sur le tabagisme passif ou sur la manipulation opérée par l'industrie étaient considérées comme les meilleures"; et selon lesquelles "les publicités décrivant l'incidence du tabagisme sur les

[3819] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), annexe 3, paragraphe 57.
[3820] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), annexe 3, paragraphe 58.
[3821] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), annexe 3, paragraphe 59.
[3822] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphe 13 vi).
[3823] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), annexe 3, paragraphe 60.
[3824] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphe 145.
[3825] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphe 146.
[3826] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphe 146.

nourrissons et les enfants, celles montrant que le tabagisme est socialement inacceptable et celles indiquant que ne pas fumer constitue la norme avaient fait reculer de façon significative chez les jeunes les intentions de fumer déclarées".[3827] Dans son examen, toutefois, le Directeur du Service de santé publique des États-Unis fait écho également aux affirmations du professeur Keller concernant le mérite relatif des messages positifs et des messages négatifs[3828]; de fait, son rapport de 2012 indique aussi que "l'exposition à des émotions négatives intenses peut effectivement nuire au caractère convaincant et produire des conséquences négatives indésirables dépendant du stimulus lui-même"[3829] et que la publicité sur les conséquences sociales du tabagisme peut être efficace.[3830] En bref, le Directeur du Service de santé publique des États-Unis indique que des messages conçus différemment, sous un angle positif ou sous un angle négatif, peuvent produire des résultats relativement bons.[3831] De plus, dans le contexte australien, le CCV signale que les campagnes qui mettent l'accent sur les effets négatifs pour la santé, qui sont fortement chargés en émotion et présentent beaucoup de témoignages personnels sont les plus efficaces, pour les adultes comme pour les jeunes.[3832] Même si l'ANPHA reprend cette observation à son compte, elle relève aussi des recherches indiquant que les messages positifs et encourageants se sont également révélés efficaces et conclut que d'autres recherches sur cette question sont nécessaires.[3833] Ces divergences dans les résultats sembleraient confirmer l'importance de vérifier la validité des messages, ainsi que le Directeur du Service de santé publique des États-Unis l'a indiqué.[3834]

7.1610. Globalement, les éléments de preuve qui nous ont été présentés donnent à penser que le succès des différents types de messages et de campagnes est relatif au contexte dans lequel ceux-ci apparaissent et que toute une gamme de types de messages peuvent être efficaces. Compte tenu de ces éléments de preuve, nous ne sommes pas certains d'être en mesure d'évaluer dans l'abstrait si les messages des campagnes de marketing social conçus selon les suggestions du professeur Keller seraient efficaces pour contribuer à l'objectif de l'Australie à un degré plus élevé que sa combinaison actuelle de messages de campagnes.

7.1611. Les éléments de preuve dont nous disposons montrent aussi que l'Australie mène déjà une vaste série de campagnes dans les médias sociaux, tant au niveau fédéral qu'au niveau des États, qui incluent la plupart des éléments jugés souhaitables dans le rapport du professeur Keller. Nous notons aussi que l'approche adoptée par l'Australie pour ces campagnes contient intrinsèquement l'idée qu'elles sont susceptibles d'être évaluées et examinées à la lumière des éléments de preuve disponibles. Cela transparaît dans la stratégie nationale concernant le tabac 2012-2018 de l'Australie, qui identifie en tant qu'"action" l'impératif de "renforcer les campagnes médiatiques" et de "[c]ontinuer d'établir la base d'éléments de preuve concernant l'efficacité des mass media pour éclairer et affiner la mise au point des futures campagnes, y compris l'analyse spécifique de l'efficacité de ces campagnes parmi les groupes où la prévalence du tabagisme est élevée".[3835] Nous notons également que les campagnes de l'Australie ont servi de base pour les campagnes menées au niveau international.[3836]

[3827] Rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-76), page 686. Le même rapport mentionne également des études qui ont pris en considération à la fois le thème et la tonalité émotionnelle des publicités et ont conclu "qu'il exist[ait] des éléments de preuve constants montrant que les publicités qui suscitent de fortes réactions émotionnelles (comme le dégoût, la perte, la tristesse, la peur et la colère) en faisant appel à des témoignages personnels et à l'imagerie viscérale présentant les effets du tabagisme sur la santé ou décrivant la duperie de la part de l'industrie du tabac pouvaient accroître l'attention, revenir davantage en mémoire, exercer un attrait plus grand et influencer les croyances des jeunes publics au sujet du tabagisme et leur intention de fumer." *Ibid.*

[3828] Rapport Keller (pièce DOM/HND-8), paragraphe 146.

[3829] Rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-76), page 686.

[3830] Rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-76), page 687.

[3831] Rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-76), pages 686 et 687.

[3832] Le tabac en Australie, 2012, extraits (pièce IDN-24), pages 21 et 22.

[3833] Dossier: Lutte contre le tabagisme et campagnes médiatiques (pièce AUS-280), pages 15 et 16.

[3834] Rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-76), page 686.

[3835] Stratégie nationale concernant le tabac 2012-2018 (pièces AUS-129, DOM-131), page 18.

[3836] Dossier: Lutte contre le tabagisme et campagnes médiatiques (pièce AUS-280), page 5; et Le tabac en Australie, 2012, extraits (pièce IDN-24), page 14.

7.1612. Pour les raisons qui précèdent, nous ne sommes pas convaincus par l'argument des plaignants selon lequel les messages des campagnes de marketing social devraient nécessairement être repensés selon la forme exacte proposée par le professeur Keller.

7.1613. Plus généralement, compte tenu de ce qui précède, nous ne sommes pas convaincus que les plaignants aient démontré que les éléments des campagnes menées dans les médias sociaux identifiés dans le rapport du professeur Keller, y compris les aspects spécifiques dont il apparaît qu'ils constituent une variante de ce que l'Australie est en train de mettre en place actuellement, constitueraient nécessairement des améliorations qui apporteraient une contribution significative à l'objectif de l'Australie allant au-delà de celle de ses campagnes menées dans les médias sociaux existantes.

7.1614. Même à supposer que les modifications qu'il est proposé d'apporter aux campagnes menées dans les médias sociaux de l'Australie *constituent* des améliorations par rapport à sa série actuelle d'actions de marketing social, nous ne sommes pas convaincus que l'effet de ces campagnes menées dans les médias sociaux serait équivalent à celui des campagnes de marketing social existantes de l'Australie considérées *conjointement avec* le retrait des éléments de marque de l'emballage du tabac dans le cadre des mesures TPP. Spécifiquement, nous ne sommes pas convaincus que l'amélioration des campagnes dans les médias sociaux qui est proposée par les plaignants en *remplacement* des mesures TPP réaliserait une contribution à l'objectif de l'Australie équivalente à l'effet combiné des campagnes de marketing social existantes *et* des mesures TPP de l'Australie. Spécifiquement, sans l'application des mesures TPP en même temps que des campagnes efficaces menées dans les médias sociaux, les consommateurs devraient faire face à des messages concurrents figurant sur les produits du tabac et leur emballage pour la vente au détail, ce qui affaiblirait potentiellement l'efficacité de ces campagnes de marketing social. Pour dire les choses autrement, on ne peut pas dire d'une mesure qui permettrait de maintenir l'usage des caractéristiques de conception sur l'emballage du tabac, conjointement avec l'effet délétère que ces éléments peuvent avoir sur l'efficacité d'autres politiques de lutte antitabac, y compris le marketing social, qu'elle est globalement aussi efficace que les campagnes de marketing social existantes *et* les mesures TPP de l'Australie fonctionnant conjointement, dont on n'attendrait pas ces effets contre-productifs. Cela est compatible, à notre avis, avec la gravité des conséquences de la non-réalisation de l'objectif et de l'objectif déclaré de l'Australie consistant à éviter toute lacune réglementaire dans leur traitement. À cet égard, nous rappelons notre observation formulée plus haut selon laquelle l'importance d'une approche globale de la lutte antitabac (y compris, s'agissant de la question examinée, les campagnes de marketing social) est reconnue dans la FCTC[3837], ainsi que par l'OMS[3838], la Banque mondiale[3839], le Directeur du Service de santé publique des États-Unis[3840] et l'USCDC.[3841]

7.1615. Pour ces raisons, nous considérons que les plaignants n'ont pas démontré que les campagnes menées dans les médias sociaux modifiées qu'ils proposent apporteraient, en remplacement des mesures TPP, une contribution à l'objectif de l'Australie équivalente à celle des mesures TPP fonctionnant conjointement avec les campagnes de marketing social existantes de l'Australie.

[3837] FCTC (pièces AUS-44, JE-19), articles 4.2, 4.4, 5.1, 7 et 12.

[3838] OMS, Un programme de politiques pour inverser le cours de l'épidémie (pièce AUS-607), pages 11 et 12 (reconnaissant que les politiques de lutte antitabac "sont complémentaires et synergiques" et notant en particulier, s'agissant de la notion de "[mise] en garde contre les dangers du tabagisme", que cela suppose d'"[e]xiger des mises en garde efficaces sur les paquets", de "[f]aire de la contre-publicité" et d'"[o]btenir une couverture médiatique gratuite des activités de lutte antitabac").

[3839] Jha et Chaloupka 1999 (pièce AUS-51), page 6 (identifiant les mesures d'information telles que la contre-publicité dans les mass media, les étiquettes de mise en garde sanitaire bien visibles ainsi que la publication et la diffusion des résultats de travaux de recherche sur les conséquences du tabagisme sur la santé comme étant une mesure autre que financière visant à réduire la demande de produits du tabac).

[3840] Rapport de 2000 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièces AUS-53), pages 7 et 8 et figures 1.1 et 1.2 (la première figure identifiant l'"éducation pour la santé" et la "sensibilisation" parmi les nombreuses influences en matière de lutte antitabac sur les jeunes non-fumeurs, fumeurs actuels et anciens fumeurs).

[3841] USCDC, Meilleures pratiques en matière de programmes globaux de lutte antitabac (pièce AUS-50), pages 6 et 9 (reconnaissant l'efficacité des approches globales de la lutte antitabac qui combinent des "stratégies éducatives, cliniques, réglementaires, économiques et sociales", et notant que "les recherches ont montré que les efforts d'intervention qui intégraient la mise en œuvre d'initiatives touchant les programmes et les politiques étaient plus efficaces pour influencer les normes, systèmes et réseaux sociaux").

7.2.5.6.4.5 Question de savoir si des campagnes de marketing social "améliorées" sont raisonnablement disponibles pour l'Australie

7.1616. Le Honduras fait valoir que les suggestions du professeur Keller sont raisonnablement disponibles pour l'Australie car elles n'exigeraient pas les moindres ressources financières additionnelles, étant donné que les mesures de réduction des coûts impliqueraient que le marketing révisé n'entraîne pas d'augmentation du budget global de la NTC. Il ajoute que le plan de marketing révisé ne comporte pas d'aspects techniques en dehors des compétences ou de l'expérience de l'ANPHA ou de la TCT.[3842]

7.1617. La République dominicaine estime que l'Australie peut faire un usage efficace des campagnes de marketing social sans augmenter les niveaux actuels de ses dépenses afférentes à ses "campagnes de marketing social existantes mais inefficaces" et peut faire un usage plus efficace des fonds actuels. De plus, elle fait valoir que l'Australie pourrait envisager d'augmenter le budget de ses campagnes de marketing social par des recettes tirées d'un relèvement des droits d'accise sur les produits du tabac. Elle indique que les dépenses de l'Australie consacrées au marketing social "ont représenté moins de 0,5% … des droits d'accise perçus sur le tabac, ce qui laisse largement la possibilité d'augmenter le budget fédéral de l'Australie alloué au marketing social".[3843]

7.1618. L'Australie n'examine pas la disponibilité raisonnable de cette mesure en tant que mesure "de rechange". Cependant, elle n'a pas non plus donné à entendre qu'il lui serait impossible de mettre en œuvre des modifications de ses campagnes de marketing social du type proposé par les plaignants.

7.1619. Nous constatons donc que les modifications susmentionnées des campagnes de marketing social de l'Australie seraient raisonnablement disponibles, dans la mesure où leur mise en œuvre n'entraînerait pas de coûts ou charges excessifs.

7.2.5.6.4.6 Conclusion générale sur des campagnes de marketing social améliorées comme solution de rechange pour remplacer les mesures TPP

7.1620. Nous avons conclu plus haut que la proposition des plaignants visant à ce que des "améliorations"[3844] soient apportées aux campagnes de marketing social menées en Australie ou à ce que celles-ci soient "efficaces"[3845] était une mesure de rechange seulement dans la mesure où certains éléments de la proposition avancée – à savoir en ce qui concerne la segmentation du marché et l'intégration des messages – n'étaient pas déjà en place en Australie.

7.1621. Nous avons aussi constaté que nous n'étions pas convaincus que cette solution de rechange serait nécessairement moins restrictive pour le commerce que les mesures TPP, dans la mesure où, si elle était au moins aussi efficace que les mesures TPP pour réduire la consommation de tabac, elle aurait au moins le même degré d'incidence sur le volume total des importations de produits du tabac.

7.1622. Nous avons également constaté que nous n'étions pas convaincus que les plaignants aient démontré que les modifications proposées des campagnes de marketing social de l'Australie seraient aussi efficaces ou plus efficaces que l'approche actuelle de l'Australie concernant le marketing social. En outre, nous ne sommes pas convaincus que ces campagnes "améliorées" menées dans les médias sociaux réaliseraient, en *remplacement* des mesures TPP, une contribution à l'objectif de l'Australie équivalente à l'effet combiné des campagnes de marketing social existantes de l'Australie *et* des mesures TPP.

7.1623. Pour formuler cette constatation concernant l'"équivalence" de la contribution apportée par cette solution de rechange, nous avons également pris en compte la nature de l'objectif de l'Australie, les risques que la non-réalisation de l'objectif des mesures TPP entraînerait (y compris la nature des risques et la gravité des conséquences découlant de la non-réalisation de l'objectif du règlement technique), les caractéristiques des mesures TPP (y compris le cadre réglementaire

[3842] Honduras, première communication écrite, paragraphes 641 et 931.
[3843] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 797 et 798.
[3844] Honduras, première communication écrite, paragraphes 626 et 927.
[3845] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 779.

dans lequel elles fonctionnent, ainsi que les campagnes de marketing social existantes de l'Australie) et les éléments de preuve disponibles.[3846]

7.1624. Nous constatons donc que les plaignants n'ont pas démontré que des campagnes de marketing social améliorées seraient une solution de rechange moins restrictive pour le commerce pour remplacer les mesures TPP qui apporterait une contribution équivalente à l'objectif de l'Australie.

7.2.5.6.5 Quatrième mesure de rechange proposée: un contrôle préalable

7.1625. Le Honduras fait valoir que, dans le cas où "le Groupe spécial constaterait que des éléments particuliers de l'emballage et des produits du tabac pourraient influer sur la prévalence du tabagisme en Australie", son expert, M. Shavin, explique comment un mécanisme de contrôle préalable, administré par l'ACCC, pourrait réglementer l'usage de ces éléments d'une manière moins restrictive que les mesures TPP.[3847]

7.1626. La République dominicaine estime que la création d'un nouveau mécanisme de contrôle préalable pour l'emballage du tabac imposerait une moindre restriction au commerce, apporterait une contribution au moins égale à l'objectif de l'Australie et serait raisonnablement disponible pour le défendeur.[3848] Spécifiquement (et à supposer que le Groupe spécial constate que les mesures TPP contribuent effectivement à leur objectif dans une certaine mesure), un contrôle préalable réaliserait le même objectif au moyen des mêmes mécanismes précisément que ceux qui sont énoncés dans les mesures TPP parce qu'au lieu d'imposer une prohibition générale qui supprimerait sans distinction tous les éléments de conception de tous les emballages pour la vente au détail de produits du tabac et des cigares et cigarettes individuels, il prévoirait une évaluation individualisée des emballages et des bâtonnets, y compris des éléments individuels de marques individuelles, afin de faire en sorte qu'ils n'incluent aucune caractéristique de conception dont il serait allégué qu'elle pose problème.[3849]

7.1627. Cuba fait valoir que l'imposition d'un "régime d'approbation *ex ante* obligatoire pour l'emballage et les marques de produits du tabac" constitue une mesure de rechange.[3850]L'Indonésie fait valoir que les mesures TPP "réglementent pratiquement toutes les caractéristiques de l'emballage du tabac et des bâtonnets de tabac sur tous les produits du tabac, sans chercher à savoir quel élément particulier de l'emballage ou du bâtonnet de tabac (le cas échéant) incite à la consommation de tabac, crée une confusion ou affaiblit la mise en garde sanitaire explicite, sans vérifier la validité de cette proposition pour aucune de ces caractéristique".[3851] À son avis, du fait que les mesures TPP ne font pas cette distinction, un mécanisme de contrôle préalable comportant une évaluation individualisée de chaque emballage et bâtonnet de tabac est une solution de rechange moins restrictive pour le commerce qui atteindrait le même niveau de protection, apporterait la même contribution à l'objectif légitime des mesures TPP et est raisonnablement disponible pour l'Australie.[3852]

7.1628. L'Australie estime que le mécanisme de contrôle préalable proposé par les plaignants serait restrictif pour le commerce car il serait coûteux à gérer et imposerait des dépenses importantes à l'industrie du tabac. Elle fait également valoir que le contrôle préalable n'apporterait pas une contribution équivalente aux objectifs des mesures TPP. L'efficacité des restrictions concernant l'emballage dépend de la normalisation et le contrôle préalable affaiblirait les mécanismes des mesures TPP en rétablissant l'emballage du tabac comme vecteur publicitaire et promotionnel. Selon l'Australie, la proposition des plaignants ferait aussi peser une lourde charge sur l'ACCC. Aucune étude que l'ACCC pourrait conduire ne saurait satisfaire l'industrie du tabac quant à savoir s'il était probable qu'un paquet soumis au contrôle préalable allait inciter à la consommation, avant sa mise sur le marché. En outre, toute tentative de l'ACCC de restreindre l'utilisation d'un emballage particulier déclencherait très certainement des procédures longues et

[3846] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.215.
[3847] Honduras, première communication écrite, paragraphes 923, 603 et 604.
[3848] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 1020 et 1021.
[3849] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 799 à 801.
[3850] Cuba, première communication écrite, paragraphe 281.
[3851] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 439.
[3852] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 440.

coûteuses. Le contrôle préalable n'est pas, selon l'Australie, une solution de rechange raisonnablement disponible pour remplacer les mesures TPP.[3853]

7.2.5.6.5.1 Description de la mesure proposée

7.1629. Dans l'ensemble, les plaignants s'accordent dans leurs descriptions de cette solution de rechange en proposant un mécanisme de contrôle préalable tel que celui-ci est décrit dans le rapport d'expert établi par M. Shavin.[3854] La caractéristique essentielle du mécanisme de contrôle préalable est qu'il établirait "une évaluation individualisée de chaque emballage et bâtonnet de tabac et de leurs éléments constitutifs, avant que ceux-ci ne soient autorisés sur le marché en Australie".[3855] Selon la proposition des plaignants explicitée dans le rapport d'expert de M. Shavin, la création de ce mécanisme de contrôle préalable ferait intervenir les principaux éléments suivants:

a. élaboration de critères éliminatoires sur la base desquels l'Australie pourrait évaluer "tout usage prévu de marques sur l'emballage et les bâtonnets de produits du tabac, ainsi que les propriétés physiques de l'emballage et des bâtonnets, avant leur utilisation";

b. régime de notification préalable obligatoire dans le cadre duquel l'autorité de réglementation désignée aurait pour mandat d'approuver ou de refuser préalablement l'utilisation de divers aspects de l'emballage et des produits du tabac;

c. possibilité d'un réexamen des décisions de l'autorité de réglementation en matière de contrôle préalable, y compris par le recours à un mécanisme d'appel; et

d. dispositions visant à faire appliquer les déterminations établies dans le cadre du mécanisme de contrôle préalable.[3856]

7.1630. Nous examinons chacun de ces éléments à tour de rôle, en nous appuyant principalement sur la description figurant dans le rapport de M. Shavin, tel qu'il a été communiqué et invoqué par les plaignants.

7.1631. Premièrement, M. Shavin décrit un mécanisme de contrôle préalable qui inclurait des "critères éliminatoires au regard desquels les marques et les caractéristiques physiques pourraient être évaluées" et grâce auquel "l'Australie pourrait éliminer tout élément de l'emballage ou du bâtonnet susceptible d'inciter à la consommation, tout en autorisant tous les autres éléments ne contrevenant pas par ailleurs à la législation australienne".[3857] De plus, M. Shavin propose que ce mécanisme puisse comprendre également un examen des aspects de l'emballage du tabac qui sont trompeurs ou de nature à induire en erreur, même s'il conclut séparément qu'en Australie, la Loi ACL répond déjà pleinement à toute préoccupation relative aux emballages trompeurs ou de nature à induire en erreur. Il déclare donc que les critères éliminatoires pour les marques et les caractéristiques physiques pourraient inclure ce qui suit:

> A) Tous éléments du signe ou de la caractéristique physique qui, en plus de toute réputation subsistant dans la marque, sont susceptibles:
>
> i) d'augmenter l'attrait de la consommation de produits du tabac; et/ou
>
> ii) de porter atteinte à l'impact du message des mises en garde sanitaires, y compris les mises en garde sanitaires explicites figurant par ailleurs sur l'emballage; et/ou

[3853] Australie, première communication écrite, paragraphes 718, 726 à 728, 736 et 740; et deuxième communication écrite, paragraphes 564 à 569.
[3854] Voir le rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphes 1 à 6.
[3855] Rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphes 17 et 25.
[3856] Voir, par exemple, le rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphes 27 et 36. Voir aussi Honduras, première communication écrite, paragraphes 923 et 606 à 608; deuxième communication écrite, paragraphe 223; République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 809; réponse à la question n° 41 du Groupe spécial; Cuba, première communication écrite, paragraphes 283 et 284; et Indonésie, première communication écrite, paragraphe 441.
[3857] Rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphe 38.

iii) d'enfreindre l'article 18 de la Loi australienne sur la consommation ("Loi ACL") parce que l'utilisation de ces éléments ou caractéristiques physiques serait susceptible de tromper les consommateurs ou de les induire en erreur;

et de promouvoir ainsi, directement ou indirectement, la consommation ou l'usage de produits du tabac par des personnes qui ont ou qui n'ont pas précédemment consommé de produits du tabac ou fait usage de ces produits.

B) Parmi les "éléments" du signe visés dans la section A) figurent, entre autres choses, les couleurs ou combinaisons de couleurs, les images, les figures, les métaphores et la taille relative des lettres et des images.[3858]

7.1632. Nous notons la déclaration de M. Shavin selon laquelle ces critères pourraient s'inspirer des normes existantes de la législation australienne en ce qui concerne le terme "likely" (susceptible de) tel qu'interprété par les tribunaux australiens.[3859] En outre, M. Shavin indique que l'application de ces critères dans la pratique concernerait "tout élément de preuve crédible provenant des disciplines pertinentes" qui pourrait être tiré, par exemple, "du marketing, de la psychologie sociale, de la santé publique et d'autres disciplines pertinentes et pourrait aussi inclure des données et renseignements pertinents sur le comportement des consommateurs ainsi que des données du marché, par exemple, en ce qui concerne des emballages semblables en Australie ou même sur d'autres marchés".[3860] Comme l'a expliqué M. Shavin, les critères éliminatoires énoncés ci-dessus "pourraient être inclus sous la forme d'une norme d'information" fondée sur les dispositions et mécanismes juridiques existant actuellement en Australie.[3861]

7.1633. Deuxièmement, comme "étape clé" suivante pour l'établissement du mécanisme de contrôle préalable, M. Shavin décrit la création d'un régime de notification préalable débouchant sur l'approbation ou le refus préalable de l'emballage du tabac et des bâtonnets de tabac, qui pourrait comporter un certain nombre d'éléments. D'après lui, une variante possible serait d'imposer que les fournisseurs de produits du tabac fassent, à titre obligatoire, "une notification préalable à l'autorité de réglementation de la forme prévue de l'emballage et des bâtonnets, y compris en présentant des maquettes des articles d'emballage et des bâtonnets prévus".[3862] Selon la description donnée par M. Shavin, "[l]'ACCC pourrait être investie du pouvoir d'accepter cette notification et de rendre une décision, de manière formelle ou informelle, sur le point de savoir si elle oppose une quelconque objection à l'emballage et aux bâtonnets prévus, sur la base des renseignements dont elle dispose à ce moment-là", que ce soit dans le contexte des lois existantes en matière de protection des consommateurs en général ou dans celui de la norme d'information "non encore élaborée" décrite plus haut.[3863]

7.1634. Nous notons que les plaignants ont généralement présenté des arguments relatifs au contrôle préalable fondés sur la suggestion de M. Shavin selon laquelle l'ACCC pourrait administrer ce système. Dans le même temps, M. Shavin note que "l'Australie pourrait, bien entendu, choisir d'administrer le mécanisme par l'intermédiaire d'un organisme différent ou d'une commission différente" et que sa proposition n'empêche pas la création d'un nouvel organisme ou organe pour administrer le mécanisme de contrôle préalable.[3864] Par conséquent, nous nous référerons de manière générique à l'"autorité de réglementation" responsable de l'administration d'un système de contrôle préalable afin de tenir compte de la possibilité que ladite fonction soit assumée soit par

[3858] Rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphe 40.
[3859] Voir le rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphe 41 (expliquant que la norme appliquée par les tribunaux en ce qui concerne les comportements susceptibles de tromper ou d'induire en erreur est axée sur la question de savoir s'il y a une "possibilité ou probabilité réelle ou non lointaine" de tromper ou d'induire en erreur, et que cela "n'est pas une formule strictement mathématique" mais qu'en fait, dans le contexte civil, "les tribunaux doivent être convaincus au regard de la prépondérance des probabilités"). Voir aussi le rapport Shavin (pièce DOM/HND-1), paragraphe 41.
[3860] Rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphe 42.
[3861] Rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphes 44 à 47 (faisant référence aux dispositions de la Loi ACL); et rapport Shavin (pièce DOM/HND-1), paragraphe 16.
[3862] Rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphe 48.
[3863] Rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphe 49.
[3864] Voir le rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), note de bas de page 11.

l'ACCC soit par un autre organe. Ainsi que les plaignants l'ont expliqué, dans l'un et l'autre scénarios, le processus et mécanisme de contrôle préalable serait conçu de la même façon.[3865]

7.1635. Dans le cadre du processus de notification préalable obligatoire décrit par M. Shavin, "le produit du tabac concerné ne serait pas mis sur le marché à moins que l'ACCC n'ait donné auparavant son approbation pour les éléments de l'emballage et des bâtonnets soumis à notification préalable".[3866] M. Shavin envisage que "l'Australie puisse adopter et mettre en œuvre une série de dispositions établissant une procédure pour contrôler, avant l'utilisation publique, l'usage prévu des signes et caractéristiques physiques" et que ces dispositions puissent être incluses dans la Loi CCA de l'Australie ou établies en tant que législation autonome.[3867]

7.1636. Le processus de notification et d'approbation préalables impliquerait que les requérants présentent toute nouvelle forme prévue d'emballage ou de bâtonnets à l'autorité de réglementation "lorsque les producteurs [seraient] sur le point de passer des emballages et bâtonnets actuels (conformes à la Loi [T]PP existante) à l'ajout d'éléments distinctifs qui ne sont pas autorisés actuellement au titre de la Loi [T]PP".[3868] Dans un délai spécifié suivant la réception de l'emballage prévu, l'autorité de réglementation "devrait publier un projet d'évaluation sur le point de savoir si l'emballage et les bâtonnets seraient conformes" au règlement pertinent.[3869] M. Shavin décrit la possibilité qu'un requérant "dispose d'un délai spécifié pour faire d'autres propositions" sur la base du projet de détermination, qui "pourraient inclure des variantes prévues d'emballages et de bâtonnets visant à répondre aux questions soulevées dans le projet de détermination".[3870] Le système pourrait aussi prévoir que la décision sur le point de savoir s'il convient ou non d'approuver l'utilisation de l'emballage et des bâtonnets prévus soit fondée sur la documentation mise à la disposition de l'autorité de réglementation à ce moment-là.[3871]

7.1637. Troisièmement, la proposition de contrôle préalable énoncée par M. Shavin envisage des voies possibles de réexamen des décisions en matière de contrôle préalable, en plus des recours possibles dont ces décisions pourraient faire l'objet devant les tribunaux australiens. Le premier cas de réexamen concernerait les *approbations* et relèverait de l'autorité de réglementation chargée du contrôle préalable elle-même, ce qui permettrait à celle-ci de "[pouvoir] réexaminer sa décision après l'apparition sur le marché d'emballages ou de bâtonnets où figureraient les marques ou les caractéristiques physiques ayant fait l'objet du contrôle préalable, dans le cas où il pourrait être démontré par la suite qu'en fait, l'usage de ces marques ou de ces caractéristiques physiques a pour effet d'inciter à la consommation, d'induire en erreur ou d'affaiblir d'une autre manière l'incidence des mises en garde sanitaires explicites".[3872] En d'autres termes, "le fait d'avoir précédemment accordé au requérant une approbation lors du processus de contrôle préalable n'empêcherait pas [l'autorité de réglementation] d'engager ultérieurement des procédures pour obtenir de la Cour fédérale d'Australie des injonctions restreignant l'utilisation ultérieure de l'emballage ou les bâtonnets ni ne la limiterait d'une autre manière à cet égard".[3873] Dans ce scénario, l'autorité de réglementation pourrait demander aux tribunaux australiens des injonctions restreignant l'utilisation ultérieure de l'emballage ou les bâtonnets, et un requérant ayant obtenu l'approbation (en l'absence de fraude) pourrait continuer d'utiliser l'emballage approuvé sans faire l'objet d'une pénalité jusqu'à la date de toute injonction du tribunal restreignant l'utilisation.[3874]

7.1638. M. Shavin décrit un niveau additionnel de révision judiciaire pour les *rejets* des demandes signifiés par l'autorité de réglementation. Spécifiquement, il indique que cette révision pourrait

[3865] Voir, par exemple, Cuba, première communication écrite, paragraphes 281 et 282; et République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 719.

[3866] Rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphe 50.

[3867] Rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphe 51 (exposant en outre l'opinion de M. Shavin selon laquelle dans l'un ou l'autre cas, "il n'y aurait pas de différence juridique quant au fond; le choix de la mise en œuvre serait seulement politique").

[3868] Rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphe 53.

[3869] Rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphe 54.

[3870] Rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphe 55.

[3871] Rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphe 56.

[3872] Rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphe 43. Voir aussi *ibid.,* paragraphe 27 c) (envisageant "la préservation du droit de l'ACCC de changer d'avis après que des emballages et des bâtonnets contenant les marques et les caractéristiques physiques auront été utilisés sur le marché s'il est démontré que l'utilisation d'aspects individuels de ces marques ou de ces caractéristiques physiques incite à la consommation").

[3873] Rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphe 56.

[3874] Rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphes 56 et 57.

être effectuée par le Tribunal australien de la concurrence établi par la Loi CCA, qui pourrait, même s'il est principalement chargé du réexamen administratif des questions de concurrence, "traiter facilement toute question découlant de l'usage des marques sur les emballages du tabac ou des aspects physiques de ces emballages".[3875]

7.1639. Quatrièmement, M. Shavin décrit "[l]'application d'un système de contrôle préalable calqué sur les mécanismes d'application prévus dans la Loi [T]PP" afin de créer des mécanismes efficaces pour en assurer le respect.[3876] Selon lui, ces dispositions d'application "viseraient l'usage d'une marque sur l'emballage des produits du tabac dans les cas où l'ACCC n'aurait pas d'abord accordé l'approbation, et aussi dans les cas où une marque aurait été utilisée après avoir été approuvée dans un premier temps au moyen du mécanisme de contrôle préalable mais où l'ACCC aurait ensuite estimé qu'elle incitait à la consommation de tabac".[3877] Cela pourrait donner lieu à l'imposition de sanctions civiles et pénales, ainsi qu'à l'octroi d'injonctions restreignant l'usage de la marque.[3878]

7.1640. Enfin, M. Shavin examine les coûts afférents à l'administration et à l'application d'un système de contrôle préalable, indiquant que ceux-ci "pourraient facilement être couverts par la perception de charges imposées aux personnes qui demandent l'approbation de l'utilisation de nouveaux emballages ou bâtonnets de tabac".[3879] Il indique que le système pourrait donc être financé sur la base du principe de l'utilisateur-payeur, et mentionne les exemples du Code de la publicité (et de l'emballage) des boissons alcooliques (ABAC) en Australie, ainsi que l'application par l'Australie du principe de l'utilisateur-payeur à la fourniture, par exemple par l'ACCC et la Cour fédérale, de services publics.[3880]

7.2.5.6.5.2 Question de savoir si un mécanisme de contrôle préalable serait moins restrictif pour le commerce que les mesures TPP

Arguments des parties

7.1641. Le Honduras fait valoir que le mécanisme de contrôle préalable est moins restrictif que les mesures TPP "car il envisage une évaluation individualisée par l'ACCC des signes ainsi que des caractéristiques de conception et de format des emballages et des produits du tabac", par opposition à "une tentative grossière visant à réglementer l'usage de tous les signes et caractéristiques, indépendamment de leur effet potentiel sur la consommation de tabac".[3881] Il indique que si des éléments de preuve crédibles devaient démontrer que des caractéristiques ou éléments particuliers d'une marque incitent effectivement à la consommation de tabac, ces éléments de conception spécifiques ne seraient pas autorisés sur le marché et, par conséquent, le mécanisme de contrôle préalable "constituerait par définition" une mesure qui est moins restrictive que la prohibition de toutes les caractéristiques de conception sur une marque de tabac, comme le font les mesures TPP.[3882]

7.1642. Lorsqu'il compare le caractère restrictif pour le commerce d'un mécanisme de contrôle préalable avec celui des mesures TPP, le Honduras indique qu'un tel mécanisme "est un instrument moins grossier que l'emballage neutre car il arrête seulement les marques jugées problématiques", étant donné qu'il "permet nécessairement plus de différenciation entre les produits que cela n'est actuellement le cas au titre" des mesures TPP. Selon lui, "[ce mécanisme] est donc moins restrictif du point de vue de l'accès au marché australien et moins restrictif pour le commerce du point de vue de l'effet de descente en gamme provoqué par l'emballage neutre". Le Honduras fait valoir

[3875] Rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphes 58 et 60. Voir aussi *ibid.,* paragraphe 27 b).
[3876] À cet égard, M. Shavin fait référence aux dispositions de la Loi TPP relatives aux infractions ainsi qu'aux sanctions pénales et civiles correspondantes en cas de contravention à la Loi TPP. Voir le rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphes 67 à 73.
[3877] Rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphe 66.
[3878] Rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphe 66. Voir aussi *ibid.,* paragraphe 27 b).
[3879] Rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphe 74.
[3880] Rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphe 75.
[3881] Honduras, première communication écrite, paragraphes 924 et 613; et deuxième communication écrite, paragraphe 224.
[3882] Honduras, première communication écrite, paragraphe 614; deuxième communication écrite, paragraphe 224; et réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.

aussi que le contrôle préalable "n'exige pas la modification de l'ensemble du processus de production et n'impose aucun coût de mise en conformité" et qu'il "agit simplement du côté de la demande et n'impose aucune charge aux commerçants". Il ajoute que "[le contrôle préalable] n'entraîne aucune restriction à l'usage des marques sur l'emballage des produits du tabac et permettrait l'exercice d'une concurrence loyale entre les produits du tabac sur le marché australien", et qu'il "n'entraîne aucun coût de mise en conformité pour les producteurs de tabac".[3883]

7.1643. De plus, en réponse aux arguments de l'Australie, le Honduras indique que l'Australie n'a pas étayé son allégation selon laquelle les coûts de mise en conformité avec le mécanisme de contrôle préalable seraient beaucoup plus importants que les coûts de mise en conformité avec les mesures TPP. Les participants au marché préférant ne pas demander le contrôle préalable seraient autorisés à vendre leurs produits sur le marché australien dans des paquets neutres. Le Honduras souligne que l'Australie ne prend pas en compte les systèmes semblables tels que l'ABAC, qui sont financés sur la base du principe de l'utilisateur-payeur. Il qualifie aussi de "conjectural" l'argument de l'Australie selon lequel le mécanisme de contrôle préalable serait susceptible de "donner lieu à d'innombrables procédures" et ajoute qu'il serait dans l'intérêt des fournisseurs de faire fonctionner le système plutôt que de l'entraver.[3884]

7.1644. La République dominicaine estime qu'un mécanisme de contrôle préalable serait moins restrictif pour le commerce en cela qu'il préserverait l'aptitude des producteurs à maintenir les aspects des marques et de l'emballage qui sont autorisés dans le cadre du mécanisme, de sorte que "la limitation, s'il y en a une, visant les marques et la restriction du commerce qui en découle serait réduite de façon significative par rapport à l'incidence des prohibitions générales et des conditions extrêmes imposées par les mesures [TPP]".[3885]

7.1645. Dans la mesure où le volume des ventes est utilisé pour évaluer le caractère restrictif pour le commerce, la République dominicaine fait valoir que le contrôle préalable permettrait à l'organisme de réglementation d'interdire toute caractéristique de conception de l'emballage entraînant une augmentation du tabagisme, sans interdire les autres, ce qui apporterait une contribution équivalente à la réduction des volumes de ventes en maintenant néanmoins plus de différenciation que les mesures TPP et en causant de ce fait une moindre descente en gamme. Selon elle, un mécanisme de contrôle préalable serait donc moins restrictif pour le commerce que les mesures TPP.[3886]

7.1646. S'agissant du caractère restrictif pour le commerce de cette solution de rechange, Cuba estime qu'un mécanisme de contrôle préalable "ciblerait effectivement seulement les éléments de l'emballage et des marques dont l'Australie allègue qu'ils peuvent encourager la consommation de tabac, tout en confirmant en même temps les droits des titulaires de marques d'utiliser celles-ci pour différencier leurs produits". La solution de rechange "serait [donc] à la fois plus efficace (et à tout le moins aussi efficace) pour contribuer aux objectifs de l'Australie en matière de santé et moins restrictive que les mesures [TPP]".[3887]

7.1647. L'Indonésie estime qu'un mécanisme de contrôle préalable serait moins restrictif pour le commerce parce qu'il permettrait encore aux producteurs d'utiliser d'autres marques et éléments de conception pour distinguer leurs produits sur la base de facteurs tels que la qualité.[3888]

7.1648. L'Australie fait valoir que, comme le système de contrôle préalable reposerait sur le principe de l'utilisateur-payeur, il "ajouterait [donc] pour les producteurs vendant leurs produits sur le marché australien des dépenses considérables" (qui "seraient beaucoup plus importantes que n'importe lequel des coûts allégués de mise en conformité avec la mesure concernant l'emballage neutre du tabac").[3889] En outre, selon elle, la mesure dans laquelle les producteurs de

[3883] Honduras, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.
[3884] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 713 et 714.
[3885] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 1024. Voir aussi République dominicaine, réponse aux questions n° 41 et 65 du Groupe spécial.
[3886] République dominicaine, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.
[3887] Cuba, première communication écrite, paragraphe 286.
[3888] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 440.
[3889] Australie, première communication écrite, paragraphe 736. L'Australie ajoute que, selon la méthode proposée par les plaignants, l'ACCC devrait conduire une étude sur 12 mois pour chaque emballage présenté aux fins de contrôle préalable. À son avis, cela met en lumière le fait que la mesure proposée par les

tabac ont modifié leurs emballages sur le marché australien par le passé indique que le système de contrôle préalable exigerait l'engagement de ressources considérables de la part de l'ACCC. L'Australie fait valoir aussi que, le système prévoyant différentes voies de recours contre toute décision, il est susceptible de "donner lieu à d'innombrables procédures". De plus, si un producteur était tenu de modifier son emballage par suite du système, il supporterait des coûts additionnels. D'après l'Australie, par conséquent, "selon les propres termes des plaignants, le système serait très restrictif pour le commerce".[3890] En outre, s'agissant de l'argument selon lequel l'industrie du tabac ne supporterait pas de coûts significatifs dans le cadre du système de contrôle préalable parce qu'elle modifie rarement ses emballages, l'Australie fait valoir que cet argument est démenti par les affirmations énoncées par l'industrie du tabac dans la procédure l'opposant à l'Agence des médicaments et des produits alimentaires des États-Unis (USFDA) à propos d'un système de contrôle préalable semblable. Spécifiquement, elle indique que l'industrie fait valoir que le système lui causera "un dommage et des difficultés concrets" en raison de "la fréquence avec laquelle les [fabricants de tabac] modifient les étiquettes de leurs produits".[3891]

Analyse du Groupe spécial

7.1649. Dans la mesure où un mécanisme de contrôle préalable apporterait une contribution à l'objectif de l'Australie au moins équivalente à celle des mesures TPP, comme les plaignants le font valoir, et cela en réduisant la consommation globale de produits du tabac, il aurait aussi un effet corollaire sur le volume total des échanges, au moins dans la même mesure que les mesures TPP. À cet égard, il serait donc au moins aussi restrictif pour le commerce que les mesures TPP.

7.1650. Les affirmations des plaignants concernant le caractère restrictif pour le commerce reposent sur l'hypothèse qu'un mécanisme de contrôle préalable permettrait nécessairement plus de différenciation des produits que cela n'est le cas actuellement au titre des mesures TPP et serait donc moins restrictif pour le commerce que les mesures TPP. Nous rappelons à cet égard notre précédente conclusion selon laquelle nous ne sommes pas convaincus, cependant, qu'une modification de l'environnement concurrentiel pour tous les produits du tabac sur la totalité du marché sous la forme d'une réduction de la possibilité de différencier les produits sur la base des éléments d'identification de la marque (qui peut en principe *accroître* la concurrence sur le marché) constitue, en elle-même, une restriction des "possibilités de concurrence" pour les produits du tabac importés dont on doive supposer qu'elle a un "effet limitatif" sur le commerce international.[3892] De fait, il est nécessaire de montrer *comment* ces effets sur les conditions de concurrence sur le marché engendrent un effet limitatif sur le commerce international des produits du tabac.[3893] Nous rappelons en outre l'examen que nous avons effectué dans ce contexte en ce qui concerne les effets des mesures TPP sur la possibilité de différenciation des marques et son incidence sur la valeur globale des échanges.

7.1651. Dans la mesure où le mécanisme de contrôle préalable proposé par les plaignants entraînerait le même type de limitations que les mesures TPP sur l'usage des éléments d'identification de la marque et d'autres caractéristiques de conception sur les produits du tabac et leur emballage pour la vente au détail (encore peut-être que dans une moindre mesure), il susciterait des préoccupations semblables à cet égard. Dans la mesure où cela aurait à son tour un effet limitatif sur le commerce international, cet effet se manifesterait dans le cadre du mécanisme de contrôle préalable.

7.1652. Un mécanisme de contrôle préalable pourrait potentiellement permettre la différenciation des emballages et des éléments individuels de l'emballage du tabac dans une plus grande mesure que les mesures TPP, de sorte que l'approbation de certains éléments d'identification de la marque par l'autorité chargée du contrôle préalable pourrait aboutir à une différenciation plus importante, et à ce que des associations connexes soient faites par les consommateurs en ce qui concerne les marques et les attributs des emballages autorisés sur le marché. À cet égard, par rapport aux

plaignants serait impraticable et très restrictive pour le commerce en raison de ses coûts extrêmes. Le système volontaire de l'ABAC, avec lequel les plaignants comparent leur proposition, prévoit un délai de quatre jours pour que l'autorité chargée du contrôle préalable de prendre une décision sur le point de savoir s'il convient d'approuver la publicité. Australie, deuxième communication écrite, note de bas de page 633.

[3890] Australie, première communication écrite, paragraphe 736.

[3891] Australie, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial; et observations sur les réponses des plaignants à la question n° 157 du Groupe spécial.

[3892] Voir plus haut le paragraphe 7.1415.

[3893] Australie, première communication écrite, paragraphe 516.

mesures TPP, un mécanisme de contrôle préalable pourrait se traduire par une incidence moindre sur la différenciation entre les produits du tabac. Dans la mesure où cela aurait à son tour un effet limitatif sur le commerce international, cet effet pourrait se produire à un degré moindre dans le cadre de ce mécanisme. Cependant, ce résultat ne peut pas être garanti, dans la mesure où la solution de rechange proposée par les plaignants pourrait potentiellement se traduire par des restrictions (sous réserve du processus d'approbation aux fins du contrôle préalable) égales à celles qui sont imposées par les éléments de l'emballage neutre du tabac réglementés par les mesures TPP ou allant au-delà. Dans la mesure où le mécanisme de contrôle préalable décrit par les plaignants n'empêche pas la restriction des caractéristiques de l'emballage telles que les noms de marque et les variantes de marques qui ne sont pas actuellement visées par les mesures TPP, les emballages dont la mise sur le marché serait autorisée pourraient témoigner d'une rigueur encore plus grande.

7.1653. En outre, un mécanisme de contrôle préalable introduirait des frais administratifs et des coûts d'exploitation additionnels significatifs qui pourraient peut-être, d'après la propre explication donnée par les plaignants, être imposés aux participants du secteur eux-mêmes.[3894] Indépendamment des critères précis adoptés et du champ des caractéristiques de l'emballage visé, un élément-clé du contrôle préalable comme solution de rechange est l'ajout d'un processus réglementaire qui permettrait d'évaluer les dérogations à l'emballage neutre prévues, avec de multiples niveaux de réexamen potentiels. Nous notons à cet égard les charges et difficultés complexes qu'imposerait un mécanisme de contrôle préalable en ce qui concerne l'ensemble des divers éléments de son fonctionnement si tous les éléments procéduraux devaient être utilisés. Cela est particulièrement évident si l'on considère le recours potentiel à un appel judiciaire et une révision ultérieure, pour lesquels il y a des éléments de preuve indiquant qu'ils pourraient nécessiter beaucoup de temps et de ressources.[3895] Il ressort donc clairement des propres descriptions que donnent les plaignants de cette solution de rechange que le contrôle préalable introduirait un élément de coût additionnel qui pourrait être directement supporté par les participants du secteur. Bien qu'il soit difficile, en l'absence de chiffres précis à cet égard, de quantifier ces coûts et de déterminer si l'ampleur en serait telle qu'ils aient un effet limitatif sur le commerce, il est clair que, quelle que soit leur ampleur, ils s'ajouteraient à ceux qui découlent des mesures TPP.

7.1654. En résumé, tout degré de caractère restrictif procédant de la réduction de la différenciation des produits au titre des mesures TPP ne serait pas nécessairement plus important que dans le cadre du mécanisme de contrôle préalable proposé par les plaignants, lequel introduirait en outre des coûts de mise en œuvre qui n'existent pas au titre des mesures TPP. Compte tenu de ce qui précède, nous ne sommes donc pas convaincus que les plaignants aient démontré que le mécanisme de contrôle préalable qu'ils ont proposé serait moins restrictif pour le commerce que les mesures TPP.

7.2.5.6.5.3 Question de savoir si un mécanisme de contrôle préalable apporterait une contribution équivalente à l'objectif de l'Australie

Arguments des parties

7.1655. Le Honduras fait valoir qu'un mécanisme de contrôle préalable atteindra "le même degré" de contribution que les mesures TPP car il traiterait les éléments de l'emballage et des produits du tabac dont il aurait été constaté, "sur la base d'éléments de preuve crédibles", qu'ils "incit[ent] à la consommation, et augmentera par conséquent le taux de prévalence du tabagisme en Australie".[3896] Spécifiquement, il propose cette solution de rechange dans le cas où le Groupe

[3894] Les plaignants ont donné à entendre que le régime de contrôle préalable pourrait être financé sur la base du principe de l'utilisateur–payeur, comme c'est le cas dans le système de l'ABAC s'agissant des boissons alcooliques en Australie. Alors que cette possibilité traite *la manière* dont les frais d'administration d'un régime de contrôle préalable pourraient être couverts, elle n'éclaire pas nécessairement sur l'importance de ces frais. Les parties ont présenté divers arguments concernant les conséquences d'une approche établie sur la base du principe de l'utilisateur-payeur sur le nombre de procédures engagées par l'industrie et l'allongement du processus, les plaignants soutenant notamment que l'industrie du tabac ne serait pas incitée à engager de longues procédures si elle devait supporter tous les frais y afférents.

[3895] Voir d'une manière générale le rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC); et le rapport Finkelstein (pièce AUS-21).

[3896] Honduras, première communication écrite, paragraphes 925 et 615; et deuxième communication écrite, paragraphe 225.

spécial constaterait que la prévalence du tabagisme pourrait être réduite par le jeu de l'un des deux "mécanismes" exposés à l'article 3.2 de la Loi TPP, à savoir la diminution de l'attrait des produits du tabac et de leur emballage ou le renforcement de l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites. L'expert du Honduras, M. Shavin, fait valoir que le mécanisme de contrôle préalable n'aurait pas besoin de comprendre un examen des aspects de l'emballage du tabac qui sont trompeurs ou de nature à induire en erreur (car cette question est déjà pleinement visée par la Loi ACL); toutefois, la proposition d'un contrôle préalable comporte un élément additionnel qui inclut effectivement la possibilité d'un contrôle préalable pour les aspects de l'emballage qui seraient susceptibles d'être trompeurs ou de nature à induire les consommateurs en erreur.[3897]

7.1656. Le Honduras estime que l'Australie n'a pas étayé son allégation selon laquelle l'ACCC n'a pas les compétences nécessaires pour évaluer l'attrait des produits du tabac et de leur emballage ou l'effet des marques sur l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites.[3898] Il ajoute que l'analyse du point de savoir si une marque figurant sur un paquet de cigarettes est attrayante ou peut affaiblir l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites n'est pas fondamentalement différente et que l'ACCC pourrait engager à cette fin des consultants extérieurs spécialisés dans les domaines du marketing, de la psychologie sociale et de la santé publique.[3899] En réponse à l'affirmation de l'Australie selon laquelle la proposition de contrôle préalable exigerait la "vérification de milliers de combinaisons de caractéristiques des emballages", il indique qu'il s'agit d'une exagération car l'emballage des produits du tabac reste relativement constant dans le temps et en tout état de cause, l'Australie est libre de mettre la mesure en œuvre à sa manière pour répondre à toute préoccupation pratique découlant de l'application du mécanisme (par exemple, en fixant une limite à la fréquence des modifications de l'emballage).[3900]

7.1657. La République dominicaine s'appuie sur le rapport d'expert établi par M. Shavin en ce qui concerne la contribution qu'un mécanisme de contrôle préalable apporterait aux objectifs de l'Australie. Mentionnant le rapport de M. Shavin, elle indique que la même contribution, s'il y en a une, à la réduction de la consommation de tabac serait obtenue en réglementant seulement les aspects de l'emballage du tabac ou des bâtonnets de tabac concernant lesquels des éléments de preuve crédibles démontrent qu'ils incitent à la consommation. Le mécanisme proposé serait formulé de façon à suivre de près les mécanismes par le jeu desquels la Loi TPP est censée réaliser les objectifs de l'Australie et il serait étayé par des éléments de preuve crédibles tirés des disciplines pertinentes, y compris le marketing, la psychologie et la santé publique.[3901] De plus, cette mesure permettrait un réexamen ultérieur, grâce auquel l'ACCC, ayant donné une approbation durant le processus de contrôle préalable, ne serait pas empêchée ensuite d'engager une procédure ou de demander à la Cour fédérale d'Australie des injonctions restreignant l'utilisation ultérieure d'un emballage ou de bâtonnets jugés non conformes.[3902]

7.1658. Cuba estime qu'un mécanisme de contrôle préalable "ciblerait effectivement seulement les éléments de l'emballage et des marques dont l'Australie allègue qu'ils peuvent encourager la consommation de tabac, tout en confirmant en même temps les droits des titulaires de marques d'utiliser celles-ci pour différencier leurs produits". La solution de rechange "serait [donc] à la fois plus efficace (et à tout le moins aussi efficace) pour contribuer aux objectifs de l'Australie en matière de santé et moins restrictive que les mesures [TPP]".[3903]

7.1659. L'Indonésie fait valoir qu'un mécanisme de contrôle préalable pourrait réaliser tous les objectifs déclarés concernant l'attrait des produits du tabac, l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et le fait ne pas induire les consommateurs en erreur "en réglementant seulement les éléments individuels de l'emballage du tabac ou des bâtonnets de tabac pour lesquels des éléments de preuve crédibles démontrent qu'ils contribuent à la prévalence".[3904] Elle indique que "le mécanisme d'examen réglementaire aux fins de contrôle préalable apporte la

[3897] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 222.
[3898] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 708.
[3899] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 709.
[3900] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 710.
[3901] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 816 à 819.
[3902] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 820 et 821.
[3903] Cuba, première communication écrite, paragraphe 286.
[3904] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 440.

même contribution à l'objectif de réduction de la prévalence du tabagisme que l'emballage neutre", car les marques "qui se révèlent inacceptable *continueront d'être interdites*".[3905]

7.1660. L'Australie répond que le contrôle préalable n'apporterait pas une *contribution* équivalente aux objectifs de la mesure.[3906] Elle fait valoir que M. Shavin, sur le rapport d'expert duquel les plaignants s'appuient en ce qui concerne le contrôle préalable, n'a "absolument pas les compétences" permettant de fonder son "hypothèse que l'emballage neutre du tabac va "bien plus loin que ce qui est requis pour réaliser [ses] objectifs de politique publique" et que "les caractéristiques physiques de l'emballage du tabac et des bâtonnets de tabac réglementées au titre des mesures [TPP] […] ne sont pas susceptibles d'encourager la consommation de produits du tabac"".[3907] De plus, elle fait valoir que l'évaluation du point de savoir si une caractéristique particulière de l'emballage du tabac est attrayante ou peut diminuer l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites requises ne relève pas du domaine de compétence de l'ACCC et que le système nécessiterait la vérification de milliers de combinaisons de caractéristiques d'emballage, pour de nombreuses marques, au regard des critères éliminatoires proposés. Elle ajoute que l'efficacité des restrictions concernant l'emballage pour la réalisation des objectifs spécifiques des mesures "dépend de l'existence d'un emballage normalisé, y compris la normalisation des caractéristiques graphiques aussi bien que des caractéristiques structurelles du paquet"[3908], ce qui est conforme aux recommandations énoncées dans les Directives concernant l'article 13 de la FCTC.[3909] À son avis, l'assouplissement des restrictions imposées par les mesures TPP conduirait à des innovations en matière d'emballage qui rendraient plus probables l'initiation au tabagisme et la persistance du tabagisme.[3910]

7.1661. L'Australie fait valoir aussi qu'"un problème fondamental" concernant cette proposition est le fait que, si un emballage était soumis à l'ACCC aux fins de contrôle préalable, celle-ci devrait procéder à une certaine forme d'étude ou de vérification pour déterminer s'il y a des éléments de preuve crédibles montrant que le paquet serait susceptible d'inciter à la consommation s'il était mis sur le marché. Elle fait valoir qu'"aucune étude que l'ACCC pourrait conduire avant la mise sur le marché de l'emballage ne saurait satisfaire l'industrie du tabac". Elle dit que "des centaines d'études antérieures à la mise en œuvre évaluant l'incidence probable d'une conception de paquet particulière (à savoir l'emballage neutre) ont été menées durant deux décennies [et que] les plaignants ont trouvé prétendument à redire à chacune d'elles".[3911] Elle soutient que si l'ACCC devait arriver à la conclusion qu'un emballage particulier est susceptible d'inciter à la consommation, elle croulerait presque certainement sous une avalanche de procès en raison de lacunes alléguées dans les éléments de preuve étayant sa conclusion. Elle ajoute qu'en "l'absence d'un financement suffisant raisonnablement disponible pour cette ligne d'action, l'ACCC n'aurait d'autre choix que d'approuver la mise sur le marché de l'emballage de marque et d'attendre l'apparition d'éléments de preuve montrant que des caractéristiques particulières du paquet ont effectivement incité à la consommation, avant d'en restreindre l'utilisation ultérieure".[3912] Il n'est pas acceptable pour l'Australie d'attendre pour agir que de nouveaux consommateurs aient été incités à consommer un produit dépendogène, et cela ne réaliserait pas ses objectifs de santé publique mais les affaiblirait au contraire.[3913] L'Australie fait référence à une directive publiée par l'USFDA qui "requ[iert] effectivement l'approbation avant commercialisation des modifications de l'apparence des étiquettes des produits du tabac", dont la validité a été contestée par l'industrie du tabac devant le tribunal de district des États-Unis pour le district de Columbia.[3914]

7.1662. L'Australie indique aussi qu'une affirmation selon laquelle un mécanisme de contrôle préalable apporterait une contribution équivalente aux objectifs de l'Australie n'est "pas plausible". La raison en est selon elle que "le système de contrôle préalable fonctionnerait selon les mêmes

[3905] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 442. (italique dans l'original)
[3906] Australie, première communication écrite, paragraphe 718.
[3907] Australie, première communication écrite, paragraphe 725 (citant le rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphes 34 et 35).
[3908] Australie, première communication écrite, paragraphe 728.
[3909] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 564 et 569.
[3910] Australie, première communication écrite, paragraphe 728; deuxième communication écrite, paragraphe 564; réponse à la question n° 157 du Groupe spécial; et observations sur les réponses des plaignants à la question n° 157 du Groupe spécial.
[3911] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 566.
[3912] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 566.
[3913] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 566.
[3914] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 567.

mécanismes de causalité que l'emballage neutre du tabac mais d'une manière qui affaiblirait fondamentalement ces mécanismes en rétablissant l'emballage du tabac comme vecteur publicitaire et promotionnel des "avantages intangibles" des produits du tabac".[3915] L'Australie précise que, "s'agissant de l'emballage normalisé mis en place par la mesure concernant l'emballage neutre du tabac, le système de contrôle préalable proposé augmenterait l'attrait des produits du tabac, réduirait l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et induirait potentiellement les consommateurs en erreur, [de sorte qu']il n'y a simplement pas de base permettant de conclure que cette solution de rechange apporterait "une contribution équivalente ou supérieure" aux" objectifs des mesures TPP.[3916]

7.1663. L'Australie observe en outre que les types d'emballage dont la mise sur le marché turc a été approuvée dans le cadre du processus auquel les plaignants font référence "sont précisément ceux dont ses experts ont établi qu'ils exercent un attrait sur des segments particuliers du marché, induisent en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme et réduisent l'efficacité des mises en garde sanitaires".[3917] Pour ces raisons, elle fait valoir que le contrôle préalable est une solution "inadéquate" pour remplacer les mesures TPP.[3918]

Analyse du Groupe spécial

7.1664. À la différence des autres mesures de rechange proposées par les plaignants, le mécanisme de contrôle préalable serait conçu pour réaliser l'objectif de l'Australie consistant à améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits au moyen des mêmes mécanismes de causalité que ceux qui sont employés par les mesures TPP, à savoir la diminution de l'attrait, le renforcement de l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et la réduction de l'aptitude de l'emballage pour la vente au détail de produits du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme ou de la consommation de produits du tabac.[3919]

7.1665. L'hypothèse centrale de la proposition des plaignants est qu'un contrôle préalable comme solution de rechange ne nécessiterait pas une restriction complète des éléments de l'emballage et des caractéristiques de conception mais ferait en sorte au contraire que ces éléments "soient utilisés seulement dans un contexte où ils permettent de distinguer les produits, et non pour promouvoir l'usage ou la consommation de produits du tabac (ou pour induire les consommateurs en erreur)".[3920]

7.1666. Nous notons à cet égard que l'Australie, par le truchement de l'avis d'expert du professeur Fong, décrit deux éléments liés traités par les mesures TPP, à savoir les caractéristiques non structurelles du paquet (la conception graphique, le lettrage, la police de caractères, les couleurs, etc.) et les caractéristiques physiques et structurelles du paquet (les dimensions physiques, le mode d'ouverture, la forme, les bords, le matériau utilisé pour l'emballage et les aspects physiques de la cigarette elle-même).[3921] Selon le professeur Fong, "[c]es deux éléments sont intrinsèquement liés parce que l'industrie du tabac les a utilisés tous les deux pour renforcer l'attrait, réduire l'efficacité des mises en garde et communiquer aux consommateurs ou consommateurs potentiels l'idée que certains types de cigarettes sont moins nocifs".[3922] Le professeur Fong considère donc que, "de même que les interdictions de la publicité doivent être globales" pour empêcher que la publicité ne se "redirige plus intensément vers les canaux qui ne sont pas visés, la normalisation de l'emballage doit être globale" car "sinon, cela permettrait à l'industrie du tabac de poursuivre ses efforts de marketing concernant l'emballage".[3923]

[3915] Australie, observations sur les réponses des plaignants à la question n° 157 du Groupe spécial.
[3916] Australie, observations sur les réponses des plaignants à la question n° 157 du Groupe spécial.
[3917] Australie, première communication écrite, paragraphe 727.
[3918] Australie, première communication écrite, paragraphes 726 et 727.
[3919] Voir, par exemple, Honduras, réponse à la question n° 157 du Groupe spécial; République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 799, 810 et 811; et deuxième communication écrite, paragraphe 706.
[3920] Rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphe 112.
[3921] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 18. Voir aussi *ibid.,* paragraphes 121 à 126; et Australie, première communication écrite, paragraphe 728.
[3922] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 19.
[3923] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 124.

7.1667. Le professeur Fong estime que, pour réaliser les objectifs des mesures TPP, "la normalisation de la structure physique et la normalisation des éléments de la conception graphique de l'emballage du tabac ont toutes les deux une importance cruciale" car "[o]mettre l'une ou l'autre affaiblirait fondamentalement la Loi [TPP]".[3924] Plus spécifiquement, s'agissant du premier mécanisme de causalité des mesures TPP, il mentionne des éléments de preuve indiquant que la structure de l'emballage (forme et taille) de toute une série de produits du tabac peut avoir "un effet puissant sur les perceptions de l'attrait"[3925] et que "l'emballage est un outil de marketing essentiel dans l'industrie du tabac".[3926] De plus, il considère que "[l']incidence des designs attrayants figurant sur l'emballage du tabac pour ce qui est d'augmenter l'attrait du produit s'observe également chez les consommateurs potentiels".[3927] S'agissant du deuxième mécanisme de causalité des mesures TPP, il déclare que l'emballage normalisé requis par les mesures TPP interdit "les innovations en matière d'emballage qui diminueraient le caractère remarquable et l'importance de la mise en garde sanitaire".[3928] Enfin, s'agissant du troisième mécanisme de causalité, il examine de manière approfondie des éléments de preuve et des études concernant la possibilité qu'une conception d'emballage et des descriptifs de variantes créatifs induisent les consommateurs en erreur, entre autres choses, au sujet des attributs des produits[3929] et des effets nocifs de la consommation de tabac.[3930] Sur la base de cet examen, il déclare qu'"[i]l y a de fortes raisons de penser qu'en supprimant les éléments d'identification de la marque tels que l'image et les conceptions d'emballage inédites, la mesure concernant l'emballage neutre aura pour effet de réduire l'aptitude de l'emballage pour la vente au détail de produits du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme ou de la consommation de produits du tabac".[3931]

7.1668. S'agissant de l'exploitation potentielle d'une plus grande permissivité en matière d'emballage qui affaiblirait l'objectif des mesures TPP, nous notons l'avis de l'expert de l'Australie, le professeur Slovic, selon lequel la politique de normalisation des emballages repose sur l'idée que l'industrie du tabac fait délibérément l'impossible "pour apporter à chaque caractéristique de conception d'une marque les qualités mêmes d'attrait que nient les plaignants".[3932] Nous notons aussi que l'expert de l'Australie, M. Biglan, estime que l'assouplissement ou la suppression de la politique australienne actuelle ouvrirait la voie à de nombreuses innovations en matière de marketing. M. Biglan mentionne diverses études à l'appui de cette position pour conclure que "modifier le règlement sur l'emballage neutre de façon à permettre une certaine variation entre les marques quant aux caractéristiques des paquets offrirait à l'industrie du tabac la possibilité de mettre au point et de tester des innovations en matière d'emballage qui rendraient plus probables l'initiation au tabagisme et la persistance du tabagisme".[3933] Nous rappelons notre propre évaluation des éléments de preuve concernant le rôle de l'emballage du tabac en tant qu'outil publicitaire et instrument de communication[3934], ainsi que les éléments de preuve que nous avons

[3924] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 21.
[3925] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 169. Voir aussi *ibid.,* paragraphes 170 à 177. Ailleurs, le professeur Fong mentionne une étude portant sur 762 jeunes au Royaume-Uni qui a conclu que, comparé à un paquet de marque, sur six paires de paquets différents, un paquet neutre normalisé était nettement moins susceptible d'être perçu comme plus attrayant. *Ibid.,* paragraphe 205.
[3926] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 179. Rapport supplémentaire Fong (pièce AUS-531), paragraphe 132 (faisant référence à un examen effectué par Sir Cyril Chantler).
[3927] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 183 (souligné dans l'original). Le professeur Fong conclut en outre sur la base d'un examen d'études choisies que "les éléments d'identification de la marque sur l'emballage du tabac, telles la forme et la couleur, ont une influence sur les perceptions du goût" et que, "[p]arce que le goût a une influence sur l'attrait, il est raisonnable de conclure que la mesure concernant l'emballage neutre supprimerait ou réduirait l'attrait des produits du tabac pour les consommateurs en réduisant l'aptitude des éléments d'identification de la marque figurant sur le paquet à communiquer des messages au sujet du goût". *Ibid.,* paragraphe 190.
[3928] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 37. Le professeur Fong mentionne également des rapports de l'US National Cancer Institute (2008) et du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (2012) qui "se rejoignent dans leur conclusion que l'emballage neutre empêche les innovations concernant l'emballage qui sinon pourraient diminuer l'importance des mises en garde sanitaires". *Ibid.,* paragraphe 308.
[3929] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphes 357 à 398.
[3930] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphes 399 à 412.
[3931] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 413.
[3932] Rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphes 122 à 127.
[3933] Rapport Biglan (pièce AUS-13), paragraphes 131 à 134.
[3934] Voir, plus haut, l'"Analyse du Groupe spécial" dans la section 7.2.5.3.5.2.

examinés donnant à penser que l'emballage neutre des produits du tabac réduit leur attrait pour les consommateurs.[3935]

7.1669. Nous notons que les "critères éliminatoires" présentés par M. Shavin et les plaignants qui seraient utilisés dans un mécanisme de contrôle préalable sont fondés sur les trois mécanismes de causalité eux-mêmes et sont structurés sur le modèle de la promotion de la consommation de tabac au moyen des caractéristiques physiques et d'un ensemble non exhaustif d'éléments des signes.[3936] Compte tenu de nos constatations concernant la contribution apportée par les mesures TPP à leur objectif (en particulier par le jeu de ces mécanismes), et dans la mesure où le mécanisme de contrôle préalable proposé fonctionnerait par le jeu des mêmes "mécanismes" que les mesures TPP, nous sommes d'avis qu'un mécanisme de contrôle préalable contribuerait à l'objectif de l'Australie consistant à améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits. Toutefois, les considérations qui précèdent posent la question du degré de contribution qui pourrait être apporté à cet objectif par un ciblage et par l'autorisation potentielle d'éléments individuels de l'emballage du tabac qui dérogent à l'emballage neutre type actuellement requis par les mesures TPP, et la question de savoir si ce degré de contribution serait équivalent à celui qui est apporté par les mesures TPP.

7.1670. D'emblée, nous notons que l'interprétation de l'emballage neutre du tabac comme allant au-delà de la restriction de caractéristiques individuelles trouve sa confirmation en particulier dans les Directives concernant l'article 13 de la FCTC, qui indiquent, au titre de la "Recommandation" selon laquelle les parties à la FCTC "devraient envisager" d'adopter "des exigences concernant un conditionnement neutre", que "[l]e conditionnement, les cigarettes individuelles ou les autres produits du tabac ne doivent comporter *aucune* publicité ou promotion *ni* caractéristique de conception rendant les produits attrayants".[3937] D'autre part, au paragraphe 17, les Directives concernant l'article 13 de la FCTC indiquent que: "[s]i un conditionnement neutre n'est *pas encore* exigé, la restriction devrait couvrir le plus grand nombre possible de caractéristiques de conception qui rendent les produits du tabac plus attrayants pour le consommateur, par exemple des figures animales ou autres, des expressions humoristiques, des papiers de cigarette de couleur, des odeurs agréables, des paquets nouveaux ou saisonniers."[3938]

7.1671. La proposition de contrôle préalable qui nous est soumise par les plaignants reposerait sur la présentation d'"éléments de preuve crédibles" montrant que certaines caractéristiques et certains signes incitent à la consommation de tabac par le jeu de l'un quelconque des trois mécanismes de causalité des mesures TPP.[3939] Nous notons qu'il y a potentiellement une différence significative entre, d'une part, exiger que l'autorité de réglementation présente des éléments de preuve crédibles en vue de faire une détermination positive établissant que certains éléments incitent à la consommation[3940] et, d'autre part, exiger des requérants qu'ils présentent des éléments de preuve crédibles montrant qu'une caractéristique donnée n'incite *pas* à la consommation par le jeu de l'un quelconque des mécanismes de causalité des mesures TPP. Dans le premier scénario, dont nous croyons comprendre que c'est celui qui est envisagé dans la solution de rechange proposée par les plaignants sur la base de la description donnée par M. Shavin[3941], il apparaîtrait que le degré potentiel de contribution dépend de l'aptitude de l'autorité de réglementation à faire une détermination positive fondée sur des "éléments de preuve

[3935] Voir, plus haut, l'"Incidence de l'emballage neutre sur l'attrait des produits du tabac pour les consommateurs" dans la section 7.2.5.3.5.2.

[3936] Voir le rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphe 40.

[3937] Directives concernant l'article 13 de la FCTC, FCTC/COP/3(12) (pièce JE-21), annexe, "Recommandation" qui suit le paragraphe 17. (pas d'italique dans l'original)

[3938] Directives concernant l'article 13 de la FCTC, FCTC/COP/3(12) (pièce JE-21), annexe, paragraphe 17 (pas d'italique dans l'original). Nous rappelons aussi que le paragraphe 15 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC indique entre autres choses que "[l]es caractéristiques des paquets et des produits contenant du tabac sont utilisées de différentes manières pour attirer les consommateurs, promouvoir les produits et cultiver et promouvoir l'identité de marque, par exemple par l'utilisation de logos, de couleurs, de caractères, d'images, de formes et de matériels sur ou dans les paquets ou sur des cigarettes individuelles ou d'autres produits du tabac." *Ibid.*, annexe, paragraphe 15.

[3939] Voir le rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphe 42.

[3940] Voir le rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphes 24, 25 et 30.

[3941] Tout au long de son rapport, M. Shavin fait constamment référence à des "éléments de preuve crédibles" montrant qu'une caractéristique donnée incite à la consommation, et non pas à des éléments de preuve indiquant qu'une caractéristique donnée n'incite *pas* à la consommation. Voir le rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphes 18, 24, 25 et 30.

crédibles" montrant que des caractéristiques de l'emballage considérées isolément incitent à la consommation. Cela pourrait s'entendre à son tour comme la présomption qu'aucune caractéristique n'incite à la consommation par le jeu des trois mécanismes de causalité des mesures TPP, ce qu'il appartiendrait alors à l'autorité de réglementation de réfuter en présentant des éléments de preuve crédibles qui indiquent le contraire.[3942] Nous faisons référence comme étant pertinent à cet aspect de la solution de rechange proposée par les plaignants dans notre évaluation de son degré potentiel de contribution à l'objectif de l'Australie.

7.1672. Fondamentalement, la conception du mécanisme de contrôle préalable proposé par les plaignants ne prédétermine pas nécessairement en détail les caractéristiques précises de l'emballage ou du produit qui seraient autorisées sur le marché. Par conséquent, il ne peut pas être exclu que, dans le cadre du système de contrôle préalable proposé par les plaignants, les emballages issus du processus soient identiques à ceux qui sont requis au titre des mesures TPP pour ce qui est des limitations concernant les caractéristiques physiques et les caractéristiques de conception graphique. Si un tel scénario devait résulter d'un mécanisme de contrôle préalable, il s'ensuivrait logiquement que le système de contrôle préalable apporte une contribution non seulement équivalente mais aussi *identique* à celle qui est réalisée par les mesures TPP.

7.1673. Nous notons cependant que l'hypothèse sous-tendant la solution de rechange proposée par les plaignants est qu'elle pourrait réaliser une contribution équivalente en ciblant *seulement* les éléments dont il est constaté qu'ils incitent à la consommation ou qu'ils sont par ailleurs contraires aux critères éliminatoires.[3943] Par comparaison, l'expert des plaignants, M. Shavin, décrit les mesures TPP comme prohibant les caractéristiques de l'emballage d'une "manière générale" sans aucune tentative de différenciation, ce qui risque de se traduire par une restriction *trop inclusive* des caractéristiques de l'emballage du tabac possibles aux fins de l'objectif de l'Australie.[3944] Dans le même temps, même si le mécanisme de contrôle préalable est proposé en tant que régime potentiellement plus permissif, nous notons qu'il pourrait s'étendre à des aspects allant au-delà de ceux qui sont réglementés par les mesures TPP. Par exemple, ainsi que l'a noté l'expert de l'Australie, le professeur Fong:

> [M]ême si les [mesures TPP] supprim[ent] l'utilisation du design de l'emballage et des couleurs du paquet qui visent à induire les consommateurs en erreur, le nom lui-même de la marque subsiste, par exemple l'utilisation de noms de couleurs dans les noms des variantes de la marque qui ne sont pas interdites (par exemple "bleu", "or") ainsi que les descriptifs qui ne sont pas interdits (par exemple "doux").[3945]

7.1674. Le professeur Fong indique ensuite que cela "est une conséquence du fait que l'industrie a encore d'autres outils, en plus de l'emballage, qui se sont également révélés efficaces pour induire les consommateurs en erreur en leur faisant croire que certaines marques étaient moins nocives

[3942] Même s'il a été précisé que les mesures TPP pourraient rester en place en attendant l'entrée en vigueur d'un mécanisme de contrôle préalable, les descriptions données par les plaignants n'indiquent pas clairement que la solution de rechange proposée consisterait en un régime d'emballage neutre applicable par défaut, concernant lequel les requérants pourraient demander des dérogations spécifiques, sur présentation d'éléments de preuve crédibles montrant qu'un élément donné ne relève *pas* des critères éliminatoires. Voir, par exemple, République dominicaine, réponse à la question n° 41 du Groupe spécial, paragraphe 199; et le rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphe 53.

[3943] Selon les plaignants, le potentiel permissif plus important s'agissant des éléments de l'emballage du tabac constitue en fait le fondement permettant de faire valoir que le contrôle préalable serait moins restrictif pour le commerce que les mesures TPP. Voir Honduras, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial (indiquant que le contrôle préalable "permet nécessairement plus de différenciation des produits que ce n'est le cas actuellement dans le cadre du régime concernant l'emballage neutre"); République dominicaine, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial, paragraphes 64 et 65 (faisant référence aux mesures TPP comme étant "trop larges" et au mécanisme de contrôle préalable comme interdisant "uniquement les caractéristiques de conception du paquet qui conduisent au tabagisme" et "maintenant davantage de différenciation"); Cuba, première communication écrite, paragraphe 286; et Indonésie, première communication écrite, paragraphe 440 (faisant valoir qu'un "mécanisme [de contrôle préalable] serait moins restrictif pour le commerce parce qu'il permettrait tout de même aux producteurs d'utiliser d'autres marques et éléments distinctifs pour distinguer leurs produits sur la base de facteurs tels que la qualité".

[3944] Voir le rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphes 20, 21 et 114.

[3945] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 414.

que d'autres".[3946] Il est donc théoriquement possible qu'un mécanisme de contrôle préalable puisse s'appliquer à un *plus grand* nombre d'éléments de l'emballage que ceux qui sont visés par les mesures TPP et aboutir à leur élimination, sur la base d'une détermination de l'autorité de réglementation établissant que ces éléments renforcent l'attrait, réduisent l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites ou induisent les consommateurs en erreur, apportant potentiellement de ce fait une contribution *plus grande* à l'objectif de l'Australie.

7.1675. Quoi qu'il en soit, les affirmations des parties concernant la contribution potentielle d'un mécanisme de contrôle préalable se rapportent en grande partie à la capacité de l'autorité chargée du contrôle préalable d'isoler et de distinguer effectivement les caractéristiques *individuelles* de l'emballage qui affaiblissent l'objectif et les mécanismes de causalité des mesures TPP. Nous considérons qu'un aspect décisif du degré de contribution qui pourrait être apporté par le contrôle préalable est la mesure dans laquelle l'autorité de réglementation chargée d'administrer un mécanisme de contrôle préalable pourrait réussir à déterminer avec précision quelles caractéristiques individuelles sont susceptibles d'inciter à la consommation ou de contrevenir d'une autre manière aux critères éliminatoires fondés sur les mécanismes de causalité des mesures TPP. Il en irait ainsi même si le mécanisme de contrôle préalable devait englober dans le processus d'examen des caractéristiques de l'emballage qui ne sont pas limitées par les mesures TPP. En outre, comme cela est indiqué, le régime de contrôle préalable décrit par M. Shavin peut exiger de l'autorité de réglementation qu'elle prohibe *seulement* les caractéristiques particulières pour lesquelles elle peut présenter des "éléments de preuve crédibles" spécifiques montrant qu'elles renforcent l'attrait du produit, réduisent l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites ou induisent les consommateurs en erreur, alors que toutes les autres caractéristiques de l'emballage présentées par les requérants seraient autorisées sur le marché. Comme il est indiqué plus haut, cette description indique que le mécanisme de contrôle préalable proposé imposerait essentiellement à l'autorité de réglementation la charge d'avancer des éléments de preuve positifs de ses déterminations pour chaque élément *individuel* de l'emballage dont un requérant aurait demandé l'approbation.

7.1676. Nous avons examiné plus haut les arguments des parties concernant la compétence de l'autorité de réglementation existante, l'ACCC, pour remplir cette fonction dans le cadre d'un régime prévoyant une évaluation et une approbation aux fins de contrôle préalable. Nous avons reçu un avis d'expert indiquant que l'ACCC possédait les compétences et la capacité de faire appliquer la réglementation concernant les comportements de nature à induire en erreur[3947] et en outre que, pour les mécanismes de causalité non liés à des renseignements ou comportements de nature à induire en erreur, l'ACCC serait néanmoins l'entité actuellement existante en Australie la plus à même de remplir les fonctions d'autorité de réglementation chargée du contrôle préalable.[3948]

7.1677. Dans le même temps, nous avons reçu des éléments de preuve montrant les limitations de l'ACCC s'agissant des responsabilités qu'un mécanisme de contrôle préalable entraînerait. M. Sims, Président de l'ACCC depuis 2011, a notamment exposé le point de vue selon lequel, nonobstant les compétences et l'expérience de l'ACCC s'agissant d'évaluer si un emballage est susceptible de tromper ou d'induire en erreur, l'ACCC n'*approuve pas au préalable* la commercialisation ou l'emballage prévu (d'un produit quelconque) à cette fin et ne détermine pas si l'emballage est attrayant ou diminue l'efficacité des mises en garde sanitaires.[3949] En outre, dans le cadre de ses capacités actuelles d'exécution au titre de la Loi ACL, l'ACCC ferait face à ses propres limites en matière de ressources dans le cadre de procédures à l'issue incertaine visant les

[3946] Rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphe 414. À cet égard, la République dominicaine estime que le mécanisme de contrôle préalable pourrait effectivement apporter une plus grande contribution aux objectifs de l'Australie dans la mesure où il est admis que les noms de marques et noms de variantes peuvent avoir une influence sur la prévalence du tabagisme ou la consommation par le jeu des mécanismes spécifiés dans la Loi TPP. République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 709.

[3947] Voir, d'une manière générale, le rapport Heydon (pièce UKR-11); et le rapport Shavin (pièce DOM/HND-1), section V. En particulier, s'agissant du mécanisme de causalité consistant à diminuer l'aptitude de l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme ou de la consommation des produits du tabac, M. Shavin conclut que les mesures TPP n'apporteront aucune contribution allant au-delà du régime de protection des consommateurs et des mécanismes qui existent déjà en Australie. Voir aussi Australie, première communication écrite, paragraphe 740.

[3948] Voir le rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphe 16.

[3949] Rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphes 6.8 à 6.11.

emballages de tabac trompeurs ou de nature à induire en erreur.[3950] Sa capacité limitée signifierait que la réalisation de l'objectif pourrait être obtenue partiellement par le jeu d'un seul mécanisme de causalité (à savoir l'application des dispositions visant les comportements trompeurs ou de nature à induire en erreur et les indications trompeuses ou de nature à induire en erreur) ou avec l'aide additionnelle externe d'experts, comme le propose M. Shavin, qui l'aideraient recueillir des "éléments de preuve crédibles" sur un emballage de tabac prévu et sur le point de savoir si les caractéristiques de cet emballage renforcent l'attrait du produit ou affaiblissent l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites.

7.1678. En outre, les différents niveaux de réexamen prévus dans le mécanisme de contrôle préalable proposé impliquent aussi la capacité du pouvoir judiciaire australien d'examiner les déterminations sur la base des critères de contrôle préalable et de l'objectif des mesures TPP. À cet égard, l'expert de l'Australie, M. Finkelstein, ancien Président du Tribunal australien de la concurrence et juge près la Cour fédérale, est d'avis que les objectifs des mesures TPP "ne peuvent pas être atteints par l'application d'une quelconque autre loi australienne existante, spécifiquement la Loi ACL", pour la raison que "les objectifs de la [Loi TPP] vont bien au-delà de la prévention des comportements trompeurs ou de nature à induire en erreur et dépassent le champ de toute autre loi australienne existante".[3951] M. Finkelstein explique en outre comment, même si une publicité ou promotion spécifique pour le tabac pouvait être décrite comme étant trompeuse ou de nature à induire en erreur, toute procédure qui en découlerait serait "problématique" en raison d'une série de facteurs contributifs, y compris la complexité des questions de droit et de fait soulevées ainsi que les coûts et charges afférents aux procédures.[3952] Par conséquent, même si un régime de contrôle préalable pouvait être introduit légalement, cela "ferait intervenir les tribunaux à divers stades de la mise en œuvre du système", ce qui pourrait engendrer des incertitudes et une inefficacité additionnelles.[3953] À notre avis, les considérations soulevées par MM. Finkelstein et Sims, à la fois s'agissant de la nécessité d'un champ d'examen qui aille au-delà des effets de nature à induire en erreur et de l'importance et la complexité potentielles des procédures, indiquent les difficultés complexes et les incertitudes du contrôle préalable au stade de la détermination initiale ainsi que lors de la révision judiciaire ultérieure.

7.1679. Nous notons à cet égard les arguments des parties concernant l'exemple du système de contrôle préalable de la Turquie pour les produits du tabac. L'Australie soutient que ce système autorise précisément les caractéristiques que les mesures TPP cherchent à éviter[3954], alors que les plaignants font valoir qu'elle serait libre d'adapter ce régime à ses propres normes.[3955] À notre avis, la structure réglementaire existante de l'Australie et le contrôle préalable pour le tabac existant dans d'autres juridictions, bien qu'ils puissent indiquer une disponibilité raisonnable, ne sont pas concluants pour l'évaluation du degré comparatif hypothétique de contribution d'un système de contrôle préalable à l'objectif de l'Australie, dans le contexte de sa propre approche globale de la politique de lutte antitabac, y compris son niveau de protection choisi.

7.1680. Pour évaluer les éléments ci-dessus afin d'établir une détermination concernant le degré de contribution qui serait apporté par un contrôle préalable, nous jugeons particulièrement pertinentes les indications de l'Organe d'appel selon lesquelles l'évaluation "devrait aussi être effectuée compte tenu des caractéristiques du règlement technique en cause révélées par *sa conception et sa structure*, ainsi que de la nature de l'objectif poursuivi, et de la nature, de la quantité et de la qualité des éléments de preuve disponibles".[3956] À cet égard, nous considérons qu'un mécanisme de contrôle préalable, dans sa conception et sa structure, introduit nécessairement la possibilité d'une réduction du degré de contribution à l'objectif. Cela tient au caractère déterminant du mécanisme de contrôle préalable, à savoir l'introduction d'un pouvoir

[3950] Rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphes 5.10 et 5.11.
[3951] Rapport Finkelstein (pièce AUS-21), paragraphe 5. Voir aussi *ibid.,* paragraphe 70.
[3952] Rapport Finkelstein (pièce AUS-21), paragraphe 6. Voir aussi *ibid.,* paragraphes 78 à 93 et 135 à 146. À cet égard, pour illustrer les difficultés potentielles de porter devant le tribunal une plainte pour comportement mensonger ou de nature à induire en erreur en relation avec l'emballage du tabac, M. Finkelstein décrit les procédures relatives au tabac en Australie, qu'il juge "susceptibles d'être complexes, prolongées et onéreuses". Voir *ibid.,* les paragraphes 94 à 123.
[3953] Rapport Finkelstein (pièce AUS-21), paragraphe 9.
[3954] Australie, première communication écrite, paragraphe 727.
[3955] Voir, par exemple, République dominicaine, deuxième communication écrite, note de bas de page 689.
[3956] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.215. (pas d'italique dans l'original)

administratif discrétionnaire et la possibilité d'autoriser certains éléments de l'emballage du tabac, ce qui aurait comme résultat un attrait plus grand chez les consommateurs, une réduction de l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites ou une probabilité plus grande que les consommateurs soient induits en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme ou de la consommation de produits du tabac.[3957] Dans la mesure où cette possibilité se réaliserait dans le cadre d'un mécanisme de contrôle préalable, cela aboutirait à un moindre degré de contribution que celui qui est atteint par les mesures TPP. La conception même d'un mécanisme de contrôle préalable impliquerait que tels écarts potentiels puissent se produire d'une manière et à un degré qui sont exclus par les mesures TPP. Par conséquent, dans toute forme de mécanisme de contrôle préalable, il y aurait la possibilité d'un moindre degré de contribution à l'objectif de l'Australie, qui dépendrait dans une large mesure des critères éliminatoires et des normes d'application qui seraient appliqués par l'autorité de réglementation.

7.1681. À cet égard, nous rappelons les éléments de preuve présentés montrant que l'emballage neutre peut permettre de réduire l'attrait de l'emballage et de faire que les consommateurs soient moins induits en erreur et leur attention, moins détournée des mises en garde sanitaires explicites[3958], et le fait que l'industrie du tabac a utilisé l'emballage du tabac pour introduire des caractéristiques graphiques et structurelles d'une manière qui affaiblissait l'objectif et les mécanismes de causalité des mesures TPP.[3959] Nous jugeons également convaincant le fait que l'apparence uniforme des emballages peut elle-même empêcher l'utilisation de caractéristiques de différenciation ou l'introduction de divers emballages, qui pourraient être utilisés, dans le cadre de l'utilisation de l'identification de la marque sur les paquets pour la vente au détail de tabac, afin de créer une image de marque et des associations positives avec les produits de façon à renforcer potentiellement leur attrait, réduire l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites ou induire les consommateurs en erreur quant à l'effet nocif du tabagisme ou de la consommation de produits du tabac.[3960] En outre, selon la proposition des plaignants, alors que ces éléments pourraient être retirés rétrospectivement du marché dans le cadre d'un processus de réexamen, cela ne corrigerait pas l'effet qu'ils auraient pu avoir pendant qu'ils étaient sur le marché (comme, par exemple, la transmission d'images et d'associations susceptibles d'inciter les adolescents à commencer à fumer).

7.1682. En conclusion, malgré diverses possibilités offertes par un mécanisme de contrôle préalable hypothétique, le premier scénario pris en considération pour la mesure de rechange proposée par les plaignants est l'autorisation potentielle d'éléments de l'emballage qui sont actuellement prohibés. Le fait qu'un mécanisme de contrôle préalable suppose un certain degré de pouvoir discrétionnaire et une certaine possibilité d'erreur dans le cadre du processus d'autorisation des caractéristiques de l'emballage approuvées est particulièrement significatif dans ce contexte. Alors que ce risque serait généralement présent dans le cadre d'un mécanisme de contrôle préalable, il est évident dans la possibilité que ce mécanisme autorise des emballages dont il sera jugé par la suite qu'ils remplissent les critères éliminatoires indiqués dans ledit mécanisme, ce qui crée un créneau temporel pendant lequel les effets ultérieurs sur la santé publique pourront se produire. En outre, nous avons expliqué comment les difficultés de l'examen aux fins du contrôle préalable pouvaient être aggravées par le fait qu'il incombait à l'autorité de présenter des éléments de preuve crédibles et de faire des déterminations positives établissant que des caractéristique *individuelles* incitaient à la consommation par le jeu de l'un quelconque des

[3957] Nous notons à cet égard que M. Shavin envisage explicitement la découverte ultérieure d'éléments attrayants, à même de détourner l'attention ou de nature à induire en erreur, ce qui indique la variabilité et la possibilité d'erreur inhérentes à un mécanisme de vérification préalable.

[3958] Voir, par exemple, le rapport Fong (pièce AUS-14), paragraphes 21, 37, 124 à 126.

[3959] Voir, par exemple, le rapport Fong (pièce AUS-14), page 94; le rapport Biglan (pièce AUS-13), paragraphes 133 et 134; et le rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphes 122 à 128.

[3960] Nous notons, par exemple, le matériel promotionnel d'Imperial Tobacco mentionné par M. Biglan décrivant un nouveau paquet "Camel" et signalant les messages indiqués par différents éléments de ce paquet. Ces éléments comprennent l'utilisation d'un "logo en relief raffiné", d'un "or plus riche" (dénotant la "qualité"), l'adoption d'un ""dessin représenté en mouvement" plus doux" aux formes arrondies, dénotant la "générosité, la vitalité", l'utilisation d'un cadre intérieur incurvé dans le paquet pour dénoter la "douceur", l'absence d'autre cadre dénotant un "sentiment de liberté, d'espace et de modernité", et l'utilisation d'un "halo blanc" pour indiquer le "style". Voir le rapport Biglan (pièce AUS-13), page 30, figure 6. À notre avis, ces éléments de preuve sont compatibles avec l'observation du professeur Slovic, également fondée sur des documents internes de l'industrie du tabac, selon laquelle "l'industrie du tabac a fait tout ce qui était possible pour apporter à chaque caractéristique du design d'une marque les qualités mêmes d'attrait que nient les plaignants". Voir le rapport Slovic (pièce AUS-12), paragraphes 122 à 127. Voir aussi plus haut les paragraphes 7.660, 7.731 et 7.1666 à 7.1668.

mécanismes de causalité des mesures TPP. Ces considérations indiquent la possibilité, dans le cadre de tout régime de contrôle préalable, qu'il y ait davantage de permissivité quant au type de caractéristiques de l'emballage dont l'Australie cherche à empêcher qu'il ne soit mis sur le marché.

7.1683. Nous rappelons nos constatations formulées plus haut en ce qui concerne le degré de contribution atteint par les mesures TPP ainsi que les risques que la non-réalisation de l'objectif entraînerait. Nous avons constaté que ces risques étaient graves sur la base de l'objectif de santé publique poursuivi et avons pris en compte le fait qu'il n'y avait pas de consommation de produits du tabac ou d'exposition à ces produits qui soit sans danger lorsque nous avons identifié la nature des risques et la gravité des conséquences de la non-réalisation de l'objectif.[3961] Les lacunes potentielles que nous avons décrites en ce qui concerne un mécanisme de contrôle préalable introduisent la possibilité d'une moindre réalisation de l'objectif de l'Australie d'une manière qui empêcherait l'Australie de poursuivre son objectif légitime de santé publique aux niveaux qu'elle considère approprié.

7.1684. À cet égard, notre évaluation du mécanisme de contrôle préalable comme solution de rechange pour remplacer les mesures TPP est éclairé par le sixième considérant du préambule de l'Accord OTC selon lequel rien ne saurait empêcher un Membre de poursuivre un objectif légitime "aux niveaux qu'il considère appropriés".[3962] Nous sommes également conscients des indications de l'Organe d'appel selon lesquelles le niveau qu'un Membre "considère approprié[]" est en général révélé par le degré de contribution qu'un règlement technique apporte *effectivement* à son objectif"[3963] et qu'il "peut aussi être discernable différemment, notamment par le biais d'une disposition ou déclaration expresse dans l'instrument en cause".[3964] Le degré de contribution effectivement atteint par les mesures TPP, de même que les dispositions et déclarations figurant dans les mesures TPP[3965] fournissent des éléments à l'appui de notre conclusion que le contrôle préalable n'atteindrait pas un degré de contribution équivalent à celui qui est apporté par les mesures TPP, compte tenu des risques que la non-réalisation de l'objectif entraînerait.

7.1685. Par conséquent, nous constatons que les plaignants n'ont pas démontré que leur mesure de rechange proposée consistant en un mécanisme de contrôle préalable pour l'emballage du tabac apporterait une contribution équivalente à l'objectif de l'Australie, compte tenu de la nature de l'objectif et des risques que la non-réalisation entraînerait.

7.2.5.6.5.4 Question de savoir si un mécanisme de contrôle préalable est raisonnablement disponible pour l'Australie

Arguments des parties

7.1686. Le Honduras fait valoir que l'ACCC a déjà "bien défini les obligations applicables dans des circonstances analogues" et pourrait donc facilement administrer et faire appliquer ce mécanisme de contrôle préalable.[3966] Il précise que l'ACCC administre les normes d'information et les codes de l'industrie et qu'elle a assuré avec succès le respect des dispositions de ces instruments. Il fait aussi référence à la Loi CCA de l'Australie, dans le cadre de laquelle il existe des processus de contrôle préalable/notification préalable pour certaines formes de comportements et de fusions potentiellement anticoncurrentiels. Il indique qu'il ne voit aucune raison convaincante pour que cette expérience ne soit pas transposable au contrôle préalable dans le domaine de l'emballage du tabac.[3967]

7.1687. Le Honduras affirme aussi qu'un mécanisme de contrôle préalable peut être financé par l'industrie du tabac elle-même sur la base du principe de l'utilisateur–payeur, de sorte qu'il

[3961] Il en est ainsi en particulier au vu des éléments de preuve que nous avons examinés en ce qui concerne la nature dépendogène du tabac. Voir, par exemple, le rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-76).
[3962] Voir les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.201 (note de bas de page omise).
[3963] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.201. (italique dans l'original; note de bas de page omise)
[3964] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.201, note de bas de page 632.
[3965] Voir, par exemple, l'exposé des motifs concernant le projet de loi TPP (pièces AUS-2, JE-7), page 1.
[3966] Honduras, première communication écrite, paragraphes 616 et 926.
[3967] Honduras, première communication écrite, paragraphe 617.

n'entraîne pas de charge indue pour les pouvoirs publics australiens. Il fait référence au système de contrôle préalable établi au titre de l'ABAC comme étant un bon exemple de système existant financé par l'industrie pour le contrôle préalable de l'emballage (et des publicités). Selon l'expert du Honduras, M. Shavin, l'ABAC règlemente la teneur de la désignation et de l'emballage en se fondant sur l'interprétation de la manière dont ceux-ci pourraient inciter les consommateurs à consommer des produits alcooliques ou à en abuser. L'ABAC institue aussi un groupe d'experts chargé de se prononcer sur les plaintes concernant la conformité des emballages avec l'ABAC, ce qui en atteste, selon le Honduras et M. Shavin, la compétence et l'efficacité pour évaluer l'incidence de l'emballage et de la publicité sur la consommation. Suivant la proposition du Honduras, si un organe juridictionnel semblable devait examiner l'incidence probable d'un emballage sur la consommation de tabac, les éléments pris en considération devraient inclure la marque en cause ainsi que les mises en garde sanitaires explicites agrandies figurant sur l'emballage.[3968]

7.1688. La République dominicaine fait valoir de la même façon que le mécanisme de contrôle préalable serait raisonnablement accessible car il pourrait s'appuyer sur le socle des lois et règlements australiens déjà en vigueur et être administré par l'ACCC. Selon elle, en vertu de la Loi ACL, l'ACCC a régulièrement pris des mesures contre les aspects de l'emballage des produits qui étaient de nature à induire en erreur et elle est actuellement chargée de réglementer la conformité avec les normes d'information et les autres instruments.[3969] De plus, les coûts seraient couverts par l'industrie du tabac, qui serait tenue de présenter ses produits du tabac et leur emballage aux fins de contrôle préalable.[3970]

7.1689. La République dominicaine fait également référence au régime volontaire pour le contrôle préalable de l'emballage des boissons alcooliques au titre de l'ABAC, qu'elle décrit comme un "système quasi-réglementaire", accompagné de directives pour le marketing qui ont été négociées avec les pouvoirs publics.[3971] Elle explique que l'ABAC fonctionne entièrement selon le principe de l'utilisateur–payeur, est régulièrement utilisé et inclut un processus de traitement des plaintes concernant les violations du Code. Selon elle, ce système montre bien que les systèmes réglementaires traitant la teneur de l'emballage peuvent fonctionner avec succès.[3972]

7.1690. La République dominicaine souligne aussi que la Turquie a adopté un mécanisme de contrôle préalable obligatoire en ce qui concerne l'emballage pour la vente au détail de produits du tabac visant à examiner l'emballage extérieur, la bandelette d'ouverture, l'emballage intérieur et la feuille en aluminium des emballages unitaires de produits du tabac importés ou produits en Turquie ainsi que des cigarettes, afin de faire en sorte qu'aucune information incomplète ou de nature à induire en erreur quant à leurs caractéristiques, effets sur la santé, dangers ou émissions ne puisse être donnée, et qu'"aucun texte, nom, marque, désignation de type, métaphore, chiffre, signe, couleur ou combinaison de couleurs donnant à penser qu'un produit du tabac donné est moins nocif qu'un autre ou incitant à sa consommation ou encourageant celle-ci, induisant le consommateur en erreur ou rendant le produit attrayant, ne puisse être utilisé".[3973]

7.1691. Cuba fait également référence à l'ABAC pour les boissons alcooliques comme étant quelque chose qui aiderait l'Australie à concevoir et à mettre en œuvre avec succès un mécanisme de contrôle préalable pour les produits du tabac.[3974] Elle ajoute qu'elle ne comprend pas pourquoi l'Australie pense que cette solution de rechange, "qui fonctionne manifestement s'agissant des boissons alcooliques, ne fonctionnerait pas s'agissant des produits du tabac".[3975]

7.1692. L'Indonésie fait valoir qu'un système de contrôle préalable "n'est pas simplement "théorique""[3976] car l'ACCC procède déjà à des examens réglementaires dans des circonstances

[3968] Honduras, première communication écrite, paragraphes 926, 618 à 625; et deuxième communication écrite, paragraphe 226.
[3969] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 825.
[3970] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 826.
[3971] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 827 et 828.
[3972] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 829 et 830.
[3973] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 805 à 807; et réponse à la question n° 41 du Groupe spécial.
[3974] Cuba, première communication écrite, paragraphe 285.
[3975] Cuba, deuxième communication écrite paragraphe 346.
[3976] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 449.

semblables et a le pouvoir d'interdire les emballages trompeurs.[3977] Elle fait référence à titre d'exemple au fait qu'une personne peut demander à l'ACCC un formulaire d'"autorisation préalable" pour certaines formes de fusions potentiellement anticoncurrentielles. En outre, elle estime que l'ACCC a acquis une expérience considérable dans l'administration et la mise en application des normes d'information et des codes de l'industrie et a pris en charge la notification préalable des comportements.[3978] Elle ajoute que le système pourrait être financé au moyen de redevances d'utilisation acquittées par les fabricants qui déposent une demande de contrôle préalable auprès de l'ACCC.[3979]

7.1693. L'Indonésie fait également référence à l'ABAC en ce qui concerne le contrôle préalable de l'emballage des boissons alcooliques, qui démontre selon elle que tant sur le plan conceptuel que dans la pratique, les systèmes réglementaires qui traitent la teneur des emballages peuvent fonctionner de manière très satisfaisante.[3980] Elle mentionne également l'exemple du mécanisme de contrôle préalable maintenu par la Turquie, qui requiert que tout produit du tabac offert sur le marché intérieur soit examiné par l'autorité de réglementation, qui doit examiner si l'emballage prévu comporte de quelconques caractéristiques qui pourraient renforcer l'attrait du produit ou induire les consommateurs en erreur.[3981]

7.1694. L'Australie fait valoir qu'un mécanisme de contrôle préalable ne serait pas raisonnablement disponible. Selon elle, l'affirmation des plaignants selon laquelle le rôle attribué à l'ACCC serait semblable à celui que celle-ci assume dans d'autres contextes est inappropriée. L'Australie estime que bien que l'ACCC possède les compétences et l'expérience qui lui permettraient d'évaluer si l'emballage est susceptible de tromper ou d'induire en erreur, elle n'a pas les compétences nécessaires pour évaluer si des aspects de l'emballage, y compris la couleur, les images et d'autres procédés, pourraient, séparément ou en combinaison, rendre l'emballage attrayant ou diminuer l'efficacité des mises en garde sanitaires requises. Elle ajoute que l'ACCC ne donne pas d'avis consultatifs sur la question de savoir si une société a eu un comportement qui était trompeur ou de nature à induire en erreur et que la proposition qu'elle le fasse lui imposerait une charge considérable.[3982] Selon l'Australie, les frais de procédure qu'occasionnerait la défense devant les tribunaux des décisions en matière de contrôle préalable rendraient "les coûts [de cette solution de rechange] prohibitifs".[3983] La suggestion de la République dominicaine selon laquelle, eu égard à ces difficultés, l'Australie pourrait créer un organisme entièrement nouveau doté des compétences pertinentes pour administrer le mécanisme de contrôle préalable ne fait, selon celle-ci, que renforcer l'idée que cette solution de rechange n'est pas raisonnablement disponible.[3984]

Analyse du Groupe spécial

7.1695. Ayant exposé plus haut les principales caractéristiques du mécanisme de contrôle préalable proposé par les plaignants, nous notons qu'un point de désaccord central quant à sa disponibilité raisonnable touche à la capacité de l'ACCC de remplir les fonctions réglementaires d'examen et d'approbation aux fins du contrôle préalable. Les plaignants s'appuient en grande partie sur l'avis d'expert de M. Shavin en ce qui concerne le rôle de l'ACCC et sa compétence pour administrer et faire appliquer un système de contrôle préalable.[3985] Pour examiner cet avis, nous

[3977] Indonésie, première communication écrite, paragraphes 443 à 445. L'Indonésie dit aussi que l'ACCC ouvre des enquêtes concernant les contraventions alléguées à la Loi australienne sur la consommation et qu'elle a pris des mesures visant les "descriptifs" tels que "léger" ou "doux" qui étaient précédemment utilisés sur les emballages du tabac, alléguant que ces termes induisent les consommateurs en erreur en leur faisant croire que les produits portant ces appellations sont moins nocifs que les autres produits du tabac. Indonésie, première communication écrite, paragraphes 446 et 447.

[3978] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 450.

[3979] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 448.

[3980] Indonésie, première communication écrite, paragraphes 451 à 453.

[3981] Indonésie, première communication écrite, paragraphes 454 et 455.

[3982] Australie, première communication écrite, paragraphe 740.

[3983] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 566, note de bas de page 634 et paragraphe 569, note de bas de page 643; et observations sur les réponses des plaignants à la question n° 157 du Groupe spécial, paragraphe 82, note de bas de page 132.

[3984] Australie, observations sur les réponses des plaignants à la question n° 157 du Groupe spécial.

[3985] Voir, par exemple, Honduras, première communication écrite, paragraphe 616; Cuba, première communication écrite, paragraphe 282; République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 825; et Indonésie, première communication écrite, paragraphe 443. M. Shavin explique dans son rapport qu'il est un avocat praticien australien ayant l'expérience des dossiers relevant du droit de la

gardons également à l'esprit la possibilité que les fonctions de contrôle préalable puissent être assurées par une autre autorité de réglementation.

7.1696. Selon M. Shavin, "l'ACCC protège et encourage depuis longtemps la concurrence loyale sur le marché dans le cadre de son application de la législation australienne sur la concurrence en vertu de la Loi sur la concurrence et la consommation (Loi CCA), y compris dans l'industrie du tabac".[3986] M. Shavin ajoute que l'ACCC est autorisée à établir un "code de l'industrie" (obligatoire ou volontaire), qui est défini par la Loi CCA comme "un code réglementant le comportement des participants et de l'industrie à l'égard des autres participants du secteur ou des consommateurs".[3987] Il note le large éventail de questions visées dans les quatre codes obligatoires de l'industrie existants qui sont prescrits au titre de la Loi CCA.[3988] De plus, il fait référence à un processus de notification du "type du contrôle préalable" qui permet de demander à l'ACCC un formulaire d'autorisation en ce qui concerne certaines formes de comportement potentiellement anticoncurrentielles. L'ACCC peut évaluer le comportement prévu et a la possibilité de modifier sa décision après avoir pris connaissance de renseignements additionnels.[3989]

7.1697. Dans ce contexte, nous notons aussi l'avis d'expert de M. Heydon[3990] communiqué par l'Ukraine et mentionné par Cuba et l'Indonésie, qui examine le champ et l'application des lois existantes en Australie et, en particulier, la Loi CCA et la Loi ACL, visant à réglementer les emballages pour la vente au détail de produits du tabac qui sont de nature à induire en erreur.[3991] M. Heydon estime qu'"[i]l n'y a aucun élément du comportement, dont il est allégué qu'il est trompeur, exclu par le régime contesté qui ne puisse faire l'objet d'un recours au titre de la Loi [ACL]".[3992] Il mentionne en outre les recours prévus par la Loi CCA qui sont semblables à ceux de la Loi [TPP] mais aussi "à bien des égards, plus étendus que ceux qui sont offerts dans la Loi [TPP]", et le fait que la Loi CCA "est susceptible d'être appliquée, et est appliquée, avec détermination par un organisme gouvernemental puissant et bien doté en ressources", l'ACCC.[3993]

7.1698. L'Australie conteste que le contrôle préalable soit raisonnablement disponible au motif que, "bien que l'ACCC possède les compétences et l'expérience qui lui permettraient d'évaluer si l'emballage est susceptible de tromper ou d'induire en erreur, elle n'a pas les compétences nécessaires pour évaluer si des aspects de l'emballage, y compris la couleur, les images et d'autres procédés, pourraient, séparément ou en combinaison, rendre l'emballage attrayant ou diminuer l'efficacité des mises en garde sanitaires requises".[3994]

7.1699. À l'appui de cette position, l'Australie présente le rapport de M. Sims expliquant le mandat, la structure et les fonctions de l'ACCC. Ainsi que celui-ci l'explique, "[l]e rôle de l'ACCC est de faire appliquer la Loi CCA et une série de lois additionnelles, d'encourager la concurrence et les pratiques commerciales loyales et de réglementer les infrastructures nationales au profit de tous les Australiens".[3995] Le but de la Loi CCA est quant à lui d'accroître le bien-être de l'Australie

concurrence et du droit de la propriété intellectuelle, et qu'il a agi tantôt pour le compte de l'ACCC et tantôt contre elle dans un certain nombre de procédures. Rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphes 1 à 6.

[3986] Rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphe 77. M. Shavin mentionne spécifiquement le fait que l'ACCC est intervenue par le passé pour exiger de certains fabricants de tabac qu'ils répondent à ses préoccupations concernant l'effet probable de leur fusion sur la concurrence.

[3987] Rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphe 80. (italique omis)

[3988] Rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphes 82 à 84. Voir aussi les codes de l'industrie de l'ACCC (pièce HND-78).

[3989] Rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphe 87. M. Shavin fait aussi référence à la notification préalable volontaire des fusions à l'ACCC.

[3990] M. Heydon explique dans son rapport qu'il a siégé auparavant comme membre à la Haute Cour d'Australie et qu'en cette qualité, il a pris part à plusieurs décisions concernant les comportements trompeurs ou de nature à induire en erreur. Il décrit en outre son expérience et ses compétences comme praticien et théoricien dans le domaine de la protection des consommateurs. Rapport Heydon (pièce UKR-11), pages 4 et 5, annexe A.

[3991] Nous notons que l'avis de M. Heydon a été communiqué en lien avec l'idée formulée par l'Ukraine selon laquelle les lois existantes de l'Australie sur la protection des consommateurs permettent déjà de traiter "la principale préoccupation" de l'Australie concernant la prévention des emballages de nature à induire en erreur.

[3992] Rapport Heydon (pièce UKR-11), page 3.

[3993] Rapport Heydon (pièce UKR-11), page 4.

[3994] Australie, première communication écrite, paragraphe 740.

[3995] Rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphe 1.4.

en encourageant la concurrence entre sociétés et les pratiques commerciales loyales entre sociétés et en assurant la protection des consommateurs dans leurs relations avec les sociétés.[3996] M. Sims explique en outre que la Loi ACL est une annexe de la Loi CCA administrée par l'ACCC et "l'organisme chargé du droit de la consommation pour chaque État et territoire" et qu'elle est appliquée par tous les tribunaux et cours australiens, y compris ceux des États et territoires.[3997]

7.1700. M. Sims décrit les priorités de l'ACCC en matière d'exécution et son exercice du pouvoir discrétionnaire, indiquant que l'ACCC ne peut pas examiner toutes les plaintes qu'elle reçoit au sujet du comportement des commerçants ou des entreprises et que son rôle "est de s'intéresser aux circonstances préjudiciables ou susceptibles d'être préjudiciables au processus concurrentiel ou de donner lieu à un préjudice généralisé pour les consommateurs".[3998] L'ACCC établit les priorités en matière d'exécution sur la base d'une série de facteurs[3999] chaque année[4000] et utilise une gamme d'outils pour la mise en conformité et la mise en application afin d'encourager le respect de la Loi CCA.[4001]

7.1701. M. Sims rapporte que l'ACCC a reçu un nombre substantiel de plaintes et de demandes de renseignements au sujet du tabac, souvent liées à des questions d'étiquetage (y compris l'emballage neutre), des questions relatives aux ventes, aux prix, à l'importation et aux normes de fabrication concernant le tabac.[4002] Il analyse en détail les enquêtes approfondies réalisées par l'ACCC au sujet des questions relatives au tabac, y compris l'enquête visant les indications données par les fabricants de tabac pour faire la promotion de leurs marques de cigarettes comme étant "légères", "ultra-légères", "douces", "ultra-douces" ou "à faible teneur en goudron".[4003] Cette question a été réglée en 2005 lorsque l'ACCC a accepté des engagements juridiquement exécutoires qui prévoyaient le retrait des descriptifs "légers" et "doux" et d'autres mesures correctives, tout en précisant que les fabricants de tabac concernés n'admettaient pas que l'emploi des descriptifs équivalait à un comportement trompeur ou de nature à induire en erreur.[4004] M. Sims indique que l'ACCC a supporté des coûts considérables durant l'enquête et que des ressources encore plus importantes auraient été nécessaires si l'affaire avait donné lieu à une procédure.[4005] Parmi les autres enquêtes liées au tabac qu'il décrit figurent diverses procédures pour non-respect des prescriptions en matière d'étiquetage, y compris en ce qui concerne l'étiquetage inadéquat des mises en garde, messages explicatifs, messages d'information et images graphiques requis.[4006]

7.1702. Faisant référence aux mécanismes de causalité énoncés dans la Loi TPP, le rapport Sims indique que "l'ACCC ne souscrit pas à l'hypothèse de M. Heydon selon laquelle les trois objectifs législatifs de la [Loi TPP] visent les comportements trompeurs ou de nature à induire en erreur, et elle ne partage pas sa conviction qu'il n'y a pas d'échappatoire pratique, alors que leur invocation repose uniquement sur les dispositions de la Loi ACL empêchant ces comportements, et que l'ACCC pourrait les empêcher avec succès dans tous les cas en engageant des poursuites".[4007] M. Sims conteste l'idée qu'"un tribunal jugerait que tout emballage qui rend les produits du tabac attrayants est trompeur ou de nature à induire en erreur ou susceptible de tromper ou d'induire en erreur", et il mentionne à titre d'exemples l'utilisation d'une couleur particulière sur un

[3996] Rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphe 3.1.
[3997] Rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphes 2.1 et 2.2.
[3998] Rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphe 3.5.
[3999] Rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphes 3.6 à 3.9.
[4000] Rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphe 3.10.
[4001] Rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphes 3.15 à 3.34.
[4002] Rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphe 4.1.
[4003] Rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphe 4.4. Au cours de cette enquête "longue et complexe" qui a duré quatre ans, l'ACCC a remis à certains fabricants de tabac des avis précisant quels étaient les renseignements obligatoires. *Ibid.,* paragraphes 4.6 et 4.7. L'ACCC a finalement conclu que certains fabricants de tabac avaient indiqué de façon trompeuse que les cigarettes à faible teneur en goudrons et nicotine présentaient certains avantages pour la santé par rapport aux cigarettes ordinaires ou à teneur "longue et complexe" qui a duré quatre ans en goudrons et nicotine. *Ibid.,* paragraphes 4.9 et 4.10.
[4004] Rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphe 4.12. Voir aussi Australian Competition and Consumer Commission, "ACCC Resolves 'Light' and 'Mild' Cigarette Issue with B.A.T. and Philip Morris", Media Release No. 119/05 (12 May 2005), <https://www.accc.gov.au/media-release/accc-resolves-light-and-mild-cigarette-issue-with-bat-and-philip-morris> adresse consultée le 29 mai 2015 (pièce DOM-229).
[4005] Rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphes 4.13 à 4.15.
[4006] Voir, par exemple, le rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphes 4.20 à 4.27.
[4007] Rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphe 5.4.

emballage[4008] et la capacité de distraire l'attention des mises en garde, qui ne sont pas nécessairement trompeuses même si elles rendent les mises en garde moins efficaces.[4009] En conséquence, il présente le point de vue de l'ACCC selon lequel les dispositions de la Loi ACL ne répondraient que partiellement aux objectifs de la Loi TPP.[4010]

7.1703. M. Sims souligne en outre le caractère limité des ressources et des capacités de l'ACCC, compte tenu en particulier des rigueurs et des incertitudes du processus d'enquête et d'exécution.[4011] Il estime que le mécanisme de contrôle préalable proposé impliquerait une nouvelle législation visant à habiliter l'ACCC à remplir les fonctions nécessaires.[4012] Il oppose en outre les dispositions et procédures existantes et les fonctions de contrôle préalable de l'emballage du tabac, en déclarant par exemple que le processus de notification auquel M. Shavin fait référence diffère de la "vérification et l'approche entièrement différentes (et nouvelles)" qui seraient requises dans le cadre d'un mécanisme de contrôle préalable pour examiner "si des aspects de l'emballage, y compris la couleur, l'image et d'autres procédés, tels que le nom de marque et les logos, pourraient, séparément ou en combinaison, rendre l'emballage attrayant ou diminuer l'efficacité des mises en garde sanitaires".[4013]

7.1704. M. Sims conclut que "l'ACCC a fait la preuve des compétences et de l'expérience qui lui permettraient d'évaluer si un emballage est susceptible, selon elle, de tromper ou d'induire en erreur".[4014] Il indique en revanche que "l'ACCC *n'approuve pas au préalable* la commercialisation ou l'emballage prévus pour déterminer s'ils sont susceptibles de tromper ou d'induire en erreur" et qu'elle n'a pas les compétences nécessaires pour une évaluation qui n'est "semblable à aucune autre mission remplie actuellement par l'ACCC".[4015]

7.1705. À la lumière des avis d'experts exposés ci-dessus, nous examinons si les plaignants ont établi qu'un mécanisme de contrôle préalable serait raisonnablement disponible, en gardant à l'esprit le fait que les mesures de rechange proposées ont un caractère hypothétique et n'existent pas encore dans le Membre en question, ou du moins pas sous la forme particulière proposée par les plaignants.[4016] Il est clair que le mécanisme de contrôle préalable décrit par M. Shavin entraînerait certaines charges et certaines difficultés potentielles en ce qui concerne chacun de ses éléments nécessaires, y compris la spécification initiale de critères éliminatoires allant au-delà des mécanismes de causalité énoncés dans la Loi TPP. De plus, des éléments de preuve convaincants émanant de l'ACCC montrent que celle-ci ne remplit pas actuellement les fonctions précises qui seraient requises si elle devait assumer le rôle d'autorité de réglementation pour l'approbation aux fins du contrôle préalable, de sorte qu'elle aurait besoin d'une aide externe ou devrait confier ce rôle à un organisme de réglementation distinct et peut-être nouveau.

7.1706. Nous notons que la proposition des plaignants envisage spécifiquement la possibilité que l'évaluation de l'ACCC puisse être complétée par des compétences et une assistance externes selon qu'il sera nécessaire.[4017] En outre, le système de contrôle préalable proposé n'exige pas que l'ACCC assume le rôle d'autorité de réglementation, et même si un organisme administratif différent se voyait confier les fonctions nécessaires, les principaux aspects de la conception du système resteraient les mêmes. Ces caractéristiques essentielles pourraient potentiellement être prises en compte de maintes manières différentes, en s'inspirant dans une plus ou moins grande mesure des éléments existants de la législation et de l'administration australiennes en matière de réglementation pour la prévention des indications trompeuses ou de nature à induire en erreur figurant sur les emballages de produits.

[4008] Rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphe 5.5.
[4009] Rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphe 5.7.
[4010] Rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphe 5.8. M. Sims ajoute en outre que "l'évaluation du point de savoir si l'emballage de tabac proposé pourrait rendre l'emballage *attrayant* ou *diminuer l'efficacité des mises en garde sanitaires* relèverait d'une catégorie très différente de l'application de la jurisprudence bien établie relative aux comportements trompeurs ou de nature à induire en erreur". Rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphe 6.11. (italique dans l'original)
[4011] Rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphes 5.9 à 5.12.
[4012] Rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphes 6.1 à 6.4.
[4013] Rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphes 6.6 à 6.8.
[4014] Rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphe 6.9.
[4015] Rapport Sims (pièce AUS-22) (RSC), paragraphes 6.10 et 611. (italique dans l'original)
[4016] Voir les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.328.
[4017] Voir, par exemple, République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 722.

7.1707. À cet égard, les plaignants ont mentionné un système de contrôle préalable existant en Turquie à titre d'exemple illustrant le mécanisme qui pourrait être raisonnablement disponible pour l'Australie. Spécifiquement, dans le règlement de la Turquie sur les procédures et règles applicables à la production et au commerce des produits du tabac, l'admissibilité au bénéfice de l'offre de produits du tabac sur le marché requiert la présentation de plusieurs types de renseignements relatifs au type du produit, y compris son emballage et les mises en garde sanitaires.[4018]

7.1708. Bien que l'exemple du mécanisme de contrôle préalable turc ne soit pas une disposition prescriptive s'agissant des caractéristiques exactes de l'emballage du tabac comme régime de contrôle préalable proposé en Australie, c'est un exemple existant d'un tel système qui repose sur des évaluations et une approbation préalable des emballages du tabac prévus conformément à certains critères réglementaires concernant l'incitation à la consommation et le fait d'induire les consommateurs en erreur. Nous sommes conscients du fait que les plaignants ne sont pas tenus de "fourn[ir] des descriptions complètes et exhaustives des mesures de rechange qu'ils proposent" au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC[4019] et que leur référence à un régime existant indique simplement le caractère potentiellement réalisable d'un mécanisme de contrôle préalable pour l'emballage du tabac.

7.1709. Cela étant dit, il est possible que des mesures de rechange ne soient pas raisonnablement disponibles en raison de charges indues et de coûts prohibitifs.[4020] Les coûts pertinents qui peuvent être pris en considération comprennent les coûts liés à l'exécution et à la mise en œuvre qui sont supportés par le Membre qui réglemente, mais ils peuvent aussi inclure les "coûts ou difficultés importants auxquels [doit] faire face la branche de production visée, en particulier dans les cas où ces coûts ou difficultés pourraient affecter l'aptitude de la branche de production à respecter les prescriptions de cette mesure ou sa volonté de le faire".[4021]

7.1710. À cet égard, les plaignants ont évoqué la possibilité que les coûts afférents à l'examen aux fins du contrôle préalable et à son exécution puissent être couverts au moyen de l'application du principe de l'utilisateur–payeur, en vertu duquel les producteurs de tabac financeraient leurs propres procédures d'approbation. Pour illustrer ce système, les parties ont fait référence à l'ABAC[4022], système volontaire financé par l'industrie qui prend en compte, entre autres choses, l'incidence probable sur la consommation de l'emballage des alcools et des publicités pour

---

[4018] Cela inclut "[l]a conception des paquets et groupements de produits portant les données concernant les mesures; [l]a conception de l'étiquette figurant sur l'emballage transparent lorsqu'il est utilisé pour le groupement de produits"; "[l]e plan d'application des mises en garde sanitaires"; et "[l]es renseignements sur la codification de la production ou toute autre indication". Turkey, The Regulations on Procedures and Rules Applicable to Production and Trading of Tobacco Products, Official Gazette, Issue 27749 (4 November 2010) (pièces DOM-133, IDN-93), article 12 2). Ce processus de contrôle préalable pour l'emballage du tabac prescrit ce qui suit:

> Sur l'emballage extérieur visible, la bandelette d'ouverture, l'emballage intérieur et la feuille en aluminium d'un emballage unitaire de produit du tabac importé ou produit en Turquie, ainsi que sur les cigarettes, aucune information de nature à induire en erreur ou incomplète concernant leurs caractéristiques, leurs effets sur la santé, les dangers ou les émissions ne peut être donnée, et aucun texte, nom, marque, désignation de type, métaphore, figure, signe, couleur ou combinaison de couleurs donnant à entendre qu'un produit du tabac donné est moins nocif qu'un autre, incitant à sa consommation ou encourageant sa consommation, induisant le consommateur en erreur ou rendant le produit attrayant, ne peut être utilisé.

Turkey, Regulations Relating to the Principles and Procedures Applicable to the Manufacturing Methods, Labeling and Control Measures Related to Protection from the Harmful Effects of Tobacco Products, Official Gazette, Issue 25692 (6 January 2005) (pièces DOM-134, IDN-94), article 9.

[4019] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.334.

[4020] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.330.

[4021] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.330 (citant le rapport de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.277).

[4022] Voir Alcohol Beverages Advertising Code, <http://www.alcohol.gov.au/internet/alcohol/publishing.nsf/Content/BFE15C2AC3242C22CA25718E0081F1C5/$File/advertising.pdf>, adresse consultée le 7 octobre 2014 (pièce DOM-137).

l'alcool.[4023] En particulier, la partie pertinente de l'ABAC dispose que la désignation ou l'emballage des alcools "ne doit pas encourager la consommation excessive ou l'abus d'alcool", "ne doit pas encourager la boisson chez les mineurs" et ne doit "pas exercer un attrait puissant ou manifeste chez les enfants ou les adolescents".[4024] En outre, un service de contrôle préalable des publicités pour l'alcool, offert en liaison avec l'ABAC, propose des conseils suivant le principe de l'utilisateur-payeur sur le point de savoir si des publicités futures satisfont aux exigences du contrôle préalable obligatoire des publicités au titre de l'ABAC[4025], afin de donner aux sociétés l'assurance qu'une publicité ou un emballage ne seront pas ultérieurement exclus du marché dans le contexte du processus de plainte de l'ABAC.[4026]

7.1711. L'administration de l'ABAC diffère du système de contrôle préalable proposé par les plaignants, notamment en ce qui concerne les produits concernés et le fait que le système est volontaire pour ce qui est de l'emballage. Néanmoins, elle fournit certains éléments de preuve montrant la flexibilité possible d'un régime de contrôle préalable s'agissant de répartir les coûts d'administration entre l'industrie et l'organisme de réglementation, ce qui permet à son tour de traiter les charges associées à l'établissement des procédures d'examen, d'approbation et d'exécution, y compris les charges afférentes aux procédures d'appel lorsque les requérants demandent la révision judiciaire de déterminations en matière de contrôle préalable.[4027]

7.1712. Globalement, sur la base de ces éléments, nous ne considérons pas qu'un mécanisme de contrôle préalable tel qu'il est proposé par les plaignants soit "de nature purement théorique"[4028], de sorte que cela empêcherait de le considérer comme étant raisonnablement disponible pour l'Australie. Le fonctionnement de l'ABAC indique la possibilité d'adopter une certaine forme de contrôle préalable à la commercialisation d'un produit particulier. Toutefois, il est clair que l'administration d'un tel système – que les fonctions de réglementation mises en jeu soient remplies par un organe existant tel que l'ACCC (auquel un expert externe pourrait apporter son concours) ou par une autorité de réglementation nouvelle – entraînerait des charges administratives, nonobstant le fait que certains des coûts associés pourraient être répartis, comme nous l'avons expliqué plus haut, entre l'industrie et l'organisme de réglementation.

7.2.5.6.5.5 Conclusion générale sur un mécanisme de contrôle préalable comme solution de rechange pour remplacer les mesures TPP

7.1713. Nous concluons que la proposition des plaignants visant à ce que l'Australie adopte un mécanisme de contrôle préalable serait une mesure de rechange, qui n'est pas appliquée actuellement par l'Australie.

7.1714. Cependant, nous avons aussi déterminé qu'il n'était pas certain que ce mécanisme serait moins restrictif pour le commerce que les mesures TPP. Dans la mesure où les coûts de mise en œuvre et de mise en conformité sont un facteur qui contribue en l'espèce au caractère restrictif pour le commerce, il apparaît qu'un mécanisme de contrôle préalable entraînerait probablement des coûts qui, quelle qu'en soit la répartition entre les pouvoirs publics et l'industrie, ne sont pas générés de la même façon dans le cadre des mesures TPP.

[4023] Voir Alcohol Beverages Advertising Code, "About the ABAC Scheme", <http://www.abac.org.au/about/>, adresse consultée le 7 octobre 2014 (pièces DOM-136, HND-87); et le rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphe 93. M. Shavin explique que, bien que le contrôle préalable soit exigé pour les signataires de l'ABAC s'agissant des publicités pour les boissons alcooliques, il est facultatif s'agissant de la désignation et de l'emballage. Rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphe 94.

[4024] Alcohol Beverages Advertising Code, <http://www.alcohol.gov.au/internet/alcohol/publishing.nsf/Content/BFE15C2AC3242C22CA25718E0081F1C5/$File/advertising.pdf>, adresse consultée le 7 octobre 2014 (pièce DOM-137); et rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphe 97.

[4025] Rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphe 103. Voir *ibid.,* paragraphe 106, pour un résumé du processus de contrôle préalable prévu dans l'ABAC.

[4026] Rapport Shavin concernant le contrôle préalable (pièce DOM/HND-9), paragraphe 107. Voir aussi Alcohol Beverages Advertising Code, "About the ABAC Scheme", <http://www.abac.org.au/about/>, adresse consultée le 7 octobre 2014 (pièces DOM-136, HND-87), page 3.

[4027] Voir les préoccupations relatives aux coûts invoquées par l'Australie et son expert, M. Finkelstein, examinées en détail plus bas et dans Australie, observations sur les réponses des plaignants à la question n° 157 du Groupe spécial, paragraphe 82.

[4028] Voir les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.330.

7.1715. Nous avons également déterminé qu'un mécanisme de contrôle préalable n'apporterait pas une contribution équivalente à l'objectif de l'Australie consistant à améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits, compte tenu de la nature de l'objectif et des risques que la non-réalisation entraînerait. En particulier, nous estimons que la possibilité qu'un mécanisme de contrôle préalable aboutisse à l'entrée sur le marché de caractéristiques de l'emballage qui entraîneraient la possibilité d'une diminution du degré de contribution à l'objectif de l'Australie consistant à réduire la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits est contraire au principe énoncé dans le sixième considérant du préambule de l'Accord OTC selon lequel rien ne saurait empêcher un Membre de poursuivre un objectif légitime "aux niveaux qu'il considère appropriés". À notre avis, cette conclusion est en outre étayée par un examen de la nature des risques et de la gravité des conséquences de la non-réalisation de l'objectif de santé publique de l'Australie et de l'importance qu'il revêt pour celle-ci.

7.1716. Compte tenu de ce qui précède, nous constatons que les plaignants n'ont pas démontré qu'un mécanisme de contrôle préalable serait une mesure de rechange moins restrictive pour le commerce raisonnablement disponible pour l'Australie, qui apporterait une contribution équivalente à son objectif.

7.2.5.6.6 Application "cumulative" des solutions de rechange

7.1717. Le Honduras fait valoir que "l'Australie peut aussi décider d'adopter *toutes* ces solutions de rechange si elle estime que leurs effets combinés entraîneront une réduction plus importante du taux de prévalence du tabagisme".[4029] La République dominicaine "propose sa solution de rechange d'une manière cumulative" – elle fait valoir que les solutions de rechange proposées par les plaignants, "qu'elles soient considérées individuellement ou conjointement", apportent une contribution équivalente ou supérieure à celle qu'apportent les mesures TPP à l'objectif de réduction de la prévalence du tabagisme et de la consommation.[4030] Elle développe cet argument de plusieurs façons. Par exemple, elle fait valoir que la campagne de marketing social qu'elle propose "aurait une incidence notable sur la réduction de la consommation de tabac chez les fumeurs existants et potentiels, indépendamment ou conjointement avec les autres solutions de rechange [qu'elle a] proposées" au cours des présentes procédures.[4031] En réponse à l'argument de l'Australie selon lequel un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat ne ferait pas diminuer le tabagisme chez les fumeurs existants, la République dominicaine fait valoir que ledit relèvement peut être combiné avec une autre solution de rechange, telle une augmentation des taxes, ce qui ferait augmenter le sevrage tabagique.[4032]

7.1718. Nous notons que ces plaignants n'ont pas explicité la combinaison précise des solutions de rechange qu'ils proposent. Par exemple, la République dominicaine mentionne la possibilité de combiner un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat avec des hausses de taxes ou d'augmenter le budget des campagnes de marketing social en les introduisant conjointement avec des hausses de taxes.[4033] Toutefois, aucune combinaison systématique n'est avancée et nous ne voyons donc pas bien quelle combinaison précise de mesures de rechange est proposée. D'après ce que nous comprenons de ces affirmations, il est demandé au Groupe spécial de combiner les solutions de rechange de la manière qui serait requise pour surmonter toute lacune afférente à une solution de rechange unique, quelle qu'elle soit, que nous pourrions identifier dans notre évaluation de l'équivalence entre la contribution de chaque solution de rechange considérée individuellement et celle des mesures TPP.[4034] À cet égard, nous rappelons qu'il incombe aux plaignants d'indiquer une mesure de rechange possible qui est moins restrictive pour le commerce, apporte une contribution équivalente à l'objectif pertinent et est raisonnablement disponible. Nous ne considérons pas qu'il nous incombe d'établir l'existence d'une mesure de rechange en construisant une solution de rechange constituée de divers éléments suggérés (en l'espèce, une certaine combinaison des quatre solutions de rechange proposées par les plaignants).[4035]

[4029] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 217.
[4030] République dominicaine, réponse à la question n° 157 du Groupe spécial.
[4031] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 779.
[4032] République dominicaine, réponse à la question n° 157 du Groupe spécial.
[4033] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 798.
[4034] République dominicaine, réponse à la question n° 157 du Groupe spécial.
[4035] Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Produits agricoles II*, paragraphes 118 à 131.

7.1719. En outre, nous rappelons que dans l'évaluation par un groupe spécial de l'équivalence de la contribution, c'est le degré global de contribution que le règlement technique apporte à l'objectif poursuivi qui est pertinent, et non un quelconque aspect ou élément particulier de la contribution pris isolément. Les plaignants n'ont pas avancé d'argumentation quant à la contribution globale qui serait apportée dans le cas où une certaine combinaison de ces solutions de rechange serait adoptée, sinon pour souligner dans le contexte spécifique du relèvement à 21 ans de l'âge minimum légal pour l'achat que cette mesure pourrait être combinée avec la taxation de façon que l'initiation et le sevrage soient traités tous les deux.[4036] Il n'y a pas non plus d'explicitation quant au niveau du caractère restrictif pour le commerce qui en découlerait ou sur le point de savoir si ce niveau serait supérieur ou inférieur à celui des mesures TPP. Nous ne sommes donc pas convaincus que les plaignants se soient acquittés de la charge de la preuve qui leur incombait au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC en ce qui concerne l'application "cumulative" des quatre solutions de rechange qu'ils ont identifiées.

7.1720. Même si nous voyons mal comment les mesures de rechange examinées plus haut pourraient être combinées dans la proposition des plaignants, il nous apparaîtrait que cette proposition repose implicitement sur la poursuite de l'objectif de l'Australie au moyen de multiples mesures de lutte antitabac complémentaires. Dans la mesure où les plaignants proposent une solution de rechange multidimensionnelle dont les éléments individuels sont adaptés pour atteindre un certain degré de contribution, nous n'estimons pas que cela soit contraire à la propre approche suivie par l'Australie pour mettre en œuvre les mesures TPP conjointement avec ses mesures de lutte antitabac existantes.

7.1721. En tout état de cause, nous avons constaté plus haut que, considérée chacune individuellement, les quatre solutions de rechange proposées par les plaignants n'apporteraient pas une contribution à l'objectif de l'Australie qui est équivalente à la contribution apportée par les mesures TPP dans le cadre réglementaire plus large de l'Australie en ce qui concerne la lutte antitabac. L'un des fondements de cette conclusion est le fait que, comme cela est expliqué plus haut en détail, trois de ces solutions de rechange ne traiteraient pas l'effet de l'identification de la marque sur l'attrait des produits du tabac, sur l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites ni sur l'aptitude de l'emballage pour la vente au détail de produits du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme ou de la consommation de produits du tabac. Cela laisse entièrement ou partiellement sans réponse un aspect de l'approche multidimensionnelle de l'Australie concernant la lutte antitabac. Dans les circonstances de l'espèce, cette évaluation ne serait pas modifiée même dans le cas où les quatre solutions de rechange seraient combinées d'une manière ou d'une autre, compte tenu des caractéristiques des mesures TPP et du contexte réglementaire dans lequel elles fonctionnent.

7.1722. À cet égard, nous sommes conscients de l'observation de l'Organe d'appel selon laquelle une mesure de rechange proposée n'a pas besoin de contribuer à l'objectif à un degré qui est identique au degré de contribution de la mesure en cause et selon laquelle une mesure de rechange proposée peut atteindre un degré équivalent de contribution différemment du règlement technique en cause.[4037] Toutefois, ainsi que nous l'avons expliqué plus haut, nous ne pensons pas que cela implique que, lorsque la préoccupation traitée est de nature multidimensionnelle et suppose légitimement une réponse multidimensionnelle, un aspect d'une stratégie globale pourrait se substituer à un autre dans les cas où ils traiteraient des aspects du problème différents. De plus, la "marge d'appréciation" dont dispose un groupe spécial lorsqu'il évalue l'équivalence devrait être éclairée par les risques que la non-réalisation de l'objectif du règlement technique entraînerait, la nature des risques et la gravité des conséquences découlant de la non-réalisation de l'objectif du règlement technique, les caractéristiques du règlement technique en cause révélées par sa conception et sa structure, ainsi que la nature de l'objectif poursuivi, et la nature, la quantité et la qualité des éléments de preuve disponibles.[4038] Dans le contexte des présentes procédures, lorsque l'on examine la conception des mesures TPP, la nature des risques liés à la non-réalisation (y compris la gravité des conséquences) et en particulier le fait que les mesures TPP sont conçues et structurées comme un élément parmi plusieurs autres éléments de la stratégie globale de lutte antitabac de l'Australie (qui comprend des prescriptions concernant la

[4036] République dominicaine, réponse à la question n° 157 du Groupe spécial.
[4037] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.215.
[4038] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.215.

taxation, le marketing social et le relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat), nous estimons qu'une évaluation comparative des mesures de rechange doit prendre en compte les éléments de la lutte antitabac qui resteraient sans réponse en l'absence des mesures TPP.

7.1723. Dans notre évaluation du point de savoir si les solutions de rechange proposées par les plaignants apportent une contribution équivalente à l'objectif de l'Australie, nous avons donc examiné le fait de ne pas traiter les effets des éléments de conception figurant sur l'emballage du tabac sur l'attrait des produits du tabac, l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et leur aptitude à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme ou de la consommation de produits du tabac, dont nous avons constaté plus haut qu'ils jouaient un rôle dans la contribution apportée par les mesures TPP à l'objectif de l'Australie. Même si le mécanisme de contrôle préalable proposé serait apte à traiter ces aspects dans une certaine mesure, pour les raisons expliquées plus haut, nous ne sommes pas convaincus néanmoins que ce mécanisme apporterait une contribution à l'objectif de l'Australie équivalente à celle qui est apportée par les mesures TPP, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait, du niveau de protection choisi par l'Australie et de la conception des mesures TPP comme étant un élément dans le contexte de la politique globale de lutte antitabac de l'Australie.

7.2.5.7 Conclusion générale sur l'article 2.2

7.1724. Ainsi qu'il a été expliqué plus haut, une évaluation du point de savoir si un règlement technique est plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC implique le soupesage et la mise en balance holistiques de divers éléments, y compris le degré de contribution de la mesure contestée à l'objectif légitime en cause; le caractère restrictif pour le commerce de la mesure; et la nature des risques en cause ainsi que la gravité des conséquences qui découleraient de la non-réalisation de l'objectif poursuivi par le Membre au moyen de la mesure. De plus, lorsqu'une comparaison de la mesure contestée et des mesures de rechange possibles proposées par le plaignant est effectuée, il faut examiner la question de savoir si la solution de rechange proposée serait moins restrictive pour le commerce; si elle apporterait une contribution équivalente à l'objectif légitime pertinent, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait; et si elle est raisonnablement à la disposition du Membre.[4039]

7.1725. Dans notre évaluation des allégations des plaignants au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, nous avons formulé les conclusions suivantes en ce qui concerne les divers facteurs pertinents:

a. l'objectif des mesures TPP est d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits;

b. les mesures TPP sont aptes à apporter, et apportent effectivement, une contribution significative à cet objectif;

c. les mesures TPP sont restrictives pour le commerce, dans la mesure où elles entraînent une réduction du volume total des importations; et

d. la nature des risques qui découleraient de la non-réalisation de l'objectif de l'Australie est que la santé publique ne serait pas améliorée, car la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits ne seraient pas réduites, et les conséquences de cette consommation et de cette exposition sont particulièrement graves.

7.1726. Nous avons également examiné chacune des quatre mesures de rechange proposées par les plaignants et déterminé, pour chacune d'elles, que les plaignants n'avaient pas démontré qu'elle constituerait une mesure de rechange moins restrictive pour le commerce qui apporterait une contribution équivalente à l'objectif de l'Australie, en remplacement des mesures TPP.

7.1727. Nos déterminations concernant le degré de contribution atteint par les mesures TPP et notre comparaison avec la contribution qui serait apportée par des mesures de rechange

[4039] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphes 5.197 et 5.198 (citant les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 471).

raisonnablement disponibles sont établies dans le contexte de la stratégie globale conçue et mise en œuvre par l'Australie pour la lutte antitabac.[4040]

7.1728. À cet égard, nous jugeons très pertinente la reconnaissance dans un certain nombre de sources de la nature globale de la lutte antitabac en particulier, y compris les nombreuses répétitions à cet effet dans la FCTC et les directives pour l'application qui l'accompagnent. Par exemple, la "lutte antitabac" est elle-même définie comme étant "toute une série de stratégies de réduction de l'offre, de la demande et des effets nocifs"[4041], et la FCTC impose à ses parties l'obligation générale d'"élabor[er], [de mettre] en œuvre, [d']actualis[er] et [d']examin[er] périodiquement des stratégies et des plans et programmes nationaux multisectoriels *globaux* de lutte antitabac".[4042] La nature multiforme des politiques de lutte antitabac en particulier est soulignée par les éléments de preuve figurant dans le dossier dont nous disposons[4043], et souligne l'idée mentionnée plus haut que la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits devraient être traitées au moyen d'une combinaison de mesures fonctionnant conjointement.[4044] Nous notons aussi, à cet égard, l'observation de l'Australie concernant l'importance d'éviter un vide réglementaire dans le champ des produits visés par les mesures en couvrant tous les produits du tabac.[4045] Cela est également compatible avec la recommandation de la FCTC qui préconise des mesures multisectorielles globales de lutte antitabac traitant tous les produits du tabac.[4046]

7.1729. Spécifiquement, nous sommes conscients que, par leur conception, les mesures TPP ne sont pas censées fonctionner en tant que politique autonome mais qu'en fait, elles ont été mises en œuvre dans le cadre d'"une série globale de réformes visant à réduire le tabagisme et ses effets nocifs" en Australie.[4047] À notre avis, il est essentiel de prendre dûment en compte ce contexte

[4040] Voir plus haut les paragraphes 7.1043, 7.1384 et 7.1387.

[4041] FCTC (pièces AUS-44, JE-19), article 1 d).

[4042] FCTC (pièces AUS-44, JE-19), article 5.1 (pas d'italique dans l'original). La structure globale et les dispositions spécifiques de la FCTC, ainsi que les Directives de la FCTC attestent que la lutte antitabac implique une approche réglementaire globale consistant en des mesures intégrées. Voir, par exemple, FCTC (pièces AUS-44, JE-19), articles 4.1, 4.4 et 5.1; Directives concernant l'article 11 de la FCTC, FCTC/COP/3(10) (pièce JE-20), page 21; Directives pour l'application de la FCTC (édition 2013) (pièces AUS-109, DOM-44), article 12, page 74 et article 14, pages 129 et 126; et Directives concernant l'article 6 de la FCTC (pièce AUS-111), paragraphe 1.6 (notant que d'autres politiques comme "les taxes sur le tabac ne sont pas isolées de tout contexte et [qu']elles doivent être appliquées dans le cadre d'une stratégie globale de lutte antitabac en même temps que d'autres politiques entreprises en application d'autres articles de la Convention-cadre de l'OMS").

[4043] Cette conclusion a été formulée, par exemple, par l'OMS, le Directeur du Service de santé publique des États-Unis, l'Institut de Médecine des États-Unis et l'USCDC. Voir USCDC, Meilleures pratiques en matière de programmes globaux de lutte antitabac (pièce AUS-50), page 6 (reconnaissant l'efficacité des approches globales de la lutte antitabac qui combinent des "stratégies éducatives, cliniques, réglementaires, économiques et sociales", et notant que "les recherches ont montré que les efforts d'intervention qui intégraient la mise en œuvre d'initiatives touchant les programmes et les politiques étaient plus efficaces pour influencer les normes, systèmes et réseaux sociaux"); et OMS, un programme de politiques pour inverser le cours de l'épidémie (pièce AUS-607), page 11 (reconnaissant que les politiques de lutte antitabac "sont complémentaires et synergiques"). Voir aussi Australie, première communication écrite, paragraphes 38 à 49; le rapport Samet (pièce AUS-7), paragraphes 106 à 108; et le rapport Chaloupka sur la santé publique (pièce AUS-9), paragraphes 9 a), 11 à 16, 31 et 35, et notes de bas de page 7 et 8.

[4044] Ainsi que nous l'avons noté plus haut au paragraphe 7.1390, cela a été reconnu dans des publications de la Banque mondiale, du Directeur du Service de santé publique des États-Unis, de l'Institut de Médecine des États-Unis et de l'USCDC. Voir, respectivement, Jha et Chaloupka 1999 (pièce AUS-51), pages 82 et 83; le rapport de 2014 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièces AUS-37, DOM-104, CUB-35), page 7; le rapport de 2000 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-53), page 11; le rapport de 2012 du Directeur du Service de santé publique des États-Unis (pièce AUS-76), chapitre 6; le rapport de 1994 de l'Institut de Médecine des États-Unis, chapitre 4 (pièce AUS-78), pages 125 à 128; le rapport de 2015 de l'USIOM (pièce DOM-232), page 6-20; et USCDC, Meilleures pratiques en matière de programmes globaux de lutte antitabac (pièce AUS-50), page 9.

[4045] Australie, réponse à la question n° 13 du Groupe spécial (faisant référence au rapport Chaloupka sur la santé publique (pièce AUS-9), paragraphe 11 ("Les politiques de lutte antitabac et les autres interventions doivent être globales s'agissant des produits du tabac qu'elles visent, étant donné qu'une politique qui ne touche qu'un sous-ensemble de produits du tabac sera efficace pour réduire la consommation de ces produits mais entraînera probablement une substitution en faveur d'autres produits."); et au rapport Biglan (pièce AUS-13), paragraphe 137). Voir aussi le rapport Samet (pièce AUS-7), paragraphes 56 et 114.

[4046] Australie, réponse à la question n° 13 du Groupe spécial (faisant référence à la FCTC (pièces AUS-44, JE-19), articles 4.4 et 5.1).

[4047] Voir, par exemple, l'exposé des motifs concernant le projet de loi TPP (pièces AUS-2, JE-7), page 1.

réglementaire plus large des mesures TPP pour comprendre leur degré de contribution à l'objectif de l'Australie. Nous avons donc donné le poids voulu dans notre analyse au fait que les mesures TPP fonctionnent conjointement avec un certain nombre d'autres mesures de lutte antitabac de vaste portée, y compris les mises en garde sanitaires explicites obligatoires, des restrictions à la publicité et la promotion, des mesures fiscales, des restrictions à la vente et à la consommation des produits du tabac, des campagnes de marketing social, et des mesures visant à traiter le commerce illicite du tabac.[4048]

7.1730. En outre, dans notre analyse comparative, nous avons exposé les raisons pour lesquelles nous n'étions pas convaincus que les plaignants aient démontré que les solutions de rechange proposées seraient moins restrictives pour le commerce que les mesures TPP. Nous avons également examiné la façon dont chaque solution de rechange proposée contribuerait à l'objectif de l'Australie, en *remplacement* des mesures TPP. Ce faisant, nous avons dûment pris en compte le fait que les mesures contestées faisaient partie d'un système politique plus large avec de multiples éléments complémentaires conçus pour poursuivre d'une manière globale un objectif de santé publique dans la durée.[4049] Nous notons à cet égard les observations de l'Organe d'appel selon lesquelles "il peut y avoir des cas où il est difficile d'évaluer avec précision s'il y a équivalence entre le degré de contribution du règlement technique et celui d'une mesure de rechange proposée"[4050], y compris dans les cas où un règlement technique et les mesures de rechange proposées peuvent employer diverses méthodes ou techniques contribuant conjointement ou séparément à l'accomplissement de l'objectif poursuivi, qui ne sont peut-être pas chacune quantifiables isolément.[4051]

7.1731. Le fait qu'une mesure de rechange proposée n'a pas besoin de contribuer à l'objectif à un degré qui est identique au degré de contribution de la mesure en cause[4052] n'implique pas, à notre avis, que lorsque la préoccupation traitée est de nature multiforme et suppose légitimement une réponse multidimensionnelle, un aspect d'une stratégie globale pourrait se substituer à un autre dans les cas où cela laisserait sans réponse l'aspect du problème que les mesures contestées cherchent à traiter. Nous avons constaté que, dans le contexte particulier de la lutte antitabac et des efforts réglementaires de l'Australie visant à améliorer la santé publique par la réduction de la consommation des produits du tabac et de l'exposition à ces produits, aucune des solutions de rechange proposées par les plaignants ne contribuerait à l'objectif de l'Australie à un degré équivalent au degré de contribution des mesures TPP, compte tenu des risques que la non-réalisation de l'objectif entraînerait et de la contribution effective apportée par les mesures contestées ainsi que du principe énoncé dans le sixième considérant du préambule de l'Accord OTC selon lequel rien ne saurait empêcher un Membre de poursuivre des objectifs légitimes "aux niveaux qu'il considère appropriés".

7.1732. Globalement, sur la base de ce qui précède, nous concluons que les plaignants n'ont pas démontré que les mesures TPP étaient plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC.

7.3 Accord sur les ADPIC

7.3.1 Article 6*quinquies* de la Convention de Paris (1967), tel qu'il est incorporé par l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC

7.3.1.1 Introduction

7.1733. Nous examinerons maintenant les allégations des plaignants relatives aux dispositions de l'Accord sur les ADPIC. Comme il est indiqué plus haut au paragraphe 7.11, nous traiterons tout d'abord les dispositions qui concernent la protection des marques de fabrique ou de commerce.

[4048] Voir plus haut la section 2.2.
[4049] Voir les rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphes 5.212 et 5.213. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 172.
[4050] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.216.
[4051] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.216 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 151).
[4052] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.215.

Nous commencerons notre analyse par les dispositions invoquées par les plaignants qui concernent l'objet de la protection, y compris les conditions d'enregistrement, à savoir tout d'abord l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec l'article 6*quinquies* de la Convention de Paris (1967) et ensuite l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC.

7.1734. Le paragraphe 1 de l'article 2 de l'Accord sur les ADPIC, intitulé "Conventions relatives à la propriété intellectuelle", se lit comme suit:

> Pour ce qui est des Parties II, III et IV du présent accord, les Membres se conformeront aux articles premier à 12 et à l'article 19 de la Convention de Paris (1967).

7.1735. L'article 6*quinquies* A 1) de la Convention de Paris (1967) se lit comme suit:

> Toute marque de fabrique ou de commerce régulièrement enregistrée dans le pays d'origine sera admise au dépôt et protégée telle quelle dans les autres pays de l'Union, sous les réserves indiquées au présent article. Ces pays pourront, avant de procéder à l'enregistrement définitif, exiger la production d'un certificat d'enregistrement au pays d'origine, délivré par l'autorité compétente. Aucune légalisation ne sera requise pour ce certificat.[4053]

7.1736. Le Honduras et Cuba, par référence[4054], allèguent que les mesures TPP sont incompatibles avec l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec l'article 6*quinquies* de la Convention de Paris (1967). Plus spécifiquement, ils allèguent que les mesures TPP sont

---

[4053] Les arguments du Honduras et de Cuba (par référence) sont axés sur le paragraphe A 1) de l'article 6*quinquies*. Les autres paragraphes de l'article 6*quinquies* se lisent comme suit:

2) Sera considéré comme pays d'origine le pays de l'Union où le déposant a un établissement industriel ou commercial effectif et sérieux, et, s'il n'a pas un tel établissement dans l'Union, le pays de l'Union où il a son domicile, et, s'il n'a pas de domicile dans l'Union, le pays de sa nationalité, au cas où il est ressortissant d'un pays de l'Union.

B. Les marques de fabrique ou de commerce, visées par le présent article, ne pourront être refusées à l'enregistrement ou invalidées que dans les cas suivants:

1. lorsqu'elles sont de nature à porter atteinte à des droits acquis par des tiers dans le pays où la protection est réclamée;

2. lorsqu'elles sont dépourvues de tout caractère distinctif, ou bien composées exclusivement de signes ou d'indications pouvant servir, dans le commerce, pour désigner l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, le lieu d'origine des produits ou l'époque de production, ou devenus usuels dans le langage courant ou les habitudes loyales et constantes du commerce du pays où la protection est réclamée;

3. lorsqu'elles sont contraires à la morale ou à l'ordre public et notamment de nature à tromper le public. Il est entendu qu'une marque ne pourra être considérée comme contraire à l'ordre public pour la seule raison qu'elle n'est pas conforme à quelque disposition de la législation sur les marques, sauf le cas où cette disposition elle–même concerne l'ordre public.

Est toutefois réservée l'application de l'article 10*bis.*

C. 1) Pour apprécier si la marque est susceptible de protection, on devra tenir compte de toutes les circonstances de fait, notamment de la durée de l'usage de la marque.

2) Ne pourront être refusées dans les autres pays de l'Union les marques de fabrique ou de commerce pour le seul motif qu'elles ne diffèrent des marques protégées dans le pays d'origine que par des éléments n'altérant pas le caractère distinctif et ne touchant pas à l'identité des marques, dans la forme sous laquelle celles–ci ont été enregistrées audit pays d'origine.

D. Nul ne pourra bénéficier des dispositions du présent article si la marque dont il revendique la protection n'est pas enregistrée au pays d'origine.

E. Toutefois, en aucun cas, le renouvellement de l'enregistrement d'une marque dans le pays d'origine n'entraînera l'obligation de renouveler l'enregistrement dans les autres pays de l'Union où la marque aura été enregistrée.

F. Le bénéfice de la priorité reste acquis aux dépôts de marques effectués dans le délai de l'article 4, même lorsque l'enregistrement dans le pays d'origine n'intervient qu'après l'expiration de ce délai.

[4054] "Cuba fait siens et incorpore par référence toutes les allégations, tous les arguments et tous les éléments de preuve avancés dans leur premières communications écrites par le Honduras, l'Indonésie, la République dominicaine et l'Ukraine, au titre des articles 15:4, 16:1, 16:3 et 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC et de l'article 6*quinquies* de la Convention de Paris (lu avecl'article 2 de l'Accord sur les ADPIC)." Cuba, première communication écrite, paragraphe 428. En outre, "Cuba adopte et incorpore par référence toutes les allégations, tous les arguments et tous les éléments de preuve présentés dans les deuxièmes communications écrites du Honduras, de l'Indonésie et de la République dominicaine au sujet des articles 15:4, 16:1, 16:3 et 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC et de l'article 6*quinquies* de la Convention de Paris (lu avec l'article 2 de l'Accord sur les ADPIC)." Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 414.

incompatibles avec l'article 6*quinquies* parce qu'une marque régulièrement enregistrée dans le pays d'origine en dehors de l'Australie n'est pas protégée "telle quelle" – c'est-à-dire, sous sa forme originale.[4055]

7.1737. L'Australie demande au Groupe spécial de rejeter ces allégations dans leur intégralité.

7.3.1.2 Principaux arguments des parties

7.1738. Le Honduras et Cuba, par référence, allèguent que les restrictions TPP concernant les marques sont incompatibles avec l'article 6*quinquies* de la Convention de Paris, qui prescrit qu'une marque enregistrée dans un pays soit admise au dépôt et protégée "telle quelle" dans d'autres pays.[4056]

7.1739. Le Honduras estime que l'obligation fondamentale énoncée à l'article 6*quinquies* A 1) est qu'une marque enregistrée dans le pays d'origine sera admise au dépôt et protégée "telle quelle" dans d'autres pays, en vertu du principe connu sous le nom de clause "telle quelle". Conformément à l'article 6*quinquies* A 1), les Membres ne peuvent pas imposer qu'une marque, déjà enregistrée dans le pays d'origine, soit modifiée ou altérée en tant que condition pour qu'elle soit admise au dépôt et protégée sur leur territoire.[4057] Les pays peuvent s'écarter de la clause "telle quelle" dans la mesure prévue dans "les réserves indiqués [dans cet] article", dans lesquelles sont précisés divers motifs de refus ou d'invalidation d'enregistrement, y compris lorsque la marque est contraire à la morale ou à l'ordre public, ou lorsqu'elle n'a pas de caractère distinctif.[4058]

7.1740. Le Honduras explique que son "allégation concerne le deuxième aspect de cette disposition, à savoir la protection des marques". S'appuyant sur des définitions de dictionnaires, il fait valoir que le terme "protection" dans le contexte de l'article 6*quinquies* A 1) fait référence à la défense, au soutien, à l'assistance et à la sécurité que les Membres de l'OMC sont censés assurer aux marques.[4059] À son avis, la note de bas de page 3 de l'Accord sur les ADPIC constitue un contexte utile pour interpréter le terme "protection" à l'article 6*quinquies* A 1). Le Honduras affirme que les notions d'existence, d'acquisition, de portée, de maintien des droits et de moyens de les faire respecter mentionnées dans la note de bas de page 3 ont un dénominateur commun fondamental: l'"usage" d'une marque. Une mesure qui interdit l'usage d'une marque compromet gravement les droits du titulaire de la marque pour ce qui est de leur existence, acquisition, portée, maintien et des moyens de les faire respecter. Le Honduras conclut que, par conséquent, une mesure qui interdit l'usage de marques ne peut pas être considérée comme une mesure qui protège les marques.[4060]

7.1741. Le Honduras fait valoir que l'article 6*quinquies* A 1) oblige l'Australie à protéger, sous sa forme originale, toute marque qui a été préalablement enregistrée dans le pays d'origine. L'Australie, par conséquent, ne peut pas imposer, en tant que condition de la protection, que la forme originale d'une marque soit modifiée ou altérée. Le Honduras ajoute que "l'obligation d'assurer une "protection", au sens de l'article 6*quinquies* A 1), suppose nécessairement de faire en sorte que les titulaires de marques puissent "faire usage" de leurs marques, puisque cela fait partie intégrante de l'existence, de l'acquisition, de la portée, du maintien des droits de marque et des moyens de les faire respecter".[4061]

7.1742. Le Honduras estime que les mesures TPP interdisent l'usage de certaines marques sous leur forme originale – c'est-à-dire des dessins de marque et des marques composées – sur l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac et sur ces produits eux-mêmes. L'Australie ne permet de faire usage de ces marques que si elles sont imprimées sous la forme standard. Le Honduras fait valoir qu'"en subordonnant la protection des marques à l'observation de ces prescriptions", l'Australie ne protège pas les dessins de marque et les marques composées

[4055] Honduras, première communication écrite, paragraphe 938.
[4056] Honduras, première communication écrite, paragraphe 258.
[4057] Honduras, première communication écrite, paragraphe 261.
[4058] Honduras, première communication écrite, paragraphe 262.
[4059] Honduras, première communication écrite, paragraphe 263.
[4060] Honduras, première communication écrite, paragraphe 264.
[4061] Honduras, première communication écrite, paragraphe 266.

sous leur forme originale. Selon le Honduras, cela "équivaut à une atteinte pure et simple à la clause "*telle quelle*" énoncée dans l'article 6*quinquies* A 1) de la Convention de Paris".[4062]

7.1743. L'Australie répond que l'article 6*quinquies* A 1) traite des conditions qu'un Membre peut imposer en ce qui concerne l'admission d'une catégorie particulière de marques à l'enregistrement. Spécifiquement, lorsqu'une marque est déjà régulièrement enregistrée dans le pays d'origine, l'article 6*quinquies* A 1) dispose qu'un Membre ne peut pas refuser d'enregistrer cette marque sur son territoire, même si ladite marque ne serait pas par ailleurs conforme à la législation intérieure de ce Membre concernant la forme admissible de la marque.[4063]

7.1744. Elle fait valoir que la mention "protégée" figurant à l'article 6*quinquies* A 1) concerne la protection conférée par l'enregistrement d'une marque – elle n'énonce *pas* de normes minimales quant à la *manière* dont la marque doit être protégée. En fait, l'article 6*quinquies* A 1) dispose simplement qu'un Membre ne pourra pas refuser l'enregistrement d'une marque qui est enregistrée sur le territoire d'un autre Membre sur la base de sa forme.[4064]

7.1745. L'Australie fait valoir que, pour établir *prima facie* l'existence d'une violation au titre de l'article 6*quinquies* A 1), le Honduras aurait besoin de démontrer que les mesures TPP empêchent l'*enregistrement* des marques enregistrées sur le territoire d'un autre Membre sur la base de leur forme. Elle estime que le Honduras n'a pas fait cette démonstration.[4065]

7.1746. L'Australie soutient que l'interprétation donnée par le Honduras selon laquelle l'obligation faite à un Membre de "protéger" une marque enregistrée sur le territoire d'un autre Membre suppose nécessairement de faire en sorte que les titulaires de marques puissent "faire usage" de leurs marques n'est pas conciliable avec le texte même de l'article 6*quinquies* A 1). Elle ajoute que l'article 6*quinquies* A 1) ne vise pas la nature de la protection qui découle de l'enregistrement d'une marque, et n'oblige pas les Membres à accorder aux titulaires de marques un "droit d'usage" en ce qui concerne leurs marques.[4066] L'Australie ajoute qu'"[e]n outre le Honduras n'est pas en mesure de concilier son argument avec le fait qu'il reconnaît lui-même que les "traités administrés par l'OMPI *n'établissaient pas de critères de fond pour la protection des droits de propriété intellectuelle*"".[4067]

7.1747. L'Australie conclut que les mesures TPP sont compatibles avec l'article 6*quinquies* A 1). Elle ajoute que l'article 28 de la Loi TPP prévoit expressément que l'application de la Loi TPP n'a pas d'incidence sur la capacité du titulaire d'une marque de l'enregistrer au titre de la Loi TM. La capacité du titulaire d'une marque d'en faire usage ne relève pas de l'article 6*quinquies* A 1).[4068]

7.1748. Le Honduras répond que l'article 6*quinquies* A 1) établit deux obligations indépendantes consistant i) à admettre au dépôt "telle quelle", puis ii) à protéger "telle quelle" chaque marque régulièrement enregistrée dans le pays d'origine. À son avis, l'Australie donne de l'article 6*quinquies* A 1) une lecture qui exclut la deuxième obligation indépendante lorsqu'elle

[4062] Honduras, première communication écrite, paragraphe 267.

[4063] Australie, première communication écrite, paragraphe 292 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 8.83).

[4064] Australie, première communication écrite, paragraphe 293 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 137; et au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 8.79).

[4065] Australie, première communication écrite, paragraphes 294 et 295.

[4066] Australie, première communication écrite, paragraphes 295 et 296. L'Australie fait référence à L. Baeumer, Director industrial Property Law Department, WIPO to R. Oman, Mudge Rose Guthrie Alexander and Ferdon, (31 August 1994), Bates No. 515446013-515446015, (31 August 1994), Bates No. 515446013-515446015 (lettre adressée par L. Baeumer, OMPI) (pièce AUS-235), page 3:

> [I]l convient de noter que l'article 6*quinquies* A ne traite pas la question de l'usage, mais porte sur l'obligation, pour tout pays partie à la Convention de Paris, d'admettre au dépôt et de protéger (contre les atteintes aux droits commises par d'autres) une marque déjà enregistrée dans le pays d'origine. … L'article 6*quinquies* B ne signifie pas que l'usage d'une marque enregistrée au titre de l'article 6*quinquies* ne peut pas être soumise à limitation ou à interdiction pour d'autres motifs énoncés dans des législations autres que la législation sur les marques.

[4067] Australie, première communication écrite, paragraphe 296 (italique ajouté par l'Australie) (faisant référence à Honduras, première communication écrite, paragraphe 146).

[4068] Australie, première communication écrite, paragraphe 297.

déclare que la "protection" au sens de l'article 6*quinquies* A 1) "découle de l'enregistrement d'une marque". De l'avis du Honduras, cette interprétation rend redondants ou inutiles les mots "protégée telle quelle", et est, par conséquent, incompatible avec le principe de l'interprétation des traités dit de l'effet utile, reconnu par l'Organe d'appel dans des différends antérieurs.[4069] L'Australie répond que le terme "protégée" fait référence à une protection qui "peut découler ou non du fait qu'une marque est enregistrée sous sa forme originale". L'article 6*quinquies* A 1), fait valoir l'Australie, "n'énonce pas de normes minimales quant à la *nature* de la protection qui peut être conférée par l'enregistrement".[4070]

7.1749. Le Honduras précise qu'il n'a pas fait valoir que les termes de l'article 6*quinquies* A 1) créaient un "droit d'usage". Selon lui, "la faculté de faire usage d'une marque fait "partie intégrante" de l'existence, de l'acquisition, de la portée, du maintien des droits de marque et des moyens de les faire respecter, et revêt donc une importance cruciale pour la "protection" effective de la marque "telle quelle"". Il ajoute que "la faculté d'exercer le droit à une "[protection] telle quelle" … dépend intrinsèquement de la capacité des titulaires de marques de faire usage de leurs marques après leur enregistrement".[4071]

7.1750. Le Honduras ne voit pas en quoi l'argument de l'Australie selon lequel les traités administrés par l'OMPI, tels que la Convention de Paris, n'établissaient pas de critères de fond pour la protection des droits de propriété intellectuelle est pertinent s'agissant de son allégation, car il ne fait pas valoir que les "critères de fond" énoncés à l'article 6*quinquies* A 1) incluent le "droit d'usage". Le Honduras ajoute qu'"il apparaît que l'Australie néglige une différence importante entre la Convention de Paris, en tant qu'instrument juridique indépendant administré par l'OMPI, et l'Accord sur les ADPIC, qui incorpore certains éléments de cette Convention (mais pas tous). Ces deux traités distincts ont des organes d'administration, des contextes, et un objet et des buts différents; leur interprétation peut, par conséquent, aboutir à des résultats différents." Pour le Honduras, "[l]e fait que le lien entre l'"usage" et le "niveau de protection des droits de propriété intellectuelle minimum garanti sur le plan international" ait pu être plus ténu au titre de la Convention de Paris ne signifie pas que ce lien reste le même après la création du cadre de l'Accord sur les ADPIC". Par conséquent, le Honduras fait valoir que, aux fins de l'OMC, le sens des obligations au titre de l'article 6*quinquies* A 1) de la Convention de Paris doit être interprété dans le contexte d'autres dispositions pertinentes de l'Accord sur les ADPIC, et de l'objet et du but de cet accord.[4072]

7.1751. L'Australie considère qu'il y a une contradiction fondamentale dans l'allégation du Honduras, puisqu'"[i]l n'est pas possible pour le Honduras de continuer à interpréter l'article 6*quinquies* A 1) comme imposant aux Membres une obligation de *faire en sorte* que ces titulaires de marques puissent faire usage de leurs marques, tout en reconnaissant que ces titulaires n'ont aucun droit positif de faire usage de ces marques".[4073]

7.1752. L'Australie estime que son interprétation de l'article 6*quinquies* A 1) est fondée sur le texte même de cette disposition, interprété conformément à la Convention de Vienne, et est compatible avec les vues de l'Organe d'appel et de l'OMPI. Alors que plusieurs tierces parties ont expressément souscrit à l'interprétation donnée par l'Australie[4074], le Honduras n'a reçu aucun soutien de tierces parties pour ce qui est de son allégation. L'Australie ajoute qu'il apparaît aussi que son interprétation est étayée par un expert sur lequel s'appuie le Honduras, le professeur Dinwoodie[4075], par Cuba[4076] et, apparemment, par le Honduras lui-même.[4077]

[4069] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 377 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, paragraphe 61; et *Argentine – Chaussures (CE)*, paragraphe 81).

[4070] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 20. (italique dans l'original)

[4071] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 378.

[4072] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 379. (note de bas de page omise)

[4073] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 19. (italique dans l'original)

[4074] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 21 (faisant référence à Nouvelle-Zélande, communication en tant que tierce partie, paragraphes 14 et 15; Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphe 11; et Afrique du Sud, déclaration en tant que tierce partie, paragraphes 3.1 et 3.2).

[4075] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 21. L'Australie note que l'expert de l'Ukraine, le professeur Dinwoodie, estime que "le contexte global – y compris l'absence d'une quelconque garantie générale des droits accordés au titulaire d'une marque – laisse entendre que les dispositions de la Convention de Paris relatives à l'enregistrement n'énonçaient pas un droit de faire usage d'une marque". *Ibid.*, note de bas de page 20 relative au paragraphe 21 (citant le rapport Dinwoodie (pièce UKR-1), paragraphe 47).

7.1753. L'Australie estime que le Honduras n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC incorporant l'article 6*quinquies* A 1) de la Convention de Paris.[4078]

7.3.1.3 Principaux arguments des tierces parties

7.1754. La Nouvelle-Zélande souscrit à l'interprétation donnée par l'Australie de l'article 6*quinquies* A 1) de la Convention de Paris, tel qu'il est incorporé dans l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC.[4079]

7.1755. Singapour fait valoir que l'article 6*quinquies* A 1) vise la forme d'une marque. Cet article oblige un Membre à admettre le dépôt des marques qui sont régulièrement enregistrées dans un autre pays et à les protéger "telle[s] quelle[s]", sous les réserves indiquées dans cet article. Les mesures TPP n'ont pas d'incidence sur la capacité du titulaire d'une marque d'enregistrer sa marque sous sa forme originale.[4080] Singapour considère que le terme "protégée" figurant à l'article 6*quinquies* A 1) fait référence à la protection conférée par l'enregistrement d'une marque. L'article 6*quinquies* A 1) lui-même ne vise pas la nature de la protection qui découle de l'enregistrement, et n'oblige pas non plus les Membres à accorder aux titulaires de marques un "droit d'usage" en ce qui concerne leurs marques.[4081] Singapour note aussi que l'OMPI a indiqué que "[l]a Convention de Paris ne [contenait] aucune obligation en vertu de laquelle l'usage d'une marque enregistrée devait être autorisé".[4082] Dans la mesure où le Honduras fait valoir que l'incapacité de faire usage d'une marque va à l'encontre de la protection garantie par l'article 6*quinquies* A 1), Singapour estime que l'argument n'est pas fondé au regard de l'article 28 de la Loi TPP, qui autorise qu'une marque relative au tabac soit enregistrée ou maintenue, et par conséquent protégée "telle quelle".[4083] Singapour conclut que, étant donné que les mesures TPP n'empêchent pas l'enregistrement, le maintien ou la protection d'une marque sous sa forme originale, les mesures ne contreviennent pas à l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC incorporant l'article 6*quinquies* A 1) de la Convention de Paris (1967).[4084]

7.1756. L'Afrique du Sud estime que l'article 6*quinquies* A 1) de la Convention de Paris (1967), tel qu'il est incorporé dans l'Accord sur les ADPIC, dispose qu'un Membre ne pourra pas refuser l'enregistrement d'une marque qui est enregistrée sur le territoire d'un autre Membre sur la base de sa forme. Cet article ne vise pas l'"usage" des marques mais leur enregistrement et leur validité, et n'accorde pas aux titulaires de marques un "droit" positif de "faire usage". "Une marque enregistrée aux termes de l'article 6*quinquies* peut être soumise à limitation ou à interdiction pour d'autres motifs énoncés dans des législations différentes de la législation sur les marques".[4085]

[4076] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 21. L'Australie rappelle que, dans sa réponse à la question n° 93 du Groupe spécial, Cuba a noté que l'article 6*quinquies* de la Convention de Paris et l'article 15:2 de l'Accord sur les ADPIC, d'une part, et l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, d'autre part, portaient sur différents aspects du cycle de vie d'une marque (à savoir l'enregistrement par opposition à l'usage). De l'avis de l'Australie, il apparaît, par conséquent, que Cuba convient que l'article 6*quinquies* concerne l'enregistrement et ne concerne *pas* l'*usage* d'une marque. *Ibid.*, note de bas de page 21 relative au paragraphe 21.

[4077] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 21. L'Australie fait référence à Honduras, réponse à la question n° 93 du Groupe spécial: "les articles 6*quinquies*/15 et 20 portent sur différents aspects du cycle de vie d'une marque (à savoir l'enregistrement initial par opposition à l'usage régulier)". *Ibid.*, note de bas de page 22 relative au paragraphe 21. L'Australie fait aussi référence à Honduras, première communication écrite, paragraphe 146: "les traités administrés par l'OMPI n'établissaient pas de critères de fond pour la protection des droits de propriété intellectuelle." *Ibid.*

[4078] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 22.

[4079] Nouvelle-Zélande, communication en tant que tierce partie, paragraphe 14.

[4080] Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphe 9 (faisant référence à l'article 28 de la Loi TPP).

[4081] Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphe 11 (faisant référence à la lettre adressée par L. Baeumer, OMPI (pièce AUS-235), page 3; et à Carvalho 3ème édition), extraits AUS (pièce AUS-236), page 233).

[4082] Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphe 11 (faisant référence à Australie, première communication écrite, paragraphe 246).

[4083] Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphe 12.

[4084] Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphe 13.

[4085] Afrique du Sud, déclaration en tant que tierce partie, paragraphes 3.1 et 3.2.

7.1757. L'Uruguay demande au Groupe spécial de rejeter les allégations formulées par les plaignants au titre de l'article 6*quinquies* de la Convention de Paris (1967).[4086]

7.3.1.4 Analyse du Groupe spécial

7.1758. Nous rappelons que l'article 6*quinquies* A 1) de la Convention de Paris (1967) se lit comme suit:

> Toute marque de fabrique ou de commerce régulièrement enregistrée dans le pays d'origine sera admise au dépôt et protégée telle quelle dans les autres pays de l'Union, sous les réserves indiquées au présent article. Ces pays pourront, avant de procéder à l'enregistrement définitif, exiger la production d'un certificat d'enregistrement au pays d'origine, délivré par l'autorité compétente. Aucune légalisation ne sera requise pour ce certificat.

7.1759. Le paragraphe A 1) de l'article 6*quinquies*, tel qu'il est incorporé dans l'Accord sur les ADPIC par une référence figurant à l'article 2:1 de l'Accord, exige ainsi que les Membres de l'OMC[4087] admettent au dépôt et protègent "telle quelle" (dans le texte français faisant foi[4088]) toute marque régulièrement enregistrée dans le pays d'origine, sous des réserves indiquées à l'article 6*quinquies*.

7.1760. Comme l'Organe d'appel l'a fait observer, la Convention de Paris (1967) prévoit qu'un ressortissant d'un pays de l'Union de Paris a deux moyens pour obtenir l'enregistrement d'une marque dans un pays de l'Union autre que le pays d'origine du requérant: d'une part, l'enregistrement en vertu de l'article 6 de la Convention de Paris (1967); d'autre part, l'enregistrement en vertu de l'article 6*quinquies* de la même Convention.[4089]

7.1761. L'article 6 1) énonce la règle générale, à savoir que chaque pays de l'Union de Paris a le droit de déterminer les conditions de dépôt et d'enregistrement des marques dans sa législation nationale.[4090] Toutefois, l'article 6 ne constitue pas le seul moyen pour enregistrer une marque dans un autre pays. Si le requérant a régulièrement enregistré une marque dans son pays d'origine, "l'article 6*quinquies* A 1) prévoit un autre moyen pour obtenir la protection de cette marque dans les autres pays de l'Union de Paris".[4091]

7.1762. La prescription de l'article 6*quinquies* impose que la marque pertinente soit "admise au dépôt et protégée telle quelle" dans les autres pays de l'Union de Paris. Le Groupe spécial *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits* a constaté ce qui suit: "[l]e sens ordinaire de l'expression "telle quelle", dans son contexte et tel qu'il est confirmé par l'historique de la négociation, indique que l'article 6*quinquies* A 1) vise *la forme de la marque*; autrement dit, les marques régulièrement enregistrées dans un pays, même lorsqu'elles ne sont pas conformes aux dispositions de la législation nationale d'un Membre concernant la forme admissible des marques, doivent néanmoins être admises au dépôt et en vue d'une protection dans un autre pays".[4092] L'Organe d'appel a confirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle

---

[4086] Uruguay, communication en tant que tierce partie, paragraphe 107.

[4087] Conformément à la jurisprudence antérieure de l'OMC, nous interprétons la référence faite à l'article 6*quinquies* A 1) de la Convention de Paris (1967) aux pays de l'Union de Paris dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC comme désignant les Membres de l'OMC, et la référence aux ressortissants de ces pays comme désignant les ressortissants des autres Membres de l'OMC tels que définis à l'article 1:3 de l'Accord sur les ADPIC. Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 132.

[4088] L'article 29 1) c) de la Convention de Paris (1967) dispose ce qui suit: "En cas de contestation sur l'interprétation des divers textes, le texte français fait foi."

[4089] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 130.

[4090] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 132.

[4091] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 134.

[4092] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 8.83. (pas d'italique dans l'original)

"l'article 211 a) 1) n'[était] pas incompatible avec l'article 2:1 de l'*Accord sur les ADPIC* pris conjointement avec l'article 6*quinquies* A 1) de la Convention de Paris (1967)".[4093]

7.1763. Comme il est indiqué plus en détail plus haut[4094], les mesures TPP réglementent de différentes manières l'apparence des marques sur l'emballage pour la vente au détail de tabac et sur les produits du tabac.[4095] En ce qui concerne l'emballage pour la vente au détail de produits du tabac, les mesures TPP autorisent l'usage de marques dénominatives qui indiquent le nom de la marque, la raison sociale ou le nom de la société, ou le nom de variante du produit, à condition que ces marques apparaissent sous la forme prescrite par le Règlement TPP. Elles interdisent l'usage de marques dénominatives stylisées, de marques composées et de marques figuratives. S'agissant des produits du tabac, les mesures TPP interdisent l'usage de toutes les marques sur les cigarettes. En ce qui concerne les bagues pour cigares, elles autorisent l'usage de marques qui indiquent le nom de la marque, la raison sociale ou le nom de la société, ou le nom de variante du produit, ainsi que le pays d'origine, dès lors qu'elles apparaissent sous la forme prescrite par le Règlement TPP.

7.1764. Nous croyons comprendre que le Honduras, et Cuba, par référence, n'allèguent pas que l'Australie n'admet pas au dépôt "telle quelle" toute marque régulièrement enregistrée dans le pays d'origine. En fait, leurs allégations concernent ce qu'ils perçoivent comme étant "le deuxième aspect de cette disposition"[4096], à savoir l'obligation de protéger cette marque "telle quelle".[4097] Le Honduras affirme que l'obligation d'assurer une "protection", au sens de l'article 6*quinquies* A 1), suppose nécessairement de faire en sorte que les titulaires de marques puissent faire usage de leurs marques.[4098] Par la suite, le Honduras a précisé qu'il ne faisait pas valoir que les termes de l'article 6*quinquies* A 1) créaient un "droit d'usage", mais que la faculté de faire usage d'une marque faisait partie intégrante de l'existence, de l'acquisition, de la portée, du maintien des droits de marque et des moyens de les faire respecter, et revêtait donc une importance cruciale pour la "protection" effective de la marque "telle quelle".[4099] Étant donné que les mesures TPP interdisent l'usage de marques composées et figuratives sur l'emballage pour la vente au détail de tabac et sur les produits du tabac sous leur forme originale, le Honduras soutient que l'Australie ne les "protègent" pas "telles quelles".[4100] L'Australie répond que le terme "protégée" fait référence à une protection qui "peut découler ou non du fait qu'une marque est enregistrée sous sa forme originale". L'article 6*quinquies* A 1), poursuit l'Australie, "n'énonce pas de normes minimales quant à la *nature* de la protection qui peut être conférée par l'enregistrement".[4101]

7.1765. Nous notons que l'obligation qui est faite à un Membre conformément à l'article 6*quinquies* A 1) consiste à "adm[ettre] au dépôt et [à] protég[er] telle quelle" toute

[4093] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 148 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 8.89).

[4094] Voir plus haut la section 2.1.2.

[4095] Nous notons que l'incidence des mesures TPP varie pour ce qui est des différents types de marques ou d'éléments qui les composent. Aux fins de leurs allégations au titre de diverses dispositions de l'Accord sur les ADPIC, les plaignants ont (en utilisant une terminologie quelque peu différente) généralement réparti les marques entre les catégories suivantes: i) marques dénominatives; ii) marques figuratives (ou dessins de marque, images de marque, marques visuelles); et iii) marques composées (ou marques combinées, combinaisons de marques). Nous avons utilisé les mêmes catégories aux fins de notre analyse au titre des dispositions pertinentes de l'Accord sur les ADPIC invoquées par les plaignants. Ces catégories reflètent la pratique générale en matière de marques, bien que la terminologie varie effectivement, et que les avis sur les limites entre ces catégories puissent aussi différer. Une "marque dénominative" est enregistrée lorsque le contenu textuel en tant que tel est considéré comme susceptible de bénéficier d'une protection des marques, et elle est enregistrée et protégée indépendamment des caractères utilisés ou de la forme de sa présentation. D'autres marques peuvent combiner contenu textuel et contenu illustré. Par conséquent, une marque dénominative, lorsqu'elle est présentée dans une police de caractères stylisée distinctive, peut aussi être considérée comme distinctive en raison du contenu figuratif additionnel ("marques dénominatives stylisées"). C'est pourquoi on peut trouver des enregistrements séparés pour un terme en tant que pure marque dénominative, et aussi pour les éléments textuels présentés dans la police de caractères distinctive, spécifique, utilisée par le titulaire de la marque. Un logo sans contexte textuel est une "marque" purement "figurative". Une "marque composée" présente des éléments textuels conjointement avec des éléments figuratifs.

[4096] Honduras, première communication écrite, paragraphe 263.

[4097] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 377.

[4098] Honduras, première communication écrite, paragraphe 266.

[4099] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 378.

[4100] Honduras, première communication écrite, paragraphe 267.

[4101] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 20. (italique dans l'original)

marque régulièrement enregistrée dans le pays d'origine. À la simple lecture du texte, l'obligation consiste à prévoir un moyen d'obtenir l'enregistrement d'une marque et la protection découlant de l'enregistrement. À notre avis, le texte laisse entendre que le terme "protégée" fait référence à la protection qui découle de l'enregistrement d'un signe comme marque dans la juridiction dans laquelle l'enregistrement est obtenu conformément aux prescriptions de l'article 6*quinquies* A 1). Nous notons que le terme "protégée" figurant à l'article 6*quinquies* A 1) lui-même ne donne aucune indication quant au point de savoir en quoi la protection découlant de l'enregistrement au titre de la législation intérieure devrait consister. En particulier, nous ne trouvons aucun élément dans le libellé de l'article 6*quinquies* A 1) étayant une norme minimale de fond s'agissant des droits que les Membres de l'OMC seraient obligés d'accorder au titulaire d'une marque qui a été enregistrée conformément aux prescriptions de l'article 6*quinquies* A 1).[4102]

7.1766. Cette interprétation est étayée par le contexte immédiat de l'article 6*quinquies* A 1). Ainsi qu'il est indiqué plus haut, la Convention de Paris (1967) prévoit qu'un ressortissant d'un pays de l'Union de Paris a deux moyens pour obtenir l'enregistrement d'une marque dans un pays de l'Union autre que le pays d'origine du requérant: l'enregistrement en vertu de l'article 6 de la Convention de Paris (1967) ou l'enregistrement en vertu de l'article 6*quinquies* de la même Convention.[4103] Nous notons également que l'obligation énoncée dans la première clause de l'article 6*quinquies* A 1) est "[soumise aux] réserves indiquées [dans cet] article". L'article 6*quinquies* B prévoit divers motifs pour lesquels une marque visée par cet article pourra "être refusée[] à l'enregistrement" ou "invalidée[]". Les paragraphes C à F de l'article 6*quinquies* traitent aussi de divers aspects de l'enregistrement, tels que le renouvellement de l'enregistrement et la priorité. Aucune de ces réserves ne concerne les droits conférés au titulaire d'une marque qui a été enregistrée conformément à l'article 6*quinquies* A 1).

7.1767. Le Honduras soutient que l'interprétation donnée par l'Australie selon laquelle la "protection" au sens de l'article 6*quinquies* A 1) "découle de l'enregistrement d'une marque" rend redondants ou inutiles les mots "protégée telle quelle", et est, par conséquent, incompatible avec le principe de l'interprétation des traités dit de l'effet utile.[4104] Nous rappelons l'interprétation que nous avons donnée plus haut selon laquelle le terme "protégée" figurant à l'article 6*quinquies* A 1) fait référence à la protection en vertu de la législation intérieure qui découle de l'enregistrement d'un signe comme marque. Les mots "protégée telle quelle" indiquent donc explicitement que les Membres doivent non seulement admettre ces marques en provenance d'autres Membres à l'enregistrement conformément aux conditions déterminées par cette disposition, mais doivent aussi leur assurer la protection qui découle de cet enregistrement en vertu de leur droit interne. À notre avis, cette interprétation donne sens et effet aux mots "protégée telle quelle" et ne les rend pas redondants ou inutiles, puisque c'est l'étape de l'enregistrement d'un signe qui constitue le fondement de la protection juridique qui s'ensuit pour ce dernier en tant que marque enregistrée.

7.1768. Notre interprétation est aussi compatible avec l'objet et le but de l'article 6 et de l'article 6*quinquies* A 1) de la Convention de Paris (1967), qui sont de prévoir, donc d'assurer, deux moyens d'obtenir l'enregistrement d'une marque dans un pays de l'Union de Paris.[4105]

7.1769. Nous constatons que cette interprétation est aussi compatible avec la description générale faite par le Honduras lui-même de la protection juridique des marques au titre de l'Accord sur les ADPIC, dans le contexte de laquelle il fait observer qu'"un certain nombre de pays développés jugeaient que le système de l'OMPI était imparfait, parce que, entre autres choses, les traités administrés par l'OMPI n'établissaient pas de critères de fond pour la protection des droits de propriété intellectuelle".[4106]

7.1770. Dans le contexte de cette allégation, toutefois, le Honduras soutient que la Convention de Paris et l'Accord sur les ADPIC sont deux traités distincts qui "ont des organes d'administration, des contextes, et un objet et des buts différents; [et que] leur interprétation peut, par conséquent,

[4102] Cette interprétation est compatible avec l'approche sous-jacente de la Convention de Paris (1967), qui ne définit pas elle-même le champ de la protection fondamentale d'une marque, sauf dans quelques cas particuliers. À cet égard, nous renvoyons à notre analyse exposée plus loin au paragraphe 7.1906.

[4103] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 130.

[4104] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 377. Pour une analyse du principe de l'interprétation des traités dit de l'effet utile, voir plus loin le paragraphe 7.2022.

[4105] Voir l'analyse exposée plus haut au paragraphe 7.1760.

[4106] Honduras, première communication écrite, paragraphe 146.

aboutir à des résultats différents". Le Honduras estime que "[l]e fait que le lien entre l'"usage" et le "niveau de protection des droits de propriété intellectuelle minimum garanti sur le plan international" ait pu être plus ténu au titre de la Convention de Paris ne signifie pas que ce lien reste le même après la création du cadre de l'Accord sur les ADPIC". Manifestement, avec l'introduction de l'Accord sur les ADPIC, la portée des droits de propriété intellectuelle garantis sur le plan international, en l'occurrence des droits de marque, a évolué."[4107] À cet égard, le Honduras fait valoir que la note de bas de page 3 de l'Accord sur les ADPIC constitue un contexte utile pour interpréter le terme "protection" au sens de l'article 6*quinquies* A 1) de la Convention de Paris (1967). Il affirme que les notions d'existence, d'acquisition, de portée, de maintien des droits et de moyens de les faire respecter mentionnées dans la note de bas de page 3 ont un dénominateur commun fondamental, à savoir l'"usage" d'une marque. Selon le Honduras, "une mesure qui interdit l'usage de marques ne peut pas être considérée comme une mesure qui protège les marques".[4108]

7.1771. La note de bas de page 3 de l'Accord sur les ADPIC se lit comme suit:

> Aux fins des articles 3 et 4, la "protection" englobera les questions concernant l'existence, l'acquisition, la portée, le maintien des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter ainsi que les questions concernant l'exercice des droits de propriété intellectuelle dont le présent accord traite expressément.

7.1772. Selon ses propres termes, la note de bas de page 3 définit le terme "protection" aux fins des obligations en matière de traitement national et de traitement NPF au titre des articles 3 et 4 de l'Accord sur les ADPIC. Le Groupe spécial *Indonésie – Automobiles* a expliqué que "[c]omme il ressort[ait] clairement de la note de bas de page relative à l'article 3 de l'Accord sur les ADPIC, la règle du traitement national énoncée dans cet article ne s'appliqu[ait] pas à l'exercice des droits de propriété intellectuelle d'une manière générale mais uniquement aux "questions concernant l'exercice des droits de propriété intellectuelle dont le présent accord trait[ait] expressément"".[4109] Dans son contexte, son but exprès est de définir la portée des obligations en matière de traitement national et de traitement NPF relatives aux droits de propriété intellectuelle, et non de définir la portée des droits en tant que tels. Les critères de fond concernant les droits accordés aux titulaires de marques sont définis ailleurs dans l'Accord. Nous ne pensons pas comme le Honduras que la note de bas de page 3 de l'Accord sur les ADPIC devrait être interprétée comme ayant une fonction additionnelle outre ce but exprès, et donc comme élargissant le sens du terme "protégée" figurant dans la Convention de Paris (1967) pour englober les droits minimaux fondamentaux que les Membres seraient obligés de conférer au titulaire d'une marque ou, en particulier, que ces droits minimaux devraient englober "un usage minimal des marques" ou la "faculté de faire usage d'une marque".[4110] Nous ne voyons rien qui permette d'amalgamer la portée des obligations en matière de traitement national et de traitement NPF et la portée définie séparément des droits de marque accordés au titre de l'Accord sur les ADPIC.

7.1773. Le Honduras laisse entendre que l'interprétation de l'article 6*quinquies* dans le contexte de la Convention de Paris et tel qu'il est incorporé dans l'Accord sur les ADPIC "peut … aboutir à des résultats différents".[4111] En ce qui concerne l'interprétation des dispositions des traités préexistants incorporés par référence dans l'Accord sur les ADPIC, nous notons que, comme le Groupe spécial *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur* l'a fait observer, "un principe général d'interprétation consiste à adopter le sens qui concilie les textes de différents traités et évite qu'il y ait un conflit entre eux. En conséquence, il faudrait éviter d'interpréter l'Accord sur les ADPIC comme signifiant autre chose que la Convention de Berne sauf lorsque cela est explicitement prévu."[4112] À notre avis, cette déclaration, qui a été faite en relation avec les dispositions de la Convention de Berne (1971) telle qu'elle est incorporée dans l'Accord sur les ADPIC, s'applique de même à l'interprétation des dispositions de la Convention de Paris (1967) telle qu'elle est incorporée dans l'Accord sur les ADPIC. Les groupes spéciaux chargés du règlement des différends et l'Organe d'appel ont interprété constamment le sens des dispositions pertinentes des Conventions de Paris et de Berne incorporées dans l'Accord sur les ADPIC, et

[4107] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 379. (note de bas de page omise)
[4108] Honduras, première communication écrite, paragraphe 264. (souligné dans l'original)
[4109] Rapport du Groupe spécial *Indonésie – Automobiles*, paragraphe 14.275.
[4110] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 374.
[4111] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 379. (note de bas de page omise)
[4112] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, paragraphe 6.66.

même de certaines dispositions de l'Accord sur les ADPIC lui-même[4113], en se référant à leur sens dans ces conventions.[4114] Rien dans le texte de l'Accord sur les ADPIC n'indique que les négociateurs ont souhaité modifier la teneur de l'article 6*quinquies* de la Convention de Paris (1967) en l'incorporant par référence dans l'Accord sur les ADPIC. En l'absence d'indication du contraire, nous n'avons par conséquent aucune base nous permettant de supposer que l'incorporation de cette disposition était destinée à faire référence à quoi que ce soit d'autre qu'à sa teneur telle qu'elle figure dans la Convention de Paris (1967). En conséquence, nous ne voyons rien non plus qui permette de l'interpréter comme signifiant autre chose que ce qu'elle signifie dans cette Convention. Il convient de noter que l'Organe d'appel, dans son examen approfondi de l'article 6*quinquies*[4115], a considéré cette disposition dans son contexte de la Convention de Paris et a cité une observation de référence concernant la Convention de Paris[4116] lorsqu'il a établi sa portée. Dans ce contexte, nous ne partageons pas l'avis du Honduras selon lequel les dispositions de l'article 6*quinquies* telles qu'elles sont incorporées dans l'Accord sur les ADPIC devraient être interprétées différemment de ces dispositions dans le contexte de la Convention de Paris (1967).

7.1774. Nous concluons que le Honduras et Cuba n'ont pas démontré que, du fait des mesures TPP, l'Australie "[n'admettait pas] au dépôt et [ne protégeait pas] telle quelle" toute marque régulièrement enregistrée dans le pays d'origine au sens de l'article 6*quinquies* de la Convention de Paris (1967). En ce qui concerne l'application de la Loi TPP, nous notons que, comme expliqué dans son exposé des motifs, l'article 28 de la Loi TPP "préserve la capacité du titulaire d'une marque de la protéger et de l'enregistrer, et d'en maintenir l'enregistrement".[4117] Ainsi qu'il a été indiqué plus haut, nous croyons comprendre que les plaignants n'allèguent pas que, du fait des mesures TPP, un ressortissant d'un autre Membre de l'OMC ne pourrait pas obtenir l'enregistrement d'une marque en Australie conformément aux conditions déterminées par l'article 6*quinquies*.[4118] S'agissant du sens des mots "protégée telle quelle", nous rappelons notre interprétation selon laquelle cette expression indique explicitement que les Membres doivent non seulement admettre les marques pertinentes en provenance d'autres Membres à l'enregistrement conformément aux conditions déterminées par l'article 6*quinquies*, mais doivent aussi leur assurer la protection qui découle de cet enregistrement en vertu de leur droit interne.[4119] Les plaignants n'ont pas montré qu'une marque enregistrée en Australie conformément à l'article 6*quinquies* ne serait pas "protégée telle quelle" au sens de l'article 6*quinquies* A 1), à savoir que l'Australie n'assurerait pas à cette marque la protection qui découle de l'enregistrement en vertu de son droit interne. Nous concluons donc aussi que les mesures TPP ne constituent pas un manquement aux obligations de l'Australie au titre de l'article 6*quinquies* A 1) d'admettre au dépôt et de protéger telle quelle toute marque régulièrement enregistrée dans le pays d'origine au sens de cette disposition au motif qu'elles restreignent l'usage de certaines marques sur l'emballage pour la vente au détail de tabac et sur les produits du tabac.

7.1775. Compte tenu de ce qui précède, nous constatons que le Honduras et Cuba n'ont pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec l'article 6*quinquies* de la Convention de Paris (1967).

[4113] Le Groupe spécial *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques* a noté que l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC était fondé sur le texte de l'article 9 2) de la Convention de Berne (1971), et a examiné l'historique de la rédaction de cette dernière disposition pour confirmer l'interprétation donnée par le Groupe spécial de la première disposition. Rapport du Groupe spécial *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques*, paragraphes 7.70 à 7.72. Voir aussi plus loin les paragraphes 7.1909 à 7.1911, en prenant note de ce que l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC est fondé sur l'article 7 de la Convention de Paris (1967).

[4114] Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphes 145 et 146; le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphes 8.81 et 8.82; et le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, paragraphes 6.48 à 6.59, et 6.72 et 6.73.

[4115] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphes 122 à 148.

[4116] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 138. L'Organe d'appel a aussi cité une publication de l'OMPI datée de 1983 commentant l'historique de la négociation de la Convention de Paris. *Ibid.*, paragraphe 146.

[4117] Exposé des motifs concernant le projet de loi TPP (pièces AUS-2, JE-7), page 15.

[4118] Voir plus haut le paragraphe 7.1764.

[4119] Voir plus haut le paragraphe 7.1767.

7.3.2 Article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC

7.1776. Nous passons maintenant aux allégations des plaignants au titre de l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC. Cet article figure dans la section 2 de la Partie II de l'Accord sur les ADPIC qui porte sur les marques de fabrique ou de commerce, et fait partie de l'article 15, intitulé "Objet de la protection".

7.1777. L'article 15:4 se lit comme suit:

> La nature des produits ou services auxquels une marque de fabrique ou de commerce s'appliquera ne constituera en aucun cas un obstacle à l'enregistrement de la marque.

7.1778. Le Honduras, la République dominicaine, Cuba, par référence[4120], et l'Indonésie allèguent que les mesures TPP enfreignent l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC parce qu'elles constituent un obstacle à l'enregistrement des marques sur la base de la nature des produits auxquels elles s'appliqueraient.

7.1779. L'Australie demande au Groupe spécial de rejeter ces allégations dans leur intégralité.

7.1780. Nous donnons d'abord un aperçu des allégations et arguments des parties, et des principaux arguments des tierces parties, avant de définir notre approche de l'examen de ces allégations et de les traiter.

7.3.2.1 Principaux arguments des parties

7.1781. Le Honduras fait valoir que si un Membre exige l'usage pour enregistrer des signes intrinsèquement non distinctifs, mais, en même temps, restreint la capacité du requérant de faire usage de ce signe sur un produit particulier (mais pas sur d'autres produits), uniquement en raison de la nature du produit, le Membre a enfreint l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC, lu dans le contexte de l'article 15:1.[4121] À son avis, en Australie la nature des produits (en l'espèce les produits du tabac) est un obstacle majeur à l'enregistrement d'une marque, ce qui est contraire à l'article 15:4.[4122]

7.1782. Le Honduras note qu'en vertu des mesures TPP, une marque dénominative non intrinsèquement distinctive peut être utilisée sur des produits du tabac de façon à acquérir un caractère distinctif par l'usage. Toutefois, il n'est pas permis de faire usage d'un dessin de marque non intrinsèquement distinctif, comme un logo, sur un produit du tabac et ce dessin de marque ne pourra donc jamais acquérir un caractère distinctif par l'usage.[4123] Par conséquent, un requérant ne pourrait pas établir qu'une marque non dénominative non intrinsèquement distinctive distingue en fait le produit dans l'esprit des consommateurs au sens de l'article 41 de la Loi TM, et il ne serait pas autorisé à l'enregistrer comme marque. Cet obstacle à l'enregistrement est dû uniquement à la nature des produits, à savoir des produits du tabac.[4124]

7.1783. Le Honduras ajoute qu'il importe de noter que l'article 15:1, troisième phrase, reconnaît que les signes enregistrables peuvent être intrinsèquement distinctifs ou non mais propres à acquérir un caractère distinctif par l'usage. Son allégation au titre de l'article 15:4 concerne les obstacles imposés à l'enregistrement des marques qui entrent dans la seconde catégorie de signes.[4125]

7.1784. Le Honduras fait en outre valoir que l'article 28 de la Loi TPP ne remédiait pas aux effets négatifs des mesures TPP sur la capacité des requérants d'enregistrer des marques non distinctives.[4126] Il fait valoir que, bien que l'article 28 de la Loi TPP protège principalement contre la perte d'enregistrement ou de protection qui aurait pu autrement être la conséquence de la

[4120] Voir plus haut la note de bas de page 3970.
[4121] Honduras, première communication écrite, paragraphe 215; et deuxième communication écrite, paragraphe 239.
[4122] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 239.
[4123] Honduras, observations sur la question n° 27 du Groupe spécial.
[4124] Honduras, première communication écrite, paragraphe 205.
[4125] Honduras, première communication écrite, paragraphe 188.
[4126] Honduras, première communication écrite, paragraphe 214.

prescription relative à l'usage sérieux de la marque pour le maintien de l'enregistrement et de la protection[4127], cet article ne traite pas de l'obligation fondamentale de la législation sur les marques de l'Australie, à savoir l'article 43 1) de la Loi TM, selon lequel seuls les signes distinctifs méritent la protection des marques.[4128]

7.1785. La République dominicaine fait valoir que lorsqu'un Membre, comme l'Australie, exige l'usage afin d'enregistrer un signe non intrinsèquement distinctif, mais empêche ou restreint strictement l'usage de ce signe en ce qui concerne certains types de produits mais pas d'autres, le Membre crée "un obstacle à l'enregistrement [d']"une marque qui est dû à la "nature des produits". Ce régime juridique enfreint le principe de non-discrimination énoncé à l'article 15:4 parce que, en ce qui concerne l'enregistrement des signes non intrinsèquement distinctifs, il établit une discrimination fondée sur la nature du produit.[4129]

7.1786. La République dominicaine fait valoir que l'article 15:4 est une forme d'obligation de non-discrimination qui empêche les Membres, lorsqu'ils enregistrent des marques, d'établir une discrimination fondée sur la nature ou le type de produit ou de service que la marque distinguera.[4130] En vertu des mesures TPP, l'usage de tous les signes sur les produits du tabac est interdit ou fortement restreint. De ce fait, il n'y a aucune possibilité pour un signe non intrinsèquement distinctif pour les produits du tabac d'obtenir un caractère distinctif par l'usage (à l'exception des marques dénominatives) et, par conséquent, aucune possibilité d'enregistrer ces signes comme marques pour les produits du tabac.[4131] La République dominicaine fait valoir que, étant donné que cet obstacle s'applique précisément en raison de la "nature" des produits en tant que produits du tabac[4132], l'Australie a enfreint l'article 15:4 parce que les mesures TPP établissent une discrimination à l'égard de l'enregistrement de marques pour les signes non intrinsèquement distinctifs pour les produits du tabac.[4133]

7.1787. Cuba, par référence, incorpore les arguments concernant l'article 15:4 présentés par le Honduras, l'Indonésie, la République dominicaine, et l'Ukraine.[4134] Elle fait valoir, par référence à la première communication écrite de l'Ukraine, que lorsqu'une mesure fait qu'il est impossible que des signes non intrinsèquement distinctifs acquièrent un caractère distinctif et ainsi satisfassent à la prescription fondamentale qui conditionne l'enregistrement comme marque en raison de la nature du produit, un obstacle à l'enregistrement de la marque a été créé en violation de l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC.[4135] Les mesures TPP constituent donc un obstacle illicite à l'enregistrement et à la protection des marques non dénominatives et des marques dénominatives stylisées qui s'appliqueront aux produits du tabac.[4136]

7.1788. Cuba fait en outre valoir que si la possibilité d'être admis à bénéficier de la protection au titre de l'article 16:1, ou de la protection étendue au titre de l'article 16:3, est réduite, restreinte ou supprimée en imposant des limites à l'usage de la marque protégée sur la base de la nature des produits pour lesquels la marque sera utilisée – nonobstant le fait qu'ils continuent d'être des produits d'une telle nature qu'ils peuvent être vendus et fournis légalement au cours d'opérations commerciales – le principe directeur de l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC a été enfreint.[4137] À l'appui de cet argument, elle précise que le terme "enregistrement" peut également être lu d'une manière plus fondamentale comme englobant nécessairement les droits découlant de l'acte

[4127] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 244.
[4128] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 244.
[4129] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 283.
[4130] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 277.
[4131] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 52.
[4132] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 293.
[4133] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 294.
[4134] Comme il est indiqué plus haut dans la note de bas de page 4062, Cuba incorpore par référence les allégations et arguments avancés par la République dominicaine, le Honduras, l'Indonésie et l'Ukraine dans leurs premières communications écrites. Cuba, première communication écrite, paragraphe 428. Comme nous avons décrit séparément les arguments pertinents des autres plaignants, dans les deux paragraphes qui suivent, nous résumerons uniquement les principaux arguments incorporés de l'Ukraine.
[4135] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 201).
[4136] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 188).
[4137] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 201).

administratif d'enregistrement.[4138] L'article 15:4 confirme que les marques doivent être examinées et protégées indépendamment du produit ou service auquel elles s'appliqueront[4139], et interdit que les lois nationales établissent un système différent de protection des marques pour les produits du tabac par rapport à d'autres produits.[4140] Cuba fait valoir que, du fait des mesures TPP, l'Australie accorde une protection plus faible au titre de l'article 16:1 et 16:3, ainsi que de son droit interne, qui dépasse les droits minimaux garantis par l'Accord sur les ADPIC, aux marques relatives au tabac par rapport aux marques non relatives au tabac, uniquement en raison de la nature du produit. Les mesures TPP constituent donc un obstacle illicite à l'enregistrement et à la protection des marques non dénominatives et des marques dénominatives stylisées qui s'appliqueront aux produits du tabac[4141], en violation de l'obligation incombant à l'Australie de conférer les protections des marques selon les mêmes modalités et conditions nonobstant la nature du produit.[4142]

7.1789. L'Indonésie fait valoir que lorsqu'un Membre exige un usage antérieur afin d'enregistrer des marques non intrinsèquement distinctives, comme l'Australie l'a fait, mais en même temps restreint la capacité d'un requérant de faire usage d'un signe relatif à une classe particulière de produits afin d'acquérir un caractère distinctif, il enfreint l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC.[4143] Elle explique que, mis à part les marques dénominatives simples, les mesures TPP empêchent les marques pour les produits du tabac qui ne sont pas intrinsèquement distinctives d'acquérir un caractère distinctif par l'usage, qui est expressément requis pour l'enregistrement en vertu de la législation australienne. Par conséquent, l'enregistrement des marques non intrinsèquement distinctives en Australie dépend de la nature des produits auxquels elles s'appliqueront[4144], en violation de l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC.[4145]

7.1790. Tout en convenant que l'article 15:4 ne crée pas un droit de faire usage d'une marque, l'Indonésie fait valoir que lorsqu'un Membre choisit de subordonner l'enregistrabilité des marques à l'usage, il est tenu par l'article 15:4 de ne pas interdire l'usage de ces marques sur la base de la nature des produits auxquels elles s'appliquent. Comme l'Australie l'a elle-même admis, les mesures TPP restreignent complètement l'usage des marques non intrinsèquement distinctives sur la base de la nature des produits auxquels elles s'appliquent, ce qui les empêchent de pouvoir être enregistrées comme marques, en violation de l'article 15:4.[4146] L'Indonésie note que l'article 28 de la Loi TPP ne permet pas de remédier à cela, car il n'offre aucune possibilité d'enregistrement aux marques non intrinsèquement distinctives qui seront développées dans le futur.[4147]

7.1791. L'Australie fait valoir que l'article 15 de l'Accord sur les ADPIC prévoit certaines limitations de la capacité d'un Membre de fixer des prescriptions relatives à l'admissibilité à l'enregistrement d'une marque sur son territoire. Toutefois, l'article 15:4 indique clairement qu'un Membre peut réglementer un produit d'une façon qui peut restreindre ou interdire l'usage d'une marque sur son territoire, tant que le Membre ne refuse pas d'enregistrer une marque sur la base de la nature d'un produit.[4148] L'Australie estime que les plaignants n'ont pas établi *prima facie* l'existence d'une violation de l'article 15:4, car ils n'ont pas démontré que, selon les mesures TPP, l'Australie n'enregistrait pas les marques sur la base de la nature du produit correspondant.[4149]

7.1792. L'Australie relève l'argument des plaignants selon lequel, en empêchant l'usage de certains "signes" non intrinsèquement distinctifs, les mesures TPP empêchent ces signes d'acquérir un caractère distinctif par l'usage, et constituent ainsi un "obstacle à l'enregistrement" de ces signes comme marques. Elle allègue que les plaignants confondent les concepts de "signes" et de

[4138] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 187).
[4139] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 179).
[4140] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 216).
[4141] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 188).
[4142] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 219).
[4143] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 61.
[4144] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 194.
[4145] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 200.
[4146] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 64.
[4147] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 199.
[4148] Australie, première communication écrite, paragraphes 298 et 299.
[4149] Australie, première communication écrite, paragraphe 301.

"marques de fabrique ou de commerce". Comme il est prévu à l'article 15:1, un signe doit être propre à distinguer les produits et les services d'une entreprise de ceux d'une autre entreprise afin de "constituer une marque de fabrique ou de commerce" (et, par conséquent, d'être susceptible d'être enregistré). Si un signe n'est pas intrinsèquement distinctif, et n'a pas encore acquis un caractère distinctif par l'usage (pour quelque raison que ce soit), il n'est tout simplement pas une "marque de fabrique ou de commerce"[4150] et n'entre donc pas dans le champ d'application de l'article 15:4.

7.1793. L'Australie fait valoir que l'article 15:4 dispose que les Membres ne peuvent pas refuser d'enregistrer une marque (qui, par implication nécessaire, doit déjà être propre à distinguer des produits) sur la base de la nature des produits correspondants. L'obligation ne consiste pas, comme les plaignants le donnent à penser, à garantir l'usage de tous les signes non intrinsèquement distinctifs de sorte qu'ils puissent devenir distinctifs dans le futur et donc constituer une marque susceptible d'être enregistrée.[4151]

7.1794. L'Australie ajoute que l'article 28 de la Loi TPP garantit que l'application de cette loi n'empêche pas un titulaire d'enregistrer une marque au titre de la Loi TM. En outre, aucun des plaignants n'a fourni de quelconque élément de preuve démontrant que des marques ne pouvaient pas être enregistrées du fait des mesures TPP.[4152]

7.1795. L'Australie note en outre que de nombreux signes ne sont pas distinctifs en l'absence d'usage, et que dans la pratique, l'interprétation des plaignants signifierait que les Membres doivent garantir le droit de vendre des produits, et de faire de la publicité pour ces produits sur leur territoire, indépendamment de la nature de ces produits, pour permettre aux signes non distinctifs d'acquérir un caractère distinctif.[4153] Elle considère que la distinction faite par les plaignants entre la réglementation du produit et la réglementation de l'usage de la marque est "à la fois fallacieuse et fausse" parce que les mesures TPP ont été mises en œuvre "afin de réglementer un produit dangereux et dépendogène en restreignant sa publicité et sa promotion".[4154]

7.1796. L'Australie prend note de la deuxième allégation de Cuba, telle que formulée par l'Ukraine, selon laquelle l'article 15:4 interdit à un Membre d'accorder une protection plus faible au titre de l'article 16:1 et 16:3, ou du droit interne, à certaines marques sur la base de la nature du produit auquel la marque s'appliquera.[4155] Elle répond que l'allégation repose entièrement sur l'affirmation selon laquelle, malgré son sens ordinaire, le terme "enregistrement" peut aussi être lu d'une manière plus fondamentale comme faisant nécessairement référence aux droits découlant de l'enregistrement. Toutefois, l'article 15:4 dispose seulement que les Membres ne peuvent pas refuser d'enregistrer des marques sur la base de la nature des produits correspondants. Il ne dit rien sur la nature de la protection qui découle de l'enregistrement. Si cet article était censé viser la nature de la protection accordée aux marques du fait de l'enregistrement, les rédacteurs l'auraient indiqué clairement.[4156]

7.1797. Le Honduras répond que la distinction faite par l'Australie entre les concepts de "marques de fabrique ou de commerce" et de "signes" dans le contexte de l'article 15 "est artificielle"[4157] et "fondée sur un raisonnement circulaire et une interprétation trop formaliste des termes figurant à l'article 15:4, isolés de leur contexte".[4158] Il fait valoir que l'article 15:1 fait référence à des signes distinctifs qui sont propres à constituer des marques. Ces signes sont susceptibles d'être enregistrés comme marque, tout comme les signes non intrinsèquement distinctifs qui, dans plusieurs juridictions, y compris l'Australie, acquièrent le caractère distinctif requis par l'usage. L'article 15 est donc centré sur les *signes* qui sont distinctifs ou qui acquièrent un caractère distinctif par l'usage et peuvent donc être enregistrés comme *marques*. Le Honduras estime que l'accent mis sur les signes et le point de savoir s'ils peuvent être enregistrés comme marques,

[4150] Australie, première communication écrite, paragraphes 302 et 303.
[4151] Australie, première communication écrite, paragraphe 304.
[4152] Australie, première communication écrite, paragraphe 308.
[4153] Australie, première communication écrite, paragraphe 306.
[4154] Australie, première communication écrite, paragraphe 307.
[4155] Australie, première communication écrite, paragraphe 309, note de bas de page 500.
[4156] Australie, première communication écrite, paragraphe 309, note de bas de page 500.
[4157] Honduras, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 30.
[4158] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 239.

sans que la nature du produit auquel elles s'appliquent crée un obstacle à l'enregistrement, est donc approprié et compatible avec le texte et le contexte de l'article 15:4.[4159]

7.1798. La République dominicaine répond que l'Australie ne tient pas compte du contexte pour l'interprétation de la définition des marques qui figure à l'article 15:1, et donne une lecture de cette définition qui exclut le terme "propre".[4160] Elle fait valoir que, étant donné le sens ordinaire du terme "propre", les signes non intrinsèquement distinctifs qui ont la capacité de "distinguer les produits d'une entreprise de ceux d'autres entreprises" sont considérés comme des "marques de fabrique ou de commerce", selon la définition que l'article 15:1 donne de cette expression. De plus, l'article 15:1 dispose que les Membres *pourront* subordonner l'enregistrabilité des signes non intrinsèquement distinctifs au caractère distinctif acquis par l'usage, ce qui indique que les Membres peuvent aussi choisir d'enregistrer des signes non intrinsèquement distinctifs comme "marques de fabrique ou de commerce" même sans caractère distinctif effectif acquis par l'usage.[4161]

7.1799. La République dominicaine cherche d'autres indications à l'article 6*quinquies* B de la Convention de Paris. Elle fait valoir que, puisque l'article 6*quinquies* B 2) mentionne la possibilité de refuser l'enregistrement pour des "marques de fabrique ou de commerce" qui sont "dépourvues de tout caractère distinctif"[4162], l'expression "marque de fabrique ou de commerce" englobe les signes qui ne sont pas intrinsèquement distinctifs et qui n'ont pas encore acquis un caractère distinctif par l'usage.[4163]

7.1800. L'Indonésie ne pense pas que l'acceptation de sa position forcerait tous les Membres de l'OMC à autoriser la publicité et la vente de tous les produits quel que soit leur caractère éventuellement dangereux ou dépendogène. Comme rien dans l'Accord sur les ADPIC n'empêche la réglementation de produits, un Membre serait libre d'interdire la vente de tabac s'il souhaitait le faire.[4164]

7.3.2.2 Principaux arguments des tierces parties

7.1801. Selon l'Argentine, l'article 15 de l'Accord sur les ADPIC établit certaines limitations de la capacité d'un Membre d'imposer des prescriptions relatives à l'admissibilité pour l'enregistrement d'une marque sur son territoire.[4165] Elle note que l'article 15:4 ne fait pas référence à la jouissance des droits, mais simplement à leur existence[4166], alors que l'article 16 définit les droits exclusifs du titulaire de la marque en termes négatifs (le droit d'exclure autrui).[4167] À son avis, par conséquent, l'article 15:4 ne peut pas être interprété comme empêchant un Membre de limiter ou d'interdire l'usage de marques pour la commercialisation de produits ou de services sur la base de raisons de santé publique, de sécurité ou d'autres raisons.[4168]

7.1802. L'Argentine pense que l'interdiction prévue à l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC fait référence à l'enregistrement d'une marque, alors que la Loi TPP fait référence à l'usage de la marque enregistrée.[4169] Elle reconnaît que l'usage de la marque enregistrée est l'un des principaux objectifs de l'enregistrement et indique que le "caractère distinctif atteint uniquement son but dans un système d'enregistrement déclaratif, parce que dans de tels cas il y a toujours un usage antérieur, de sorte que la différenciation existe déjà. D'autre part, dans un système constitutif, le caractère distinctif sera toujours potentiel et sera examiné en ce qui concerne le produit ou service à distinguer." L'Argentine pense que le Groupe spécial devrait tenir compte de cette différence entre les deux traditions différentes en ce qui concerne l'enregistrement des marques, car dans un

[4159] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 239.
[4160] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 47.
[4161] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 280; et deuxième communication écrite, paragraphe 48.
[4162] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 49.
[4163] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 49.
[4164] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 65.
[4165] Argentine, communication en tant que tierce partie, paragraphe 21.
[4166] Argentine, communication en tant que tierce partie, paragraphe 22.
[4167] Argentine, communication en tant que tierce partie, paragraphe 22.
[4168] Argentine, communication en tant que tierce partie, paragraphe 22.
[4169] Argentine, communication en tant que tierce partie, paragraphe 24.

système constitutif, il n'y aura jamais de caractère distinctif avant que la marque ait effectivement été utilisée.[4170]

7.1803. Le Canada fait valoir que l'article 15:4 fait en sorte que l'enregistrement d'une marque soit indépendant à la fois de la catégorie des produits/services et de la légalité des produits/services dans la juridiction (c'est-à-dire, de la question de savoir si les produits/services peuvent être vendus légalement).[4171] À son avis, la disposition ne traite pas des protections découlant de l'enregistrement d'une marque, et n'établit pas non plus un droit de faire usage d'une marque enregistrée, mais prescrit simplement et exclusivement aux Membres de ne pas établir d'obstacles à l'enregistrement sur la base de la nature des produits/services. Par conséquent, une mesure enfreint uniquement l'article 15:4 lorsqu'il est prouvé qu'elle est un obstacle à l'enregistrement sur la base de la nature des produits/services. Il s'ensuit que lorsqu'une mesure restreint ou empêche l'usage d'une marque mais n'entrave pas son enregistrement, il n'y a aucune raison qu'une allégation aboutisse au titre de l'article 15:4.[4172]

7.1804. Le Canada fait valoir en outre que l'article 15:4 ne garantit pas la possibilité, ou n'accorde pas le droit, d'acquérir un caractère distinctif pour les signes non intrinsèquement distinctifs. Cela créerait le droit de faire usage d'un signe si ce signe a le potentiel de devenir une marque, ce qui n'est pas un droit protégé par l'Accord sur les ADPIC. Les arguments et exemples des plaignants démontrent que c'est l'élément du signe lui-même (le fait qu'il n'est pas distinctif), plutôt qu'une mesure qui interdit l'usage, qui crée l'obstacle à l'enregistrement.[4173] Le Canada estime que donner une lecture qui inclut le droit de faire usage d'un signe ou d'une marque dans l'Accord sur les ADPIC créerait des résultats intenables[4174], car une telle interprétation rendrait redondant l'article 15:1 et 15:3, qui établit que les Membres ont le droit d'exiger l'usage avant l'enregistrement.[4175] Il fait en outre valoir que cette interprétation empêcherait les Membres d'interdire tout produit ou service parce qu'une interdiction conduirait nécessairement à empêcher l'usage de signes et de marques associés aux produits/services interdits et, par voie de conséquence, à une incapacité pour les signes non intrinsèquement distinctifs d'acquérir un caractère distinctif.[4176]

7.1805. De l'avis du Canada, les Membres ont préservé clairement et sans équivoque la liberté de réglementer dans l'intérêt de la protection de la santé publique, comme il ressort des articles 7 et 8:1 de l'Accord sur les ADPIC, et du paragraphe 4 de la Déclaration de Doha sur la santé publique.[4177] L'article 15:4 doit donc être interprété d'une manière qui appuie le droit des Membres de protéger la santé publique, et non de façon à restreindre la capacité des Membres de prendre des mesures pour protéger la santé publique.[4178]

7.1806. Le Guatemala estime que, d'après les mesures TPP telles qu'elles sont contestées dans la première communication écrite de l'Ukraine, l'"obstacle allégué à l'enregistrement d'une marque serait le faible usage (conformément à l'article 15:3) mais pas nécessairement la "nature des produits ou services auxquels une marque s'appliquera" (conformément à l'article 15:4)".[4179] Il ne pense donc pas que les mesures TPP enfreignent l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC.[4180]

7.1807. La Nouvelle-Zélande fait valoir que l'article 15:4 ne fait pas référence à la jouissance de droits, mais seulement à leur existence[4181], et ne peut pas être interprété comme empêchant un Membre de limiter ou d'interdire l'usage de marques pour la commercialisation de produits ou de services sur la base de raisons de santé publique, de sécurité ou d'autres raisons.[4182] À son avis, pour qu'il y ait violation de l'article 15:4, la nature des produits auxquels une marque s'applique (y compris le point de savoir si les produits ont une incidence préjudiciable sur la santé) doit être un

[4170] Argentine, communication en tant que tierce partie, paragraphe 25.
[4171] Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphe 36.
[4172] Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphe 37.
[4173] Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphe 39.
[4174] Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphe 40.
[4175] Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphe 40.
[4176] Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphe 41.
[4177] Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphe 42.
[4178] Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphe 42.
[4179] Guatemala, communication en tant que tierce partie, paragraphe 30.
[4180] Guatemala, communication en tant que tierce partie, paragraphe 31.
[4181] Nouvelle-Zélande, communication en tant que tierce partie, paragraphe 22.
[4182] Nouvelle-Zélande, communication en tant que tierce partie, paragraphe 22.

obstacle à l'enregistrement de la marque.[4183] La Nouvelle-Zélande fait valoir que les plaignants ne tiennent pas compte du sens ordinaire et de l'effet de l'article 28 de la Loi TPP[4184], qui indique clairement que l'application de la Loi TPP n'empêche pas un titulaire d'enregistrer une marque.[4185] Elle estime aussi que les plaignants amalgament l'article 15:1, qui donne une définition de ce qui peut constituer une marque, avec l'article 15:4, qui traite de l'enregistrement des marques.[4186]

7.1808. Le Nicaragua fait valoir que les mesures TPP enfreignent l'article 15:1 et 15:4 de l'Accord sur les ADPIC en empêchant que certaines marques valides soient utilisées pour distinguer des produits sans une évaluation individuelle de la nature de la marque. "Pour les signes figuratifs et les signes non intrinsèquement distinctifs, l'infraction est claire car ils ne peuvent pas constituer une "marque de fabrique ou de commerce" selon la définition correcte de cette expression et il leur est interdit d'être enregistrés en raison de la nature du produit respectivement."[4187] Le Nicaragua estime en outre que les termes utilisés et les conditions imposées par l'Accord sur les ADPIC, y compris les termes "propre à distinguer", "propre à constituer une marque de fabrique ou de commerce" et "caractère distinctif acquis par l'usage", reflètent la nature fonctionnelle des marques et qu'il faut leur donner un sens. Une approche formaliste de l'interprétation de l'Accord sur les ADPIC rendrait effectivement inutile ces termes et conditions et ne serait donc pas compatible avec le principe de l'interprétation des traités dit de l'effet utile.[4188]

7.1809. La Norvège fait valoir que le texte de l'article 15:4 indique clairement qu'il concerne des limitations imposées aux Membres quant à l'enregistrement d'une marque, plutôt que des obstacles à l'usage d'une marque. Cette interprétation est étayée par le fait que le libellé est le même que celui de l'article 7 de la Convention de Paris, une disposition qui est interprétée comme ayant "un champ d'application plutôt étroit". Il est particulièrement important pour le différend à l'examen que l'OMPI ait expliqué que "[s]i une loi nationale n'exclu[ait] pas les marques pour certains types de produits de l'enregistrement, mais limit[ait] seulement l'usage de ces marques, cela ne constituerait pas une infraction" à l'article 7. Compte tenu de ce qui précède, la Norvège estime que l'article 15:4 restreint seulement les droits des Membres de refuser l'enregistrement. Il ne restreint pas – ou en fait n'affecte pas – les droits des Membres de limiter l'usage d'une marque.[4189]

7.1810. Oman souscrit aux arguments juridiques de l'Australie[4190] et estime que rien dans l'Accord sur les ADPIC ne confère aux titulaires de marques un droit positif de faire usage de leurs marques. En outre, l'article 8:1 de l'Accord sur les ADPIC prévoit le droit des Membres d'élaborer et de modifier leurs réglementations pour la protection de la santé publique à condition qu'elles soient compatibles avec l'Accord sur les ADPIC.[4191]

7.1811. Singapour estime que l'article 15:4 est inapplicable. Selon ses termes, l'article 15:4 s'applique aux marques qui, conformément à l'article 15:1, sont des signes propres à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises, c'est-à-dire des signes qui sont déjà distinctifs. Lorsque l'article 15:4 est lu conjointement avec l'article 15:1, les signes qui sont intrinsèquement distinctifs sont propres à constituer une marque et ne peuvent être refusés à l'enregistrement en raison de la nature des produits ou services auxquels la marque s'appliquera. Les signes qui ne sont pas intrinsèquement distinctifs mais qui ont acquis un caractère distinctif sont également propres à constituer une marque et ne peuvent être refusés à l'enregistrement en raison de la nature des produits ou services auxquels la marque s'appliquera. Toutefois, les signes qui ne sont pas intrinsèquement distinctifs et qui n'ont pas acquis un caractère distinctif ne sont pas propres à constituer des marques; ils ne sont pas enregistrables en soi et par conséquent, *a fortiori*, il ne peut pas y avoir un quelconque "obstacle à l'enregistrement" en raison de la nature des produits ou services en question.[4192]

[4183] Nouvelle-Zélande, communication en tant que tierce partie, paragraphe 23.
[4184] Nouvelle-Zélande, communication en tant que tierce partie, paragraphe 23.
[4185] Nouvelle-Zélande, communication en tant que tierce partie, paragraphe 24.
[4186] Nouvelle-Zélande, communication en tant que tierce partie, paragraphe 24.
[4187] Nicaragua, communication en tant que tierce partie, paragraphe 21.
[4188] Nicaragua, communication en tant que tierce partie, paragraphe 23.
[4189] Norvège, communication en tant que tierce partie, paragraphe 30.
[4190] Oman, déclaration en tant que tierce partie, paragraphe 4.
[4191] Oman, déclaration en tant que tierce partie, paragraphe 4.
[4192] Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphe 24.

7.1812. Singapour ajoute que la mesure concernant l'emballage neutre n'empêche pas les sociétés productrices de tabac d'enregistrer ou de conserver leurs marques par l'application de l'article 28 de la Loi TPP (qu'il s'agisse de signes qui sont intrinsèquement distinctifs ou de signes qui ont acquis un caractère distinctif). Dans la mesure où l'article 28 ne s'applique pas aux signes qui ne sont pas intrinsèquement distinctifs et n'ont pas acquis un caractère distinctif par l'usage, Singapour estime que les Membres n'ont aucune obligation de permettre à un signe d'acquérir un caractère distinctif.[4193] Elle fait valoir qu'aucune obligation de ce type n'est exprimée à l'article 15:4 (ou à l'article 7 de la Convention de Paris). Si les arguments des plaignants étaient menés à leur conclusion logique, il s'ensuivrait que les Membres ne pourraient pas interdire la vente de produits dont les signes non distinctifs peuvent devenir enregistrables par l'usage. Toutefois, les interdictions de produits ne sont pas prohibées si elles concordent avec les règles applicables au titre des accords visés. Supposer l'existence d'une telle obligation serait également contraire à la justification de l'article 15:4 (et de l'article 7 de la Convention de Paris), qui consiste à rendre la protection indépendante du point de savoir si les produits en question peuvent ou non être vendus légalement dans le pays. Par conséquent, Singapour conclut que l'obligation énoncée à l'article 15:4 ne vise pas à faire en sorte qu'un signe non intrinsèquement distinctif puisse acquérir un caractère distinctif par l'usage, et que la portée de cette obligation ne peut aller jusque-là.[4194]

7.1813. L'Uruguay estime que l'article 15:4 restreint la capacité des Membres de refuser l'enregistrement d'une marque, mais pas la capacité de restreindre ou d'interdire l'usage de la marque. La mesure australienne n'empêche pas l'enregistrement, et ne constitue pas non plus un obstacle à l'enregistrement.[4195]

7.1814. Le Zimbabwe fait valoir que l'Australie a imposé une interdiction concernant les marques sans examiner si des marques individuelles augmentaient les taux de tabagisme ou empêchaient les fumeurs actuels de cesser de fumer. Cela est contraire au principe de l'"indépendance vis-à-vis du produit" reflété à l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC, et ne peut pas être justifié.[4196]

7.3.2.3 Analyse du Groupe spécial

7.1815. Comme il est indiqué plus haut[4197], les mesures TPP réglementent de différentes manières l'apparence des marques[4198] et des "inscriptions"[4199] sur l'emballage pour la vente au détail de tabac et sur les produits du tabac. En ce qui concerne l'emballage pour la vente au détail, les mesures TPP autorisent l'usage de marques dénominatives et d'inscriptions qui indiquent le nom de la marque, la raison sociale ou le nom de la société, ou le nom de variante aux produit, dès lors que ces marques apparaissent sous la forme prescrite par le Règlement TPP. Elles interdisent l'usage de marques dénominatives stylisées, de marques composées et de marques figuratives, ainsi que d'autres éléments décoratifs tant sur les produits du tabac que sur leur emballage pour la vente au détail.

7.1816. Tous les plaignants font valoir que, bien que la législation australienne sur les marques permette en général que les signes non distinctifs acquièrent un caractère distinctif par l'usage pour remplir les conditions requises pour l'enregistrement, le fait que les signes non dénominatifs sont interdits d'usage sur les produits du tabac et leur emballage signifie que les nouveaux signes non dénominatifs qui ne sont pas intrinsèquement distinctifs n'ont aucune possibilité d'acquérir un caractère distinctif par l'usage sur ces produits, et se heurtent donc à des obstacles à l'enregistrement sur la base de la nature des produits en tant que produits du tabac, en violation de l'article 15:4.[4200] L'Australie répond qu'un signe non distinctif n'est pas une "marque de fabrique ou de commerce" au sens de l'article 15:4 et que, par conséquent, cet article ne contient

[4193] Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphe 25.
[4194] Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphe 26.
[4195] Uruguay, communication en tant que tierce partie, paragraphe 50.
[4196] Zimbabwe, communication en tant que tierce partie, paragraphe 34.
[4197] Voir plus haut les sections 2.1.2.3.3 et 2.1.2.4.
[4198] Pour une explication de la terminologie utilisée dans les présents rapports pour différents types de marques, voir plus haut la note de bas de page 4103.
[4199] La définition du terme "inscription" figurant à l'article 4 de la Loi TPP se lit comme suit: "a) inclut (sans limitation) les lignes, lettres, chiffres, symboles, illustrations ou images quels qu'ils soient; mais b) (sauf dans le cas où elle fait référence à une marque) n'inclut pas de marque". Loi TPP (pièces AUS-1 et JE-1), article 4.
[4200] Voir plus haut les paragraphes 7.1782, 7.1786 et 7.1789, et la note de bas de page 4128.

aucune obligation imposant aux Membres de permettre l'usage d'un tel signe non distinctif nonobstant la nature des produits ou services sur lesquels il sera utilisé.[4201]

7.1817. La République dominicaine et le Honduras font également valoir que les mesures TPP sont incompatibles avec l'article 15:4 en ce sens qu'un signe, qui n'est pas intrinsèquement distinctif et n'a pas encore acquis un caractère distinctif par l'usage devrait, néanmoins, être susceptible d'être enregistré dans la mesure où il est "propre à acquérir un caractère distinctif par l'usage".[4202] L'Australie répond que la définition de ce qui peut constituer une "marque de fabrique ou de commerce" figurant à l'article 15:1 n'englobe pas un signe qui n'est pas intrinsèquement distinctif et n'a pas encore acquis un caractère distinctif par l'usage, et que l'obligation figurant à l'article 15:4 ne s'étend donc pas aux signes qui peuvent devenir distinctifs dans le futur.[4203]

7.1818. De plus, Cuba, par référence, fait valoir que la restriction à l'usage des signes prévue par les mesures TPP réduit la protection accordée par l'Australie aux marques relatives au tabac qui découle de l'enregistrement des marques, tant au titre de l'article 16 que du droit interne, et enfreint ainsi ce qu'elle considère comme étant le principe directeur de l'article 15:4 qui consiste à conférer une protection aux marques selon les mêmes modalités et conditions nonobstant la nature du produit.[4204] L'Australie répond que l'article 15:4 interdit seulement les obstacles à l'enregistrement des marques et n'a pas trait à la nature de la protection qui découle de l'enregistrement.[4205]

7.1819. La question dont nous sommes saisis est donc celle de savoir si les mesures TPP représentent un obstacle à l'enregistrement d'une marque sur la base de la nature des produits ou services auxquels la marque s'appliquera, au sens de l'article 15:4, parce qu'elles:

a. empêchent l'enregistrement de signes, qui ne sont pas intrinsèquement distinctifs et n'ont pas encore acquis un caractère distinctifs par l'usage, mais qui sont "propres à acquérir un caractère distinctif par l'usage";

b. empêchent les nouveaux signes non dénominatifs non intrinsèquement distinctifs d'acquérir un caractère distinctif par l'usage et ainsi de devenir susceptibles d'être enregistrés en relation avec les produits du tabac; et

c. réduisent la protection découlant de l'enregistrement pour les marques relatives au tabac en raison de la nature du produit.

7.1820. Les vues divergentes des parties en ce qui concerne ces questions résultent en partie de leurs interprétations différentes des termes de l'article 15:4. Par conséquent, nous examinons d'abord l'interprétation de cet article, avant de passer à un examen de la question de savoir si les mesures TPP sont incompatibles avec ses prescriptions.

7.3.2.3.1 Interprétation de l'article 15:4

7.1821. Nous rappelons que l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC se lit comme suit:

> La nature des produits ou services auxquels une marque de fabrique ou de commerce s'appliquera ne constituera en aucun cas un obstacle à l'enregistrement de la marque.

7.1822. Conformément à l'article 3:2 du Mémorandum d'accord et aux règles coutumières d'interprétation figurant à l'article 31 de la Convention de Vienne[4206], les termes de l'article 15:4

[4201] Voir plus haut le paragraphe 7.1792.
[4202] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 47 et 48; et Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 239 à 241.
[4203] Australie, première communication écrite, paragraphes 302 à 304.
[4204] Voir plus haut le paragraphe 7.1788.
[4205] Voir plus haut le paragraphe 7.1796.
[4206] Convention de Vienne sur le droit des traités, faite à Vienne le 23 mai 1969, Recueil des traités des Nations Unies, volume 1155, page 354.

doivent être interprétés suivant leur sens ordinaire, dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité.[4207]

7.1823. Nous observons d'emblée que, selon une lecture simple de la disposition, pour qu'il existe une violation de l'article 15:4, les éléments ci-après doivent être établis:

a. l'existence d'un "obstacle à l'enregistrement de la marque"; et

b. que cet obstacle soit constitué par la "nature des produits ou services auxquels une marque de fabrique ou de commerce s'appliquera".

7.1824. Par ses termes exprès, l'article 15:4 a trait à un obstacle à l'"enregistrement de la marque de fabrique ou de commerce". Afin de déterminer si un tel "obstacle" existe, par conséquent, nous devons d'abord examiner la notion d'"enregistrement de la marque de fabrique ou de commerce" auquel cet "obstacle" aurait trait. À cet égard, nous notons que les parties ont des vues différentes sur le sens des termes "marque de fabrique ou de commerce" et "enregistrement de la marque", tels qu'ils sont utilisés à l'article 15:4, et en conséquence sur la portée de l'obligation prévue par cette disposition et ce qui peut constituer un "obstacle" à l'"enregistrement" d'une "marque de fabrique ou de commerce", en violation de l'article 15:4. Par conséquent, nous examinons d'abord le sens de l'expression "marque de fabrique ou de commerce" figurant à l'article 15:4.

7.3.2.3.1.1 Sens de l'expression "marque de fabrique ou de commerce" figurant à l'article 15:4

7.1825. L'article 15:4 fait partie de l'article 15 de l'Accord sur les ADPIC, intitulé "Objet de la protection".[4208] Cette disposition énonce un certain nombre d'obligations incombant aux Membres concernant ce qui sera propre à constituer une "marque de fabrique ou de commerce" et en relation avec l'"enregistrement" d'une marque.

7.1826. Toutes les parties disent de l'article 15:1 de l'Accord sur les ADPIC qu'il décrit ce qui doit être propre à constituer une "marque de fabrique ou de commerce", ou qu'il en donne une définition[4209], offrant ainsi un contexte pertinent aux fins de l'interprétation de l'article 15:4.[4210] L'article 15:1 se lit comme suit:

> Tout signe, ou toute combinaison de signes, propre à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises sera propre à constituer une marque de fabrique ou de commerce. De tels signes, en particulier les mots, y compris les noms de personne, les lettres, les chiffres, les éléments figuratifs et les combinaisons de couleurs, ainsi que toute combinaison de ces signes, seront susceptibles d'être enregistrés comme marques de fabrique ou de commerce. Dans les cas où des signes ne sont pas en soi propres à distinguer les produits ou services pertinents, les Membres pourront subordonner l'enregistrabilité au caractère distinctif acquis par l'usage. Les Membres pourront exiger, comme condition de l'enregistrement, que les signes soient perceptibles visuellement.

[4207] Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 19.

[4208] Voir plus haut le paragraphe 7.1776.

[4209] Honduras, première communication écrite, paragraphe 155; République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 44 et 47; Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 147); Indonésie, première communication écrite, paragraphe 186; Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphes 22, 58 et 59; Australie, réponse à la question n° 26 du Groupe spécial, paragraphe 89; et Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 25.

[4210] Voir Honduras, première communication écrite, paragraphes 155 à 158; Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 239 et 242; République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 278; République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 44 à 47; Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant par référence la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphes 183, 189 et 191); Indonésie, première communication écrite, paragraphe 186; Australie, première communication écrite, paragraphe 303; et Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 25.

7.1827. Les première et deuxième phrases de l'article 15:1 définissent donc les signes que les Membres doivent considérer comme étant "propre[s] à constituer une marque de fabrique ou de commerce" et énoncent l'obligation faite aux Membres de considérer ces signes comme "susceptibles d'être enregistrés comme marques de fabrique ou de commerce".[4211]

7.1828. Comme l'Organe d'appel l'a expliqué dans l'affaire *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*:

> L'article 15:1 définit les signes ou combinaisons de signes *propres à* constituer une marque. Ces signes comprennent les mots tels que les noms de personnes, les lettres, les chiffres, les éléments figuratifs et les combinaisons de couleurs, ainsi que toute combinaison de ces signes. Cette définition est fondée sur le caractère distinctif des signes en tant que tels, ou sur le caractère distinctif acquis par l'usage. Si ces signes sont propres à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises, ils deviennent *susceptibles d'être* enregistrés comme marques. Pour nous, le titre de l'article 15:1 – "objet de la protection" – indique que cet article donne une *définition* de ce qui peut constituer une marque. Les Membres de l'OMC sont tenus au titre de l'article 15:1 de faire en sorte que les signes ou combinaisons de signes répondant aux critères relatifs au caractère distinctif énoncés à l'article 15:1 – et par conséquent, *propres à constituer une marque* – soient *susceptibles d'être enregistrés* comme marques dans le cadre de la législation nationale.[4212]

7.1829. Les termes "marque de fabrique ou de commerce" et "enregistrés comme marques de fabrique ou de commerce"[4213] sont également employés aux paragraphes suivants de l'article 15, y compris l'article 15:4, et, de fait, ailleurs dans l'Accord sur les ADPIC. Ces termes doivent logiquement être interprétés, dans ces autres dispositions, et en particulier à l'article 15:4, suivant le sens établi aux première et deuxième phrases de l'article 15:1 déterminant l'objet de la protection.

7.1830. L'expression "marque de fabrique ou de commerce" doit donc être interprétée, à l'article 15:4, comme faisant référence aux signes qui sont "propre[s] à constituer une marque de fabrique ou de commerce" au sens de l'article 15:1. En particulier, comme l'Organe d'appel l'a expliqué, la définition, figurant à l'article 15:1, des signes ou combinaisons de signes qui sont "propre[s] à constituer une marque de fabrique ou de commerce" est fondée sur leur capacité à distinguer les produits ou les services pertinents (ou le "caractère distinctif", pour reprendre les termes de l'Organe d'appel) que ce soit "en tant que telle" ou "acquise par l'usage".

7.1831. Compte tenu de ce qui précède, nous concluons que l'expression "marque de fabrique ou de commerce" figurant à l'article 15:4 fait référence aux signes ou combinaisons de signes satisfaisant à la prescription relative au caractère distinctif énoncée à l'article 15:1, et première phrase, et que les Membres ont donc l'obligation de considérer comme propres à constituer des marques.

7.1832. Nous examinons maintenant la notion d'"enregistrement" d'une marque, qui est également utilisée à l'article 15:4.

7.3.2.3.1.2 Sens du membre de phrase "enregistrement de la marque" figurant à l'article 15:4

7.1833. Ayant établi le sens de l'expression "marque de fabrique ou de commerce" figurant à l'article 15:4, nous passons au sens du membre de phrase "enregistrement de la marque" figurant à l'article 15:4.

[4211] Conformément à l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC, "[l]es Membres donneront effet aux dispositions du présent accord. Les Membres pourront, sans que cela soit une obligation, mettre en œuvre dans leur législation une protection plus large que ne le prescrit le présent accord, à condition que cette protection ne contrevienne pas aux dispositions dudit accord."

[4212] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 154 (italique dans l'original; note de bas de page omise).

[4213] Ce membre de phrase est employé avec des formulations légèrement différentes tout au long de l'article 15; voir plus loin notre analyse au paragraphe 7.1835.

7.1834. Le dictionnaire donne du terme "enregistrement" les définitions suivantes: "the action of registering or recording something; the process of being registered" (l'action d'enregistrer ou de consigner quelque chose; le processus d'être enregistré).[4214] Dans le contexte spécifique de l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC, l'"enregistrement de la marque" fait donc référence à l'"action d'enregistrer ou de consigner" certains signes ou combinaisons de signes "comme marques de fabrique ou de commerce".

7.1835. Comme pour l'expression "marque de fabrique ou de commerce", nous considérons que le sens des termes "enregistrement de la marque" figurant à l'article 15:4 doit être établi en se référant à ces termes tels qu'ils sont employés dans d'autres paragraphes de l'article 15 qui mentionnent aussi l'enregistrement des marques. Les paragraphes successifs de l'article 15 emploient des formulations légèrement différentes: à savoir "enregistrés comme marques de fabrique ou de commerce" à l'article 15:1, "enregistrement d'une marque de fabrique ou de commerce" à l'article 15:2 et "enregistrement de la marque" à l'article 15:4. Toutefois, ces différences apparaissent parce que ces paragraphes font référence à différents aspects de l'enregistrement, et non parce que les concepts de "marque de fabrique ou de commerce" ou d'"enregistrement" dont il est question divergent. Considérées conjointement, ces dispositions définissent les obligations des Membres au titre de l'Accord sur les ADPIC en ce qui concerne l'enregistrement des marques. Elles fournissent donc un contexte important pour interpréter la notion d'"enregistrement d'une marque" figurant à l'article 15:4.

7.1836. Le texte de l'article 15:1 distingue clairement ce qui doit être *propre à constituer une marque de fabrique ou de commerce*, à la première phrase, de l'obligation de considérer ces signes comme *susceptibles d'être enregistrés* comme marques, à la deuxième phrase. Comme il a été noté, en plus de définir les signes ou combinaisons de signes qui seront propres à constituer une marque, l'article 15:1, deuxième phrase, exige en outre que de tels signes soient susceptibles d'être "enregistrés" comme marques:

> De tels signes, en particulier les mots, y compris les noms de personne, les lettres, les chiffres, les éléments figuratifs et les combinaisons de couleurs, ainsi que toute combinaison de ces signes, seront susceptibles d'être enregistrés comme marques de fabrique ou de commerce.

7.1837. Comme il est indiqué plus haut, l'article 15:1 donne une définition des signes qui doivent être propres à constituer une marque et énonce l'obligation faite aux Membres de considérer de tels signes comme "susceptibles d'être enregistrés" comme marque. L'obligation de considérer comme "susceptibles d'être enregistrés" prévue à l'article 15:1, deuxième phrase, s'étend donc aux signes mêmes que les Membres sont obligés de considérer comme "propres à constituer une marque de fabrique ou de commerce" au titre de l'article 15:1, première phrase, à savoir les signes qui satisfont à la prescription relative au "caractère distinctif" décrite plus haut.

7.1838. L'article 15 définit en outre les conditions que les Membres peuvent imposer à l'enregistrement de signes ou combinaisons de signes comme marques, ce qui fournit un contexte pertinent pour l'interprétation de l'obligation figurant à l'article 15:4. Dans sa troisième phrase, l'article 15:1 autorise ainsi expressément les Membres à subordonner l'enregistrement de signes ou combinaisons de signes qui ne sont *pas* en soi propres à distinguer les produits ou services pertinents à l'acquisition de ce caractère distinctif par l'usage. Dans sa dernière phrase, l'article 15:1 dispose que les Membres peuvent également exiger, comme condition de l'enregistrement, que les signes soient perceptibles visuellement.

7.1839. Comme l'Organe d'appel l'a expliqué dans l'affaire *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*:

> Cet article explique quelles marques sont "propres" à être enregistrées. Il ne dit pas que toutes les marques propres à être enregistrées "seront enregistrées". Cet article dit que de tels signes ou combinaisons de signes "seront *susceptibles* d'être enregistrés" comme marques. Il ne dit pas qu'ils "seront enregistrés". Pour nous ces distinctions font une différence. De plus, comme nous l'avons dit, ces distinctions sont

[4214] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "registration", "http://www.oed.com/view/Entry/161313?redirectedFrom=registration#eid", consultée le 2 mai 2017.

> étayées par le fait que le titre de cet article dans la version anglaise parle d'objet "protectable" et non "to be protected".[4215]

7.1840. Cette distinction entre le fait de constituer une marque et, ainsi, l'admissibilité à l'enregistrement, d'une part, et l'enregistrement effectif comme marque pour devenir une marque *enregistrée*[4216], d'autre part, est confirmée par d'autres dispositions qui définissent plus avant les obligations des Membres en ce qui concerne les conditions d'admissibilité à l'enregistrement comme marque, au-delà des prescriptions relatives au "caractère distinctif" de l'article 15:1. En particulier, les paragraphes 2 à 5 de l'article 15 définissent plus avant les obligations des Membres concernant l'enregistrement des marques. Ces paragraphes se lisent comme suit:

> 2. Le paragraphe 1 ne sera pas considéré comme empêchant un Membre de refuser l'enregistrement d'une marque de fabrique ou de commerce pour d'autres motifs, à condition que ceux-ci ne dérogent pas aux dispositions de la Convention de Paris (1967).
>
> 3. Les Membres pourront subordonner l'enregistrabilité à l'usage. Toutefois, l'usage effectif d'une marque de fabrique ou de commerce ne sera pas une condition pour le dépôt d'une demande d'enregistrement. Une demande ne sera pas rejetée au seul motif que l'usage projeté de la marque de fabrique ou de commerce n'a pas eu lieu avant l'expiration d'une période de trois ans à compter de la date de son dépôt.
>
> 4. La nature des produits ou services auxquels une marque de fabrique ou de commerce s'appliquera ne constituera en aucun cas un obstacle à l'enregistrement de la marque.
>
> 5. Les Membres publieront chaque marque de fabrique ou de commerce soit avant qu'elle ne soit enregistrée, soit dans les moindres délais après son enregistrement, et ménageront une possibilité raisonnable de demander la radiation de l'enregistrement. En outre, les Membres pourront ménager la possibilité de s'opposer à l'enregistrement d'une marque de fabrique ou de commerce.

7.1841. Ces dispositions doivent être lues conjointement avec les dispositions pertinentes de la Convention de Paris (1967) concernant l'enregistrement des marques qui ont été incorporées dans l'Accord sur les ADPIC au moyen de son article 2:1.

7.1842. À cet égard, l'Organe d'appel, dans l'affaire *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, a apporté des éclaircissements utiles sur la structure et le fonctionnement généraux de ces dispositions, en combinaison avec l'article 6 1) de la Convention de Paris (1967), qui est incorporé dans l'Accord sur les ADPIC au moyen de son article 2:1:

> L'article 6 1) énonce la règle générale, à savoir que chaque pays de l'Union de Paris a le droit de déterminer les *conditions* de dépôt et d'enregistrement des marques dans sa législation nationale. Cela donne un pouvoir discrétionnaire considérable aux pays de l'Union de Paris – et maintenant, par incorporation, aux Membres de l'OMC – pour continuer, en principe, de déterminer eux-mêmes les conditions de dépôt et d'enregistrement des marques. Ainsi, à notre avis, la règle générale établie par la Convention de Paris (1967) est que les législations nationales s'appliquent pour ce qui est de l'enregistrement des marques sur le *territoire* de chaque pays de l'Union de Paris, sous réserve des prescriptions d'autres dispositions de cette convention.[4217] Et,

---

[4215] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 155 (italique dans l'original).

[4216] Nous notons que les droits conférés à l'article 16:1 sont seulement accordés aux titulaires de marques *enregistrées*.

[4217] (note de bas de page de l'original) Le pouvoir discrétionnaire dont disposent les pays de l'Union de Paris pour légiférer en ce qui concerne les conditions de dépôt et d'enregistrement n'est pas illimité. Il est soumis au standard minimum international applicable aux disciplines concernant les marques prévues dans d'autres articles de la Convention de Paris (1967). Il s'agit, par exemple, du traitement national ainsi que des raisons convenues au plan international pour refuser l'enregistrement d'une marque, comme celles qui sont prévues à l'article 6*ter*. La Convention de Paris (1967) limite aussi le pouvoir discrétionnaire des pays de l'Union en matière législative au titre de l'article 6 1) en indiquant les raisons que les pays ne peuvent pas invoquer pour refuser l'enregistrement d'une marque, par exemple, à l'article 6 2).

> de la même façon, du fait de l'incorporation, c'est maintenant aussi la règle applicable à tous les Membres de l'OMC au titre de l'*Accord sur les ADPIC*.[4218]

7.1843. Le "pouvoir discrétionnaire considérable"[4219] accordé par cette règle générale est limité à l'article 15 de l'Accord sur les ADPIC par l'énoncé d'options et de limitations spécifiques concernant les conditions que les Membres peuvent établir pour l'enregistrement des marques dans leur législation nationale.

7.1844. Premièrement, l'article 15:1 limite la liberté qu'ont les Membres de déterminer les conditions d'enregistrement des marques en ce qui concerne les "prescriptions relatives au caractère distinctif":

> L'article 15:1 de l'*Accord sur les ADPIC* limite le droit des Membres à déterminer les "conditions" de dépôt et d'enregistrement des marques dans leur législation nationale conformément à l'article 6 1) *uniquement* pour ce qui est des prescriptions relatives au caractère distinctif énoncées à l'article 15:1.[4220]

7.1845. De plus, l'article 15:2 confirme le pouvoir discrétionnaire des Membres de fixer des conditions concernant les "autres motifs" – c'est-à-dire les motifs autres que ceux qui sont régis par l'article 15:1 – à condition qu'elles ne dérogent pas à la Convention de Paris (1967):

> Pour nous, la référence faite à l'article 15:1 dans l'article 15:2 montre clairement que les "autres motifs" de refus de l'enregistrement d'une marque sont des motifs *différents de* ceux qui sont déjà mentionnés à l'article 15:1 comme le fait que les signes n'aient pas de caractère distinctif en soi, qu'ils n'aient pas de caractère distinctif acquis par l'usage ou qu'ils ne soient pas perceptibles visuellement.[4221]

7.1846. L'article 15:3, dans sa première phrase, donne en outre un exemple explicite de ces "autres motifs" mentionnés à l'article 15:2, à savoir le refus d'enregistrement si la marque n'est pas utilisée. Les deuxième et troisième phrases de l'article 15:3 limitent ensuite la mesure dans laquelle les Membres peuvent exercer leur pouvoir discrétionnaire d'exiger l'usage d'une marque comme condition de l'enregistrement.[4222]

7.1847. C'est dans ce contexte que l'article 15:4 dispose que "l'enregistrement de la marque" ne pourra *pas* être refusé sur la base de la nature des produits ou services auxquels la marque s'appliquera. Cela veut dire que pour un signe propre à constituer une marque et susceptible d'être enregistré, la nature des produits ou services auxquels il est censé s'appliquer ne peut pas être un obstacle à son enregistrement.

7.1848. L'article 6*quinquies* de la Convention de Paris (1967), qui est aussi incorporé par référence dans l'Accord sur les ADPIC, établit en outre une obligation concernant l'enregistrement des marques qui ont été enregistrées sur le territoire d'autres Membres.[4223] Comme cela a été

[4218] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 132. (italique dans l'original)

[4219] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 132.

[4220] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 165. (italique dans l'original)

[4221] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 158. (italique dans l'original)

[4222] Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 164. Nous notons dans un souci de clarté que l'article 15:3 fait référence à l'"usage" comme base de l'enregistrabilité d'une marque par un requérant particulier, tandis que l'article 15:1, troisième phrase, fait référence à l'"usage" comme base permettant aux signes qui ne sont pas intrinsèquement distinctifs d'acquérir un caractère distinctif et ainsi d'être considérés comme un "objet de la protection".

[4223] L'article 6*quinquies* de la Convention de Paris (1967) fait référence aux "pays de l'Union". Du fait de l'incorporation de cette disposition dans l'Accord sur les ADPIC c'est maintenant devenu une obligation pour les Membres de l'OMC. "Ainsi, à notre avis, la règle générale établie par la Convention de Paris (1967) est que les législations nationales s'appliquent pour ce qui est de l'enregistrement des marques sur le *territoire* de chaque pays de l'Union de Paris, sous réserve des prescriptions d'autres dispositions de cette convention. Et, de la même façon, du fait de l'incorporation, c'est maintenant aussi la règle applicable à tous les Membres de l'OMC au titre de l'*Accord sur les ADPIC*." Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 132 (italique dans l'original; note de bas de page omise).

exposé plus haut en détail[4224], cette disposition limite la liberté qu'ont les Membres, conformément à l'article 6 de la Convention de Paris (1967), de fixer les conditions d'enregistrement des marques en prescrivant, dans son premier paragraphe, ce qui suit:

> A. 1) Toute marque de fabrique ou de commerce régulièrement enregistrée dans le pays d'origine sera admise au dépôt et protégée telle quelle dans les autres pays de l'Union, sous les réserves indiquées au présent article.[4225]

7.1849. La section B de l'article 6*quinquies* dispose en outre ce qui suit:

> B. Les marques de fabrique ou de commerce, visées par le présent article, ne pourront être refusées à l'enregistrement ou invalidées que dans les cas suivants:
>
> a. lorsqu'elles sont de nature à porter atteinte à des droits acquis par des tiers dans le pays où la protection est réclamée;
>
> b. lorsqu'elles sont dépourvues de tout caractère distinctif, ou bien composées exclusivement de signes ou d'indications pouvant servir, dans le commerce, pour désigner l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, le lieu d'origine des produits ou l'époque de production, ou devenus usuels dans le langage courant ou les habitudes loyales et constantes du commerce du pays où la protection est réclamée;
>
> c. lorsqu'elles sont contraires à la morale ou à l'ordre public et notamment de nature à tromper le public. Il est entendu qu'une marque ne pourra être considérée comme contraire à l'ordre public pour la seule raison qu'elle n'est pas conforme à quelque disposition de la législation sur les marques, sauf le cas où cette disposition elle–même concerne l'ordre public.
>
> d. Est toutefois réservée l'application de l'article 10*bis*.

7.1850. L'article 6*quinquies* énonce donc l'obligation faite aux Membres[4226] d'admettre au dépôt et de "protéger telle quelle" une marque, lorsque la protection est réclamée dans un Membre sur la base d'une marque qui est régulièrement enregistrée dans l'un des autres Membres.

7.1851. La section B énonce les "réserves" auxquelles il est fait référence dans la section A 1), première phrase, en énumérant les situations où le Membre dans lequel la protection est réclamée peut néanmoins refuser l'enregistrement des "marques de fabrique ou de commerce, visées par [cet] article" qu'il devrait autrement admettre au dépôt et protéger. Les "marques de fabrique ou de commerce, visées par [cet] article" auxquelles il est fait référence dans la section B sont celles qui sont définies dans la section A 1) comme étant: "[l]es marque[s] de fabrique ou de commerce régulièrement enregistrée[s] dans le pays d'origine". La section B autorise donc un Membre à refuser l'enregistrement des marques, ou à invalider les marques, qui sont régulièrement enregistrées dans le pays d'origine (c'est-à-dire un autre Membre), dans des circonstances spécifiques, y compris, entre autres choses, lorsqu'elles sont "dépourvues de tout caractère distinctif".[4227]

7.1852. Considérées conjointement, ces dispositions définissent donc les obligations des Membres au titre de l'Accord sur les ADPIC en ce qui concerne l'enregistrement des marques. Par conséquent, la notion d'"enregistrement de la marque" figurant à l'article 15:4 doit être interprétée en se référant à ces dispositions.

7.1853. S'agissant du contexte fonctionnel de l'enregistrement de la marque, nous notons en outre que l'article 16:1, intitulé "Droits conférés", oblige les Membres à accorder les droits qui y sont décrits aux titulaires de marques *enregistrées*. Cela signifie que l'*enregistrement* de la

[4224] Voir plus haut les paragraphes 7.1758 à 7.1762.
[4225] Article 6*quinquies* A 1), première phrase.
[4226] Les obligations imposées aux membres de l'Union de Paris découlant des dispositions de la Convention de Paris (1967) qui ont été incorporées dans l'Accord sur les ADPIC par l'article 2:1 sont donc devenues des obligations des Membres de l'OMC. Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 132.
[4227] Article 6*quinquies* B 2).

marque, tel qu'il est régi par l'article 15 de la manière décrite plus haut, est une condition préalable à l'existence de ces droits minimaux conférés au titulaire d'une marque, dont la portée et la teneur sont régies par l'article 16:1.

7.3.2.3.1.3 Sens du terme "obstacle" à l'enregistrement d'une marque figurant à l'article 15:4

7.1854. Comme il est dit plus haut, nous considérons que les termes de l'article 15:4 doivent être lus conformément à l'ensemble de l'article 15, et dans le contexte de l'ensemble de cet article, qui donne une définition de ce qui peut constituer une "marque de fabrique ou de commerce", et ce qui doit donc être "susceptible[] d'être enregistré[]" dans son premier paragraphe.

7.1855. L'article 15:1 à 15:3, conjointement avec les dispositions pertinentes de la Convention de Paris (1967) incorporées par référence, clarifie davantage les conditions auxquelles les Membres doivent autoriser, ou peuvent refuser, l'enregistrement de signes qui constituent des marques et sont donc, en principe, susceptibles d'être enregistrés. Dans ce contexte, l'article 15:4 dispose que "[l]a nature des produits ou services auxquels la marque de fabrique ou de commerce s'appliquera" ne peut pas "constituer un obstacle à l'enregistrement de la marque". Cela signifie que pour un signe propre à constituer une marque et par ailleurs susceptible d'être enregistré, la nature des produits ou services auxquels il est censé s'appliquer ne peut pas être un obstacle à son enregistrement.

7.1856. Nous notons que le sens ordinaire du nom "obstacle" est "something that stands in the way or that obstructs progress (*lit.* and *fig.*); a hindrance, impediment, or obstruction" (quelque chose qui empêche ou qui fait obstruction à la progression (littér. et fig.); une entrave, un empêchement ou une obstruction).[4228] Les parties sont, de façon générale, d'accord sur ce sens du terme.[4229] Nous notons aussi que l'objet de la préposition "à" dans l'expression "obstacle à" est le membre de phrase "enregistrement de la marque". Compte tenu aussi de nos déterminations susmentionnées du sens de l'expression "marque de fabrique ou de commerce" et du membre de phrase "enregistrement de la marque", le membre de phrase "obstacle à l'enregistrement de la marque" figurant à l'article 15:4 fait donc référence à un empêchement ou à une entrave à l'enregistrement d'un signe, ou d'une combinaison de signes, par ailleurs propre à constituer une marque, et donc susceptible d'être enregistré, au sens de l'article 15:1.

7.3.2.3.1.4 Conclusion

7.1857. Ayant établi le sens des termes pertinents, y compris les expressions "marque de fabrique ou de commerce" et "enregistrement de la marque" figurant à l'article 15:4, nous concluons que l'obligation figurant à l'article 15:4 voulant que la "nature des produits ou services auxquels la marque de fabrique ou de commerce s'appliquera" ne constitue pas un obstacle à son enregistrement, devrait être interprétée comme signifiant que les signes ou combinaisons de signes qui sont par ailleurs susceptibles d'être enregistrés comme marque ne peuvent pas être refusés à l'enregistrement sur la base de la "nature des produits ou services" auxquels la marque s'appliquera.

7.1858. Appliquant cette interprétation, nous allons maintenant examiner si, comme les plaignants le font valoir, les mesures TPP sont incompatibles avec l'article 15:4.

7.3.2.3.2 Application aux mesures TPP

7.1859. Comme il est indiqué plus haut au paragraphe 7.1819, les plaignants considèrent que les mesures TPP sont incompatibles avec l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC, parce qu'elles:

[4228] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "obstacle", "http://www.oed.com/view/Entry/129940?rskey=Bqmihq&result=1&isAdvanced=false#eid", consultée le 2 mai 2017.

[4229] Honduras, première communication écrite, paragraphe 187; République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 276; Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 186); et Indonésie, première communication écrite, paragraphe 184. L'Australie convient que le terme "obstacle" (obstacle) signifie "hindrance" (entrave) ou "impediment" (empêchement) dans le contexte de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Voir Australie, première communication écrite, paragraphe 525.

a. empêchent l'enregistrement de signes, qui ne sont pas intrinsèquement distinctifs et n'ont pas encore acquis un caractère distinctif par l'usage, mais qui sont "propres à acquérir un caractère distinctif par l'usage";

b. empêchent les nouveaux signes non dénominatifs non intrinsèquement distinctifs d'acquérir un caractère distinctif par l'usage et ainsi de devenir susceptibles d'être enregistrés enregistrement en relation avec les produits du tabac; et

c. réduisent la protection découlant de l'enregistrement pour les marques relatives au tabac en raison de la nature du produit.[4230]

7.1860. Nous examinons ces aspects l'un après l'autre.

7.3.2.3.2.1 Question de savoir si les mesures TPP sont incompatibles avec l'article 15:4 en ce sens qu'elles viennent empêcher l'enregistrement de signes qui sont propres à acquérir un caractère distinctif par l'usage

7.1861. La République dominicaine fait valoir que le sens ordinaire du terme "propre" dans le membre de phrase "propre à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises" figurant à l'article 15:1, première phrase, indique que la définition de ce qui doit être propre à constituer une marque inclut les signes qui n'ont pas encore acquis un caractère distinctif par l'usage mais ont la "capacité" de le faire dans le futur. Par conséquent, elle fait valoir que l'obligation figurant à l'article 15:4 de ne pas refuser l'enregistrement des marques sur la base de la nature des produits s'étend aux signes non intrinsèquement distinctifs qui n'ont pas encore acquis un caractère distinctif mais qui l'acquerrait par l'usage sur le marché.[4231]

7.1862. La République dominicaine fait valoir que son interprétation est étayée par le fait que l'article 6*quinquies* B) ii) de la Convention de Paris (1967) fait référence aux "marques de fabrique ou de commerce … dépourvues de tout caractère distinctif".[4232]

7.1863. L'Australie considère que la définition figurant à l'article 15:1 exclut les signes qui ne sont pas intrinsèquement distinctifs et n'ont pas encore acquis un caractère distinctif par l'usage du champ de l'expression "marque de fabrique ou de commerce", et que l'obligation énoncée à l'article 15:4 ne s'étend donc pas à ces signes.[4233]

7.1864. Nous notons – comme la République dominicaine le fait[4234] – que le terme "capable" (propre) signifie "able to take in, receive, contain, or hold; having room or capacity for" (capable de prendre, de recevoir, de contenir ou de tenir; ayant la place ou la capacité pour).[4235] Dans le contexte de l'article 15:1, comme il a été indiqué plus haut, la définition figurant dans la première phrase fait référence à des signes qui, à ce moment précis, sont propres à distinguer des produits ou des services et qui, par conséquent, sont considérés comme propres à constituer une marque. Conformément à la deuxième phrase, les Membres sont obligés de considérer ces signes comme susceptibles d'être enregistrés comme marques. À notre avis, cette obligation ne vise pas les signes qui ont seulement *le potentiel de développer cette capacité* dans le futur. De fait, comme l'explication des "critères relatifs au caractère distinctif" donnée par l'Organe d'appel le souligne, l'existence d'une capacité de distinguer des produits ou des services au moment de l'évaluation est la base même de la définition des signes qui doivent être susceptibles d'être enregistrés. Cette capacité peut exister soit parce que les signes ou combinaisons de signes en cause ont "en tant que tels" la capacité de distinguer les produits ou services pertinents, soit parce qu'elle a été "acquise par l'usage".

[4230] Cet argument est formulé uniquement par Cuba, par son incorporation de la première communication écrite de l'Ukraine. Voir Cuba, première communication écrite, paragraphe 428.

[4231] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 47 et 48. Voir aussi Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 239 à 241.

[4232] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 49.

[4233] Australie, première communication écrite, paragraphes 302 à 304.

[4234] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 48.

[4235] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "capable", "http://www.oed.com/view/Entry/27354?redirectedFrom=capable&", consultée le 2 mai 2017.

7.1865. À notre avis, cette interprétation est également compatible avec le fait que l'article 15:1, dans sa troisième phrase, autorise expressément les Membres à subordonner l'enregistrement de signes ou de combinaisons de signes qui ne sont *pas* en soi propres à distinguer les produits ou services pertinents à l'acquisition de ce caractère distinctif par l'usage:

> Dans les cas où des signes ne sont pas en soi propres à distinguer les produits ou services pertinents, les Membres pourront subordonner l'enregistrabilité au caractère distinctif acquis par l'usage.

7.1866. *A contrario*, cela implique que l'article 15:1 n'impose pas aux Membres l'obligation de faire en sorte que les signes ou combinaisons de signes qui ne sont pas en soi propres à distinguer les produits et services pertinents et n'ont pas acquis cette capacité par l'usage soient susceptibles d'être enregistrés.

7.1867. À cet égard, nous relevons également l'observation de l'Organe d'appel selon laquelle "la référence faite à l'article 15:1 dans l'article 15:2 montre clairement que les "autres motifs" de refus de l'enregistrement d'une marque sont des motifs *différents de* ceux qui sont déjà mentionnés à l'article 15:1 comme le fait que les signes n'aient pas de caractère distinctif en soi, qu'ils n'aient pas de caractère distinctif acquis par l'usage …".[4236] Cette explication vient encore confirmer que, conformément à l'article 15:1, le fait que le signe ou les combinaisons de signes en cause n'ont "pas de caractère distinctif" peut constituer un motif valable de refus de l'enregistrement comme marque.

7.1868. Nous ne sommes donc pas convaincus que l'emploi du terme "propre" à l'article 15:1, première phrase, signifie que l'expression "marque de fabrique ou de commerce" figurant à l'article 15:4 comprend les signes qui ne sont pas intrinsèquement distinctifs et qui n'ont pas encore acquis un caractère distinctif par l'usage.[4237]

7.1869. Nous rappelons la constatation que nous avons formulée plus haut au paragraphe 7.1831 selon laquelle l'expression "marque de fabrique ou de commerce" figurant à l'article 15:4 fait référence aux signes ou combinaisons de signes satisfaisant à la prescription relative au caractère distinctif énoncée à l'article 15:1, première phrase, et que les Membres ont donc l'obligation de considérer comme propres à constituer des marques. La portée de l'article 15:4 ne s'étend donc pas aux "signes" en tant que tels, et en particulier, comme il a été indiqué plus haut, ne s'étend pas aux signes qui n'ont pas la capacité de distinguer (même s'ils peuvent être propres à acquérir ultérieurement un caractère distinctif, au fil du temps, et réussir ainsi à répondre au critère de la capacité à constituer une "marque de fabrique ou de commerce"). À notre avis, le choix des rédacteurs d'utiliser l'expression "marque de fabrique ou de commerce" et non le terme "signe" dans cette disposition n'est pas fortuit. En fait, il reflète l'intention de faire en sorte que l'obligation énoncée à l'article 15:4 s'applique en ce qui concerne les signes qui sont propres à constituer une marque, telle que définie à l'article 15:1.

[4236] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 158 (italique dans l'original).

[4237] L'utilisation de la formulation "[t]out signe … *propre à* distinguer" …, plutôt que "[t]out signe … *qui distingue*" à l'article 15:1, première phrase, peut être interprétée par rapport au contexte de négociation des articles. L'obligation en matière de définition de ce qui doit être propre à constituer une marque dans l'Accord sur les ADPIC tient compte des deux principales approches en matière d'enregistrement des marques mises en évidence à l'époque: 1) l'approche du *premier usager*, principalement employée dans les traditions de common law, dans laquelle l'enregistrement dépendait toujours de l'usage, et les marques distinguaient donc déjà les produits et les services sur le marché au moment de la demande d'enregistrement, et 2) l'approche du premier déposant, courante dans les pays de droit civil, dans laquelle l'usage n'était pas une condition d'enregistrement, et les signes distinctifs pouvaient donc être enregistrés comme marques même s'ils n'avaient jamais été utilisés sur le marché. La formulation de la prescription relative au caractère distinctif choisie à l'article 15:1, première phrase, vise les deux scénarios en exigeant que les signes soient "*propres* à distinguer" les produits ou les services de différentes entreprises s'ils s'appliquaient à des produits et des services sur le marché à ce moment-là. À cet égard, l'Accord sur les ADPIC a maintenu la neutralité de la Convention de Paris (1967). Voir G.H.C. Bodenhausen, *Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, as Revised at Stockholm in 1967* (WIPO, 1969), (Bodenhausen, texte complet) (pièce DOM-79), page 16 ("Dans le domaine des marques de fabrique ou de commerce, la Convention ne prescrit pas si le droit à la marque est acquis par l'enregistrement ou par l'usage, ou par les deux.")

7.1870. Compte tenu de la distinction fondamentale entre un "signe" et une "marque de fabrique ou de commerce" dans le contexte de l'article 15, et de la distinction séquentielle entre la situation consistant à être propre à constituer une "marque de fabrique ou de commerce" et le fait d'être enregistré par la suite comme marque, il n'y a, à notre avis, aucune circularité ou incompatibilité terminologique – comme le suggèrent les plaignants[4238] – à l'article 15:4 lorsque cet article dispose que la nature des produits ou services auxquels une marque s'appliquera ne peut constituer un obstacle à l'"enregistrement de la marque".

7.1871. La République dominicaine fait référence à l'article 6*quinquies* B de la Convention de Paris (1967) pour étayer son interprétation, en faisant observer que cette disposition mentionne la possibilité qu'une marque régulièrement enregistrée dans un autre Membre soit "dépourvue de tout caractère distinctif". Il ressort toutefois clairement de la nature de l'obligation, de la structure de cette disposition et de son texte, tels qu'ils ont été décrits plus haut[4239], que l'expression "marque de fabrique ou de commerce" figurant à l'article 6*quinquies* B fait référence à une marque "régulièrement enregistrée dans le pays d'origine"[4240] – c'est-à-dire dans un autre Membre que celui où la protection est réclamée. En revanche, les circonstances dans lesquelles le refus d'enregistrement ou l'invalidation sont autorisés devraient être présentes dans le Membre *où la protection est réclamée*[4241], et qui est le destinataire de l'obligation énoncée à l'article 6*quinquies*. En d'autres termes, dans une situation où une marque est régulièrement enregistrée dans un Membre, l'article 6*quinquies* B 2) autorise un autre Membre à refuser son enregistrement si elle est dépourvue de tout caractère distinctif, ou descriptive ou un nom générique[4242], *sur son territoire*.[4243]

7.1872. Nous ne souscrivons donc pas à l'argument de la République dominicaine voulant que cette disposition étaye le point de vue selon lequel l'expression "marque de fabrique ou de commerce" figurant à l'article 15:1, première phrase, doit inclure les signes qui ne sont pas intrinsèquement distinctifs et qui n'ont pas encore acquis un caractère distinctif par l'usage. Au contraire, nous constatons qu'en sauvegardant le droit des Membres de *refuser* l'enregistrement et la protection au motif d'absence de caractère distinctif, même lorsqu'un autre Membre a enregistré une marque dans sa juridiction, l'article 6*quinquies* B 2) de la Convention de Paris (1967) est pleinement compatible avec une lecture de l'article 15:1 de l'Accord sur les ADPIC, première phrase, qui n'exige pas que les signes qui ne sont pas distinctifs soient considérés propres à constituer une marque. Le fait que l'expression "marque de fabrique ou de commerce" est utilisée dans ce contexte est approprié, selon notre interprétation, car dans le contexte de l'article 6*quinquies* B cette expression fait référence à une marque déjà enregistrée et reconnue comme telle dans son pays d'origine. En vertu de l'article 6*quinquies* B, le statut de marque enregistrée dans le pays d'origine ne se traduit pas systématiquement par l'enregistrabilité dans une autre juridiction.

7.1873. Compte tenu de ce qui précède, nous concluons que l'obligation imposée aux Membres à l'article 15:1, première phrase, de considérer les signes qui sont "propres à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises" comme étant propres à constituer une marque, ne prescrit pas aux Membres de faire en sorte que les signes qui ne sont pas intrinsèquement distinctifs et qui n'ont pas encore acquis un caractère distinctif par l'usage soient susceptibles d'être enregistrés comme marques. Par conséquent, l'expression "marque de fabrique ou de commerce" telle qu'elle est utilisée à l'article 15:4 n'englobe pas les signes qui ne satisfont pas à la prescription relative au "caractère distinctif" énoncée à l'article 15.

[4238] Voir plus haut les paragraphes 7.1797 et 7.1798.

[4239] Voir plus haut le paragraphe 7.1848.

[4240] Voir Bodenhausen, texte complet (pièce DOM-79), page 119 ("*Les* "*marques de fabrique ou de commerce visées par le présent article*" sont les marques de fabrique ou de commerce qui sont *régulièrement enregistrées* dans le *pays d'origine* et qui, *au point de vue des signes qui les composent*, doivent être admises au dépôt et protégées, sous réserve des dispositions à l'examen." (italique dans l'original)).

[4241] Voir Bodenhausen, texte complet (pièce DOM-79), page 119 ("Le second motif de refus ou d'invalidation d'une marque visée par cet article comprend trois possibilités: il s'applique à toute marque qui, dans le pays où la protection est réclamée, est 1) *dépourvue de tout caractère distinctif*, ou 2) *descriptive*, ou 3) un *nom générique*." (italique dans l'original; non souligné dans l'original)).

[4242] Voir Bodenhausen, texte complet (pièce DOM-79), page 119.

[4243] Cette lecture est en outre compatible avec la territorialité des droits de propriété intellectuelle et le principe de l'indépendance de la protection inscrit à l'article 6 de la Convention de Paris (1967). Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 8.79.

7.1874. Par conséquent, nous concluons que les mesures TPP, en venant empêcher l'enregistrement de certains signes non intrinsèquement distinctifs qui n'ont pas encore acquis un caractère distinctif par l'usage sur des produits du tabac, n'enfreignent pas l'obligation énoncée à l'article 15:4.

7.3.2.3.2.2 Question de savoir si les mesures TPP sont incompatibles avec l'article 15:4 en ce sens qu'elles empêchent certains signes d'acquérir un caractère distinctif par l'usage

7.1875. Tous les plaignants font valoir que, bien que la législation australienne sur les marques permette en général que les signes non distinctifs acquièrent un caractère distinctif par l'usage afin de remplir les conditions requises pour l'enregistrement, le fait que les signes non dénominatifs sont interdits d'usage sur les produits du tabac et leur emballage signifie que les nouveaux signes non dénominatifs qui ne sont pas intrinsèquement distinctifs n'ont aucune possibilité d'acquérir un caractère distinctif par l'usage sur ces produits et, se heurtent donc à des obstacles à l'enregistrement sur la base de la nature des produits en tant que produits du tabac, en violation de l'article 15:4.

7.1876. À l'appui de leur allégation, les plaignants font valoir que, lorsqu'un Membre exerce l'option prévue à l'article 15:1, troisième phrase, de subordonner l'enregistrabilité de signes non intrinsèquement distinctifs au caractère distinctif acquis par l'usage, ce Membre enfreindrait l'article 15:4, lu à la lumière de l'article 15:1, si, en même temps, il restreint la capacité du requérant d'une marque de faire usage du signe sur un produit particulier afin d'acquérir un caractère distinctif uniquement en raison de la nature du produit.[4244,4245]

7.1877. L'Australie répond que les signes non distinctifs ne sont pas inclus dans l'expression "marque de fabrique ou de commerce" figurant à l'article 15:4. En outre, cet article ne contient aucune obligation imposant aux Membres de permettre l'usage de tels signes non distinctifs de sorte qu'ils puissent devenir suffisamment distinctifs pour être considérés comme des marques et être susceptibles d'être enregistrés.[4246] L'Australie estime que le critère relatif au "caractère distinctif" établi à l'article 15:1, première phrase, s'applique indépendamment de la façon dont le caractère distinctif sera obtenu, et qu'un signe qui n'a pas obtenu un caractère distinctif "n'est tout simplement pas propre à constituer une "marque de fabrique ou de commerce"".[4247] Si un signe peut effectivement être considéré comme une marque, même si c'est pour un produit du tabac, cette marque sera enregistrée en Australie.[4248]

[4244] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 239. Voir République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 283; Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 183); et Indonésie, première communication écrite, paragraphes 188 and 190. Voir République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 48 (déclarant que l'article 15:1 autorise les Membres à subordonner l'enregistrement de signes non intrinsèquement distinctifs au caractère distinctif acquis par l'usage, ce qui indique que les Membres peuvent aussi choisir d'enregistrer des signes non intrinsèquement distinctifs comme marques sans qu'un caractère distinctif effectif ait été acquis par l'usage).

[4245] Nous notons que le Honduras a formulé son argument dans sa première communication écrite comme suit:

> Lorsqu'un Membre exige l'usage pour enregistrer des *signes* intrinsèquement non distinctifs, mais en même temps, restreint la capacité du requérant de faire usage de cette *marque* sur un produit particulier afin d'acquérir un caractère distinctif uniquement en raison de la nature du produit (en l'espèce les produits du tabac), cela enfreint l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC, à la lumière de l'article 15:1.

Honduras, première communication écrite, paragraphe 193 (pas d'italique dans l'original). Cette formulation donne à penser que l'argument est que les signes non distinctifs, qui n'ont pas encore acquis un caractère distinctif par l'usage, sont eux-mêmes des marques et que l'exclusion de leur usage est donc une violation de l'article 15:4. Dans sa deuxième communication écrite, le Honduras a clarifié que son argument au titre de l'article 15:4 était axé sur le point de savoir si les signes pouvaient être enregistrés comme marques, "sans que la nature du produit auquel ils s'appliqu[ai]ent soit un obstacle à l'enregistrement final". Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 240.

[4246] Australie, première communication écrite, paragraphes 302 à 304.

[4247] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 25. Voir aussi la première communication écrite, paragraphe 303; et la réponse à la question n° 27 du Groupe spécial, paragraphe 94.

[4248] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 27.

7.1878. Cet aspect de l'allégation, qui est commun à tous les plaignants, a trait aux conséquences de l'interdiction, énoncée dans les mesures TPP, concernant l'usage de signes non dénominatifs sur l'emballage pour la vente au détail de tabac et sur les produits du tabac.[4249]

7.1879. Nous notons que les mesures TPP, telles qu'elles sont décrites plus haut[4250], interdisent l'usage de marques dénominatives stylisées, et de marques figuratives et composées sur l'emballage pour la vente au détail de tabac et sur les produits du tabac. La Loi TM, pour sa part, dispose qu'une demande d'enregistrement d'un signe non intrinsèquement distinctif comme marque doit être rejetée si le signe n'a pas acquis un caractère distinctif par l'usage avant la date de dépôt.[4251] Les plaignants font observer que du fait de l'effet combiné de ces dispositions, il ne sera pas possible que les "nouveaux" signes qui ne sont pas intrinsèquement distinctifs acquièrent ce caractère distinctif par l'usage et puissent ainsi être enregistrés en relation avec des produits du tabac.[4252] Ils notent également que l'article 28 de la Loi TPP ne résout pas cette question, car les fictions juridiques concernant l'usage créées par cette disposition ne visent pas l'usage nécessaire pour que les signes non intrinsèquement distinctifs acquièrent un caractère distinctif.[4253]

7.1880. Même s'ils reconnaissent que les Membres peuvent *choisir* de subordonner l'enregistrabilité de signes qui ne sont pas en soi propres à distinguer les produits ou services pertinents au caractère distinctif acquis par l'usage[4254], les plaignants jugent pertinent le fait que l'Australie – en vertu de son droit interne – "*exige*"[4255] l'"usage pour enregistrer des signes non intrinsèquement distinctifs, et fournissent des éléments de preuve concernant la mesure dans laquelle l'"usage est un facteur essentiel pour l'enregistrement des marques qui ne sont pas intrinsèquement distinctives en vertu de la législation australienne sur les marques".[4256]

7.1881. L'Australie a confirmé que les "signes non intrinsèquement distinctifs qui n'ont pas encore acquis un caractère distinctif par l'usage et qui ne peuvent pas être utilisés en raison de l'application de la Loi TPP, n'acquerront pas un caractère distinctif par l'usage et ne seront pas susceptibles d'être enregistrés parce qu'ils ne répondent pas à la définition d'une "marque de fabrique ou de commerce"". À son avis, "[c]e résultat est compatible avec l'Accord sur les ADPIC, parce que les Membres ne sont pas tenus par les dispositions de cet accord de faire en sorte que les signes puissent être utilisés de façon à pouvoir devenir suffisamment distinctifs pour être considérés comme des marques et être susceptibles d'être enregistrés".[4257]

7.1882. Le Honduras présente une certaine correspondance concernant une tentative infructueuse d'enregistrer la marque dénominative "PLAIN PACKAGE" (emballage neutre) comme marque en Australie pour démontrer que les marques non intrinsèquement distinctives ne peuvent pas être enregistrées du fait des mesures TPP.[4258] Toutefois, cette correspondance démontre simplement

[4249] Pour un bref résumé du fonctionnement des mesures TPP, voir plus haut le paragraphe 7.1815.
[4250] Pour une description plus détaillée de l'article 28 des mesures TPP, voir plus haut la section 2.1.2.5.
[4251] Loi TM (pièce JE-6), articles 41 2) et 41 6).
[4252] Honduras, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 27 du Groupe spécial; Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 245; République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 52; Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 201); et Indonésie, première communication écrite, paragraphe 200.
[4253] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 245; Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 214); et Indonésie, première communication écrite, paragraphe 199.
[4254] Honduras, première communication écrite, paragraphe 192; République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 284; Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 190); et Indonésie, première communication écrite, paragraphe 188.
[4255] Honduras, première communication écrite, paragraphes 192 et 193. Voir aussi République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 283; Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 183); et Indonésie, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 55.
[4256] Honduras, première communication écrite, paragraphes 195 à 207. Voir aussi République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 284 à 288; Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant les arguments concernant l'article 15:4 formulés dans les premières communications écrites du Honduras et de la République dominicaine, entres autres); Indonésie, première communication écrite, paragraphes 192 et 193; et Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 68.
[4257] Australie, réponse à la question n° 27 du Groupe spécial, paragraphe 94.
[4258] Honduras, première communication écrite, paragraphes 201 à 203 (faisant référence à S. Lester, International Economic Law and Policy Blog (pièce HND-47)). Le Honduras a également présenté la réponse de

que les autorités australiennes chargées des marques refusent l'enregistrement de signes qui ne sont pas intrinsèquement distinctifs, en l'absence d'éléments de preuve indiquant que le signe a acquis un caractère distinctif par l'usage. En outre, comme les documents concernent le traitement d'une demande d'enregistrement d'une marque dénominative, ils ont une pertinence limitée pour étayer une allégation qui a trait à des marques non dénominatives. Le Honduras lui-même concède que, puisque l'usage d'une marque dénominative telle que "PLAIN PACKAGE" sur les produits du tabac n'est pas interdite par les mesures TPP, le requérant pourrait en fait faire usage de ce signe sur des produits du tabac et ainsi, au fil du temps, accumuler des éléments prouvant l'acquisition d'un caractère distinctif pour ce signe dénominatif lui permettant de devenir susceptible d'être enregistré.[4259]

7.1883. Nous rappelons notre constatation selon laquelle la portée de l'interdiction énoncée à l'article 15:4 est définie par le sens des termes "marque de fabrique ou de commerce" et "enregistrement d'une marque", qui doivent être lus conformément aux définitions figurant à l'article 15:1. Nous avons établi dans la section précédente que l'obligation des Membres au titre de l'article 15:1 concernant ce qu'ils devaient considérer comme "propre à constituer une marque de fabrique ou de commerce" n'incluait pas les signes qui n'étaient pas intrinsèquement distinctifs et qui n'avaient pas encore acquis un caractère distinctif par l'usage, et que, par conséquent, l'interdiction énoncée à l'article 15:4 ne s'étendait pas à ces signes.

7.1884. Comme il est indiqué plus haut les première et deuxième phrases de l'article 15:1, respectivement, font obligation aux Membres de considérer les signes distinctifs comme propres à constituer des marques, et de considérer ces signes comme susceptibles d'être enregistrés. La troisième phrase de l'article 15:1, en revanche, donne aux Membres l'*option* de subordonner l'enregistrabilité des signes qui ne sont pas *intrinsèquement* distinctifs au caractère distinctif acquis par l'usage.

7.1885. Nous ne trouvons rien dans le texte de l'article 15:1 qui étaye l'affirmation des plaignants selon laquelle exercer l'option de l'article 15:1, troisième phrase, modifierait le champ de la définition d'une "marque de fabrique ou de commerce" et étendrait donc le champ de l'interdiction énoncée à l'article 15:4, pour le Membre pertinent, de façon à inclure des signes qui ne sont pas intrinsèquement distinctifs et qui n'ont pas encore acquis un caractère distinctif par l'usage.

7.1886. Nous rappelons que l'article 15:1, première phrase, donne une définition de ce qui doit être propre à constituer une marque en énonçant la condition voulant que les signes doivent satisfaire à la prescription relative au "caractère distinctif", c'est-à-dire la prescription exigeant que les signes ou combinaisons de signes en cause soient propres à distinguer les produits ou les services pertinents.[4260] En permettant aux Membres de subordonner l'enregistrabilité au caractère distinctif *acquis par l'usage*, le texte de l'article 15:1, troisième phrase, n'indique pas une modification du concept de *caractère distinctif* lui-même, mais signale simplement une *manière particulière* de remplir la condition pour constituer une marque, à savoir se conformer au critère relatif au caractère distinctif défini dans la première phrase de l'article 15:1.

7.1887. Nous notons, en particulier, qu'en décrivant le caractère distinctif auquel les Membres peuvent choisir de subordonner l'enregistrabilité, la troisième phrase de l'article 15:1 emploie l'adjectif "*acquis* par l'usage". Le terme "acquired" signifie "(acquis); obtained or secured, esp. through concerted effort or over a period of time" (gagné; obtenu ou procuré, en particulier par des efforts concertés ou au cours d'une période de temps).[4261] Une simple lecture du texte indique donc que les Membres peuvent subordonner l'enregistrabilité au caractère distinctif qui *a été acquis*, ou *obtenu* par l'usage avant l'enregistrement. Cette formulation n'étaye pas une interprétation qui inclurait les signes qui sont uniquement "propres à acquérir un caractère distinctif par l'usage"[4262] dans le futur.

---

l'Australie à cette demande d'enregistrement d'une marque en tant que pièce. Voir la lettre d'IP Australia (pièce HND-110).

[4259] Honduras, première communication écrite, paragraphe 204; et observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 27 du Groupe spécial, page 13.

[4260] Voir plus haut le paragraphe 7.1829.

[4261] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "acquired", <http://www.oed.com/view/Entry/1732?redirectedFrom=acquired#eid>, consultée le 2 mai 2017.

[4262] Honduras, première communication écrite, paragraphe 188.

7.1888. Comme il est indiqué plus haut, la prescription relative au "caractère distinctif" énoncée dans la première phrase est la base de la définition de l'"objet de la protection" établi à l'article 15:1:

> L'article 15:1 définit les signes ou combinaisons de signes *propres à* constituer une marque. […] Cette définition est fondée sur le caractère distinctif des signes en tant que tels, ou sur le caractère distinctif acquis par l'usage. Si ces signes sont propres à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises, ils deviennent *susceptibles d'être* enregistrés comme marques.[4263]

7.1889. Compte tenu de ce qui précède, nous constatons que la portée de l'obligation énoncée à l'article 15:1, première phrase, telle qu'elle a été déterminée plus haut dans la section 7.3.2.3.1.1, et par conséquent la portée de l'obligation énoncée à l'article 15:4 en ce qui concerne les "marques de fabrique ou de commerce", ne sont pas affectées ou modifiée par la pratique interne d'un Membre, y compris le point de savoir s'il choisit d'exercer l'option prévue à l'article 15:1, troisième phrase, de subordonner l'enregistrabilité de signes non intrinsèquement distinctifs au caractère distinctif acquis par l'usage.

7.1890. L'argument des plaignants selon lequel la prohibition de l'usage de signes non dénominatifs fonctionne comme un obstacle à leur enregistrement comme marques suppose que les obstacles à *l'obtention d'un caractère distinctif par l'usage* devraient être visés par l'interdiction portant sur les obstacles à l'*enregistrement de la marque*, établie à l'article 15:4.

7.1891. Cela exigerait une interprétation du terme "obstacle" incluant non seulement les entraves et les empêchements gênants l'acte d'enregistrement de la marque elle-même, mais aussi les entraves et les empêchements qui empêchent les signes non distinctifs – qui ne sont pas tenus d'être susceptibles d'être enregistrés comme marques – d'acquérir un caractère distinctif par l'usage afin de remplir les critères ou autres conditions préalables pour être propres à constituer une marque et ainsi devenir ensuite susceptibles d'être enregistrés comme marque.

7.1892. Pour évaluer cette question, nous rappelons la structure grammaticale de l'article 15:4, à savoir que l'objet de la préposition "à" dans l'expression "obstacle à" est "enregistrement de la marque". Nous notons premièrement qu'interpréter le terme "obstacle" comme faisant référence non seulement à l'"enregistrement de la marque", mais aussi à l'usage de signes non distinctifs, irait à l'encontre du sens précis des termes et de la structure grammaticale utilisés pour formuler l'objet de l'interdiction à l'article 15:4. Nous avons établi que le sens des expressions "marque de fabrique ou de commerce" et "enregistrement de la marque" définissait la portée de l'interdiction énoncée à l'article 15:4. Alors que les expressions "marque de fabrique ou de commerce" et "enregistrement de la marque" impliquent des obligations qui concernent uniquement les signes déjà enregistrables comme marques conformément à l'article 15:1, première phrase, l'interprétation proposée par les plaignants imposerait aux Membres l'obligation d'autoriser l'usage de signes qui ne sont pas intrinsèquement distinctifs et n'ont pas acquis un caractère distinctif, de la même manière pour tous les types de produits ou de services, afin de permettre à ces signes d'acquérir un caractère distinctif par l'usage.

7.1893. Nous avons constaté[4264] que l'article 15 contenait des dispositions liées entre elles qui, conjointement avec l'article 6 1) de la Convention de Paris (1967), tel qu'incorporé par référence dans l'Accord sur les ADPIC, définissaient les obligations des Membres en ce qui concerne les conditions de dépôt et d'enregistrement des marques. En outre, nous avons constaté[4265] que l'exercice par un Membre de l'option d'autoriser l'enregistrement sur la base du caractère distinctif acquis par l'usage ne modifiait pas le critère relatif au caractère distinctif et, par conséquent, la portée de l'obligation concernant l'enregistrement de signes figurant à l'article 15:1, deuxième phrase.

7.1894. Compte tenu de nos constatations antérieures, il est clair selon nous que l'objet et le but de l'article 15:4, lu dans le contexte de l'article 15:1, est de réglementer les obligations des Membres concernant l'enregistrement de signes distinctifs comme marques. Il ne relève pas de

[4263] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 154 (italique dans l'original; note de bas de page omise).
[4264] Paragraphes 7.1835 à 7.1847 plus haut.
[4265] Paragraphe 7.1889 plus haut.

l'objet et du but de l'article 15:4 de réglementer l'*usage* de signes qui n'ont pas déjà la capacité de distinguer des produits ou des services au sens de l'article 15:1. À notre avis, par conséquent, interpréter l'article 15:4 comme obligeant les Membres à autoriser l'usage de signes non distinctifs pour leur permettre d'acquérir un caractère distinctif indépendamment des produits ou des services auxquels ils s'appliqueront n'est pas compatible avec le libellé de l'article 15:4, ni avec son objet et son but, tel que cet article est lu dans le contexte de l'article 15:1.

7.1895. Le fait que l'Australie autorise, en vertu de son droit interne, l'enregistrement de signes qui ne sont pas intrinsèquement distinctifs, à condition qu'ils aient acquis un caractère distinctif par l'usage, ne peut pas impliquer que, dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, l'usage de tels signes doit être autorisé pour tous les produits et services, indépendamment de la nature des produits et services en cause. Une lecture contraire impliquerait que, chaque fois qu'un Membre exerce l'option de permettre l'enregistrement de signes non intrinsèquement distinctifs sur la base d'un caractère distinctif acquis par l'usage, comme l'article 15:1 l'autorise expressément à le faire, il se priverait de la possibilité de déterminer les conditions dans lesquelles les signes ou combinaisons de signes peuvent ou non être utilisés en relation avec des catégories spécifiques de produits ou de services. C'est ce que l'Indonésie semble indiquer lorsqu'elle fait valoir que les Membres devraient recourir à la réglementation des produits – telle que l'interdiction des produits – afin de réglementer des produits dangereux ou dépendogènes.[4266]

7.1896. Adopter l'interprétation proposée par les plaignants conduirait aussi au résultat illogique selon lequel des signes non distinctifs, c'est-à-dire des signes qui peuvent ou non devenir propres à constituer une marque par l'usage, et pour lesquels l'Accord sur les ADPIC ne formule aucune obligation explicite, jouiraient d'un droit d'usage indépendamment des produits ou services auxquels ils s'appliqueraient, alors que les marques enregistrées, qui sont l'objet central de la réglementation figurant dans les dispositions relatives aux marques de l'Accord sur les ADPIC et aux titulaires desquelles l'article 16 accorde explicitement des droits exclusifs, ne jouissent pas d'un tel droit d'usage.[4267] En outre, selon cette logique, le droit de faire usage d'une marque non enregistrée deviendrait caduc dès son enregistrement, juste au moment où son caractère distinctif sur le marché a été confirmé.

7.1897. Ce point de vue est en outre compatible avec l'approche largement reflétée dans l'Accord sur les ADPIC et la Convention de Paris (1967) selon laquelle il incombe habituellement aux parties privées, c'est-à-dire aux requérants ou aux détenteurs de droits dans le contexte des différentes conditions du marché, de remplir les critères requis pour l'enregistrement, la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle.[4268] En dehors du champ des obligations expresses énoncées dans l'Accord sur les ADPIC, l'Accord n'oblige pas les Membres, à notre avis, à faire en sorte que les parties privées soient en mesure de remplir ces critères, ou à s'abstenir d'adopter des réglementations par ailleurs non incompatibles avec les Accords visés qui peuvent influer sur les conditions du marché qui déterminent à quel point il est facile ou difficile pour les parties privées de se conformer aux prescriptions relatives au caractère distinctif comme condition de l'enregistrement des marques.

7.3.2.3.2.3 Question de savoir si les mesures TPP sont incompatibles avec l'article 15:4 en ce qu'elles réduisent la protection découlant de l'enregistrement pour les marques relatives au tabac en raison de la nature du produit

7.1898. Cuba, en incorporant les arguments de l'Ukraine concernant l'article 15:4[4269], fait en outre valoir que le terme "enregistrement" figurant à l'article 15:4, dans le "contexte global" des articles 15 et 16, "englobe nécessairement les droits découlant de l'acte administratif d'enregistrement"[4270] et que l'interdiction des obstacles fondés sur la nature des produits et

[4266] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphes 64 et 65.
[4267] Pour un examen concernant les droits conférés au titre de l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC et le "droit d'usage", voir plus loin les paragraphes 7.1971 à 7.1978.
[4268] Cela ressort de diverses dispositions de la Convention de Paris (1967) et de l'Accord sur les ADPIC qui exigent une "demande" (par exemple, l'article 6 de la Convention de Paris (1967), et les articles 15:3, 51, 52 et 59 de l'Accord sur les ADPIC) ou une "requête" (article 6*bis* de la Convention de Paris (1967), et articles 22:3, 23:2 et 46 de l'Accord sur les ADPIC).
[4269] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428; et deuxième communication écrite, paragraphe 414.
[4270] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 187).

services auxquels une marque s'appliquera s'étend donc au-delà de l'acte d'enregistrement à tout le concept de protection des marques, établissant ainsi une obligation générale de "conférer la protection selon les mêmes modalités et conditions en ce qui concerne les marques nonobstant la nature du produit".[4271]

7.1899. Cuba allègue donc que l'article 15:4 dispose que les lois nationales ne peuvent pas établir un système différent pour la protection des marques des produits du tabac par rapport à d'autres produits[4272], et estime que cette obligation générale s'applique aussi aux droits accordés par les Membres au-delà des normes minimales prévues par l'Accord sur les ADPIC conformément à l'article 1:1.[4273] Elle fait valoir que, étant donné que les mesures TPP interdisent l'usage des marques non dénominatives relatives au tabac, la protection de ces marques est réduite en comparaison avec d'autres marques qui peuvent continuer à être utilisées, tant en ce qui concerne les droits minimaux requis par l'article 16:1 que les droits additionnels accordés par la Loi TM de l'Australie au-delà du niveau requis par l'Accord sur les ADPIC.[4274] Elle allègue que, étant donné que cette réduction alléguée du champ de la protection est fondée uniquement sur la nature du produit, cela constitue une violation de l'article 15:4.[4275]

7.1900. L'Australie répond que l'article 15:4 interdit uniquement les obstacles à l'enregistrement des marques et ne concerne pas la nature de la protection qui découle de l'enregistrement. Elle fait valoir que si l'article 15:4 était censé viser la nature de la protection accordée aux marques du fait de l'enregistrement, les rédacteurs l'auraient indiqué clairement.[4276]

7.1901. Nous notons que, contrairement aux deux aspects examinés plus haut, cet aspect de l'allégation de Cuba n'est pas fondé sur une allégation selon laquelle les mesures TPP créent des obstacles illégitimes à l'enregistrement en tant que tels, mais selon laquelle le niveau de protection accordé aux marques enregistrées au titre des mesures TPP enfreint l'article 15:4. La question que soulève cet argument est donc essentiellement celle de savoir si l'article 15:4 interdit tout obstacle fondé sur la nature des produits ou services, pas seulement en ce qui concerne l'acte spécifique d'*enregistrement* d'une marque, mais aussi de savoir s'il contient une obligation plus générale imposant aux Membres de ne pas établir de discrimination sur la base de la nature des produits ou services auxquels les marques s'appliquent en ce qui concerne le champ de la *protection* qu'ils accordent aux marques enregistrées au titre de leur législation nationale.

7.1902. Pour évaluer cette question, nous rappelons d'abord l'observation préliminaire que nous avons formulée plus haut au paragraphe 7.1853 selon laquelle l'article 15 régit les conditions auxquelles les Membres peuvent refuser, ou doivent autoriser, l'enregistrement de la marque, qui est la condition préalable à l'existence des droits minimaux prévus à l'article 16:1. La portée et l'étendue de ces droits, et par conséquent la protection de la marque, sont régis par les dispositions de l'article 16.

7.1903. Nous rappelons en outre notre constatation antérieure selon laquelle le membre de phrase "enregistrement de la marque" figurant à l'article 15:4 devrait être éclairé par l'obligation, énoncée à l'article 15:1, deuxième phrase, de considérer comme susceptibles d'être "enregistrés comme marques de fabrique ou de commerce" les signes qui sont propres à constituer des marques.[4277] Le terme "registration" (enregistrement) signifie "the action of registering or recording something; the process of being registered" (l'action d'enregistrer ou de consigner quelque chose; le processus d'être enregistré).[4278] Tels qu'ils sont libellés, les textes de l'article 15:4 et de l'article 15:1, deuxième phrase, n'indiquent pas que le terme "enregistrement"

[4271] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 219).
[4272] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 216).
[4273] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphes 201 et 219).
[4274] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphes 209 à 211).
[4275] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 217).
[4276] Australie, première communication écrite, paragraphe 309, note de bas de page 500.
[4277] Voir plus haut le paragraphe 7.1852.
[4278] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "registration", "http://www.oed.com/view/Entry/161313?redirectedFrom=registration#eid", consultée le 2 mai 2017.

pourrait faire référence à autre chose que l'"action d'enregistrer" une marque. Cuba, par référence à la communication de l'Ukraine, n'avance aucun argument à l'appui de son allégation si ce n'est l'affirmation selon laquelle le "terme "enregistrement" peut aussi être lu d'une manière plus fondamentale comme faisant référence aux droits découlant de l'enregistrement".[4279]

7.1904. Le contexte fourni par l'article 15, et les dispositions relatives aux marques de la Convention de Paris (1967) sur lesquelles il fait fond, confirment, à notre avis, ce sens ordinaire du terme "enregistrement" figurant à l'article 15:4. Comme il est indiqué plus haut, et comme il ressort de l'évaluation faite par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, l'article 15:4 est l'une des différentes dispositions de l'article 15 qui, considérées ensemble et conjointement avec l'article 6 1) de la Convention de Paris (1967), tel qu'incorporé dans l'Accord sur les ADPIC, définissent les termes selon lesquels les Membres peuvent fixer des conditions en matière de dépôt et d'enregistrement des marques. Une fois de plus, l'emploi de ce terme dans ces dispositions n'est pas, à notre avis, fortuit. Il reflète plutôt le fait que ces dispositions ont trait aux conditions auxquelles les Membres peuvent ou non refuser l'acte d'enregistrement de signes spécifiques "comme marque de fabrique ou de commerce". Cette question est distincte, à notre avis, de celle de l'étendue des droits qui découleraient d'un tel enregistrement, une fois accordé.

7.1905. Cette interprétation est confirmée par le titre de l'article 15, "Objet de la protection"[4280], qui peut être comparé avec le champ de la protection fondamentale accordée à une marque enregistrée, qui est traité séparément sous la rubrique "Droits conférés" à l'article 16. Même si nous convenons avec Cuba que l'enregistrement est le "moyen d'obtenir la protection fondamentale" d'une marque, car c'est la condition à remplir pour que les droits définis à l'article 16 soient accordés au titulaire d'une marque enregistrée[4281], cela n'implique pas que l'obligation énoncée à l'article 15:4 en ce qui concerne les conditions d'"enregistrement" d'une marque devrait être lue comme s'appliquant plus généralement à la protection fondamentale d'une marque une fois qu'elle est enregistrée. Les termes "enregistrement" et "protection" ne sont pas synonymes dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC.

7.1906. Cette interprétation est compatible avec l'approche sous-jacente de la Convention de Paris (1967). Cette convention ne définit pas elle-même le champ de la protection fondamentale d'une marque, sauf dans quelques cas particuliers.[4282] Elle s'attache plutôt à exiger l'application du droit interne fondamental des États membres à tous les ressortissants des pays de l'Union de Paris[4283] en exigeant le traitement national[4284], et en limitant les motifs de refus de l'enregistrement procédural des marques pour ces ressortissants aux articles 6 et 6*quinquies* de la Convention de Paris (1967), sur lesquels l'article 15 de l'Accord sur les ADPIC fait fond de la manière décrite plus haut aux paragraphes 7.1841 à 7.1855. Bien que les dispositions régissant l'étape procédurale de l'enregistrement soient donc pertinentes pour l'*existence* de la protection[4285], le champ et la teneur de la protection fondamentale elle-même, une fois accordée,

[4279] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 187).

[4280] Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 155 ("[C]es distinctions sont étayées par le fait que le titre de cet article dans la version anglaise parle d'objet "protectable" et non "to be protected". Ainsi, le titre de l'article 15 exprime l'idée que l'objet visé par la disposition est un objet *remplissant* les conditions requises pour être protégé, mais n'ayant pas forcément *droit à* une protection." (italique dans l'original)).

[4281] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 199). Voir aussi Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphe 38.

[4282] Voir Bodenhausen, texte complet (pièce DOM-79), page 16 ("De même, l'étendue de la protection des marques n'est pas définie par la Convention, sauf dans quelques cas particuliers.").

[4283] Sont assimilés aux ressortissants des pays de l'Union les ressortissants des pays ne faisant pas partie de l'Union qui sont domiciliés ou ont des établissements industriels ou commerciaux effectifs et sérieux sur le territoire de l'un des pays de l'Union. Convention de Paris (1967), article 3.

[4284] Voir Bodenhausen, texte complet (pièce DOM-79), page 12 ("Dans cette catégorie de dispositions figure tout d'abord la règle fondamentale de la Convention selon laquelle les ressortissants de chaque État membre jouiront dans tous les autres États membres, en ce qui concerne la protection de la propriété industrielle, des avantages que les lois de ces autres États membres accordent, ou pourront accorder dans l'avenir, à leurs nationaux (article 2).").

[4285] Voir C. Correa, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Commentary on the TRIPS Agreement*, (Oxford University Press, 2007), pages 175 et 176, 182, 186, 223 et 388, (analyse de Correa concernant l'Accord sur les ADPIC) (pièce AUS-242), page 182.

sont régis par d'autres dispositions, y compris l'article 16 de l'Accord sur les ADPIC et, dans la mesure où ils offrent une protection accrue dans leur juridiction, les lois intérieures des Membres de l'OMC.

7.1907. Nous notons à cet égard que, même si le fait qu'un Membre n'accorde pas les droits minimaux requis par l'article 16 aux détenteurs de toutes les marques enregistrées constituerait une violation de ladite disposition de l'Accord sur les ADPIC[4286], une protection plus large des marques allant au-delà des prescriptions de l'Accord sur les ADPIC est autorisée par l'article 1:1 à la discrétion des Membres, à condition que cette protection ne contrevienne pas aux dispositions de l'Accord sur les ADPIC.[4287]

7.1908. Compte tenu de ce qui précède, et rappelant nos constatations antérieures[4288], nous constatons que l'article 15:4 limite les motifs de refus à l'étape de l'enregistrement d'une marque, que les Membres sont normalement tenus d'accorder pour les signes remplissant les conditions requises par l'article 15:1, deuxième phrase. L'article 15:4 ne prescrit pas, toutefois, que le champ et la teneur de la protection des marques qui découle de cet enregistrement doivent être identiques nonobstant la nature des produits ou services auxquels les marques s'appliqueront ou pourront s'appliquer.

7.1909. Cette interprétation est confirmée par l'historique de la négociation de l'article 7 de la Convention de Paris (1967), sur lequel l'article 15:4 est fondé.[4289] L'article 7 prévoit une obligation identique, limitée aux produits. L'article 15:4 étend la disposition aux services. L'article 7 de la Convention de Paris (1967) est libellé comme suit:

> La nature du produit sur lequel la marque de fabrique ou de commerce doit être apposée ne peut, dans aucun cas, faire obstacle à l'enregistrement de la marque.

7.1910. L'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC étend l'application de la règle énoncée à l'article 7 de la Convention de Paris (1967) aux marques qui s'appliquent aux services, en plus de celles qui s'appliquent aux produits, par l'insertion des mots "ou services".

7.1911. Alors que la version initiale de l'article 7 figurant dans la Convention de Paris (1883) interdisait que la nature du produit ne fasse obstacle "au dépôt de la marque"[4290], le libellé actuel "enregistrement de la marque" a été adopté à la Conférence de révision de la Haye de 1925[4291]; il a alors été expliqué que les pays ayant des procédures d'examen pourraient autrement refuser l'enregistrement, même si le dépôt d'une demande était accepté.[4292] À la Conférence de révision de Lisbonne de 1958, une proposition visant à étendre le champ de l'interdiction au

[4286] Les allégations des plaignants au titre de l'article 16:1 et 16:3 de l'Accord sur les ADPIC sont examinées plus loin dans les sections dans les sections 7.3.3 et 7.3.4, respectivement.

[4287] L'article 1:1, deuxième phrase, dispose que ce qui suit: "Les Membres pourront, sans que cela soit une obligation, mettre en œuvre dans leur législation une protection plus large que ne le prescrit le présent accord, à condition que cette protection ne contrevienne pas aux dispositions dudit accord."

[4288] Paragraphes 7.1837, 7.1852, 7.1856.

[4289] Toutes les parties font référence à l'article 7 de la Convention de Paris (1967), la disposition qui a précédé l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC. Voir Honduras, première communication écrite, paragraphe 186; République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 273, note de bas de page 246; République dominicaine, réponse à la question n° 93 du Groupe spécial, paragraphe 38; Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 179); Indonésie, première communication écrite, paragraphe 183; et Australie, première communication écrite, paragraphe 299.

[4290] Le texte original de cette version de la Convention est en français. Le texte intégral de la disposition pertinente est ainsi libellé: "La nature du produit sur lequel la marque de fabrique ou de commerce doit être apposée ne peut, dans aucun cas, faire obstacle à l'enregistrement de la marque." La Convention de Paris (1883), article 7. Voir aussi Bodenhausen, texte complet (pièce DOM-79), page 133 (faisant référence à ce libellé comme suit: "Cet article figurait déjà dans le texte original de la Convention de 1883, bien qu'il se référât alors au dépôt et non à l'enregistrement de la marque. À cette égard, la disposition à l'examen a été modifiée par la Conférence de révision de La Haye.").

[4291] OMPI, communication au Groupe spécial datée du 5 octobre 2015 en réponse à la demande de renseignements factuels présentée par le Groupe spécial, annexe 4, Extraits des documents de la Conférence de révision de La Haye (1925), deuxième séance plénière, page 577.

[4292] OMPI, communication au Groupe spécial datée du 5 octobre 2015 en réponse à la demande de renseignements factuels présentée par le Groupe spécial, annexe 4, Extraits des documents de la Conférence de révision de La Haye (1925), rapport du Comité de rédaction, page 545.

renouvellement des marques, et à introduire une référence à un droit exclusif de faire usage de la marque, a été rejetée car certains souhaitaient préserver la capacité de réglementer différemment les marques pour certains produits.[4293] Tant le remplacement du terme "dépôt" par le terme "enregistrement" à la Conférence de la Haye que les propositions infructueuses visant à inclure le "renouvellement" à la Conférence de Lisbonne soulignent le sens spécifiquement procédural que les membres de l'Union de Paris attachaient aux termes employés dans la disposition. Le refus d'inclure les "renouvellements" confirme que la formulation actuelle de l'article 7 de la Convention de Paris (1967) – dont la partie pertinente a été reproduite dans l'article 15:4 – a un champ étroit[4294] qui se limite à l'acte d'*enregistrement* de la marque et ne comprend pas le sort ultérieur de la marque.[4295]

7.1912. Par conséquent, nous concluons que toutes conséquences que les restrictions à l'usage de certains signes sur les produits du tabac au titre des mesures TPP peuvent avoir pour le champ et la teneur de la protection fondamentale accordée aux marques relatives au tabac affectées ne constituent pas une violation de l'article 15:4, qui concerne uniquement l'enregistrement, et donc l'existence de la protection par l'acte d'enregistrement, qui reste disponible pour les marques relatives au tabac en vertu des mesures contestées.[4296]

7.3.2.3.3 Conclusion générale

7.1913. Compte tenu de ce qui précède, y compris nos constatations formulées plus haut aux paragraphes 7.1831, 7.1857, 7.1873, 7.1874, 7.1894, et 7.1908, nous concluons que les plaignants n'ont pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC.

7.3.3 Article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC

7.3.3.1 Introduction

7.1914. Nous passons maintenant aux allégations des plaignants concernant les dispositions de l'Accord sur les ADPIC qui portent sur les droits conférés au titulaire d'une marque, lesquelles figurent à l'article 16. Nous examinerons d'abord les allégations au titre du paragraphe 1 de l'article 16, puis les allégations au titre du paragraphe 3 de cet article.

7.1915. Le paragraphe 1 de l'article 16 de l'Accord sur les ADPIC, intitulé "Droits conférés" se lit comme suit:

> Le titulaire d'une marque de fabrique ou de commerce enregistrée aura le droit exclusif d'empêcher tous les tiers agissant sans son consentement de faire usage au cours d'opérations commerciales de signes identiques ou similaires pour des produits ou des services identiques ou similaires à ceux pour lesquels la marque de fabrique ou de commerce est enregistrée dans les cas où un tel usage entraînerait un risque de confusion. En cas d'usage d'un signe identique pour des produits ou services identiques, un risque de confusion sera présumé exister. Les droits décrits ci-dessus ne porteront préjudice à aucun droit antérieur existant et n'affecteront pas la possibilité qu'ont les Membres de subordonner l'existence des droits à l'usage.

[4293] OMPI, communication au Groupe spécial datée du 5 octobre 2015 en réponse à la demande de renseignements factuels présentée par le Groupe spécial, annexe 6, Extraits des documents de la Conférence de révision de Lisbonne (1958), rapport du Comité de rédaction, pages 694 à 703. Voir, par exemple, *ibid.*, page 703 ("La Délégation du Danemark déclara ne pas pouvoir appuyer cette proposition, car elle désirait que l'on réservât le droit de réglementer les marques concernant les produits pharmaceutiques.").

[4294] Voir Bodenhausen, texte complet (pièce DOM-79), page 133 ("L'article à l'examen a une portée limitée, ce qui a été démontré lorsqu'ont échoué, à la Conférence de Lisbonne (1958), des tentatives de lui donner une portée plus large, à savoir de l'étendre aux renouvellements des enregistrements et à la durée du droit exclusif d'utiliser la marque.").

[4295] Ce point de vue est également compatible avec la teneur de la lettre de L. Baeumer, OMPI (pièce AUS-235), mentionnée par l'Australie, et à laquelle il est fait référence plus haut à la note de bas de page 4074.

[4296] Comme il est indiqué plus haut dans la présente section, d'autres dispositions de la Partie II de l'Accord sur les ADPIC traitent de la teneur de la protection qui doit être accordée aux marques enregistrées.

7.1916. Les plaignants allèguent que les mesures TPP enfreignent l'article 16:1 parce que la prohibition de l'usage de certaines marques relatives au tabac réduit le caractère distinctif de ces marques, ce qui réduit la capacité de démontrer l'existence d'"un risque de confusion" avec d'autres marques et a une incidence sur la capacité du titulaire du droit d'exercer son droit d'empêcher un usage non autorisé. Cuba, par référence, fait en outre valoir que les mesures TPP enfreignent l'article 16:1 en érodant le caractère distinctif de marques non intrinsèquement distinctives et en les exposant ainsi à des procédures de radiation. L'Indonésie, et Cuba par référence, fait également valoir que les mesures TPP enfreignent l'article 16:1 parce qu'elles exigent l'usage de marques semblables au point d'induire en erreur sur des produits identiques, érodant de ce fait le droit du titulaire d'une marque d'empêcher un usage qui est susceptible d'entraîner une confusion.

7.1917. L'Australie demande au Groupe spécial de rejeter ces allégations dans leur intégralité.

7.3.3.2 Principaux arguments des parties

7.1918. Le Honduras fait valoir que les mesures TPP enfreignent l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC en ramenant le champ de la protection de la marque au-dessous du niveau minimal garanti au titre de l'article 16:1.[4297] Il fait valoir que le champ de la protection garantie au titre de l'article 16:1 dépend de la capacité du titulaire de faire usage de sa marque et de la force correspondante de la marque sur le marché. Plus l'usage qui est fait de la marque est intensif, plus la marque est forte; et plus la marque est forte, plus le champ de sa protection à l'égard des usages non autorisés qu'en font les tiers est vaste.[4298] Le Honduras estime que les restrictions concernant les marques et l'emballage neutre érodent les "droits exclusifs" du titulaire de la marque que l'Australie s'est engagée à protéger au titre de l'article 16:1 en limitant la capacité des titulaires de ces marques d'empêcher les tiers de faire usage de marques similaires sur des produits similaires d'une manière qui crée un risque de confusion.[4299]

7.1919. Le Honduras fait valoir que la perte de caractère distinctif finira par réduire le champ de la protection et transformera la marque originale en un simple droit théorique, sans aucune valeur commerciale.[4300] Pour étayer cet argument, il fait valoir que le lien entre l'usage et le caractère distinctif/champ de la protection d'une marque a été reconnu explicitement par le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*.[4301] Il fait valoir qu'à mesure que le caractère distinctif d'une marque s'estompe, la gamme des marques similaires qu'un consommateur pourrait confondre avec la marque originale diminue également. Cela veut dire que le titulaire de la marque aura moins de possibilités d'exercer son droit de protéger sa marque contre les usages qui entraînent un "risque de confusion". Au fil du temps, le titulaire de la marque ne pourra pas se protéger contre l'empiétement d'autres marques sur le champ de la protection de sa marque, parce que ces autres marques ne seront plus considérées comme similaires à sa marque originale. Cette érosion de la protection des marques se produira plus rapidement pour les marques qui sont intrinsèquement non distinctives (par exemple, des couleurs uniques ou des combinaisons de couleurs), dont le caractère distinctif dépend entièrement de l'usage.[4302] Le Honduras se réfère aux conclusions d'un expert auquel les plaignants ont fait appel, M. Dinwoodie, sur l'importance du caractère distinctif, maintenu par l'usage, pour faire respecter les droits de marque dans différents systèmes juridiques.[4303] Il fait en outre valoir que ce point de vue est compatible avec l'explication du critère de la "similitude entre marques de nature à prêter à confusion" qui figure dans le Manuel de l'OMPI sur la propriété intellectuelle, selon laquelle l'"usage intensif accroît le caractère distinctif de la marque".[4304]

7.1920. Le Honduras explique que son allégation se rapporte spécifiquement à l'usage de signes similaires sur des produits similaires. Il estime que les mesures TPP ont l'incidence la plus

[4297] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 250.
[4298] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 250.
[4299] Honduras, première communication écrite, paragraphe 217.
[4300] Honduras, première communication écrite, paragraphe 239.
[4301] Honduras, première communication écrite, paragraphe 241 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.664).
[4302] Honduras, première communication écrite, paragraphe 243. Voir aussi, Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 261.
[4303] Honduras, première communication écrite, paragraphe 244 (faisant référence au rapport Dinwoodie (pièce UKR-1), paragraphes 61 à 71).
[4304] Honduras, première communication écrite, paragraphe 245.

préjudiciable sur les dessins de marque (images) et les marques composées, qui comprennent les éléments de conception et les couleurs ou la combinaison de couleurs, qui, en l'absence d'usage, perdront inévitablement leur caractère distinctif aux yeux des consommateurs, et, par conséquent, la force de leur protection.[4305] Le Honduras n'exclut pas qu'il pourrait y avoir une violation de cette disposition en ce qui concerne l'usage de signes identiques sur des produits similaires, ou d'autres scénarios, mais ne juge pas nécessaire de fonder son allégation au titre de l'article 16:1 sur tous les scénarios pertinents exposés dans cette disposition.[4306]

7.1921. Le Honduras précise qu'avec l'adoption de la Loi TPP, les consommateurs ne se rappelleront plus de la marque originale, car elle ne sera plus utilisée. Par conséquent, il devient beaucoup plus facile pour l'usurpateur de satisfaire aux prescriptions de l'article 120 2), car aucune confusion aux yeux des consommateurs ne peut exister *a priori*.[4307] Le Honduras soutient que l'article 28 de la Loi TPP ne traite pas de l'érosion du caractère distinctif, et par conséquent, du champ de la protection des marques enregistrées relatives au tabac qui résulte de l'application de la Loi TPP, et ne régit pas le maintien de la protection des marques relatives au tabac par rapport à leur usage potentiel par des tiers.[4308]

7.1922. Le Honduras précise qu'il n'a pas fait valoir que les Membres de l'OMC ne pouvaient pas adopter une mesure réglementaire générale, telle qu'une interdiction visant un produit ou la publicité, simplement parce que cette interdiction pourrait avoir un effet accessoire sur la marque associée.[4309] La réglementation de la publicité (y compris des produits du tabac) n'influe pas notablement sur le caractère distinctif de la marque et l'exécution des droits parce que le titulaire de la marque peut toujours utiliser sa marque sur des produits et ainsi maintenir le caractère distinctif et la réputation de la marque au cours d'opérations commerciales. Selon le Honduras, il n'y a pas de violation de l'article 16 de l'Accord sur les ADPIC dans une telle situation.[4310]

7.1923. Le Honduras indique aussi qu'il n'a pas allégué qu'un droit positif de faire usage d'une marque résultait de l'enregistrement.[4311] Quant à la question de savoir "si l'enregistrement d'une marque donne le droit de faire usage de cette marque, y compris le droit de s'opposer à toute réglementation ou restriction de la vente du produit auquel la marque s'appliquera"[4312], le Honduras indique qu'"[i]l n'existe effectivement pas un tel droit "absolu" de faire usage de la marque".[4313] Il accepte que l'article 16:1 est déclenché par certaines situations dans lesquelles un tiers fait usage d'une marque identique ou similaire sur certains produits sans le consentement du titulaire de la marque. Le point central de l'allégation du Honduras est que les mesures TPP restreignent la capacité du titulaire d'une marque de revendiquer ce droit. Les mesures concernant l'emballage neutre conduisent à une perte du pouvoir distinctif de la marque. Cela érode la capacité du titulaire de la marque de revendiquer ses droits, et réduit la gamme des actions potentielles que le titulaire peut intenter au titre de l'article 16:1 contre l'usage d'une marque similaire ou identique par un tiers non autorisé.[4314]

7.1924. Le Honduras fait valoir que l'article 16 impose aux Membres l'obligation de garantir aux titulaires de marques un niveau minimal de droits privés qui leur permet de parvenir à protéger le caractère distinctif et la fonction d'indication d'origine de leurs marques dans des procédures pour atteinte aux droits. Même s'il faut faire respecter ces droits à l'égard des tiers du secteur privé, l'obligation du Membre de l'OMC au titre de l'Accord sur les ADPIC est de garantir que le titulaire d'une marque enregistrée pourra réussir à le faire, s'il le souhaite. Selon le Honduras, les Membres manquent à cette obligation si par leurs actions ou omissions ils ne font pas en sorte que les titulaires de marques puissent revendiquer leurs droits, comme c'est le cas de l'Australie du fait des mesures TPP.[4315]

[4305] Honduras, réponse à la question n° 29 du Groupe spécial.
[4306] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 251.
[4307] Honduras, première communication écrite, paragraphe 248.
[4308] Honduras, première communication écrite, paragraphe 250.
[4309] Honduras, réponse à la question n° 95 du Groupe spécial.
[4310] Honduras, réponse à la question n° 95 du Groupe spécial.
[4311] Honduras, réponse à la question n° 96 du Groupe spécial.
[4312] Honduras, réponse à la question n° 96 du Groupe spécial.
[4313] Honduras, réponse à la question n° 96 du Groupe spécial.
[4314] Honduras, réponse à la question n° 96 du Groupe spécial.
[4315] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 258.

7.1925. Le Honduras fait en outre valoir que les mesures TPP ne peuvent pas être justifiées au titre de l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC.[4316] À son avis, les mesures en cause entraînent une diminution notable des droits conférés par l'article 16:1, et ont un vaste champ d'application. Par conséquent, ces mesures ne peuvent pas être considérées comme des "exceptions limitées" au sens de l'article 17.[4317] Le Honduras ajoute que les mesures TPP ne tiennent pas compte des intérêts légitimes des titulaires de marques relatives au tabac, qui comprennent l'usage de la marque originale du titulaire en relation avec les produits pertinents.[4318]

7.1926. La République dominicaine fait valoir qu'en limitant strictement l'usage de marques dans le commerce, les mesures TPP réduisent, et dans certains cas suppriment, la capacité des titulaires de marques d'exercer les droits exclusifs garantis par l'article 16:1, y compris le droit d'empêcher des tiers de faire usage de signes similaires ou identiques d'une manière qui crée un risque de confusion.[4319]

7.1927. À son avis, l'article 16:1 précise à la fois l'obligation des Membres de l'OMC – accorder le droit exclusif aux titulaires de marques enregistrées d'empêcher un usage non autorisé – et une condition préalable qui doit être remplie (c'est-à-dire un risque de confusion) pour déclencher l'obligation des Membres de l'OMC d'autoriser le titulaire d'une marque à empêcher certains usages par des tiers.[4320] Elle affirme qu'en ce qui concerne la condition préalable, l'article 16:1 indique que l'usage de signes identiques ou similaires sur des produits identiques ou similaires doit être tel qu'il se produit un "risque de confusion".[4321] Elle fait valoir que des restrictions strictes de la capacité du titulaire d'une marque de faire usage de son signe au cours d'opérations commerciales entraveront ou détruiront, au fil du temps, la possibilité que la condition préalable se produise.[4322]

7.1928. La République dominicaine précise que la capacité de démontrer l'existence d'une confusion parmi les consommateurs au titre de l'article 16:1, et de ce fait d'empêcher un usage non autorisé, dépend du caractère distinctif d'une marque. Comme cela est expliqué dans le Manuel de l'OMPI, "les marques très distinctives … sont plus susceptibles de prêter à confusion que les marques qui ont des sens associatifs en relation avec les produits pour lesquels elles sont enregistrées". Le caractère distinctif d'une marque dépend, aussi de l'usage de la marque. Par l'usage dans le commerce, les consommateurs apprennent à associer la marque au produit pour lequel elle a été enregistrée, ce qui renforce la connaissance et le caractère distinctif de la marque. Ainsi, le Manuel de l'OMPI sur la propriété intellectuelle indique ce qui suit: "Si la marque à laquelle il est porté atteinte est utilisée, l'étendue de l'usage peut influer sur le critère de la similitude de nature à prêter à confusion".[4323] La République dominicaine indique, en se référant au rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques*, que l'"usage par le titulaire d'une marque de "sa propre marque en relation avec les produits ou les services de ses propres entreprises bénéficiant d'une autorisation" est nécessaire pour "préserver le caractère distinctif" de la marque "afin qu'elle puisse remplir" sa fonction".[4324] Elle ajoute en outre que la Cour fédérale d'Australie en chambres réunies a estimé que lorsqu'un élément d'une marque enregistrée a développé une réputation solide, cela augmentait la possibilité qu'une atteinte aux droits soit constatée lorsqu'un signe similaire était utilisé. Par conséquent, l'usage effectif sur le marché a une incidence importante sur la possibilité de parvenir à montrer qu'il existe un risque de confusion dans le cadre de la législation australienne.[4325]

7.1929. La République dominicaine fait valoir que lorsqu'une marque ne peut plus distinguer les produits ou services auxquels elle est associée, la capacité de démontrer l'existence d'un "risque de confusion" causé par l'usage de signes similaires sur des produits similaires, c'est-à-dire le droit

[4316] Honduras, première communication écrite, paragraphe 252.
[4317] Honduras, première communication écrite, paragraphe 255.
[4318] Honduras, première communication écrite, paragraphe 256. (note de bas de page omise)
[4319] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 295.
[4320] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 299.
[4321] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 300.
[4322] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 300.
[4323] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 307 (citant le Manuel de l'OMPI sur la propriété intellectuelle, texte complet (pièce DOM-65), paragraphe 2.484).
[4324] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 303 (citant le rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.664).
[4325] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 308 (faisant référence à Crazy Ron contre Mobileworld (pièces DOM-72 et IDN-103); et Louis Vuitton contre Sonya (pièce DOM-73)).

fondamental de l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC, diminue considérablement ou disparaît. En perdant la capacité de démontrer l'existence de cette condition préalable (c'est-à-dire le "risque de confusion"), le titulaire de la marque perd aussi la capacité d'exercer son droit exclusif d'empêcher l'usage de ces signes similaires sur des produits similaires.[4326] La République dominicaine précise en outre dans sa deuxième communication écrite que ses allégations au titre de l'article 16:1 portent essentiellement sur les scénarios suivants: a) l'usage d'un signe identique sur un produit similaire à celui pour lequel la marque est enregistrée; et b) l'usage d'un signe similaire sur un produit similaire à celui pour lequel la marque est enregistrée.[4327]

7.1930. Selon la République dominicaine, une "destruction" des droits accordés par l'article 16:1 se fait par le biais des mesures TPP de la manière suivante:

> 1) un usage moindre ou un non-usage conduit à une réduction du caractère distinctif, ou à une absence totale de caractère distinctif (ce qui conduit normalement à la radiation de la marque, en l'absence des "fictions juridiques" de la Loi TPP);
>
> 2) si le caractère distinctif est réduit ou s'il n'existe pas, les consommateurs n'associent plus la marque enregistrée au produit pour lequel elle a été enregistrée; et
>
> 3) lorsque les consommateurs n'associent plus une marque enregistrée aux produits du titulaire de la marque, il devient difficile, voire impossible, pour le titulaire de la marque de démontrer l'existence d'une confusion en cas d'usage d'un signe identique ou similaire sur des produits similaires.[4328]

7.1931. De cette manière, la République dominicaine fait valoir que, par le biais du propre comportement législatif de l'Australie, la protection accordée au titre de l'article 16:1 aux marques de produits du tabac en Australie est diminuée, et peut-être même perdue entièrement. Par exemple, en l'absence des mesures TPP, une personne qui est titulaire d'une marque enregistrée de cigarettes pourrait empêcher l'usage d'un signe qui est "en substance identique, ou semblable au point d'induire en erreur, à" cette marque en relation avec des produits "répondant à la même description" ou "étroitement liés" à des cigarettes, tels que des briquets ou des allumettes.[4329] Cependant, la République dominicaine fait valoir que, du fait des mesures TPP, la capacité des titulaires de marques de produits du tabac de protéger leurs marques sera réduite, peut-être perdue, par le biais du mécanisme présenté plus haut de façon détaillée, en violation de l'article 16:1. Par conséquent, l'Australie réduit ou supprime la protection des marques, ce qui empêche le titulaire d'une marque de remplir la condition relative à la confusion.[4330]

7.1932. La République dominicaine explique que ses "allégations au titre de l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC concernent également tant les marques intrinsèquement distinctives que les marques non intrinsèquement distinctives. Par le biais de l'interdiction d'usage, les deux types de marques perdent leur capacité de distinguer, de sorte que les titulaires de marques respectifs finissent par ne plus pouvoir exercer les droits minimaux qui doivent être accordés conformément à l'article 16:1."[4331] Selon la République dominicaine, les marques non intrinsèquement distinctives illustrent comment cette violation peut survenir dans la pratique. Pour ce qui est des signes non intrinsèquement distinctifs des produits du tabac qui ont été enregistrés avant l'adoption des mesures TPP et qui sont actuellement des marques enregistrées en Australie, la restriction de l'usage de ces marques a pour effet de supprimer le caractère distinctif acquis précédemment par l'usage, caractère distinctif dont l'acquisition leur avait permis d'être enregistrées comme marques dans un premier temps.[4332]

7.1933. La République dominicaine fait en outre valoir que l'Australie a préservé le statut formel de certains signes comme marques enregistrées de produits du tabac en vertu de fictions juridiques établies au titre de l'article 28 de la Loi TPP. Cependant, bien que ces fictions maintiennent le statut formel des signes, elles ne maintiennent pas les droits fondamentaux qui

[4326] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 302.
[4327] République dominicaine, deuxième communication écrite, note de bas de page 62.
[4328] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 310.
[4329] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 311.
[4330] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 312.
[4331] République dominicaine, réponse à la question n° 30 du Groupe spécial, paragraphe 140.
[4332] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 313.

doivent être accordés à ces marques.[4333] La République dominicaine fait valoir que si une marque, du fait de son faible usage, ne peut plus servir à "distinguer les produits et les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises", alors les droits conférés à cette marque au titre de l'article 16:1 diminuent considérablement ou sont rendus inutiles.[4334] Elle allègue que, lorsque ce caractère distinctif est supprimé, l'enregistrement de ces marques perd tout son sens, non seulement parce que ces signes ne peuvent pas être utilisés par le titulaire de la marque sur le marché, mais aussi parce que l'usage non autorisé qu'en font les tiers ne peut pas être exclu.[4335] Elle fait valoir que "ces marques enregistrées sont simplement des coquilles vides dépouillées des attributs fonctionnels des marques".[4336]

7.1934. La République dominicaine précise qu'elle ne fait pas valoir que l'article 16:1 établit un droit positif d'utiliser[4337] ni que l'article 16:1 impose aux Membres l'obligation d'adopter des mesures qui font en sorte qu'une marque maintienne ou renforce son caractère distinctif. Elle fait plutôt valoir que l'article 16:1 impose aux Membres l'obligation de ne pas adopter de mesures qui compromettent ou éliminent le droit d'exclure du titulaire d'une marque énoncé à l'article 16:1 en empêchant qu'une marque de produits commercialisés licitement acquière ou maintienne un caractère distinctif.[4338] Elle fait valoir qu'"il existe une obligation de s'abstenir d'adopter un comportement réglementaire qui *affaiblit* ou *élimine* le caractère distinctif essentiel à l'exercice du droit d'exclure".[4339] Elle explique que ses arguments concernent l'obligation de l'Australie de s'abstenir d'adopter des restrictions à l'usage de marques qui sont tellement extrêmes qu'elles privent finalement le titulaire d'une marque des droits auxquels dont il bénéficie au titre de l'article 16:1.[4340] Faisant référence au rapport du Groupe spécial *Mexique – Télécommunications*, elle fait valoir que l'"article 16:1 ne peut pas être interprété d'une telle manière que les Membres peuvent, par leur propre comportement, se soustraire à leur obligation de prévoir les droits exclusifs qui doivent être accordés conformément à cette disposition".[4341]

7.1935. La République dominicaine note aussi que, selon ses arguments, "l'*Accord sur les ADPIC* ne compromettrait pas la capacité d'un Membre de réglementer ou d'interdire la disponibilité, ou le commerce, d'un produit ou d'un service particulier"[4342] parce que, à son avis, la "réglementation de la disponibilité d'un produit ou d'un service ne relève pas de l'Accord sur les ADPIC".[4343] Elle explique que cela est également la raison pour laquelle ses arguments concernant l'importance de l'"usage" au titre des articles 15 et 16 se limitent à l'usage de produits commercialisés licitement.[4344]

7.1936. Cuba, par référence, incorpore les arguments concernant l'article 16:1 présentés par le Honduras, la République dominicaine, l'Indonésie et l'Ukraine dans leurs premières communications écrites, ainsi que les arguments présentés par le Honduras, la République dominicaine et l'Indonésie dans leurs deuxièmes communications écrites.[4345] Elle fait valoir, par référence à la première communication écrite de l'Ukraine, que les mesures TPP, en empêchant toute possibilité de faire usage de marques valablement enregistrées sur des produits disponibles licitement, enfreignent l'article 16:1 de deux façons. Premièrement, les mesures TPP suppriment la possibilité d'empêcher l'usage de signes similaires sur des produits similaires compte tenu de l'incidence défavorable des mesures sur la force de la marque et la capacité de démontrer

[4333] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 304.
[4334] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 301.
[4335] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 313.
[4336] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 303.
[4337] République dominicaine, réponse à la question n° 94 du Groupe spécial, paragraphe 44.
[4338] République dominicaine, réponse à la question n° 94 du Groupe spécial, paragraphe 47.
[4339] République dominicaine, réponse à la question n° 94 du Groupe spécial, paragraphe 48. (italique dans l'original)
[4340] République dominicaine, réponse à la question n° 96 du Groupe spécial, paragraphe 58.
[4341] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 71 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *Mexique – Télécommunications*, paragraphes 7.241 à 7.244. (Le Groupe spécial croit comprendre qu'en citant le rapport du Groupe spécial *Mexique – Télécommunications*, la République dominicaine faisait référence aux paragraphes 7.241 à 7.244.))
[4342] République dominicaine, réponse à la question n° 95 du Groupe spécial, paragraphe 51.
[4343] République dominicaine, réponse à la question n° 95 du Groupe spécial, paragraphe 51. (note de bas de page omise)
[4344] République dominicaine, réponse à la question n° 95 du Groupe spécial, paragraphe 51.
[4345] Voir plus haut la note de bas de page 4062. Comme nous avons décrit séparément les arguments pertinents des autres plaignants, dans la section ci-après nous résumerons uniquement les principaux arguments de l'Ukraine.

l'existence de la confusion qui conditionne l'exercice des droits énoncés à l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC. Deuxièmement, ces mesures conduisent à la perte du caractère distinctif de signes non intrinsèquement distinctifs, ce qui conduit à leur invalidation et ainsi à la suppression de la protection prévue à l'article 16:1.[4346]

7.1937. En ce qui concerne le premier argument, Cuba, par référence, fait valoir que le champ de la protection d'une marque est déterminé par la force de la marque, qui dépend de l'étendue de son usage dans le temps. "La force sur le marché est donc cruciale pour établir une atteinte aux droits, et donc pour le champ de la protection". Plus la marque est forte, plus son champ de protection est vaste.[4347] Cuba fait valoir qu'en uniformisant l'apparence des marques dénominatives ou des marques de fabrique ou de commerce, les mesures TPP réduisent le caractère distinctif des marques, compromettant ainsi le droit du titulaire d'exercer son droit d'exclusion au titre de l'article 16:1.[4348] Elle explique, par référence, qu'après l'introduction de l'emballage neutre, les marques deviendront très faibles étant donné que les consommateurs ne les verront plus. L'évaluation globale de la réputation et de la force de la marque qui est cruciale pour le risque de confusion et l'analyse de la similitude sera réduite à une simple comparaison formelle fondée sur l'enregistrement en ce qui concerne une marque faible. La possibilité d'empêcher l'usage de signes similaires sur des produits similaires sera donc sensiblement réduite aux signes quasi identiques sur des produits quasi identiques.[4349]

7.1938. Cuba, par référence, fait valoir que la portée des droits conférés et les conditions spécifiques imposées par l'article 16 reflètent le lien intrinsèque et direct entre l'usage de la marque par son titulaire et la portée des droits conférés. L'interprétation requise du texte de l'article 16 selon le principe de l'interprétation des traités dit de l'effet utile confirme ainsi que sans possibilité minimale de faire usage de la marque sur le produit auquel elle s'appliquera, le niveau minimal des droits garantis conférés par l'article 16 n'est plus garanti.[4350] Cuba, par référence, estime qu'"une interprétation des dispositions pertinentes de l'Accord sur les ADPIC dans leur ensemble et de l'article 16 en particulier comme prévoyant uniquement un droit négatif d'empêcher les tiers de faire usage de signes similaires au signe couvert par la marque est indéfendable".[4351] Selon elle, l'article 16 reconnaît un droit d'usage et protège l'usage des marques.[4352]

7.1939. Cuba, par référence, conclut que les mesures TPP réduisent la portée de tous les droits de marque enregistrée, ce qui empêche effectivement les titulaires de s'opposer à l'usage de signes similaires sur des produits similaires, en violation du niveau minimal des droits qui doivent être garantis par l'Australie au titre de l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC.[4353]

7.1940. En ce qui concerne le deuxième argument, Cuba, par référence, explique que, étant donné que les signes non intrinsèquement distinctifs ne peuvent pas être enregistrés, et que leur enregistrement peut être invalidé parce qu'ils n'ont pas de caractère distinctif sauf s'ils sont utilisés dans un contexte particulier[4354], ce que les mesures TPP interdisent, il n'existe aucun fondement permettant que certaines marques figuratives non intrinsèquement distinctives obtiennent ou maintiennent le statut de marque. Ces dernières seront donc automatiquement "génériciséés".[4355] Cuba fait en outre valoir que ni l'article 28 de la Loi TPP ni la Loi TMA ne règlent cette question, car

[4346] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 278). Voir aussi Cuba, réponse à la question n° 94 du Groupe spécial.
[4347] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 279, qui cite le rapport Dinwoodie (pièce UKR-1), paragraphe 64).
[4348] Cuba, réponse aux questions n° 29 (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial) et 96 du Groupe spécial.
[4349] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 280).
[4350] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 274).
[4351] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 228, qui cite le rapport Schwebel (pièce UKR-2), paragraphe 3).
[4352] Cuba, réponse à la question n° 99 du Groupe spécial.
[4353] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 294).
[4354] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 285).
[4355] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 288).

ces derniers ne permettent pas à des marques non intrinsèquement distinctives d'obtenir ou de maintenir la protection garantie au titre de l'Accord sur les ADPIC.[4356] Par conséquent, les titulaires de marques qui étaient précédemment protégées et utilisées, et qui bénéficiaient du niveau minimal de protection garanti par l'article 16:1, perdront ou ont déjà perdu cette protection.[4357] Cuba soutient, par référence, qu'"[e]n refusant ces droits exclusifs minimaux aux titulaires de marques consistant en des signes non intrinsèquement distinctifs, l'Australie manque à son obligation au titre de l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC".[4358]

7.1941. L'Indonésie fait valoir que l'Australie a enfreint l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC de deux façons: 1) la Loi TPP exige l'usage de marques semblables au point d'induire en erreur sur des produits identiques tels qu'ils sont définis dans la législation australienne, érodant de ce fait le droit du titulaire d'une marque d'empêcher un usage susceptible d'entraîner une confusion; et 2) la Loi TPP empêche que les marques valablement enregistrées maintiennent leur caractère distinctif, diminuant de ce fait la capacité du titulaire d'une marque valablement enregistrée d'empêcher l'usage non autorisé de marques similaires par des tiers sur des produits similaires non visés par la Loi TPP, et, à terme, y mettant fin.[4359]

7.1942. En ce qui concerne le premier argument, l'Indonésie reconnaît qu'avant la mise en œuvre de l'emballage neutre, le régime australien des marques satisfaisait aux obligations de l'Australie au titre de l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC qui consistaient à accorder aux titulaires de marques le droit exclusif d'empêcher les tiers non autorisés de faire usage de signes identiques ou similaires pour des produits ou des services identiques ou similaires dans les cas où un tel usage entraînerait un risque de confusion[4360], en vertu de l'article 120 de la Loi TM. Elle fait valoir qu'après la mise en œuvre des mesures TPP, les titulaires de marques enregistrées relatives aux produits du tabac "se trouvent dans la situation bizarre d'être *juridiquement tenus* de présenter leurs marques d'une manière qui est "semblable au point d'induire en erreur" à celle d'autres marques de tabac, et d'être entravés dans leur capacité d'*empêcher* les tiers de faire usage de marques qui sont semblables à leurs propres produits au point d'induire en erreur".[4361] Elle fait en outre valoir que "puisque les mesures [T]PP australiennes sont obligatoires, l'Australie a laissé les titulaires de marques sans recours".[4362] "En raison du caractère obligatoire de cette mesure, l'Australie a privé les titulaires de marques du droit d'exclure les usages de marques similaires dans les cas où de tels usages étaient susceptibles de prêter à confusion, ce qui est directement en conflit avec son obligation au titre de l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC."[4363]

7.1943. L'Indonésie fait valoir que les marques, y compris les couleurs, les dessins et modèles, et les images couverts par des marques sont essentiels pour l'établissement et le maintien des marques. Ces marques non dénominatives renforcent le caractère distinctif de la marque de fabrique ou de commerce d'une marque. Cela est particulièrement vrai, selon l'Indonésie, lorsque tous les produits sont similaires ou identiques, comme c'est le cas des cigarettes.[4364] Faisant référence à une liste de marques dénominatives enregistrées relatives aux produits du tabac en Australie qui font usage du mot "gold"[4365], l'Indonésie fait valoir que ces marques pourraient facilement être confondues avec la marque dénominative "Indonesian Gold" en l'absence de toute police ou de tous symboles ou couleurs distinctifs. Les marques dénominatives elles-mêmes, dans de nombreux cas, sont insuffisantes pour différencier une marque d'une autre. L'Indonésie allègue que cela est particulièrement vrai dans le cadre des mesures TPP, où toutes les marques dénominatives doivent respecter une forme prescrite (police, taille, couleur, etc.). "En dépouillant les marques de toutes leurs caractéristiques distinctives, sauf une, l'Australie a vidé de son sens le

[4356] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 289).
[4357] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 292).
[4358] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 293).
[4359] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 213.
[4360] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 214.
[4361] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 214. (italique dans l'original)
[4362] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 93. Voir aussi Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 101.
[4363] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 101.
[4364] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 216. L'Indonésie ajoute que des "études indiquent que de "nombreux fumeurs ne sont pas en mesure de faire la distinction entre des cigarettes similaires" en l'absence de marques". *Ibid.*
[4365] Voir Indonésie, première communication écrite, tableau V.1.

droit conféré par l'article 16:1. En vertu [des mesures TPP], le titulaire d'une marque relative au tabac est contraint de devenir à la fois l'auteur *et* la victime de marques semblables au point d'induire en erreur sur des produits identiques. À cet égard, l'emballage neutre fausse l'objectif même des droits de propriété intellectuelle."[4366]

7.1944. L'Indonésie fait en outre valoir qu'en modifiant la Loi TM et en introduisant l'article 231A, "le gouvernement australien reconnaît que l'emballage neutre est contraire au fonctionnement normal de la législation sur les marques et prévoit la prolifération de règlements qui vont également à l'encontre de la fonction ordinaire des marques".[4367]

7.1945. L'Indonésie conclut que l'Australie a enfreint l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC en compromettant la capacité du titulaire d'une marque d'empêcher un "risque de confusion" avec des marques presque identiques. "S'il est exigé que les marques figurent sur des produits du tabac identiques d'une manière pratiquement identique, comme c'est le cas en vertu de l'emballage neutre, il sera beaucoup plus difficile pour les titulaires de marques d'exercer leurs droits au titre de la législation australienne pour empêcher un usage susceptible de prêter à confusion – un droit que l'Australie *doit* garantir aux titulaires de marques au titre de l'article 16:1."[4368]

7.1946. En réponse à l'argument de l'Australie selon lequel les mesures TPP n'exigent pas que certaines marques dénominatives figurent d'une manière qui prête à confusion parce que l'enregistrement de ces marques montre qu'elles ont été réputées propres à distinguer les produits du requérant de ceux d'autres personnes, l'Indonésie fait valoir que "le simple fait qu'une marque est enregistrée ne signifie pas qu'elle ne peut jamais être utilisée d'une manière qui pourrait entraîner un risque de confusion avec une autre marque enregistrée. De fait, la [Loi TM] confère au bureau d'enregistrement le pouvoir de révoquer l'enregistrement d'une marque s'"il est raisonnable de révoquer l'enregistrement, compte tenu de toutes les circonstances". Ces circonstances comprennent "tout *usage* qui a été fait de la marque" ainsi que "toutes procédures juridiques passées, présentes ou projetées relatives à la marque"." Ainsi, l'Indonésie allègue que le simple fait de l'enregistrement n'exclut pas la possibilité d'une révocation ultérieure fondée sur un usage prêtant à confusion de la marque.[4369]

7.1947. En ce qui concerne le deuxième argument, l'Indonésie fait valoir qu'"[e]n plus d'exiger que les marques figurent sur les produits identiques d'une manière semblable au point d'induire en erreur", les mesures TPP réduisent le caractère distinctif global des marques au fil du temps. La force d'une marque est inextricablement liée à sa capacité de distinguer les produits, ce qui est fonction de l'usage. Les marques très distinctives sont plus facilement confondues avec des marques similaires ou identiques figurant sur des produits similaires ou identiques, ce qui déclenche le droit du titulaire accordé par l'article 16:1 d'empêcher ces marques. Il s'ensuit que les marques moins distinctives sont moins susceptibles d'être confondues avec d'autres marques, ce qui signifie que leurs titulaires seront moins en mesure d'empêcher l'apparition de marques similaires ou identiques sur des produits similaires ou identiques.[4370] L'Indonésie fait en outre valoir que le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)* "a observé [que] l'usage d'une marque [était] nécessaire pour la préservation de son caractère distinctif".[4371]

7.1948. L'Indonésie fait valoir que les mesures TPP entraîneront inévitablement la perte du caractère distinctif des marques relatives aux produits du tabac parce qu'elles restreignent l'usage de ces marques au cours d'opérations commerciales normales. L'Indonésie allègue que la perte de caractère distinctif aura pour conséquence que les titulaires ne seront pas en mesure de démontrer l'existence d'un risque de confusion avec des marques de plus en plus similaires figurant sur des produits de plus en plus similaires, ce qui va à l'encontre des droits garantis par l'article 16:1.[4372] De ce fait, selon l'Indonésie, de nombreux produits connexes qui ne sont pas visés par les mesures

[4366] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 217.
[4367] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 218.
[4368] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 219. (italique dans l'original)
[4369] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 96 (citant la Loi TM (pièce JE-6), article 84 1) b) et 84 3) a) et 84 3) b), pages 83 et 84).
[4370] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 220.
[4371] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 90 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.664). Voir aussi Indonésie, première communication écrite, paragraphe 222.
[4372] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 222.

TPP peuvent maintenant afficher des marques similaires ou identiques en tant que marques enregistrées relatives au tabac sans l'autorisation du titulaire de la marque.[4373]

7.1949. L'Indonésie conclut que "[l]'érosion progressive de la force des marques est une destruction inacceptable de propriété intellectuelle, et est tout à fait contraire au but de l'Accord sur les ADPIC. Le fait que des marques perdront leur caractère distinctif en conséquence directe du droit interne australien revient à un déni pur et simple de la part de l'Australie des droits conférés pour des marques distinctives, en violation de ses obligations. Ainsi, l'Australie a enfreint l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC en affaiblissant le caractère distinctif de marques et, par conséquent, la capacité des titulaires de marques d'empêcher l'usage de marques similaires ou identiques sur des produits similaires ou identiques."[4374]

7.1950. En réponse à l'argument australien selon lequel il n'existe pas de "droit positif d'utiliser", l'Indonésie fait valoir que l'Accord sur les ADPIC prévoit une possibilité minimale de faire usage d'une marque enregistrée en relation avec les produits ou services pertinents.[4375] Elle ajoute que toute dérogation à cette règle doit être une exception limitée qui tient compte des intérêts légitimes des titulaires de marques et des tiers (par exemple, les consommateurs) en ce qui concerne l'usage des marques.[4376] Elle explique que la possibilité minimale de faire usage d'une marque prévue par l'Accord sur les ADPIC n'est pas un droit absolu d'utiliser. Toutefois, lorsque l'on considère que la valeur des marques découle uniquement de la capacité des titulaires privés de marques de faire usage de ces marques pour distinguer leurs produits et services au cours d'opérations commerciales, il est parfaitement logique que les dispositions de l'Accord sur les ADPIC qui sont pertinentes pour les marques protègent également la possibilité minimale des titulaires de marques de faire usage de leurs marques.[4377] L'Indonésie allègue en outre que, même sur les marchés où aucun "droit d'usage" n'est établi, l'usage des marques est un facteur crucial qui influence les arbitres qui sont saisis d'allégations d'atteinte aux droits.[4378] Elle indique que l'intérêt légitime du titulaire d'une marque à faire usage de sa marque et l'importance de l'usage pour l'obtention des avantages conférés par l'enregistrement des marques, bien qu'ils soient cruciaux dans le présent différend, ne devraient pas être amalgamés avec le "droit positif d'utiliser" ou le "droit absolu d'utiliser". Bien que les Membres puissent prendre diverses mesures réglementaires ayant une incidence sur l'usage d'une marque, qu'elles soient axées sur une marque ou sur les produits et services correspondants, "il ne peut pas être vrai", selon l'Indonésie, "que les droits et obligations conférés par l'Accord sur les ADPIC ne sont pas affectés ou affaiblis par une prohibition non justifiée de l'usage de marques en relation avec une catégorie entière de produits".[4379]

7.1951. Se référant à la jurisprudence nationale de l'Australie sur les marques, l'Indonésie fait valoir que la législation australienne reconnaît que l'usage des marques est un facteur essentiel dans toute procédure pour atteinte aux droits. Par conséquent, si l'usage est crucial pour prouver l'existence d'une atteinte aux droits de marque en Australie (un marché où il n'existe pas de droit positif de faire usage d'une marque), il est également exact, selon l'Indonésie, de constater qu'interdire l'usage "vide de leur substance" les protections accordées au titre de l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC.[4380] L'Indonésie fait en outre valoir que l'article 28 de la Loi TPP ne remédie pas à la perte de caractère distinctif et, par conséquent, à la perte de la protection accordée aux marques au titre de l'article 16:1 du fait des mesures TPP[4381], car cet article traite uniquement du maintien au bureau d'enregistrement des marques enregistrées qui tombent en désuétude du fait des mesures TPP.[4382]

[4373] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 223 (faisant référence aux résultats de recherche ATMOSS (pièce IDN-62)).
[4374] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 223.
[4375] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 72.
[4376] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 72 (faisant référence à l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC et le rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.664).
[4377] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 14.
[4378] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 74.
[4379] Indonésie, réponse à la question n° 94 du Groupe spécial, paragraphe 16.
[4380] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 89.
[4381] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 92.
[4382] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 92.

7.1952. L'Indonésie explique qu'elle n'allègue pas que les Membres sont tenus au titre de l'article 16:1 de prendre des mesures concrètes pour assurer le caractère distinctif des marques. Il est de la responsabilité du titulaire de la marque d'exercer sa "liberté générale du marché" pour renforcer et maintenir sa marque par l'usage sur le marché. Toutefois, selon elle, l'article 16:1 oblige les Membres à s'abstenir de prendre des mesures réglementaires qui affaiblissent l'aptitude des titulaires de marques à exercer leur droit d'empêcher l'usage de signes similaires ou identiques pour des produits ou des services similaires ou identiques qui sont susceptibles d'entraîner une confusion. L'Indonésie fait valoir que les mesures TPP australiennes font exactement le contraire en réduisant considérablement le caractère distinctif des marques relatives au tabac en prohibant l'usage sur le marché, ce qui nuit à l'aptitude des titulaires de marques à engager avec succès des actions pour atteinte aux droits dans le cadre de la législation australienne sur les marques. Elle affirme que l'enregistrement, à lui seul, est insuffisant pour sauvegarder le caractère distinctif des marques.[4383]

7.1953. L'Indonésie fait en outre valoir que la manière dont les marques sont utilisées, et le contexte dans lequel elles le sont, y compris leur présentation commerciale, est un élément important des actions pour atteinte aux droits de marque en Australie[4384], et conformément au critère australien du "souvenir imparfait", les tribunaux tirent des conclusions quant à ce dont un consommateur se souviendrait au sujet de marques et comparent la façon dont les marques sont utilisées ou censées être utilisées sur le marché.[4385] Elle fait valoir que, même si des marques dénominatives peuvent avoir été enregistrées sans aucun élément de couleur ou élément figuratif, ces marques sont rarement utilisées sous la forme neutre dans laquelle elles sont enregistrées[4386], il arrive souvent que les gens ne lisent pas attentivement les mots ou ne les prononcent pas distinctement[4387], et des études ont constaté que l'effet du dessin de l'étiquette sur la similitude perçue est plus de sept fois plus grand que l'effet du nom de la marque.[4388] Elle fait valoir qu'il n'est donc pas difficile de démontrer que les mesures TPP sont susceptibles d'augmenter le risque de confusion. Dans le présent différend, les marques dénominatives qui sont autorisées à figurer sur les emballages de tabac doivent être affichées selon une présentation commerciale identique. En l'absence d'autres éléments distinctifs, l'aptitude des marques dénominatives à distinguer des produits est considérablement diminuée.[4389]

7.1954. L'Australie fait valoir que les mesures TPP ne sont pas incompatibles avec l'article 16:1, interprété correctement.[4390] Elle explique que, d'après le sens ordinaire des termes de l'article 16:1, le droit accordé aux titulaires de marques enregistrées est un droit négatif – c'est-à-dire, le droit d'arrêter ou d'entraver l'action de tiers consistant à faire usage de signes identiques ou similaires sur des produits identiques ou similaires, avant et durant le moment de la vente, dans les cas où un tel usage prêterait ou serait susceptible de prêter à confusion.[4391] Elle ajoute que cette interprétation du caractère négatif du droit conféré à l'article 16:1 est compatible avec le contexte ainsi qu'avec l'objet et le but de l'Accord sur les ADPIC[4392], des rapports antérieurs de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel[4393], et avec les vues de commentateurs

[4383] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 91. Voir aussi Indonésie, réponse à la question n° 95 du Groupe spécial, paragraphe 19 ("Il ressort clairement du texte de cette disposition que le *Membre* n'est pas obligé de préserver ou de renforcer la marque. Cela incombe uniquement au titulaire de la marque."). (italique dans l'original)

[4384] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 97.

[4385] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 97.

[4386] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 100.

[4387] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 97 (faisant référence à Tivo contre Vivo (pièce IDN-101), paragraphe 165).

[4388] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 99 (faisant référence à Aribarg *et al.* 2014 (pièce DOM-224), page 663).

[4389] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 98.

[4390] Australie, première communication écrite, paragraphe 317.

[4391] Australie, première communication écrite, paragraphe 312.

[4392] Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.246.

[4393] Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.611, note de bas de page 564 ("L'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC prévoit seulement un droit négatif d'empêcher tous les tiers de faire usage de signes dans certaines circonstances."). Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 186.

éminents.[4394] Elle allègue que le droit conféré à l'article 16:1 n'est pas un droit positif de faire usage d'une marque.[4395]

7.1955. L'Australie est d'accord avec le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)* pour dire que le titulaire d'une marque a un "intérêt légitime" à faire usage de ses marques pour distinguer ses produits ou ses services de ceux d'autres entreprises au cours d'opérations commerciales.[4396] Elle fait valoir que l'"intérêt légitime" du titulaire d'une marque à faire usage de ses marques doit être opposé aux "droits conférés par une marque", tels qu'ils sont énoncés à l'article 16 de l'Accord sur les ADPIC. Les "intérêts légitimes" des titulaires de marques ne peuvent pas être élevés au rang de "droits conférés par une marque".[4397] L'Australie conclut que la capacité de faire usage d'une marque est une liberté générale du marché et n'est pas un "droit" protégé au titre de l'Accord sur les ADPIC.[4398] L'Australie estime qu'indépendamment du point de savoir si les plaignants définissent l'article 16:1 comme imposant aux Membres l'obligation positive de garantir l'usage d'une marque pour faire en sorte qu'il existe un risque de confusion, ou comme une obligation négative imposant aux Membres de ne pas empêcher l'usage d'une marque de sorte qu'il puisse exister un risque de confusion, les arguments des plaignants ne peuvent pas être conciliés avec l'admission de ces derniers selon laquelle l'article 16:1 oblige les Membres à conférer uniquement des droits d'exclusion négatifs aux titulaires de marques.[4399]

7.1956. Dans ce contexte, l'Australie fait valoir que le fondement des allégations des plaignants est que si une marque n'est pas utilisée, le "risque de confusion" est réduit, et donc le droit d'empêcher les tiers de faire usage de marques similaires ou identiques sur des produits similaires ou identiques est diminué.[4400] Elle estime que cet argument est "non plausible"[4401] car l'article 16:1 n'exige pas des Membres qu'ils fassent en sorte qu'il existe un risque de confusion afin que les titulaires de marques puissent empêcher la confusion. Il n'y a pas de "droit relatif à la confusion" à l'article 16:1, selon l'Australie.[4402]

7.1957. En ce qui concerne l'argument selon lequel le principe de l'interprétation des traités dit de l'effet utile signifie que le niveau minimal des droits requis par l'article 16 n'est pas respecté sans possibilité minimale de faire usage d'une marque, l'Australie estime que "[l]e principe de l'effet utile signifie que l'interprète d'un traité ne peut pas adopter une interprétation qui rend des parties du traité *juridiquemen*t redondantes".[4403] Elle allègue que la substance du droit énoncé à l'article 16:1 est de prévoir que les titulaires de marques peuvent empêcher l'usage non autorisé au cours d'opérations commerciales de signes similaires ou identiques dans les cas où un tel usage entraînerait un risque de confusion. Ce droit protège la position des titulaires de marques par rapport à d'autres commerçants sur le marché.[4404] L'Australie ajoute que les mesures TPP ont pour effet de faire en sorte que les protections accordées au titre de la Loi TM aux titulaires de marques enregistrées, y compris le droit d'empêcher l'atteinte aux droits, soient complètement préservées.[4405] Elle fait en outre valoir que même si certains titulaires de marques peuvent, en

[4394] Voir, par exemple, l'analyse de Correa concernant l'Accord sur les ADPIC (pièce AUS-242), page 186 ("L'article 16:1 a trait au droit d'exclure l'usage dans certaines conditions. Ce droit est clairement prévu en tant que droit négatif, et non en tant que droit de faire usage de la marque."); Carvalho 3ème édition, extraits AUS (pièce AUS-236), page 249 ("Comme tous les autres droits de propriété industrielle traités par l'Accord sur les ADPIC, les droits de marque sont aussi essentiellement décrits d'une manière négative. Les droits de marque sont des droits d'exclure, et non d'utiliser."); et J. Malbon, C. Lawson, and M. Davison, *The WTO Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Commentary* (Edward Elgar, 2014) (pièce AUS-246), page 294 ("Il n'est pas donné de droit positif au titulaire enregistré de faire usage de la marque. Par conséquent, les Membres peuvent subordonner la vente des produits liés à des marques à des conditions contraignantes qui peuvent, effectivement, empêcher l'usage de la marque enregistrée ou en limiter considérablement l'usage. Par exemple, des restrictions à la vente de produits du tabac pourraient restreindre l'utilisation de publicité portant sur la marque du produit.").

[4395] Australie, première communication écrite, paragraphe 312.

[4396] Australie, réponse à la question n° 99 du Groupe spécial, paragraphe 42.

[4397] Australie, réponse à la question n° 99 du Groupe spécial, paragraphe 42. (note de bas de page omise)

[4398] Australie, réponse à la question n° 90 du Groupe spécial, paragraphe 23.

[4399] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 30.

[4400] Australie, première communication écrite, paragraphe 314.

[4401] Australie, première communication écrite, paragraphe 315.

[4402] Australie, première communication écrite, paragraphe 315. (guillemets dans l'original)

[4403] Australie, réponse à la question n° 37 du Groupe spécial, paragraphe 99. (italique dans l'original)

[4404] Australie, réponse à la question n° 37 du Groupe spécial, paragraphe 101.

[4405] Australie, première communication écrite, paragraphe 318.

fait, exercer leurs droits d'exclusion plus souvent que d'autres titulaires de marques, cela ne signifie pas que l'effet juridique de l'article 16 de l'Accord sur les ADPIC devient "redondant". Le fait qu'il peut y avoir moins de possibilités de confusion par suite des mesures TPP ne rend pas les droits prévus à l'article 16 inutiles.[4406]

7.1958. En ce qui concerne l'argument des plaignants selon lequel les mesures TPP ne pouvaient être justifiées au titre de l'article 17, l'Australie fait valoir que ces mesures ne créent aucune exception aux droits conférés par une marque, qui sont des droits d'exclusion négatifs, et ne comprennent pas le droit de faire usage d'une marque. L'Australie conclut que l'article 17 n'est donc pas concerné par la mesure en cause.[4407]

7.1959. En ce qui concerne l'allégation de l'Indonésie selon laquelle les mesures TPP exigent des titulaires de marques de présenter leurs marques d'une manière semblable au point d'induire en erreur, l'Australie fait valoir que "si les noms de marques et noms de variante en cause ont tous été enregistrés, le bureau d'enregistrement a déterminé que ces marques dénominatives étaient en fait propres à distinguer les produits du requérant de ceux d'autres entreprises.[4408] En outre, l'Indonésie ne reconnaît pas que, s'il se *trouvait* qu'un concurrent faisait usage d'un mot sur un produit du tabac qui était identique ou similaire à une marque enregistrée existante de façon à créer un risque de confusion (par exemple, si un concurrent tentait de vendre des cigarettes sous le nom de la marque "Marblerow"), alors le titulaire de la marque pourrait exercer ses droits d'exclusion négatifs conformément à l'article 16:1."[4409]

7.1960. En ce qui concerne l'allégation selon laquelle les mesures TPP conduisent à la perte du caractère distinctif de signes non intrinsèquement distinctifs, ce qui conduira à son tour à leur invalidation et ainsi à la suppression de la protection prévue à l'article 16:1, l'Australie estime que l'article 28 de la Loi TPP prévoit que le fonctionnement de la Loi TPP n'empêche pas l'enregistrement d'une marque ou le maintien de l'enregistrement. L'Australie allègue qu'en faisant en sorte que les marques puissent être enregistrées et rester sur le registre, les mesures TPP n'ont aucune incidence sur la capacité des titulaires de marques enregistrées d'exercer les droits accordés au titre de la Loi TM de demander réparation si un tiers fait usage d'un signe identique ou similaire au cours d'opérations commerciales dans les cas où un tel usage crée un risque de confusion.[4410]

7.3.3.3 Principaux arguments des tierces parties

7.1961. Le Canada fait valoir que le droit conféré par l'article 16:1 comprend uniquement le droit du titulaire de la marque d'empêcher les tiers de faire un usage non autorisé de signes identiques ou similaires pour des produits ou des services identiques ou similaires dans les cas où un tel usage entraînerait un risque de confusion.[4411] Selon le Canada, l'historique de la négociation de l'article 16:1 révèle que le texte n'incluait pas le droit du titulaire de faire usage de la marque.[4412] Le Canada estime que les Membres de l'OMC ne sont pas tenus au titre de l'article 16:1, ou d'une autre disposition de l'Accord sur les ADPIC, de préserver ou de renforcer la marque ou la capacité du titulaire de parvenir à démontrer l'existence d'un "risque de confusion". Une telle obligation rendrait effectivement les Membres responsables d'intérêts privés qu'ils ne peuvent pas contrôler, car la force d'une marque dépend en définitive de son usager et des forces du marché, y compris la perception des consommateurs.[4413] Le Canada fait valoir qu'adopter l'interprétation des plaignants signifierait que les Membres conserveraient peu de flexibilité pour réglementer car de

[4406] Australie, réponse à la question n° 37 du Groupe spécial, paragraphe 103.
[4407] Australie, réponse à la question n° 90 du Groupe spécial, paragraphe 43.
[4408] (note de bas de page de l'original) Si une personne conteste la décision du bureau d'enregistrement d'enregistrer la marque, elle peut soit s'opposer à l'enregistrement de cette marque soit demander son retrait du registre conformément à la Loi TM. Voir Australie, première communication écrite, annexe D, paragraphes 3 à 7.
[4409] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 31. (italique dans l'original)
[4410] Australie, première communication écrite, paragraphe 317. Voir aussi l'explication donnée par l'Australie du fonctionnement de l'article 28 de la Loi TPP dans sa première communication écrite, paragraphes 267 à 271.
[4411] Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphe 46.
[4412] Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphe 47.
[4413] Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphe 48.

nombreuses mesures, telles que l'interdiction ou la restriction de la publicité de produits, pourraient avoir pour effet de réduire la force de la marque.[4414]

7.1962. Le Nicaragua fait valoir qu'en prohibant l'usage de marques et en autorisant uniquement certaines marques dénominatives sous une forme et une police uniformisées, les mesures TPP "enfreign[ent] nécessairement l'Accord sur les ADPIC qui porte sur la protection des droits de propriété intellectuelle, comme les marques".[4415] Il estime que les droits prévus à l'article 16 "n'ont pas de sens" et sont "vains" s'ils ne sont pas accompagnés d'une véritable possibilité de faire usage de la marque. Il allègue que le principe de l'interprétation des traités dit de l'effet utile n'étaye pas l'interprétation que donne l'Australie de cette disposition.[4416]

7.1963. La Norvège fait valoir que le texte même de l'article 16:1 indique clairement que le droit conféré aux titulaires de marques au titre de l'Accord sur les ADPIC n'est pas un droit d'usage, mais un droit exclusif d'empêcher certains usages par les tiers.[4417] Reconnaissant que les titulaires de marques peuvent avoir un intérêt légitime à faire usage de leur marque, comme l'a confirmé le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques*, la Norvège estime que cela ne signifie pas, toutefois, que cet intérêt est inclus dans les droits énoncés à l'article 16:1. Elle affirme que, au contraire, le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)* a indiqué que, "[é]tant donné que l'article 17 cré[ait] une exception aux droits conférés par la marque, les "intérêts légitimes" du titulaire de la marque [devaient] correspondre à quelque chose qui [était] différent de la pleine jouissance de ces droits juridiques".[4418]

7.1964. La Nouvelle-Zélande fait valoir que les allégations des plaignants selon lesquelles les mesures TPP réduisent les droits exclusifs des titulaires de marques au titre de l'article 16:1 sont erronées. Elle estime que l'article 16:1 ne prévoit pas le droit de faire usage de la marque au cours d'opérations commerciales comme le titulaire l'entend, ou un droit positif obligeant les Membres de l'OMC à autoriser le titulaire de la marque à faire usage de sa marque.[4419] À son avis, le Groupe spécial devrait rejeter les allégations des plaignants en ce qui concerne l'article 16:1.[4420]

7.1965. Singapour fait valoir que l'affirmation des plaignants selon laquelle l'érosion ou, dans certains cas, la perte de la capacité du titulaire d'une marque d'empêcher l'usage non autorisé de certains signes en raison de la perte de caractère distinctif qui pourrait résulter des mesures TPP enfreint l'article 16:1 est indéfendable.[4421] Selon Singapour, l'argument n'est pas étayé par le sens ordinaire de l'article 16:1[4422] et amalgame à tort l'intérêt légitime des titulaires à préserver le caractère distinctif de leurs marques avec le droit conféré par l'article 16:1.[4423]

7.3.3.4 Analyse du Groupe spécial

7.1966. Les plaignants font valoir que la capacité du titulaire d'une marque de démontrer qu'il existe une confusion sur le marché, et par conséquent une atteinte aux droits, est corrélée avec le degré de caractère distinctif ou de "force" de la marque qui, selon eux, est intrinsèquement lié à la capacité du titulaire de la marque d'en faire usage.[4424] Selon les plaignants, l'interdiction de certains usages de certaines marques relatives au tabac prévue par les mesures TPP entraîne une réduction du caractère distinctif des marques, ce qui érode la capacité des titulaires de marques d'empêcher les tiers de faire usage de marques similaires ou identiques sur des produits similaires

[4414] Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphe 49.
[4415] Nicaragua, communication en tant que tierce partie, paragraphe 19.
[4416] Nicaragua, communication en tant que tierce partie, paragraphe 25.
[4417] Norvège, communication en tant que tierce partie, paragraphe 32.
[4418] Norvège, communication en tant que tierce partie, paragraphe 33 (citant *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.662).
[4419] Nouvelle-Zélande, communication en tant que tierce partie, paragraphe 32.
[4420] Nouvelle-Zélande, communication en tant que tierce partie, paragraphe 33.
[4421] Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphe 28.
[4422] Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphe 29.
[4423] Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphe 30.
[4424] Voir Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 259. Voir aussi Honduras, première communication écrite, paragraphes 171 et 172, 217, et 239 et 240; République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 306 et 307; Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphes 264 et 265); et Indonésie, première communication écrite, paragraphe 220.

d'une manière qui crée un "risque de confusion".[4425] Le Honduras estime que l'article 16 oblige les Membres à garantir aux titulaires de marques un niveau minimal de droits privés qui leur permet de parvenir à protéger le caractère distinctif et la fonction d'indication d'origine de leurs marques dans des procédures pour atteinte aux droits.[4426] La République dominicaine, Cuba, par référence, et l'Indonésie font valoir que l'article 16:1 oblige les Membres à s'abstenir d'avoir un comportement réglementaire qui affaiblit ou élimine le caractère distinctif essentiel à l'exercice des droits de marque.[4427] Le Honduras, la République dominicaine et l'Indonésie estiment que l'intérêt du titulaire d'une marque à faire usage de la marque est une considération importante en ce qui concerne des allégations au titre de l'article 16:1, mais ne font pas valoir que l'article 16:1 confère un "droit d'usage".[4428] Cuba fait valoir, par référence, que le principe de l'interprétation des traités dit de l'effet utile exige des Membres qu'ils ménagent une possibilité minimale de faire usage d'une marque, car sinon les droits minimaux conférés par l'article 16:1 ne sont pas garantis.[4429]

7.1967. De plus, Cuba, par référence, fait valoir que les mesures TPP suppriment la protection prescrite à l'article 16:1 pour les marques non intrinsèquement distinctives qui ont précédemment acquis un caractère distinctif par l'usage. Selon elle, l'interdiction de certains usages de certaines marques relatives au tabac fera que des signes non intrinsèquement distinctifs enregistrés perdront leur caractère distinctif et deviendront l'objet de procédures de radiation.[4430]

7.1968. Enfin, l'Indonésie, et Cuba, par référence, fait valoir qu'en uniformisant l'apparence de l'emballage du tabac et des produits du tabac, les mesures TPP exigent l'usage de "marques semblables" au point d'induire en erreur sur des "produits identiques" tout en privant les titulaires d'un recours, érodant de ce fait le droit du titulaire d'une marque au titre de l'article 16:1 d'empêcher un usage susceptible d'entraîner une confusion.[4431]

7.1969. Nous commencerons d'abord par examiner la portée de l'obligation énoncée à l'article 16:1 qui est pertinente pour les allégations des plaignants, puis nous analyserons successivement ces trois ensembles d'arguments.

7.3.3.4.1 Portée de l'obligation énoncée à l'article 16:1

7.1970. Nous rappelons que l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC, intitulé "Droits conférés", se lit comme suit:

[4425] Voir Honduras, première communication écrite, paragraphes 239 à 243; République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 295; Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 278); et Indonésie, première communication écrite, paragraphes 220 et 222.

[4426] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 258. Voir aussi Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 294, qui note à son tour l'"obligation positive" de l'Australie de protéger les droits minimaux conférés aux titulaires de marques par l'article 16:1); et Indonésie, réponse à la question n° 95 du Groupe spécial (affirmant que les Membres sont obligés de créer un "régime juridique ou réglementaire dans lequel le titulaire d'une marque peut empêcher des tiers de faire usage de signes identiques ou similaires sur des produits identiques ou similaires dans les cas où un tel usage entraînerait un risque de confusion").

[4427] République dominicaine, réponse à la question n° 94 du Groupe spécial, paragraphes 44 et 45, et 47 et 48; République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 65; et Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 414 (incorporant les arguments présentés dans la deuxième communication écrite de la République dominicaine). Voir aussi Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 91.

[4428] Honduras, réponse à la question n° 99 du Groupe spécial; République dominicaine, réponse aux questions n° 94 et 96 du Groupe spécial; et Indonésie, réponse à la question n° 94 du Groupe spécial. Mais voir Indonésie, première communication écrite, paragraphes 71 et 72, et 75 (indiquant que l'Accord sur les ADPIC prévoit une "possibilité minimale d'utiliser", même s'il n'existe aucun droit absolu d'utiliser). Cuba souscrit aux allégations, arguments et éléments de preuve des autres plaignants (voir plus haut la note de bas de page 4353) en ce qui concerne ce point, et les incorpore. Voir aussi, toutefois, Cuba, réponse à la question n° 99 du Groupe Spécial (qui semble indiquer que l'article 16 reconnaît un droit de faire usage d'une marque).

[4429] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 274). Voir aussi Indonésie, première communication écrite, paragraphes 71 et 72, et 75 (indiquant que l'Accord sur les ADPIC prévoit une "possibilité minimale d'utiliser", même s'il n'existe aucun droit absolu d'utiliser).

[4430] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphes 285 à 293).

[4431] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 213; et Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant par référence la première communication écrite de l'Indonésie, en ce qui concerne les arguments relatifs à son allégation au titre de l'article 16:1).

> Le titulaire d'une marque de fabrique ou de commerce enregistrée aura le droit exclusif d'empêcher tous les tiers agissant sans son consentement de faire usage au cours d'opérations commerciales de signes identiques ou similaires pour des produits ou des services identiques ou similaires à ceux pour lesquels la marque de fabrique ou de commerce est enregistrée dans les cas où un tel usage entraînerait un risque de confusion. En cas d'usage d'un signe identique pour des produits ou services identiques, un risque de confusion sera présumé exister. Les droits décrits ci-dessus ne porteront préjudice à aucun droit antérieur existant et n'affecteront pas la possibilité qu'ont les Membres de subordonner l'existence des droits à l'usage.

7.1971. Les parties conviennent que le libellé de la première phrase de l'article 16:1 énonce le droit "exclusif" du titulaire d'une marque d'empêcher certains usages par les tiers.[4432] Certains plaignants ne contestent pas l'affirmation de l'Australie selon laquelle ce droit exclusif est un droit "négatif"[4433], et tous ont indiqué qu'ils n'alléguaient *pas* que le libellé de la première phrase de l'article 16:1 énonçait le droit "positif" des titulaires de marques de faire usage de leur marque enregistrée.[4434] Toutefois, certains plaignants ont contesté l'utilité et les conséquences qu'il y a à qualifier de "positifs" ou "négatifs" les droits associés à l'article 16:1.[4435] Le Honduras conçoit l'article 16:1 comme exigeant des Membres qu'ils garantissent un niveau minimal de droits privés qui permet aux titulaires de marques d'exercer le droit d'exclure.[4436] La République dominicaine, Cuba, par référence, et l'Indonésie font valoir que l'article 16:1 oblige les Membres à s'abstenir d'avoir un comportement réglementaire qui affaiblit ou élimine le caractère distinctif des marques enregistrées.[4437] Selon les plaignants, le caractère distinctif, et donc le champ de la protection offerte par l'article 16:1, sont liés à l'usage.[4438] Ils font valoir qu'en prohibant l'usage de certaines marques relatives au tabac sur l'emballage du tabac et les produits du tabac, les mesures TPP

[4432] Honduras, première communication écrite, paragraphes 171 et 218 à 229; République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 299; Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 261); Cuba, réponse à la question n° 96 du Groupe spécial; Indonésie, première communication écrite, paragraphe 214; et Australie, première communication écrite, paragraphe 311.

[4433] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 58; République dominicaine, réponse à la question n° 94 du Groupe spécial, paragraphe 44; Indonésie, réponse à la question n° 94 du Groupe spécial, paragraphe 15; et Australie, première communication écrite, paragraphe 312.

[4434] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 257; Honduras, réponse à la question n° 96 du Groupe spécial; République dominicaine, réponse à la question n° 94 du Groupe spécial, paragraphe 44; République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 63; Indonésie, réponse à la question n° 94 du Groupe spécial, paragraphes 15 et 16. Cuba souscrit aux allégations, arguments et éléments de preuve des autres plaignants (voir plus haut la note de bas de page 4353) en ce qui concerne ce point, et les incorpore. Voir aussi, toutefois, Cuba, réponses aux questions n° 94 et 99 du Groupe spécial (indiquant que l'article 16:1 reconnaît un "droit d'usage"); et Cuba, réponse à la question n° 96 du Groupe spécial. Voir aussi Australie, première communication écrite, paragraphe 312.

[4435] Voir Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 257 et 258; Honduras, réponse à la question n° 96 du Groupe spécial; Cuba, réponse à la question n° 96 du Groupe spécial; et Indonésie, réponse à la question n° 96 du Groupe spécial, paragraphe 23.

[4436] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 258. Voir aussi Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 259, qui indique que l'"interdiction totale de la possibilité de faire usage de la marque … supprime la possibilité d'exercer les droits privés conférés par l'article 16 et ramène nécessairement le niveau de protection au-dessous du niveau minimal garanti").

[4437] République dominicaine, réponse à la question n° 94 du Groupe spécial, paragraphe 48 ("il existe une obligation de s'abstenir d'adopter un comportement réglementaire qui *affaiblit* ou *élimine* le caractère distinctif essentiel à l'exercice du droit d'exclure" (italique dans l'original)); Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 223, qui indique que, le "niveau minimal de protection que les Membres doivent conférer au titre de l'article 16 consiste à permettre aux titulaires de marques de faire respecter leurs droits privés existants et de maintenir le caractère distinctif de leurs marques"); Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 91 (l'"article 16:1 oblige les Membres à s'abstenir de prendre des mesures réglementaires qui affaiblissent la capacité des titulaires de marques d'exercer leur droit d'empêcher l'usage de signes similaires ou identiques pour des produits ou des services similaires ou identiques qui sont susceptibles d'entraîner une confusion"); et Indonésie, première communication écrite, paragraphes 204 et 213.

[4438] Honduras, première communication écrite, paragraphes 239 à 246. Voir aussi République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 301; Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphes 234 et 235); et Indonésie, première communication écrite, paragraphe 204.

érodent leur caractère distinctif, ce qui limite l'aptitude des titulaires de marques à exercer leurs droits au titre de l'article 16:1.[4439]

7.1972. Cet argument dépend du point de savoir si une réduction du caractère distinctif d'une marque enregistrée affecte les droits que les Membres doivent accorder au titulaire de la marque au titre de l'article 16:1. Nous devons donc d'abord déterminer la teneur de ces droits, puis évaluer si leur exercice serait affecté par une réduction du caractère distinctif.

7.1973. Revenant donc au texte de l'article 16:1, nous notons que le sens ordinaire du verbe "prevent" (empêcher) est "to preclude, stop, or hinder" (exclure, arrêter ou entraver), ou "to stop, keep, or hinder (a person or thing) *from* doing something" (*faire en sorte* d'arrêter ou d'entraver l'action (d'une personne ou d'une chose)).[4440] Nous notons en outre que l'objet du verbe principal "empêcher" dans la première phrase de l'article 16:1 est "tous les tiers agissant sans [le] consentement [du titulaire] de faire usage de signes identiques ou similaires pour des produits ou des services identiques ou similaires à ceux pour lesquels la marque de fabrique ou de commerce est enregistrée dans les cas où un tel usage entraînerait un risque de confusion".

7.1974. Par conséquent, d'après une simple lecture du texte, la disposition énonce une obligation imposant aux Membres d'accorder au titulaire d'une marque enregistrée le droit d'"arrêter ou entraver" l'action de tous ceux agissant sans son consentement consistant à faire usage de certains signes sur certains produits ou services, dans les cas où un tel usage entraînerait un risque de confusion.[4441] Le texte de la disposition n'énonce aucun autre droit du titulaire de la marque, et ne mentionne pas non plus l'usage de la marque enregistrée par son titulaire.

7.1975. Le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, en interprétant les principes énoncés à l'article 8 de l'Accord sur les ADPIC, a constaté ce qui suit:

> Ces principes reflètent le fait que l'Accord ne prévoit généralement pas l'octroi de droits positifs pour exploiter ou utiliser un certain objet, mais prévoit plutôt l'octroi de droits négatifs pour empêcher certains actes. Cette caractéristique fondamentale de la protection de la propriété intellectuelle donne par essence aux Membres la liberté de poursuivre des objectifs légitimes de la politique générale publique puisque bon nombre des mesures visant à atteindre de tels objectifs ne relèvent pas des droits de propriété intellectuelle et ne nécessitent pas une exception au titre de l'Accord sur les ADPIC.[4442]

7.1976. En ce qui concerne l'article 16:1, en particulier, le Groupe spécial a constaté ce qui suit:

> L'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC prévoit seulement un droit négatif d'empêcher tous les tiers de faire usage de signes dans certaines circonstances.[4443]

7.1977. Dans l'affaire *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, l'Organe d'appel a constaté ce qui suit en ce qui concerne l'article 16.1:

> Selon la lecture que nous en faisons, l'article 16 confère au *titulaire* d'une marque enregistrée un niveau minimal de "droits exclusifs" convenu à l'échelle internationale que tous les Membres de l'OMC doivent garantir dans leur législation nationale. Ces

---

[4439] Honduras, première communication écrite, paragraphes 239 et 240; République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 306; Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphes 279 à 284); et Indonésie, première communication écrite, paragraphe 222.

[4440] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "prevent", <http://www.oed.com/view/Entry/151073?rskey=CZwcU6&result=2#eid>, consultée le 2 mai 2017. (italique dans l'original)

[4441] La deuxième phrase de l'article 16:1 ajoute la condition selon laquelle un risque de confusion sera présumé exister en cas d'usage d'un signe identique pour des produits ou services identiques.

[4442] Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.246.

[4443] Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.611, note de bas de page 564.

droits exclusifs protègent le titulaire contre les atteintes que des tiers non autorisés pourraient porter à la marque enregistrée.[4444]

7.1978. À la lumière du sens ordinaire du texte et conformément à des décisions antérieures[4445], nous convenons avec les parties[4446] que l'article 16:1 n'établit pas le droit du titulaire d'une marque de faire usage de sa marque enregistrée. En fait, l'article 16:1 prévoit seulement le droit du titulaire d'une marque enregistrée d'empêcher certaines activités par les tiers non autorisés dans les conditions énoncées dans la première phrase de l'article 16:1.

7.1979. En ce qui concerne la portée du droit que les Membres sont obligés de conférer aux titulaires de marques enregistrées au titre de l'article 16:1, nous notons que le titulaire de la marque doit avoir le droit exclusif d'empêcher:

a. tous les tiers agissant sans son consentement;

b. de faire usage au cours d'opérations commerciales de signes identiques ou similaires pour des produits ou des services identiques ou similaires à ceux pour lesquels la marque de fabrique ou de commerce est enregistrée;

c. dans les cas où un tel usage entraînerait un risque de confusion.

7.1980. En énonçant les conditions dans lesquelles le titulaire de la marque doit pouvoir empêcher les activités des tiers, la disposition définit simultanément ce qui, au minimum, doit constituer une atteinte à une marque enregistrée. Si les activités d'un tiers non autorisé remplissent les conditions énoncées dans la première phrase de l'article 16:1, alors le titulaire de la marque doit avoir le droit en vertu du droit interne d'un Membre de les empêcher. Si les activités de ce tiers ne remplissent pas ces conditions, alors elles ne relèvent pas du "droit d'empêcher" du titulaire de la marque que les Membres doivent accorder conformément à l'article 16:1. L'essence de l'obligation énoncée à l'article 16:1 est de faire en sorte qu'il existe des droits d'obtenir réparation contre de tels actes portant atteinte aux droits. Il s'ensuit que, afin de montrer que les mesures TPP enfreignent l'obligation de l'Australie au titre de l'article 16:1, les plaignants devraient démontrer que, selon le droit interne de l'Australie[4447], le titulaire de la marque n'a pas le droit d'empêcher les activités des tiers qui remplissent les conditions énoncées dans cette disposition.

7.1981. Ayant ces observations préliminaires à l'esprit, nous passons maintenant aux arguments des plaignants à l'appui de leurs allégations selon lesquelles les mesures TPP enfreignent l'article 16:1.

7.3.3.4.2 Question de savoir si les mesures TPP enfreignent l'article 16:1, parce que la prohibition de l'usage de certaines marques réduit leur caractère distinctif et donc l'aptitude du titulaire de la marque à démontrer l'existence d'un risque de confusion

7.1982. Les plaignants font valoir qu'en prohibant l'usage de marques non dénominatives sur les produits du tabac, les mesures TPP réduiront le caractère distinctif de marques non dénominatives enregistrées car les consommateurs n'associeront plus ces marques aux produits pour lesquels elles ont été enregistrées. Ils font valoir que cette réduction du caractère distinctif diminuera l'aptitude du titulaire du droit à démontrer l'existence d'un "risque de confusion", une "condition préalable" à l'exercice des droits prévus à l'article 16:1[4448], et ainsi d'empêcher l'usage non autorisé de signes similaires ou identiques sur des produits similaires[4449] sur le marché.

[4444] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 186. (italique dans l'original; note de bas de page omise)

[4445] Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 186; et le rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.611, note de bas de page 564.

[4446] Voir plus haut la note de bas de page 4436, notant les déclarations contradictoires de Cuba.

[4447] En vertu de l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC, les Membres ont l'obligation de "donner[] effet aux dispositions du présent accord".

[4448] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 299; et Honduras, première communication écrite, paragraphe 226. Voir aussi Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 278, qui note que la capacité de

7.1983. Comme le Honduras l'a indiqué, les signes qui auraient auparavant été considérés comme similaires à ces marques enregistrées relatives au tabac pouvaient maintenant être utilisés sur des produits similaires – tels que des accessoires de fumeur comme les briquets, les allumettes, les étuis à cigarettes ou les boîtes à tabac[4450] – sans que le titulaire de la marque ne puisse empêcher leur usage non autorisé, parce que cet usage n'était plus susceptible de prêter à confusion avec la marque originale parmi les consommateurs, et, par conséquent, ne constituait plus une atteinte aux droits relatifs à ces marques.[4451] Comme la République dominicaine l'a résumé, "[e]n limitant strictement l'usage de marques dans le commerce, les mesures [TPP] réduis[aient], et dans certains cas supprim[aient] … le droit d'empêcher des tiers de faire usage de signes similaires ou identiques d'une manière qui cré[ait] un risque de confusion".[4452] Par conséquent, elle fait valoir que les mesures TPP réduisent ou suppriment la protection des marques en empêchant le titulaire d'une marque de remplir la condition relative à la confusion.[4453]

7.1984. L'Australie fait valoir que, bien que le titulaire du droit ait un intérêt légitime à faire usage de sa marque, la capacité de faire usage de la marque est une liberté générale du marché et non un droit protégé par l'article 16:1.[4454] Elle fait en outre valoir que l'article 16:1 ne contient pas de "droit relatif à la confusion" qui prescrirait aux Membres de faire en sorte qu'il existe un risque de confusion afin que les titulaires de marques puissent empêcher l'usage de signes similaires.[4455] Elle estime que les mesures TPP ne sont donc pas incompatibles avec l'article 16:1.

7.1985. En ce qui concerne l'incidence alléguée des mesures TPP sur la *capacité* du titulaire de la marque de *démontrer* l'existence d'un "risque de confusion", nous notons que les plaignants ne contestent pas la façon dont les critères relatifs à l'atteinte aux droits de marque sont définis dans la législation nationale de l'Australie, et ne font pas valoir que les mesures TPP ont influé sur la façon dont le système juridique australien évalue si un "risque de confusion" existe.[4456] Les

---

démontrer l'existence d'une confusion conditionne l'exercice des droits prévus à l'article 16:1). Le Groupe spécial prend aussi note de la deuxième communication écrite du Honduras, paragraphe 259 (faisant référence au "risque de confusion" comme étant une "évaluation normative" et dont l'existence doit toujours être démontrée par le titulaire d'une marque dans le contexte d'une procédure pour atteinte aux droits), et de la réponse du Honduras à la question n° 168 du Groupe spécial (y faisant référence comme étant "un concept juridique visant à déterminer le champ de la protection à accorder aux titulaires de marques" et indiquant que la "confusion effective" n'est pas le critère).

[4449] Voir plus haut les paragraphes 7.1937, 7.1918, 7.1929, 7.1936 à 7.1939 et 7.1947 à 7.1949. Les plaignants ont principalement centré leurs allégations sur l'effet prétendu que le mécanisme susmentionné aurait sur la capacité de montrer l'existence d'une confusion dans les cas où des signes identiques ou similaires sont utilisés sur des produits *similaires*. République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 310; République dominicaine, réponse à la question n° 32 du Groupe spécial; Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphes 263 à 265 et 280); et Cuba, réponse à la question n° 32 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial) (approuvant la réponse de la République dominicaine). Voir aussi Honduras, première communication écrite, paragraphes 239, et 248 et 249; Honduras, réponse à la question n° 35 du Groupe spécial (indiquant que son allégation au titre de l'article 16:1 fait spécifiquement référence à l'usage de signes similaires sur des produits similaires, mais qu'elle n'exclut pas la possibilité d'une violation concernant l'usage d'un signe identique sur un produit similaire ou d'un signe similaire sur un produit identique); Indonésie, première communication écrite, paragraphe 220; et Indonésie, réponse à la question n° 29 du Groupe spécial, paragraphes 31 à 33 (alléguant que les mesures TPP "diminuent la capacité de distinction de marques dénominatives similaires figurant sur des produits identiques", "affaiblissent la capacité de détenteurs de droits d'empêcher l'usage de marques dénominatives identiques sur des produits similaires" et "créent une confusion entre des marques dénominatives similaires figurant sur des produits similaires qui ne peut pas être empêchée par les titulaires de marques enregistrées").

[4450] Indonésie, réponse à la question n° 29 du Groupe spécial, paragraphe 32, note de bas de page 28; et Honduras, première communication écrite, paragraphes 235 et 236, et 249. Voir aussi République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 311; et République dominicaine, réponse à la question n° 32 du Groupe spécial, paragraphe 148.

[4451] Honduras, réponse à la question n° 29 du Groupe spécial; première communication écrite, paragraphes 234 à 236, 243 et 249; et deuxième communication écrite, paragraphe 260.

[4452] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 295.

[4453] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 312.

[4454] Australie, réponse à la question n° 90 du Groupe spécial, paragraphe 23.

[4455] Australie, première communication écrite, paragraphe 315.

[4456] Voir République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 305 (reconnaissant que "[d]'une manière générale, pour ce qui est des marques qui ne concernent pas le tabac, qui ne sont pas affectées par les mesures [T]PP, il apparaît que l'Australie satisfait à son obligation au titre de l'article 16:1 de *l'Accord sur les ADPIC* pour les marques enregistrées en vertu de la *Loi de 1995 sur les marques*. En particulier, l'article 120 de la *Loi de 1995 sur les marques* dispose …"); et Indonésie, deuxième communication

plaignants n'ont pas non plus allégué que les mesures TPP influaient sur les moyens procéduraux ou en matière de preuve dont disposaient les détenteurs de droits dans les procédures pour atteinte aux droits pour démontrer que les critères relatifs à l'atteinte aux droits étaient effectivement remplis, et il apparaît également qu'ils acceptent que, *lorsque* ces critères sont remplis, le titulaire d'une marque a le droit d'engager une action en justice en Australie.

7.1986. Les plaignants font plutôt valoir que les mesures TPP réduisent la portée effective du droit, en violation de l'article 16:1, de deux façons: premièrement, la diminution du caractère distinctif des marques affectées réduit la gamme des signes qui sont considérés comme "similaires" à certaines marques enregistrées relatives au tabac[4457]; et, deuxièmement, la diminution du caractère distinctif fait qu'il est plus difficile pour les titulaires de certaines marques enregistrées relatives au tabac d'établir l'existence d'un "risque de confusion" qu'avant l'introduction des mesures.[4458] Autrement dit, les plaignants soutiennent que, dans le cadre des mesures TPP, la situation factuelle d'atteinte aux droits de marque exposée dans la première phrase de l'article 16:1 se produira moins fréquemment et en ce qui concerne moins de signes qu'avant, et que cela constitue une réduction du droit du titulaire de la marque qui est contraire à l'article 16:1.[4459]

7.1987. Nous notons donc, par souci de clarté, que la situation décrite par les plaignants comme base de leur allégation n'est pas tant la réduction de la *capacité des titulaires de marques de démontrer* l'existence d'un "risque de confusion", mais plutôt la réduction des cas dans lesquels il existerait un "risque de confusion" sur le marché en ce qui concerne les marques relatives au tabac dont l'usage est affecté par les mesures TPP.

7.1988. Compte tenu de ce qui précède, nous notons au début de notre analyse que cet argument est constitué de deux parties, à savoir: i) l'allégation factuelle selon laquelle l'interdiction par les mesures TPP de l'usage de certaines marques enregistrées entraînera une situation dans laquelle ces marques perdront leur caractère distinctif et réduira ainsi le nombre de situations dans lesquelles les titulaires de droits peuvent montrer qu'il existe un "risque de confusion" entre les marques enregistrées et des signes similaires ou identiques figurant sur des produits similaires; et ii) l'affirmation selon laquelle cette conséquence factuelle des mesures TPP réduit ou élimine les droits exclusifs dont le titulaire de la marque doit bénéficier au titre du droit interne australien conformément à l'article 16:1.

7.1989. S'agissant de la première partie, à savoir l'allégation factuelle qui sous-tend cette allégation, il est utile d'examiner le lien entre différentes formes d'usage des marques et l'acquisition et le maintien du caractère distinctif, et les conséquences de la réduction du caractère distinctif pour l'existence d'un "risque de confusion". L'"usage" d'une marque qui est pertinent, en principe, pour l'acquisition et le maintien du caractère distinctif ne se limite pas à l'usage sur l'emballage d'un produit, mais s'étend plutôt à un éventail plus vaste d'activités commerciales, publicitaires et promotionnelles. Les mesures TPP restreignent ou interdisent l'usage de certaines marques enregistrées qui s'appliquent à l'emballage pour la vente au détail de tabac et aux produits du tabac, mais ne restreignent pas d'autres usages des marques, tels que la publicité et

écrite, paragraphe 89 (reconnaissant que l'"article 120 de la *Loi* australienne *de 1995 sur les marques* met en œuvre l'article 16 de l'Accord sur les ADPIC"). Voir aussi Honduras, première communication écrite, paragraphe 248; et Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 264).

[4457] Voir Honduras, première communication écrite, paragraphes 170 et 243; et deuxième communication écrite, paragraphe 260. Voir aussi Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphes 280 et 281).

[4458] Honduras, première communication écrite, paragraphes 239, et 248 et 249; République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 310; Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphes 263 à 265 et 280); et Indonésie, première communication écrite, paragraphe 220.

[4459] Voir Honduras, première communication écrite, paragraphes 170, et 243 et 244; et deuxième communication écrite, paragraphe 260. Voir aussi Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 263 (faisant référence à la communication d'*amicus curiae* de MARQUES (pièce DOM HDN/IDN-1), paragraphes 4.5 et 4.6 (faisant valoir qu'une "mesure qui empêche de maintenir le champ de protection de la marque et l'empêche de renforcer sa notoriété et sa force par l'usage comme prévu est donc incompatible avec les droits conférés aux titulaires de marques enregistrées au titre de l'article 16:1")); et Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant par référence la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphes 280 et 281).

la promotion, qui sont aussi pertinents pour l'acquisition et le maintien du caractère distinctif.[4460] Même si les usages affectés par les mesures TPP ne sont pas normalement les seuls moyens d'établir et de maintenir un caractère distinctif par l'usage, dans le contexte australien, d'autres mesures, qui ne sont pas en cause dans les présentes procédures, limitent ou interdisent la publicité et la promotion des produits du tabac. Toute évaluation de l'incidence de la réglementation de l'emballage sur une réduction du risque de confusion devrait se faire dans ce contexte factuel.

7.1990. Nous notons aussi que le lien entre le caractère distinctif et la confusion est loin d'être évident pour une marque et une situation donnée considérée individuellement. Comme il est noté dans une décision judiciaire citée par l'un des experts des plaignants, M. Dinwoodie[4461], le "point de savoir si le public est susceptible de confondre deux produits est une question à laquelle il n'est pas facile de répondre".[4462] M. Dinwoodie note en outre ce qui suit:

> Établir avec précision la portée des droits protégés par une marque donnée est une tâche très difficile. Le périmètre de la marque dépend d'un certain nombre de facteurs. Bien que les tribunaux aient cherché à objectiver le processus et à le rendre un peu plus automatique, il n'en demeure pas moins que les limites de la protection sont floues. Il s'agit d'une difficulté omniprésente dans le droit sur les marques.[4463]

7.1991. Nous notons en outre que, comme cela est décrit de façon plus détaillée plus haut[4464], l'article 16:1 assure une protection contre l'atteinte aux droits de marques, c'est-à-dire les situations dans lesquelles l'usage non autorisé de "signes similaires ou identiques" sur des produits similaires ou identiques entraînerait un "risque de confusion". La "similitude de signes" est pertinente pour la comparaison entre un signe utilisé par des tiers non autorisés et la marque enregistrée. C'est uniquement si un signe similaire ou identique est utilisé pour des produits ou des services qui remplissent le critère additionnel consistant à être "similaires ou identiques" à ceux pour lesquels la marque est enregistrée qu'il établit un usage relevant de l'article 16:1. C'est uniquement lorsqu'un tel usage est de nature à "entraîner[] un risque de confusion" qu'une atteinte aux droits est établie. Par conséquent, alors que la "similitude de signes" décrit la dimension unique de la comparaison entre deux signes, le critère du "risque de confusion" présente de plus nombreux aspects, en fonction, en plus, de la "similitude de produits et de services" et de la nature spécifique de l'usage. Les deux critères de la "similitude de signes" et du "risque de confusion" ne sont donc pas identiques. Compte tenu de ce qui précède, et en l'absence d'autres explications de la part des plaignants à cet égard, nous ne voyons pas très bien comment ces deux critères distincts seraient affectés individuellement, et nous ne sommes pas convaincus que l'existence de l'un ou l'autre critère sur le marché serait nécessairement affectée d'une manière identique par la prohibition de l'usage de certaines marques relatives au tabac.

7.1992. Une évaluation du "risque de confusion" concernant une marque donnée dans une situation donnée est donc une évaluation factuelle qui comportera un examen des circonstances spécifiques en cause, y compris la manière dont le potentiel de confusion existe sur le marché spécifique en cause. De multiples facteurs peuvent entrer en ligne de compte dans cette évaluation. Dans ce contexte, il n'est pas évident de savoir comment le fonctionnement des

---

[4460] Voir, par exemple, le Manuel de l'OMPI sur la propriété intellectuelle, texte complet (pièce DOM-65), paragraphes 2.339 à 2.351.

[4461] Le rapport Dinwoodie (pièce UKR-1) est invoqué par le Honduras, la République dominicaine et l'Indonésie. Voir Honduras, communication au Groupe spécial datée du 8 juillet 2015; République dominicaine, réponses aux questions du Groupe spécial après la première réunion de fond, paragraphe 1; et Indonésie, communication au Groupe spécial datée du 8 juillet 2015. Cuba a en outre incorporé par référence l'ensemble des "allégations, arguments et éléments de preuve avancés dans leurs premières communications écrites par la République dominicaine, le Honduras, l'Indonésie et l'Ukraine". Voir plus haut la note de bas de page 4353.

[4462] Rapport Dinwoodie (pièce UKR-1), paragraphe 74, note de bas de page 148 (faisant référence à Cour d'appel des États-Unis *Bristol-Myers Squibb Co. v. McNeil-P.P.C., Inc.*, 973 F.2d 1033, 1043 (2d Cir. 1992)).

[4463] Rapport Dinwoodie (pièce UKR-1), paragraphe 74 (note de bas de page omise). Voir aussi *Ibid.*, paragraphe 76, faisant valoir que "l'interdiction de l'usage d'une marque fera donc en sorte que le comportement d'un certain groupe de tiers ne relèvera pas du champ de la protection actuellement garantie à cette marque au titre de l'Accord sur les ADPIC" tout en reconnaissant que "[c]ompte tenu de l'incertitude relative au champ précis de la protection accordée aux marques, il est impossible de déterminer dans l'abstrait quels usages de tiers spécifiques seront désormais autorisés à empiéter sur les droits des titulaires de marques.

[4464] Voir les paragraphes 7.1979 et 7.1980.

mesures TPP – qui s'appliquent d'une manière identique à tous les produits du tabac – peut influer sur le risque de confusion qui existe en ce qui concerne l'usage de signes similaires aux marques concernées pour des produits identiques ou similaires (y compris ceux qui sont, eux-mêmes, soumis aux prescriptions des mesures TPP), et comment cela serait évalué dans un cas donné.

7.1993. Par conséquent, nous ne sommes pas certains que le fonctionnement des mesures TPP aurait nécessairement l'incidence alléguée par les plaignants sur l'existence d'un "risque de confusion", ni de la façon dont cela serait évalué en relation avec une marque spécifique. Nous notons, en tout état de cause, qu'il ne nous faudra examiner le lien de causalité entre les mesures TPP et cette conséquence alléguée que si nous constatons qu'un tel résultat conduirait effectivement à une violation de l'article 16:1. Nous commencerons donc notre analyse par le deuxième aspect de l'argument, c'est-à-dire la question de savoir si la réduction du nombre de cas dans lesquels le titulaire d'une marque pourrait empêcher l'usage non autorisé de marques similaires ou identiques sur le marché, parce qu'un tel usage n'est plus susceptible d'entraîner un "risque de confusion", conduit à une violation de l'article 16:1. Nous examinons les arguments des plaignants à cet égard dans les trois sous-sections qui suivent. Nous ne reviendrons sur l'allégation factuelle qui sous-tend l'argument que si cela est nécessaire sur la base de cette analyse.

Question de savoir si le fait de réduire le nombre de cas dans lesquels un "risque de confusion" peut exister constitue une violation de l'article 16:1

7.1994. Comme il est indiqué plus haut, les plaignants font valoir que lorsqu'une marque ne peut plus distinguer les produits ou les services auxquels elle est associée, la capacité de démontrer l'existence d'un "risque de confusion" causé par l'usage de signes similaires sur des produits similaires "diminue considérablement ou disparaît".[4465] En perdant la capacité de démontrer l'existence d'un "risque de confusion", le titulaire de la marque perd aussi la capacité d'exercer son droit exclusif d'empêcher l'usage de ces signes similaires sur des produits similaires.[4466] En substance, donc, l'argument des plaignants repose sur l'hypothèse que les atteintes aux droits de marque concernant les marques relatives au tabac affectées par les mesures TPP se produiront moins fréquemment et en ce qui concerne moins de signes qu'avant, et que cela constitue une réduction du droit du titulaire de la marque qui est contraire à l'article 16:1, parce que cela réduit la gamme de signes similaires dont le titulaire de la marque peut empêcher l'usage par des tiers non autorisés au cours d'opérations commerciales.

7.1995. L'Australie fait valoir que l'article 16:1 n'exige pas des Membres qu'ils *fassent en sorte* qu'il existe un "risque de confusion" pour permettre au titulaire de la marque d'empêcher l'usage de signes similaires. Elle fait valoir que l'article 16:1 ne prévoit pas de droit positif d'être en mesure d'établir l'existence d'un risque de confusion.[4467] Le Honduras et la République dominicaine font objection à cette qualification de leurs arguments.[4468]

7.1996. Pour évaluer si le fait de réduire le nombre de cas dans lesquels il existera un risque de confusion, c'est-à-dire les cas dans lesquels le critère relatif à l'atteinte aux droits sera rempli, constitue une violation de l'article 16:1, nous rappelons tout d'abord[4469] que la première phrase de l'article 16:1 énonce une obligation imposant aux Membres de conférer aux titulaires de marques enregistrées le droit exclusif d'empêcher:

a. tous les tiers agissant sans le consentement du titulaire;

b. de faire usage au cours d'opérations commerciales de signes identiques ou similaires pour des produits ou des services identiques ou similaires à ceux pour lesquels la marque de fabrique ou de commerce est enregistrée;

c. dans les cas où un tel usage entraînerait un risque de confusion.

[4465] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 302.
[4466] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 302.
[4467] Australie, première communication écrite, paragraphe 315.
[4468] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 259; et République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 64.
[4469] Paragraphes 7.1979 et 7.1980.

7.1997. D'après une simple lecture, la première phrase de l'article 16:1 oblige les Membres à accorder au titulaire d'une marque enregistrée le "droit exclusif d'empêcher" que des activités qui relèvent des critères énoncés par la suite ne se produisent. Le premier critère définit les *acteurs* qui font l'objet du droit d'empêcher comme étant "tous les tiers agissant sans [le] consentement [du titulaire]". Le deuxième critère définit l'*activité* de ces acteurs qui fait l'objet du droit d'empêcher comme étant "l'usage au cours d'opérations commerciales de signes identiques ou similaires pour des produits ou des services qui sont identiques ou similaires à ceux pour lesquels la marque de fabrique ou de commerce est enregistrée". Le troisième critère précise que le "droit d'empêcher" s'étend à l'activité définie par les acteurs identifiés uniquement "dans les cas où un tel usage entraînerait un risque de confusion".

7.1998. Il ressort clairement de la structure du texte que ces critères sont *cumulatifs*, et qu'ils doivent donc être tous remplis pour établir les circonstances factuelles dans lesquelles le titulaire du droit doit avoir le droit exclusif d'"arrêter" ou d'"entraver" une action. Si l'un de ces critères n'est pas rempli, la situation ne relève pas du "droit d'empêcher" prescrit par l'article 16:1 et il n'est pas nécessaire qu'elle constitue une atteinte aux droits de la marque enregistrée au regard des obligations d'un Membre au titre de l'Accord sur les ADPIC. Par exemple, le droit prescrit par l'article 16:1 ne va pas jusqu'à empêcher l'usage en dehors d'opérations commerciales, l'usage pour des produits ou des services qui ne sont pas similaires, ou l'usage qui n'entraînerait pas un risque de confusion.

7.1999. En résumé[4470], les Membres respectent l'obligation énoncée à l'article 16:1 si leur législation nationale accorde aux titulaires de marques enregistrées le droit exclusif d'empêcher les activités des tiers qui relèvent de ces critères. L'exercice de ce droit privé dépend, dans la pratique, de l'évaluation de la nature du marché au moment pertinent pour déterminer si les circonstances factuelles pertinentes existent, en particulier pour évaluer le risque de confusion. Toutefois, l'obligation imposant aux Membres d'accorder ce droit dans le cadre de leurs systèmes juridiques devrait être distinguée du champ des activités menées par les acteurs commerciaux sur leurs marchés intérieurs. L'objet de l'obligation énoncée à l'article 16:1 consiste à permettre aux détenteurs de droits de se protéger contre certaines actions des tiers au cours d'opérations commerciales, *si* un risque de confusion découle de ces actions. Comme il est indiqué plus haut, et comme le Honduras l'a indiqué correctement, ce droit naît "chaque fois qu'un tiers, sans autorisation, fait usage de la marque pour des produits similaires ou identiques et, par suite d'un tel usage, qu'un "risque" de confusion entre différents produits ou services existe".[4471] Si, comme les plaignants l'allèguent, les mesures TPP entraînent des situations dans lesquelles ce "risque de confusion" ne se pose plus en ce qui concerne certaines marques relatives au tabac, alors les circonstances prévues à l'article 16:1, et à l'égard desquelles les Membres doivent accorder une protection au titre de cette disposition, ne se sont pas produites.

7.2000. Rien dans le texte de la première phrase de l'article 16:1 qui laisse entendre – comme les plaignants semblent l'indiquer – que les Membres ont l'obligation non seulement d'accorder une protection dans les cas où un risque de confusion existe effectivement, mais aussi de maintenir des conditions de marché qui permettraient que les circonstances définies dans cette disposition, y compris le risque de confusion, se produisent effectivement dans une situation donnée. En fait, les Membres doivent faire en sorte qu'un droit d'empêcher un tel usage soit accordé au cas où ces circonstances *existent* effectivement. Les Membres peuvent donc respecter cette obligation indépendamment du point de savoir si des activités portant atteinte aux droits se produisent effectivement sur le marché, ou de celui de savoir si et quand les titulaires de droits choisissent effectivement d'exercer ce droit exclusif et privé[4472] dont ils disposent. En d'autres termes, la question de savoir si des tiers non autorisés font effectivement usage de signes similaires ou identiques pour des produits ou des services similaires sur le marché, et celle de savoir si un tel usage entraîne effectivement ou non un "risque de confusion" parmi les consommateurs, sont sans importance pour l'évaluation de la question de savoir si un Membre fait en sorte que le titulaire d'une marque dispose du droit d'empêcher ces actes par les tiers, conformément à l'article 16:1.

[4470] Comme il est indiqué plus haut au paragraphe 7.1980.

[4471] Honduras, première communication écrite, paragraphe 159. Voir aussi Honduras, réponse à la question n° 168 du Groupe spécial (faisant référence au "risque de confusion" comme étant un "concept juridique visant à déterminer le champ de la protection à accorder aux titulaires de marques" et indiquant que la "confusion effective" n'est pas le critère).

[4472] Le préambule de l'Accord sur les ADPIC reconnaît que les "droits de propriété intellectuelle sont des droits privés". Voir aussi plus haut le paragraphe 7.1897.

7.2001. Compte tenu de cette interprétation, nous ne sommes pas persuadés que le fait de réduire le nombre de cas dans lesquels un "risque de confusion" peut exister constitue une violation du droit du titulaire de la marque d'empêcher de telles atteintes aux droits par les tiers, tel que prescrit par le texte de l'article 16:1, première phrase. Cette interprétation est compatible avec le but des droits exclusifs conférés par l'article 16:1, qui consiste à protéger le titulaire du droit contre les atteintes[4473] aux droits de ses marques enregistrées.

7.2002. Conclure le contraire élargirait effectivement la portée de l'article 16:1 pour englober un droit additionnel de se protéger contre la réduction du caractère distinctif d'une marque, voire un droit de se protéger contre la connaissance moindre d'une marque parmi les consommateurs. Pour les raisons examinées plus loin, nous ne sommes pas persuadés que l'article 16:1 donne lieu à de tels droits.

Question de savoir si les mesures TPP enfreignent l'article 16:1 en affaiblissant le caractère distinctif des marques enregistrées relatives au tabac

7.2003. La République dominicaine, Cuba, par référence, et l'Indonésie font en outre valoir que, étant donné l'importance du caractère distinctif pour la force d'une marque et pour parvenir à la faire respecter sur le marché[4474], l'article 16:1 protège la capacité du titulaire d'une marque de développer et de maintenir[4475] le caractère distinctif d'une marque par des moyens qui s'ajoutent aux actions pour atteinte aux droits par les tiers. En particulier, la République dominicaine, Cuba, par référence, et l'Indonésie allèguent que l'article 16:1 contient une obligation générale imposant aux Membres de s'abstenir d'adopter des mesures qui compromettraient ou élimineraient le caractère distinctif de marques et, en conséquence, réduiraient ou supprimeraient la possibilité d'exercer le droit d'exclure garanti par l'article 16:1.[4476] À l'appui de cet argument, la République dominicaine et l'Indonésie font référence[4477] à une constatation du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*:

> Il est possible de comprendre la fonction des marques en se reportant à l'article 15:1, qui les définit comme étant propres à distinguer les produits ou les services de certaines entreprises au cours d'opérations commerciales. Chaque titulaire de marque a pour intérêt légitime de préserver le caractère distinctif de sa marque, ou la capacité de la distinguer, afin qu'elle puisse remplir sa fonction. Cela comprend l'intérêt qu'a le titulaire d'une marque à utiliser sa propre marque en relation avec les produits ou les services de ses propres entreprises bénéficiant d'une autorisation.[4478]

7.2004. L'Australie répond que les "seuls "droits conférés" en ce qui concerne les titulaires de marques sont les droits d'exclusion négatifs prévus à l'article 16, qui protègent la position des titulaires de marques par rapport à d'autres commerçants sur le marché", et ajoute que "ces droits négatifs ne délimitent pas la relation en matière de réglementation publique entre les titulaires de marques et les gouvernements souverains".[4479] Elle fait en outre valoir que les "intérêts légitimes"

[4473] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 186.

[4474] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 311 (citant le rapport Dinwoodie (pièce UKR-1), paragraphe 61); Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 226, citant le rapport Dinwoodie (pièce UKR-1), paragraphes 55, et 57 et 58). Voir aussi République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 310 (décrivant le mécanisme par lequel, d'après ses allégations, la réduction du caractère distinctif du fait d'un faible usage suivant les mesures TPP cause la "destruction des droits accordés par l'article 16:1 de l'*Accord sur les ADPIC*").

[4475] République dominicaine, réponse à la question n° 94 du Groupe spécial, paragraphe 47; Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant par référence la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 223); et Indonésie, première communication écrite, paragraphe 213.

[4476] République dominicaine, réponse à la question n° 94 du Groupe spécial, paragraphe 48; deuxième communication écrite, paragraphe 65; Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 414 (incorporant par référence les arguments présentés par la République dominicaine dans sa deuxième communication écrite au sujet de l'allégation au titre de l'article 16:1); et Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 91.

[4477] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 301; et Indonésie, première communication écrite, paragraphe 222. Voir aussi Honduras, première communication écrite, paragraphe 241.

[4478] Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.664.

[4479] Australie, première communication écrite, paragraphe 228.

des titulaires de marques ne peuvent pas être élevés au rang de "droits conférés par une marque".[4480]

7.2005. Nous rappelons que nous avons constaté plus haut que l'article 16:1 ne contenait pas le droit de faire usage d'une marque, et que les Membres respectaient l'obligation énoncée à l'article 16:1, première phrase, en accordant au titulaire d'une marque enregistrée le droit exclusif d'empêcher les atteintes aux droits de marque, tel que cela était indiqué par les critères qui y étaient énoncés. Nous rappelons en outre que le respect de cette obligation est indépendant du point de savoir si des atteintes aux droits de marque se produisent effectivement sur le marché, ou si les titulaires de droits choisissent effectivement d'exercer le droit d'empêcher dont ils disposent. Dans ce contexte, nous ne trouvons dans le texte de l'article 16:1, première phrase, aucune indication d'une obligation imposant aux Membres de maintenir le caractère distinctif des marques enregistrées, ou de s'abstenir d'avoir un comportement réglementaire qui pourrait avoir une incidence négative sur le caractère distinctif de ces marques par l'usage. S'il est vrai que le caractère distinctif d'une marque est diminué, en fait, cela pourrait signifier qu'une confusion pouvant donner lieu à une action est moins susceptible de se produire. Si elle se produit, toutefois, les droits prévus à l'article 16:1 existent, et l'obligation incombant aux Membres au titre de cette disposition est d'en assurer l'existence.

7.2006. Cette évaluation n'est pas incompatible avec la constatation formulée par le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, selon laquelle l'intérêt légitime du titulaire à préserver le caractère distinctif de sa marque comprend l'intérêt à faire usage de la marque en relation avec les produits et les services pertinents de ses propres entreprises bénéficiant d'une autorisation. Nous rappelons que le Groupe spécial a formulé cette constatation dans le contexte de l'article 17 en examinant ce qui constituait les "intérêts légitimes" dont il fallait tenir compte pour justifier une exception limitée au titre de cette disposition. À cet égard le Groupe spécial a précisé ce qui suit:

> Étant donné que l'article 17 crée une exception aux droits conférés par une marque, les "intérêts légitimes" du titulaire de la marque doivent correspondre à quelque chose qui est différent de la pleine jouissance de ces droits juridiques.[4481]

7.2007. Le Groupe spécial a trouvé un autre élément étayant sa constatation selon laquelle les "intérêts légitimes" correspondaient à quelque chose de différent de la jouissance de droits juridiques dans le texte de l'article 17:

> C'est ce que confirme l'emploi du verbe "tiennent compte des", qui est moins fort que le verbe "protéger".[4482]

7.2008. Compte tenu de ce qui précède, nous croyons comprendre que la constatation du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)* citée par la République dominicaine et l'Indonésie[4483] confirme simplement que l'intérêt qu'a un titulaire de la marque à préserver le caractère distinctif de sa marque comprend son intérêt à faire usage de sa marque en relation avec les produits ou les services pertinents, et qu'il faut tenir compte de ces intérêts – et non de les *protéger* en tant que *droit* – lorsque l'on examine si une exception, prévue dans le droit interne d'un Membre, au *droit* exclusif *d'empêcher* conféré par l'article 16:1 satisfait aux critères relatifs aux exceptions admissibles figurant à l'article 17. Le Groupe spécial n'a pas, comme l'Indonésie l'allègue, "observé [que] l'usage d'une marque était nécessaire pour la préservation de son caractère distinctif".[4484] En tout état de cause, une telle observation n'établirait pas un droit positif d'utiliser qui pourrait à son tour donner lieu à une interprétation large de l'article 16:1. La constatation du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)* n'étaye donc

[4480] Australie, réponse à la question n° 99 du Groupe spécial, paragraphe 42. (note de bas de page omise)

[4481] Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.662.

[4482] Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.662.

[4483] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 301; et Indonésie, première communication écrite, paragraphe 222.

[4484] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 90. Voir aussi République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 301; et Indonésie, première communication écrite, paragraphe 222.

pas l'argument de la République dominicaine, de Cuba, par référence, et de l'Indonésie selon lequel l'intérêt qu'a le titulaire de la marque à préserver le caractère distinctif d'une marque enregistrée, et son intérêt à faire usage de la marque à cette fin, crée une obligation générale au titre de l'article 16:1 qui impose aux Membres de s'abstenir d'adopter des mesures qui compromettraient ou élimineraient le caractère distinctif de marques.

7.2009. L'évaluation qui précède est en outre compatible avec le contexte de l'article 16 fourni par les autres dispositions de la section 2 de la Partie II de l'Accord sur les ADPIC et, en particulier, la pertinence du caractère distinctif des signes dans ces obligations imposées aux Membres. Comme nous l'avons exposé en détail plus haut dans la section 7.3.2.3.1, l'article 15 énonce les obligations des Membres en ce qui concerne l'enregistrement des marques.[4485] Toutefois, l'obligation énoncée à l'article 15:1 de considérer les signes distinctifs comme enregistrables ne signifie pas qu'il incombe aux Membres de permettre que les signes non distinctifs acquièrent ou conservent un caractère distinctif, ou de créer un "droit au caractère distinctif" pour les titulaires de marques. Il incombe aux requérants de choisir, ou – si cela est permis[4486] – de développer par l'usage, des signes qui remplissent la condition relative au caractère distinctif dans le contexte des conditions variables du marché, afin de déclencher l'obligation des Membres d'en examiner l'enregistrement comme marques au titre de l'article 15:1. Nous rappelons en outre la constatation que nous avons formulée dans ce contexte selon laquelle, en dehors du champ des obligations expresses énoncées dans l'Accord sur les ADPIC, l'Accord n'oblige pas les Membres, à notre avis, à faire en sorte que les parties privées soient en mesure de remplir les critères énoncés à l'article 15:1, ou à s'abstenir d'adopter des réglementations par ailleurs non incompatibles avec les accords visés qui peuvent influer sur les conditions pertinentes du marché.[4487]

7.2010. Les mêmes considérations s'appliquent à notre évaluation concernant l'article 16:1. Une marque enregistrée est susceptible d'*être* distinctive dans la juridiction pertinente, car le caractère distinctif est une condition d'enregistrement au titre de l'article 15:1. La décision d'enregistrer une marque est généralement fondée sur une constatation en vertu du droit interne selon laquelle la marque était (ou était devenue) distinctive dans cette juridiction au moment de cette détermination. Comme le texte de l'article 16:1 fait uniquement référence aux "titulaires de la marque de fabrique ou de commerce enregistrée", les droits prévus dans cette disposition commencent à exister au moment de l'enregistrement. Il est donc clair que l'article 16:1 n'a pas trait à l'acquisition du caractère distinctif par l'usage en tant que condition préalable à l'enregistrement. En ce qui concerne les marques enregistrées, l'article 16:1 lui-même ne mentionne pas le caractère distinctif, mais indique que le "risque de confusion" est un des critères relatifs à l'atteinte aux droits. Comme dans le cadre de l'article 15, l'obligation d'un Membre au titre de l'article 16:1 est d'accorder au titulaire de la marque le droit d'empêcher des situations dans lesquelles les critères relatifs à l'atteinte aux droits sont remplis. L'article 16:1 ne rend pas les Membres responsables des conditions dans lesquelles ces critères relatifs à l'atteinte aux droits, tels que le "risque de confusion", peuvent être remplis, et les oblige encore moins à s'abstenir d'avoir un comportement réglementaire qui pourrait affaiblir la capacité du titulaire d'une marque de maintenir le caractère distinctif d'un signe afin de satisfaire aux critères relatifs au "risque de confusion".

7.2011. L'élément central du droit du titulaire de la marque conféré par l'article 16:1 consiste à empêcher un usage par les tiers qui entraîne un "risque de confusion" sur le marché. Sa formulation reflète le but de l'article 16, qui est de permettre de mener des actions contre les atteintes effectives aux droits par les tiers dans les cas où les critères factuels de l'article 16:1, première phrase, sont remplis dans une situation de marché donnée. L'article 16:1 peut donc protéger la fonction d'identification d'origine d'une marque enregistrée contre des actions

[4485] Nous rappelons que l'article 15:1, première phrase, donne une définition de ce qui doit être propre à constituer une marque en énonçant la condition voulant que les signes doivent satisfaire à la prescription relative au "caractère distinctif", c'est-à-dire la prescription exigeant que les signes ou combinaisons de signes en cause soient propres à distinguer les produits ou les services pertinents. En permettant aux Membres de subordonner l'enregistrabilité au caractère distinctif *acquis par l'usage*, le texte de l'article 15:1, troisième phrase, signale une *manière particulière* de remplir la condition pour constituer une marque, à savoir se conformer au critère relatif au caractère distinctif défini dans la première phrase de l'article 15:1. Voir plus haut le paragraphe 7.1886.

[4486] "Dans les cas où des signes ne sont pas en soi propres à distinguer les produits ou services pertinents, les Membres pourront subordonner l'enregistrabilité au caractère distinctif acquis par l'usage." Article 15:1, troisième phrase.

[4487] Voir plus haut le paragraphe 7.1897.

spécifiques des tiers portant atteinte aux droits. Il n'est pas censé protéger cette fonction contre la diminution du caractère distinctif due à d'autres raisons, telles que l'évolution des conditions du marché, l'inaction du titulaire du droit ou l'évolution de la perception des consommateurs. L'intérêt commercial du titulaire d'une marque dans une situation de marché dans laquelle sa marque enregistrée peut être utilisée avec succès pour empêcher le plus grand nombre possible de signes d'être utilisés pour des produits ou des services similaires ou identiques, ainsi que l'intérêt correspondant qu'il y a à faire usage de sa marque, y compris aux fins de maintenir ou de renforcer davantage son caractère distinctif, n'est pas *un droit* au titre de l'article 16:1. Toutefois, il est reconnu par l'Accord sur les ADPIC comme un *intérêt légitime* dont il faut tenir compte lorsque l'on examine l'admissibilité d'exceptions nationales aux droits exclusifs prévus à l'article 17. Dans la section 7.3.5 plus loin, nous examinerons également sa pertinence pour évaluer si l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales est entravé de manière injustifiable par des prescriptions spéciales au sens de l'article 20.

7.2012. Nous notons que le caractère distinctif des marques enregistrées, et donc les cas dans lesquels un "risque de confusion" avec des signes similaires peut se produire sur le marché, peut légitimement varier en fonction de divers facteurs. À cet égard, l'un des experts des plaignants, M. Dinwoodie[4488], indique ce qui suit:

> Le champ de la protection accordée à une marque n'a pas à être statique. De toute évidence, comme il est prévu que le caractère distinctif des marques peut varier dans le temps en raison de conditions sociales et de conditions du marché légitimes, le champ de la protection variera inévitablement. De même, une marque peut perdre son caractère distinctif ou son statut de marque notoirement connue en raison des perceptions changeantes du marché. L'Accord sur les ADPIC ne devrait pas être interprété comme empêchant l'une quelconque de ces évolutions.[4489]

7.2013. L'Indonésie a indiqué que les Membres n'avaient pas l'obligation de préserver ou de renforcer la marque, mais qu'il était de la "seule responsabilité" du titulaire de la marque d'exercer sa "liberté générale du marché" pour renforcer et maintenir la marque par l'usage sur le marché.[4490] À notre avis, cette responsabilité comprend aussi l'exercice des droits prévus à l'article 16:1 en menant des actions rapides contre un usage potentiellement constitutif d'atteinte aux droits de marques identiques ou similaires pour des produits similaires, ce qui est le moyen le plus direct de défendre une marque contre la perte de caractère distinctif due à un usage rival de signes par des concurrents. Les plaignants acceptent également que les Membres peuvent légitimement mener diverses actions réglementaires qui ont une incidence "accessoire" ou "indirecte" sur l'usage d'une marque, telles que les interdictions de produits ou de la publicité.[4491] Toutefois, la République dominicaine, Cuba, par référence, et l'Indonésie font valoir que, s'agissant des mesures *visant spécifiquement à* réglementer les marques, les Membres sont tenus par l'article 16:1 de ne pas amoindrir ou supprimer la capacité du titulaire du droit d'"exercer le droit" d'exclure en réduisant le caractère distinctif des marques.[4492]

[4488] Pour une explication de la manière dont les plaignants s'appuient sur ce rapport d'expert, initialement présenté par l'Ukraine, voir plus haut la note de bas de page 4469.

[4489] Rapport Dinwoodie (pièce UKR-1), paragraphe 117. M. Dinwoodie ajoute que "ces affirmations sont différentes de celles qui sont examinées dans le présent rapport ou dans l'affaire *Australie – Emballage neutre*. Ici, la portée de certains droits de marque se réduira, et le statut de marque notoirement connue sera perdu, non pas en raison du fonctionnement du marché mais en raison de la législation nationale qui vise à rendre ces résultats effectifs." *Ibid.*

[4490] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 91; et réponse à la question n° 95 du Groupe spécial, paragraphe 19.

[4491] Honduras, réponses aux questions n° 38, 40, 95 et 172 du Groupe spécial; République dominicaine, réponses aux questions n° 95, 96 et 172 du Groupe spécial, paragraphes 51, 59, et 197 et 198 respectivement; Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 259); Cuba, réponses aux questions n° 95 et 172 du Groupe spécial; Indonésie, réponses aux questions n° 95 et 172 du Groupe spécial, paragraphes 21, et 35 et 36 respectivement.

[4492] Les plaignants emploient des variantes de cette formulation: "C'est l'obligation qu'enfreignent les Membres si par leurs actions ou omissions ils ne font pas en sorte que les titulaires de marques puissent revendiquer leurs droits comme c'est le cas de l'Australie par suite des mesures concernant l'emballage neutre." (Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 258); "[T]outefois, il existe une obligation de s'abstenir d'adopter un comportement réglementaire qui *affaiblit* ou *élimine* le caractère distinctif essentiel à l'exercice du droit d'exclure" (République dominicaine, réponse à la question n° 94 du Groupe spécial,

7.2014. Nous rappelons la constatation que nous avons formulée plus haut selon laquelle la réduction du nombre de cas d'atteintes aux droits par la réduction du caractère distinctif ne constituerait pas une réduction du droit d'empêcher ces atteintes prescrit à l'article 16:1. Nous rappelons en outre notre évaluation selon laquelle l'article 16:1 n'implique pas que les Membres ont une obligation générale de ne pas compromettre le caractère distinctif des marques enregistrées par des mesures réglementaires. Dans ce contexte, nous ne trouvons pas non plus d'élément étayant l'existence d'une distinction dans l'Accord sur les ADPIC entre les mesures réglementaires qui affectent les marques d'une manière accessoire, qui seraient autorisées, et celles qui le font directement, et qui seraient donc assujetties à un critère plus strict.

7.2015. Nous notons à cet égard que le passage du rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)* cité par la République dominicaine à l'appui de cette distinction ne corrobore pas le "point de vue partagé" allégué selon lequel "l'exercice des droits de propriété intellectuelle peut être assujetti d'une manière accessoire à des mesures réglementaires légitimes qui "ne relèvent pas des droits de propriété intellectuelle"".[4493] En fait, le passage cité indique que, étant donné que l'Accord sur les ADPIC "prévoit […] l'octroi de droits négatifs pour empêcher certains actes" plutôt que de "droits positifs pour exploiter ou utiliser", "bon nombre des mesures visant à atteindre [des] objectifs [de la politique générale publique] ne relèvent pas des droits de propriété intellectuelle et ne nécessitent pas une exception au titre de l'Accord sur les ADPIC".[4494] Cela confirme notre point de vue selon lequel, en l'absence d'un droit positif de faire usage d'une marque, les mesures réglementaires qui n'affectent pas le droit négatif d'empêcher les usages portant atteinte aux droits ne sont pas interdites par l'article 16. À l'inverse, les mesures qui limitent *effectivement* le droit d'empêcher prévu à l'article 16:1 *enfreignent* effectivement l'Accord – qu'elles le fassent d'une manière accessoire ou directement. Toutefois, le droit négatif prévu à l'article 16:1 d'empêcher les usages portant atteinte aux droits ne s'étend pas à un droit de maintenir ou d'élargir le caractère distinctif d'une marque donnée considérée individuellement, qui fluctue inévitablement selon les conditions du marché et l'incidence des mesures réglementaires sur ces conditions du marché.

7.2016. Ce point de vue est encore confirmé par le contexte de l'article 16:1. L'article 19 prévoit expressément les mesures des pouvoirs publics qui peuvent constituer un obstacle à l'usage d'une marque[4495], et l'article 20 autorise certaines entraves à l'usage des marques par des prescriptions

paragraphe 48 (italique dans l'original)); "Toutefois, l'article 16:1 oblige les Membres à s'abstenir de prendre des mesures réglementaires qui affaiblissent la capacité des titulaires de marques d'exercer leur droit d'empêcher l'usage de signes similaires ou identiques pour des produits ou des services similaires ou identiques qui sont susceptibles d'entraîner une confusion." (Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 91); et "Toutefois, l'interdiction totale de la possibilité de faire usage de la marque de fabrique ou de commerce comme marque pour le produit auquel elle s'appliquera et qui est disponible licitement supprime la possibilité d'exercer les droits privés conférés par l'article 16 et ramène nécessairement le niveau de protection au-dessous du niveau minimal garanti." (Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 259)).

[4493] République dominicaine, réponse à la question n° 96 du Groupe spécial, paragraphe 59 et note de bas de page 62, faisant référence à *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.246:

> Ces principes reflètent le fait que l'Accord ne prévoit généralement pas l'octroi de droits positifs pour exploiter ou utiliser un certain objet, mais prévoit plutôt l'octroi de droits négatifs pour empêcher certains actes. Cette caractéristique fondamentale de la protection de la propriété intellectuelle donne par essence aux Membres la liberté de poursuivre des objectifs légitimes de la politique générale publique puisque bon nombre des mesures visant à atteindre de tels objectifs ne relèvent pas des droits de propriété intellectuelle et ne nécessitent pas une exception au titre de l'Accord sur les ADPIC.

[4494] Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.246.

[4495] L'article 19:1 dispose ce qui suit:

> S'il est obligatoire de faire usage d'une marque de fabrique ou de commerce pour maintenir un enregistrement, l'enregistrement ne pourra être radié qu'après une période ininterrompue de non-usage d'au moins trois ans, à moins que le titulaire de la marque ne donne des raisons valables reposant sur l'existence d'obstacles à un tel usage. Les circonstances indépendantes de la volonté du titulaire de la marque qui constituent un obstacle à l'usage de la marque, par exemple des restrictions à l'importation ou autres prescriptions des pouvoirs publics visant les produits ou les services protégés par la marque, seront considérées comme des raisons valables justifiant le non-usage.

spéciales.[4496] Ni l'une ni l'autre de ces dispositions ne fait la distinction entre les mesures qui affectent l'usage des marques d'une manière accessoire ou directe. Compte tenu de ce qui précède, nous ne souscrivons pas à l'allégation selon laquelle l'article 16:1 contient une obligation générale imposant aux Membres de s'abstenir de prendre des mesures réglementaires qui peuvent avoir une incidence négative sur le caractère distinctif de marques enregistrées individuelles, que ces mesures affectent les marques d'une manière accessoire ou directe.

7.2017. Compte tenu de nos constatations antérieures, nous ne sommes pas d'accord avec la République dominicaine pour dire que l'Australie se "soustrai[t] à [son] obligation" au titre de l'article 16:1.[4497]

7.2018. Comme il n'a pas été constaté que les mesures TPP étaient contraires à l'article 16:1, la question soulevée par le Honduras et l'Indonésie[4498] sur le point de savoir si ces mesures sont admissibles en tant qu'"exceptions limitées" au titre de l'article 17 ne se pose pas.

Question de savoir si l'article 16:1 oblige les Membres à ménager une possibilité minimale de faire usage des marques

7.2019. Cuba, par référence, fait en outre valoir que, puisque le *maintien du caractère distinctif* est la raison d'être des droits minimaux conférés par l'article 16[4499], le principe de l'interprétation des traités dit de l'effet utile exige que les Membres doivent ménager une possibilité minimale de faire usage des marques, car sinon les droits minimaux prescrits par l'article 16:1 ne sont pas garantis.[4500] Elle fait valoir que le "principe de l'interprétation des traités dit de l'effet utile étaye la conclusion selon laquelle les droits conférés ne sont pas respectés lorsque la substance même du droit (c'est-à-dire distinguer des produits) est compromise, comme lorsque l'usage normal n'est plus possible".[4501]

7.2020. L'Australie fait valoir que la ""substance même" du droit énoncé à l'article 16:1 est de prévoir que les titulaires de marques peuvent empêcher l'usage non autorisé au cours d'opérations commerciales de signes similaires ou identiques dans les cas où un tel usage entraînerait un risque de confusion"[4502] et que les mesures TPP "[ont] pour effet de faire en sorte que les protections

[4496] L'article 20, première phrase, dispose ce qui suit:

> L'usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales ne sera pas entravé de manière injustifiable par des prescriptions spéciales, telles que l'usage simultané d'une autre marque, l'usage sous une forme spéciale, ou l'usage d'une manière qui nuise à sa capacité de distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises.

[4497] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 71 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *Mexique – Télécommunications*, paragraphes 7.241 à 7.2444. (Le Groupe spécial croit comprendre qu'en citant le rapport du Groupe spécial *Mexique – Télécommunications*, la République dominicaine faisait référence aux paragraphes 7.241 à 7.244.))

[4498] Honduras, première communication écrite, paragraphe 252; et Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 72.

[4499] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 223). (pas d'italique dans l'original)

[4500] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphes 259 et 274). Bien que seule Cuba invoque expressément le principe de l'interprétation des traités dit de l'effet utile, d'autres plaignants présentent des arguments semblables lorsqu'ils soulignent l'importance de l'usage pour le caractère distinctif des marques enregistrées. Honduras, première communication écrite, paragraphe 239 ("En outre, […] la perte de caractère distinctif (entre autres choses, en raison du non-usage de la marque relative au tabac originale) finira par réduire le champ de la protection et transformera la marque originale en un simple droit théorique, sans aucune valeur commerciale."); République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 303 (" En limitant strictement l'usage de marques enregistrées, les mesures [T]PP créent une catégorie de marques en Australie qui, au fil du temps, sera privée de tous les droits fondamentaux, y compris des droits garantis par l'article 16:1 d'empêcher les tiers de faire usage de signes similaires pour des produits ou des services similaires. En fait, ces marques enregistrées sont simplement des coquilles vides dépouillées des attributs fonctionnels des marques."); et Indonésie, première communication écrite, paragraphe 204 ("En l'absence de l'usage positif d'une marque par son titulaire (ou des parties qui ont son consentement), le droit d'empêcher l'usage par les tiers qui entraînerait un risque de confusion est dénué de sens.").

[4501] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 259).

[4502] Australie, réponse à la question n° 37 du Groupe spécial, paragraphe 101.

accordées au titre de la Loi sur les marques aux titulaires de marques enregistrées, y compris le droit d'empêcher l'atteinte aux droits, soient complètement préservées".[4503] Elle ajoute que, "même si certains titulaires de marques peuvent, *de fait*, exercer leurs droits d'exclusion plus souvent que d'autres titulaires de marques, cela ne signifie pas que l'effet *juridique* de l'article 16 de l'Accord sur les ADPIC devient "redondant". Le fait qu'il peut y avoir moins de possibilités de confusion par suite de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac ne rend pas les droits prévus à l'article 16 inutiles."[4504]

7.2021. Nous notons que Cuba ne donne pas plus de précisions, et n'y fait pas non plus référence, quant à ce qui est requis, à son avis, par le principe de l'interprétation des traités dit de l'effet utile. L'Australie se réfère au rapport de l'Organe d'appel *Canada – Produits laitiers*.[4505]

7.2022. Le principe de l'interprétation des traités dit de l'effet utile, qui a été appliqué dans les décisions rendues dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC dans un certain nombre d'affaires, conduit l'interprète du traité à donner un sens *juridiquement valable* à toutes les dispositions applicables, harmonieusement[4506], d'une manière qui ne rend pas redondants ou inutiles des clauses ou des paragraphes entiers d'un traité.[4507]

7.2023. Aux fins de l'évaluation de cet argument, nous notons d'abord que les dispositions de l'Accord sur les ADPIC énoncent des normes minimales[4508] pour la protection des marques et d'autres droits de propriété intellectuelle, auxquels les Membres sont tenus de donner effet. L'article 16 fait partie des sept articles figurant dans la section 2 de la Partie II de l'Accord sur les ADPIC, intitulée "Marques de fabrique ou de commerce", qui – conjointement avec les dispositions pertinentes de la Convention de Paris (1967), telles qu'incorporées par l'article 2:1 – régissent les obligations des Membres concernant les marques.

7.2024. Comme cela est indiqué plus haut, l'article 16:1 contient une obligation imposant aux Membres d'accorder aux titulaires de marques enregistrées le droit exclusif d'empêcher l'usage de signes identiques ou similaires pour des produits ou des services identiques ou similaires par les tiers non autorisés, dans les cas où un tel usage entraînerait un risque de confusion.[4509] Nous avons établi en outre que, bien que les marques enregistrées soient susceptibles d'être distinctives – parce que le bureau d'enregistrement des marques aurait normalement estimé qu'elles étaient soit intrinsèquement distinctives soit qu'elles avaient acquis un caractère distinctif par l'usage dans la juridiction pertinente au moment de l'enregistrement[4510] – l'article 16:1 lui-même ne fait pas référence au caractère distinctif, mais énonce simplement les critères factuels qui constituent une atteinte aux droits de marque, que le titulaire de la marque doit avoir le droit d'empêcher.[4511] Nous avons noté par ailleurs que le respect de cette obligation par les Membres est indépendant du point de savoir si une atteinte aux droits de marque se produit effectivement sur le marché, ou de celui de savoir si ou quand les titulaires du droit choisissent effectivement d'exercer ce droit dont ils disposent.[4512]

7.2025. Bien que l'Accord sur les ADPIC reconnaisse l'intérêt légitime du titulaire du droit à faire usage de la marque enregistrée[4513], nous notons que le fonctionnement juridique du "droit d'empêcher" prévu à l'article 16:1 n'exige pas en soi l'usage de la marque enregistrée elle-même. L'article 16:1, deuxième phrase, facilite l'application de ce droit – indépendamment de l'usage pour étayer le caractère distinctif de la marque enregistrée – en établissant une présomption de risque de confusion dans les cas de ce qu'il est convenu d'appeler la double identité, c'est-à-dire

[4503] Australie, première communication écrite, paragraphe 318. (note de bas de page omise)
[4504] Australie, réponse à la question n° 37 du Groupe spécial, paragraphe 103. (italique dans l'original)
[4505] Australie, réponse à la question n° 37 du Groupe spécial, paragraphe 99.
[4506] Rapport de l'Organe d'appel *Argentine – Chaussures (CE)*, paragraphe 81.
[4507] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 26. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Produits laitiers*, paragraphe 133.
[4508] L'article 1.1, première et deuxième phrase, dispose ce qui suit: "Les Membres donneront effet aux dispositions du présent accord. Les Membres pourront, sans que cela soit une obligation, mettre en œuvre dans leur législation une protection plus large que ne le prescrit le présent accord, à condition que cette protection ne contrevienne pas aux dispositions dudit accord."
[4509] Voir plus haut le paragraphe 7.1978.
[4510] Voir la section 7.3.2.3.2.2.1 concernant les allégations au titre de l'article 15:4.
[4511] Voir plus haut le paragraphe 7.2010.
[4512] Voir plus haut le paragraphe 7.2005.
[4513] Voir plus haut le paragraphe 7.2011.

l'usage de signes identiques pour des produits ou des services identiques. D'autres dispositions de l'Accord sur les ADPIC autorisent les Membres à exiger l'usage de la marque enregistrée comme condition du maintien de l'enregistrement[4514], mais ce n'est pas une obligation, et l'exigence est subordonnée à l'autorisation d'une certaine période de non-usage avant la radiation.[4515] Cela signifie que, même dans les cas où les Membres ont choisi d'exiger l'usage pour maintenir l'enregistrement des marques, les droits prévus à l'article 16:1 doivent exister en l'absence d'usage pendant une certaine période. L'article 19:1 reconnaît en outre que les Membres ne peuvent pas radier l'enregistrement des marques au motif de non-usage au-delà de cette période s'il y a des "raisons valables reposant sur l'existence d'obstacles à un tel usage".[4516]

7.2026. L'évaluation qui précède indique, à notre avis, que bien que l'usage de la marque enregistrée puisse être le scénario typique prévu par les dispositions de l'Accord sur les ADPIC, l'absence d'un tel usage ne rend pas le droit d'exclure prévu par l'article 16:1 "juridiquement non valable" ou redondant. Comme cela est indiqué plus haut, le but de l'article 16:1 est de donner les moyens essentiels aux titulaires de marques enregistrées – et donc déjà distinctives – d'empêcher des tiers non autorisés de porter atteinte aux droits.[4517] Bien que le fait d'empêcher ces atteintes aux droits puisse également contribuer à défendre le caractère distinctif de la marque enregistrée, nous ne souscrivons pas à l'allégation de Cuba selon laquelle la "substance même" du droit prévu à l'article 16:1 est une responsabilité générale de maintenir le caractère distinctif de la marque.[4518] Considérant que le caractère distinctif des marques varie en fonction de divers facteurs liés au marché[4519] – y compris des facteurs qui échappent au contrôle des pouvoirs publics des Membres ou des titulaires de marques – il n'est pas plausible de supposer que les Membres auraient assumé une telle responsabilité générale.

7.2027. D'autres dispositions de la section 2 de la Partie II ont trait à l'usage de marques enregistrées. Au nombre de celles-ci figure l'article 19, qui prévoit expressément qu'il peut exister des obstacles à l'usage de marques indépendamment de la volonté du titulaire de la marque, y compris sur la base de prescriptions des pouvoirs publics. L'article 20 interdit les prescriptions spéciales qui entravent de manière injustifiable l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales, ce qui – à l'inverse – autorise les entraves à l'usage d'une marque dans certaines circonstances.[4520] Nous notons en outre que l'intérêt qu'a le titulaire de la marque à faire usage de sa marque en relation avec les produits ou services pertinents a été reconnu comme faisant partie de son intérêt légitime à préserver le caractère distinctif de sa marque dans le contexte de l'article 17, et qu'il faut donc en tenir compte pour évaluer la légitimité d'exceptions aux droits exclusifs prévus par l'article 16:1.[4521]

7.2028. En adoptant les dispositions relatives aux marques figurant dans la section 2 de la Partie II, les Membres se sont donc engagés à accorder un droit minimal d'empêcher des tiers de porter atteinte aux droits des titulaires de signes qui satisfont à la prescription relative au caractère distinctif de l'article 15:1 et dont l'enregistrement n'a pas été refusé par les Membres pour l'un quelconque des divers motifs dont ils disposent au titre de l'article 15 et des dispositions pertinentes incorporées tirées de la Convention de Paris (1967).[4522] Les Membres n'ont pas assumé la responsabilité générale de sauvegarder le caractère distinctif des signes, que ce soit avant ou après l'enregistrement de ces signes comme marques. L'importance de l'usage d'une marque est reconnue dans l'Accord sur les ADPIC qui soumet les mesures qui entravent cet usage à certaines conditions dans le contexte de l'article 20, et qui reconnaît l'intérêt du titulaire du droit à faire usage de la marque pour maintenir le caractère distinctif comme facteur pour déterminer

[4514] Accord sur les ADPIC, article 19.
[4515] Accord sur les ADPIC, article 19.
[4516] Ces "raisons valables justifiant le non-usage" sont réputées inclure les "circonstances indépendantes de la volonté du titulaire de la marque qui constituent un obstacle à l'usage de la marque, par exemple des restrictions à l'importation ou autres prescriptions des pouvoirs publics visant les produits ou les services protégés par la marque". Article 19:1, deuxième phrase.
[4517] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 186.
[4518] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 259).
[4519] Voir plus haut le paragraphe 7.2012.
[4520] Voir plus loin la section 7.3.5 sur l'article 20.
[4521] Voir plus haut le paragraphe 7.2008.
[4522] Pour une évaluation détaillée des obligations des Membres concernant l'enregistrement des marques qui figurent dans les dispositions de l'Accord sur les ADPIC et les dispositions incorporées tirées de la Convention de Paris (1967), voir la section 7.3.2.3.1.2 sur les allégations au titre de l'article 15:4.

les exceptions admissibles dans le contexte de l'article 17. En même temps, il est clair que des obstacles à l'usage des marques peuvent exister et existent bel et bien légitimement, et que les Membres conservent le pouvoir d'entraver l'usage des marques dans certaines conditions.

7.2029. Le fait d'adopter une interprétation de l'article 16 qui exigerait des Membres qu'ils sauvegardent une possibilité minimale de faire usage de la marque enregistrée est donc non seulement dénué de fondement dans le texte de la disposition elle-même, mais romprait aussi l'harmonie avec les dispositions de la section relative aux marques qui a) prévoient expressément les conditions dans lesquelles l'usage peut être entravé (article 20); et b) traitent des conséquences des obstacles à l'usage (article 19). Ces dispositions envisagent clairement la possibilité d'un empêchement réglementaire de l'usage. En outre, interpréter l'article 16 comme imposant aux Membres des limitations à la réglementation concernant l'usage des marques pourrait éventuellement rendre *inutile* l'article 20 lui-même, qui traite directement de ce point.

7.2030. Compte tenu de ce qui précède, nous constatons que l'obligation de donner un sens juridiquement valable à toutes les dispositions figurant dans la section 2 de la Partie II de l'Accord sur les ADPIC, harmonieusement, sans rendre redondante aucune de ces dispositions, comme l'exige le principe de l'interprétation des traités dit de l'effet utile, n'étaye pas une interprétation des droits minimaux énoncés à l'article 16 comme exigeant des Membres qu'ils ménagent une possibilité minimale de faire usage d'une marque enregistrée.

Conclusion

7.2031. Rappelant les constatations que nous avons formulées plus haut aux paragraphes 7.2000, 7.2010 et 7.2030, nous concluons donc que la possibilité d'une réduction de la survenue d'un "risque de confusion" sur le marché ne constitue pas, en soi, une violation de l'article 16:1 car le respect par les Membres de l'obligation d'accorder le droit d'empêcher les atteintes aux droits de marque au titre de l'article 16:1 est indépendant du point de savoir si ces atteintes se produisent effectivement sur le marché. L'article 16:1 n'exige pas des Membres qu'ils s'abstiennent de prendre des mesures réglementaires qui peuvent affecter la capacité de maintenir le caractère distinctif de marques individuelles ou qu'ils ménagent une "possibilité minimale" de faire usage d'une marque pour protéger ce caractère distinctif.

7.2032. Compte tenu de ces constatations, et comme nous l'avons indiqué plus haut[4523], nous ne jugeons pas nécessaire d'examiner plus avant l'allégation factuelle des plaignants selon laquelle la prohibition par les mesures TPP de l'usage de certaines marques relatives au tabac réduira en fait le caractère distinctif de ces marques, et conduira à une situation où un "risque de confusion" concernant ces marques sera moins susceptible de se produire sur le marché.

7.3.3.4.3 Question de savoir si les mesures TPP enfreignent l'article 16 parce qu'elles soumettent les signes non intrinsèquement distinctifs à des procédures de radiation

7.2033. Cuba, par référence, fait valoir que la prohibition de l'usage de signes non dénominatifs prévue par les mesures TPP cause la perte du caractère distinctif de marques enregistrées consistant en signes non intrinsèquement distinctifs qui avaient précédemment acquis un caractère distinctif par l'usage. Elle estime que ni l'article 28 de la Loi TPP ni la Loi TMA ne règle cette question[4524], et qu'il "n'y a aucun fondement permettant que certaines marques non intrinsèquement distinctives comme les couleurs ou certaines formes obtiennent ou maintiennent le statut de marques de fabrique ou de commerce, et qu'elles seront automatiquement "génériciséés".[4525] Étant donné que ces marques peuvent être invalidées parce qu'elles n'ont pas de caractère distinctif, et que, par conséquent, les titulaires de marques qui étaient précédemment protégées et utilisées pourraient perdre le niveau minimal de protection garanti par l'article 16, les mesures TPP enfreignent l'article 16:1, selon Cuba.[4526]

[4523] Voir plus haut le paragraphe 7.1993.

[4524] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphes 289 à 291).

[4525] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 288).

[4526] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, paragraphes 285, 292 et 293). Voir plus haut le paragraphe 7.1940 pour un résumé plus

7.2034. L'Australie répond que l'article 28 de la Loi TPP prévoit que le fonctionnement de la Loi TPP n'empêche pas l'enregistrement d'une marque ou le maintien de l'enregistrement, et qu'en faisant en sorte que les marques puissent être enregistrées et rester sur le registre, les mesures TPP n'ont aucune incidence sur la capacité des titulaires de marques enregistrées d'exercer les droits accordés au titre de la Loi TM de demander réparation si un tiers fait usage d'un signe identique ou similaire au cours d'opérations commerciales dans les cas où un tel usage crée un risque de confusion.[4527]

7.2035. Aux fins de l'évaluation de cet argument, nous notons que l'article 28 3) de la Loi TPP énonce des dispositions concernant la révocation de marques enregistrées au titre de l'article 84A 1) de la Loi TM. Selon ces procédures, le bureau d'enregistrement des marques peut révoquer l'enregistrement d'une marque si la marque n'aurait pas dû être enregistrée, compte tenu de toutes les circonstances qui existaient lorsque la marque a été enregistrée.[4528] L'Australie explique que l'article 28 3) de la Loi TPP fait en sorte que le fonctionnement de la Loi TPP ou la "circonstance selon laquelle une personne est empêchée par cette loi, ou en vertu de celle-ci, de faire usage d'une marque sur l'emballage pour la vente au détail de produits du tabac, ou en relation avec cet emballage, ou sur les produits du tabac"[4529] ne signifie pas qu'il est "raisonnable ou approprié" de révoquer l'enregistrement de la marque.[4530]

7.2036. Nous notons en outre que l'article 28 4) de la Loi TPP contient des dispositions concernant la capacité des titulaires de marques de s'opposer à une demande de retrait de leurs marques enregistrées pour motif de non-usage au titre de l'article 100 1) c) de la Loi TM. L'Australie explique que l'article 28 4) fait en sorte que "s'il y a demande de retrait d'une marque du registre sur la base du non-usage, celui qui s'oppose à cette demande est réputé avoir réfuté la demande s'il établit que le titulaire enregistré aurait fait usage de la marque, en l'absence de l'application de la Loi TPP".[4531]

7.2037. Bien que le fonctionnement décrit plus haut de l'article 28 de la Loi TPP, en l'absence d'une contestation spécifique de la part des plaignants, puisse être considéré comme faisant en sorte que le fonctionnement des mesures TPP ne conduise pas à la radiation de l'enregistrement d'une marque existante au titre de ces deux procédures, ces arguments, à notre avis, ne répondent pas à l'allégation formulée par Cuba. L'allégation de Cuba ne concerne pas la révocation d'enregistrements pour des raisons *déjà présentes au moment de l'enregistrement*, ce qui est visé par une révocation au titre de l'article 84A de la Loi TM, ou les demandes de retrait d'un enregistrement *pour motif de non-usage*, pour lesquelles les procédures énoncées à l'article 100 1) c) de la Loi TM sont pertinentes. En fait, l'allégation de Cuba se rapporte aux procédures de radiation visant à radier des marques enregistrées parce qu'elles ont perdu leur caractère distinctif par le fonctionnement allégué des mesures TPP.

7.2038. Nous rappelons nos constatations figurant plus haut selon lesquelles l'article 16:1 n'implique pas un droit pour le titulaire d'une marque de maintenir ou de développer le caractère distinctif d'une marque ni ne constitue pas une obligation générale imposant aux Membres de s'abstenir de prendre des mesures réglementaires qui peuvent avoir une incidence négative sur le caractère distinctif des marques. En ce qui concerne les éléments de cette allégation spécifique de Cuba, nous notons en outre que l'article 15:5 de l'Accord sur les ADPIC dispose expressément que

---

détaillé des arguments de Cuba. Les arguments des plaignants sur le point de savoir si les mesures TPP enfreignent l'article 16:1 parce que la prohibition de l'usage de certaines marques réduit leur caractère distinctif et, par conséquent, la capacité du titulaire de la marque de démontrer qu'il existe un risque de confusion sont traités plus haut dans la section 7.3.3.4.2.

[4527] Voir plus haut le paragraphe 7.1960 pour un résumé plus détaillé des arguments de l'Australie.

[4528] L'article 84A 1) de la Loi TM (pièce JE-6) dispose ce qui suit:

> Le bureau d'enregistrement peut révoquer l'enregistrement d'une marque s'il est convaincu: que la marque n'aurait pas dû être enregistrée, compte tenu de toutes les circonstances qui existaient lorsque la marque a été enregistrée (que le bureau d'enregistrement ait alors eu ou non connaissance de leur existence); et qu'*il est raisonnable de révoquer l'enregistrement, compte tenu de toutes les circonstances*. (pas d'italique dans l'original)

[4529] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 28 3) b).

[4530] Australie, première communication écrite, paragraphe 269.

[4531] Australie, première communication écrite, paragraphe 270.

les Membres "ménageront une possibilité raisonnable de demander la radiation de l'enregistrement".[4532]

7.2039. Cuba n'a pas fourni d'autres arguments ou précisions, ni fait référence à d'autres arguments ou précisions, sur la façon dont, à son avis, les marques enregistrées qui avaient pu perdre leur caractère distinctif par le fonctionnement des mesures TPP qu'elle alléguait pourraient être retirées du registre en vertu de la loi australienne sur les marques. Nous notons aussi qu'au-delà des arguments relatifs aux allégations sur lesquels nous nous sommes déjà prononcés dans la section précédente, Cuba n'a pas non plus fourni d'argument spécifique expliquant pourquoi la radiation – une procédure dont l'existence est prescrite à l'article 15:5 – d'une marque qui avait pu perdre son caractère distinctif par l'application d'une mesure qui n'était pas interdite par ailleurs par l'Accord sur les ADPIC constituerait une violation de l'article 16:1.

7.2040. Compte tenu de notre interprétation de l'article 16:1 exposée dans les sections précédentes, nous considérons que Cuba n'a pas expliqué en quoi la radiation d'une marque enregistrée qui consistait en des signes non dénominatifs non intrinsèquement distinctifs et qui avait pu perdre son caractère distinctif en raison de l'application des mesures TPP, constituait une violation de l'article 16:1.

7.3.3.4.4 Question de savoir si les mesures TPP érodent le droit du titulaire d'une marque d'empêcher un usage susceptible d'entraîner une confusion en exigeant l'usage de marques "semblables au point d'induire en erreur" sur des produits identiques

7.2041. L'Indonésie, et Cuba (par référence), fait valoir que, en uniformisant l'apparence de l'emballage des produits du tabac et du tabac, les mesures TPP exigent l'usage de "marques semblables" au point d'induire en erreur sur des "produits identiques" tout en privant en même temps les titulaires d'un recours, érodant de ce fait le droit du titulaire d'une marque au titre de l'article 16:1 d'empêcher un usage susceptible d'entraîner une confusion.[4533]

7.2042. L'Indonésie fait valoir que les marques non dénominatives comme les couleurs, les dessins et modèles et les images sont essentiels pour l'établissement et le maintien d'une marque et renforcent le caractère distinctif de la marque de fabrique ou de commerce d'une marque, en particulier lorsque tous les produits sont similaires ou identiques, comme c'est le cas des cigarettes.[4534] Par conséquent, elle estime que les marques dénominatives elles-mêmes sont insuffisantes, dans de nombreux cas, pour différencier une marque d'une autre en l'absence de toute police ou de tous symboles ou couleurs distinctifs.[4535] Étant donné qu'en vertu des mesures TPP, toutes les marques dénominatives doivent être présentées sous une forme prescrite (police, taille, couleur, etc.), l'Indonésie fait valoir que les titulaires de marques enregistrées relatives aux produits du tabac sont juridiquement tenus par les mesures TPP de présenter leurs marques d'une manière qui est "semblable au point d'induire en erreur" à celle d'autres marques de tabac.[4536] Elle ajoute que, puisque les mesures TPP australiennes sont obligatoires, l'Australie a laissé les titulaires de marques sans recours et les a ainsi privés du droit d'exclure les usages de marques similaires dans les cas où de tels usages étaient susceptibles de prêter à confusion, ce qui est directement en conflit avec son obligation au titre de l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC.[4537]

[4532] L'article 15:5 dispose ce qui suit: "Les Membres publieront chaque marque de fabrique ou de commerce soit avant qu'elle ne soit enregistrée, soit dans les moindres délais après son enregistrement, et ménageront une possibilité raisonnable de demander la radiation de l'enregistrement. En outre, les Membres pourront ménager la possibilité de s'opposer à l'enregistrement d'une marque de fabrique ou de commerce."

[4533] Voir Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant les arguments concernant l'article 16:1 présentés dans la première communication écrite de l'Indonésie); et Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 414 (incorporant les arguments concernant l'article 16:1 présentés dans la deuxième communication écrite de l'Indonésie).

[4534] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 216. L'Indonésie note également que des "études indiquent que de "nombreux fumeurs ne sont pas en mesure de faire la distinction entre des cigarettes similaires" en l'absence de marques".

[4535] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 217.

[4536] Indonésie, première communication écrite, paragraphes 214 et 215.

[4537] Voir, Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 93. Voir aussi plus haut les paragraphes 7.1942 à 7.1945 pour un résumé plus détaillé des arguments de l'Indonésie au titre de cette allégation.

7.2043. L'Indonésie conclut que l'"Australie a enfreint l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC en compromettant la capacité du titulaire d'une marque d'empêcher un "risque de confusion" avec des marques presque identiques. S'il est exigé que les marques figurent sur des produits du tabac identiques d'une manière pratiquement identique, comme c'est le cas en vertu [des mesures TPP], il sera beaucoup plus difficile pour les titulaires de marques d'exercer leurs droits au titre de la législation australienne pour empêcher un usage susceptible de prêter à confusion – un droit que l'Australie *doit* garantir aux titulaires de marques au titre de l'article 16:1."[4538]

7.2044. L'Australie répond que si les noms de marques et noms de variante en cause ont tous été enregistrés, le bureau d'enregistrement a déterminé que ces marques dénominatives étaient en fait propres à distinguer les produits du requérant de ceux d'autres entreprises. Elle estime en outre que les droits d'exclusion négatifs prévus à l'article 16:1 continuent d'exister dans le cadre des mesures TPP, et que le titulaire d'une marque enregistrée pourrait donc continuer d'empêcher un concurrent de faire usage d'un mot sur un produit du tabac qui était identique ou similaire à une marque enregistrée existante de façon à créer un "risque de confusion".[4539]

7.2045. L'Indonésie répond que le simple fait qu'une marque est enregistrée ne signifie pas qu'elle ne peut jamais être utilisée d'une manière qui pourrait entraîner un risque de confusion avec une autre marque enregistrée, et n'exclut donc pas la possibilité d'une révocation ultérieure fondée sur un *usage* prêtant à confusion de la marque.[4540]

7.2046. Nous rappelons que les mesures TPP interdisent l'usage de marques de fabrique ou de commerce et d'autres marques sur l'emballage du tabac et les produits du tabac, à l'exception d'un nom de marque, d'une raison sociale ou d'un nom de variante, qui peuvent figurer à un endroit prescrit dans une taille, une police et une couleur spécifiées.[4541] Les caractéristiques de conception des marques et d'autres signes telles que les couleurs, le contenu illustré, les polices fantaisie et les symboles sont interdits. Par conséquent, pratiquement tous les aspects de la présentation et de l'apparence des produits du tabac et de leur emballage sont déterminés par les dispositions de la Loi et du Règlement TPP. La sphère d'influence des sociétés de l'industrie du tabac sur l'apparence de l'emballage du tabac et des produits du tabac se limite au choix du nom de la marque et du nom de variante. Les mesures TPP s'appliquent de la même manière aux titulaires de marques dénominatives et aux sociétés faisant usage de mots potentiellement similaires pour identifier leurs produits. Les mesures TPP n'exigent pas que le nom de la marque et la variante que les sociétés de l'industrie du tabac sont autorisées à choisir pour figurer sur l'emballage de leurs produits du tabac soient des marques enregistrées. Elles n'exigent donc pas que les concurrents fassent usage d'une marque particulière, et n'exigent ou ne déterminent pas que le nom de la marque et le nom de variante qu'une société de l'industrie du tabac choisit doivent être semblables – ou semblables au point d'induire en erreur – à ceux d'autres sociétés de l'industrie du tabac. Eu égard à ces observations, nous ne souscrivons pas à la qualification de l'Indonésie selon laquelle les mesures TPP "exige[nt] l'usage de marques semblables au point d'induire en erreur sur des produits identiques".[4542]

7.2047. Nous notons en outre que, bien que les mesures TPP créent une situation dans laquelle l'apparence globale de l'emballage des produits du tabac du même type (par exemple, les paquets de cigarettes) sera pratiquement identique, sauf pour le nom de la marque et la variante, cette similitude prescrite de l'apparence de produits concurrents sur le marché n'est pas le critère sur la base duquel le "risque de confusion" est évalué dans le contexte de l'atteinte aux droits de marque au titre de l'article 16:1. En fait, l'article 16:1 exige que les titulaires de droits soient en mesure d'empêcher l'usage non autorisé de signes qui sont similaires ou identiques à leurs marques enregistrées, dans les cas où un tel usage créé un "risque de confusion". L'évaluation au titre de l'article 16:1 de la question de savoir si le nom de la marque ou la variante constitutifs d'une infraction est similaire ou identique à une marque dénominative *telle qu'elle est enregistrée*, et entraîne un risque de confusion, n'est pas affectée en principe par l'introduction d'une prescription exigeant que la marque dénominative enregistrée *elle-même* puisse maintenant uniquement être utilisée dans la même police que le signe constitutif d'une infraction et sur un emballage conçu de

[4538] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 219. (italique dans l'original)
[4539] Voir plus haut le paragraphe 7.1959 pour un résumé plus détaillé des arguments de l'Australie à cet égard.
[4540] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 96.
[4541] Voir plus haut les sections 2.1.2.3.3 et 2.1.2.4.
[4542] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 213.

façon identique à celui de ce signe. En d'autres termes, le fait que tous les termes relatifs au nom de la marque et à la variante qui figurent sur des produits du tabac doivent être utilisés dans la même police et sur des produits identiques ne conduit pas en soi à la conclusion que les termes eux-mêmes sont similaires, et qu'il y a un risque de confusion entre eux. Dans ce contexte, nous ne sommes pas persuadés par les affirmations de l'Indonésie selon lesquelles les mesures TPP conduiraient nécessairement à une situation dans laquelle il y a un risque de confusion entre des marques "presque identiques", en violation de l'article 16:1.[4543]

7.2048. Cette évaluation n'est pas modifiée par l'argument de l'Indonésie selon lequel les marques dénominatives à elles seules, en l'absence de polices, de symboles ou de couleurs distinctifs, sont insuffisantes pour différencier des produits du tabac par ailleurs identiques, et selon lequel les mesures TPP, en uniformisant leur apparence, compromettent le droit du titulaire d'une marque, au titre de l'article 16:1, d'empêcher un usage susceptible de prêter à confusion.[4544] Nous notons à cet égard que le point de savoir si un terme en soi est propre à distinguer les produits du tabac d'une entreprise de ceux d'autres entreprises permet de déterminer au titre de l'article 15:1 si ce terme en soi peut être susceptible d'être enregistré comme marque pour des produits du tabac et donc bénéficier de la protection prescrite à l'article 16:1.[4545] Si des termes sans caractéristiques de conception additionnelles ne sont pas distinctifs pour des produits du tabac, comme l'Indonésie semble le faire valoir, alors ces signes ne sont pas susceptibles de devenir des marques enregistrées, et les Membres n'ont donc aucune obligation d'accorder aux titulaires de ces marques le droit d'empêcher l'usage non autorisé de signes similaires ou identiques qui entraînent un risque de confusion.

7.2049. Nous notons enfin que, bien que les mesures TPP introduisent des caractéristiques de conception obligatoires en ce qui concerne l'apparence des produits du tabac et de leur emballage, le droit d'empêcher les atteintes aux droits de marque peut toujours être invoqué par les titulaires de marques enregistrées relatives au tabac en Australie. Cela signifie que l'usage comme nom de marque ou variante de termes identiques ou similaires à une marque enregistrée existante d'une manière qui crée un risque de confusion peut toujours être empêché par le titulaire de la marque. Par conséquent, nous ne partageons pas l'avis selon lequel le caractère obligatoire des mesures TPP a laissé les titulaires de marques "sans recours"[4546] et les a donc privés du droit d'empêcher les usages de marques similaires dans les cas où un tel usage entraînerait un risque de confusion. L'Indonésie n'explique pas en quoi sa référence à la possibilité d'une révocation des marques au titre de la Loi TM, qu'elle a faite en réponse aux arguments de l'Australie, est pertinente pour cette évaluation.

7.2050. Enfin, nous rappelons l'observation que nous avons formulée plus haut[4547] selon laquelle, afin de démontrer que les mesures TPP enfreignent l'obligation de l'Australie au titre de l'article 16:1, les plaignants devraient démontrer que, selon la législation nationale australienne, le titulaire de la marque n'a pas le droit d'empêcher les activités des tiers qui remplissent les conditions énoncées dans cette disposition. À la lumière des observations qui précèdent, nous considérons que l'Indonésie, et Cuba, par référence, n'ont pas établi *prima facie* que les mesures TPP érodaient le droit du titulaire d'une marque au titre de l'article 16:1 en exigeant l'usage de marques semblables au point d'induire en erreur sur les produits identiques et en privant en même temps les titulaires du recours consistant à empêcher les usages de signes similaires qui créent un "risque de confusion".

7.3.3.4.5 Conclusion générale

7.2051. Compte tenu de ce qui précède, y compris nos constatations figurant aux paragraphes 7.2031, 7.2040 et 7.2050, nous concluons que les plaignants n'ont pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC.

[4543] Voir Indonésie, première communication écrite, paragraphe 219.
[4544] Voir Indonésie, première communication écrite, paragraphes 216, 217 et 219.
[4545] Pour une évaluation détaillée du fonctionnement de la prescription relative au caractère distinctif, voir plus haut la section 7.3.2.3.1.1 concernant les allégations au titre de l'article 15:4.
[4546] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 93. Voir aussi *ibid*., paragraphe 101.
[4547] Voir plus haut le paragraphe 7.1980.

7.3.4 Article 16:3 de l'Accord sur les ADPIC

7.3.4.1 Introduction

7.2052. Nous examinerons maintenant les allégations formulées par Cuba et par l'Indonésie au titre du paragraphe 3 de l'article 16 de l'Accord sur les ADPIC, intitulé "Droits conférés". Ce paragraphe se lit comme suit:

> L'article 6*bis* de la Convention de Paris (1967) s'appliquera, *mutatis mutandis*, aux produits ou services qui ne sont pas similaires à ceux pour lesquels une marque de fabrique ou de commerce est enregistrée, à condition que l'usage de cette marque pour ces produits ou services indique un lien entre ces produits ou services et le titulaire de la marque enregistrée et à condition que cet usage risque de nuire aux intérêts du titulaire de la marque enregistrée.

7.2053. L'article 6*bis* de la Convention de Paris (1967) se lit comme suit:

> 1) Les pays de l'Union s'engagent, soit d'office si la législation du pays le permet, soit à la requête de l'intéressé, à refuser ou à invalider l'enregistrement et à interdire l'usage d'une marque de fabrique ou de commerce qui constitue la reproduction, l'imitation ou la traduction, susceptibles de créer une confusion, d'une marque que l'autorité compétente du pays de l'enregistrement ou de l'usage estimera y être notoirement connue comme étant déjà la marque d'une personne admise à bénéficier de la présente Convention et utilisée pour des produits identiques ou similaires. Il en sera de même lorsque la partie essentielle de la marque constitue la reproduction d'une telle marque notoirement connue ou une imitation susceptible de créer une confusion avec celle–ci.
>
> 2) Un délai minimum de cinq années à compter de la date de l'enregistrement devra être accordé pour réclamer la radiation d'une telle marque. Les pays de l'Union ont la faculté de prévoir un délai dans lequel l'interdiction d'usage devra être réclamée.
>
> 3) Il ne sera pas fixé de délai pour réclamer la radiation ou l'interdiction d'usage des marques enregistrées ou utilisées de mauvaise foi.

7.2054. Cuba et l'Indonésie allèguent que les mesures TPP enfreignent l'article 16:3 parce qu'elles empêchent les marques de tabac notoirement connues existantes de maintenir leur statut de marque notoirement connue et parce qu'elles empêchent d'autres marques de tabac enregistrées d'obtenir le statut de marque notoirement connue par l'usage.

7.2055. L'Australie répond qu'elle n'est pas obligée, au titre de l'article 16:3, d'accorder au titulaire d'une marque le droit de faire usage de sa marque afin qu'elle puisse maintenir ou acquérir le statut de marque notoirement connue et demande au Groupe spécial de rejeter ces allégations dans leur intégralité.

7.3.4.2 Principaux arguments des parties

7.2056. Cuba incorpore, par référence, les arguments concernant l'article 16:3 avancés par l'Indonésie, l'Ukraine, ainsi que ceux qui ont été formulés par la République dominicaine en tant que tierce partie.[4548]

7.2057. Cuba fait valoir que les mesures TPP enfreignent l'article 16:3 de deux manières indépendantes, mais liées. *Premièrement*, ces mesures ôtent aux marques relatives au tabac qui bénéficiaient du statut de marque notoirement connue avant leur imposition l'aptitude à maintenir leur statut et à continuer de jouir des droits qui doivent être accordés par l'Australie conformément à l'article 16:3. *Deuxièmement*, les mesures TPP ôtent aux marques l'aptitude à acquérir le statut

[4548] Voir plus haut la note de bas de page 4062. Étant donné que les arguments de l'Indonésie sont résumés plus loin dans le cadre de sa propre allégation, nous résumons ici uniquement les arguments de la République dominicaine et de l'Ukraine incorporés par référence par Cuba. Voir aussi République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 316 et deuxième communication écrite, paragraphe 74.

de marques notoirement connues, de sorte qu'elles ne peuvent tout simplement pas se voir accorder les protections visées à l'article 16:3.[4549]

7.2058. Cuba fait valoir que "l'usage d'une marque est crucial pour acquérir et maintenir le statut de marque notoirement connue."[4550] À l'appui de cette affirmation, elle cite[4551] la *Recommandation commune concernant des dispositions relatives à la protection des marques notoires* adoptée par l'Assemblée générale de l'OMPI et l'Assemblée de l'Union de Paris en 1999, qui prévoit que pour déterminer si une marque est notoire:

> [l']autorité compétente prend en considération les renseignements qui lui sont communiqués au sujet des facteurs permettant de déduire que la marque est ou n'est pas notoire, notamment, mais pas uniquement, les renseignements concernant … 2) la durée, l'étendue et l'aire géographique de toute utilisation de la marque; 3) la durée, l'étendue et l'aire géographique de toute promotion de la marque, y compris la publicité et la présentation, lors de foires ou d'expositions, des produits ou des services auxquels la marque s'applique; 4) la durée et l'aire géographique de tout enregistrement, ou demande d'enregistrement, de la marque dans la mesure où elles reflètent l'utilisation ou la reconnaissance de la marque.[4552]

7.2059. Par conséquent, Cuba fait valoir que la faculté d'une marque enregistrée d'être "notoirement connue", et de bénéficier ainsi des droits qui doivent être accordés conformément à l'article 16:3 de l'*Accord sur les ADPIC*, est subordonnée à l'usage de cette marque. L'absence d'usage peut empêcher une marque enregistrée qui serait autrement devenue "notoirement connue" d'obtenir ce statut, et le faible usage peut conduire une marque notoirement connue à perdre son statut de marque notoirement connue.[4553] Elle estime que la législation de l'Australie a fait qu'il est impossible pour les marques de produits du tabac de satisfaire aux conditions nécessaires pour acquérir ou maintenir une protection en tant que marques notoirement connues.[4554]

7.2060. Cuba explique, par référence, qu'en ce qui concerne la perte alléguée de droits concernant les marques de tabac notoirement connues existantes, le mécanisme fonctionne de la manière suivante:

> 1) le faible usage de la marque de tabac notoirement connue, ou l'usage dans un format spécial, entraîne une diminution de la notoriété de la marque dans la partie du public concernée, au sens de l'article 16:2 de l'Accord sur les ADPIC et de l'article 120 4) de la Loi de 1995 sur les marques;
>
> 2) du fait de sa notoriété réduite, la marque, avec le temps, perd son statut de marque "notoirement connue" au titre de la législation australienne; et
>
> 3) de la perte du statut de marque "notoirement connue" s'ensuit nécessairement la perte de la protection qui doit être accordée à ce statut conformément à

[4549] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 315).

[4550] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 331 (souligné dans l'original)). Voir aussi *ibid.* (incorporant Ukraine, première communication écrite, paragraphe 305).

[4551] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 325). Voir aussi *ibid.* (incorporant Ukraine, première communication écrite, paragraphe 305).

[4552] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant Ukraine, première communication écrite, paragraphe 305, citant la Recommandation commune de l'OMPI) (pièces DOM-78, IDN-76), article 2 (italique ajouté par l'Ukraine)).

[4553] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 328).

[4554] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 337 et 340). De même, Cuba fait valoir que "la mesure concernant l'emballage neutre de l'Australie empêche de démontrer les conditions qui donnent lieu à la protection additionnelle que l'Australie est tenue de garantir. Ainsi, l'Australie agit en violation du niveau minimum garanti de droits conférés aux titulaires de marques notoirement connues au titre de l'article 16:3 de l'Accord sur les ADPIC." *Ibid.* (incorporant Ukraine, première communication écrite, paragraphe 312).

> l'article 16:3 de l'Accord sur les ADPIC, et qui avait auparavant été accordée conformément à l'article 120 3) de la Loi de 1995 sur les marques.[4555]

7.2061. Cuba fait valoir en outre que le titulaire d'une marque notoirement connue ne pourra plus démontrer que l'usage d'un signe similaire sur des produits qui ne sont pas similaires suggère un "lien" et affecte ses "intérêts" comme il est prescrit à l'article 16:3 si le public ne voit plus le signe notoirement connu sur les produits pertinents et ne peut donc plus faire le lien avec le signe notoirement connu.[4556] De même, l'intérêt du titulaire d'une marque à protéger la réputation de celle-ci sera impossible à démontrer si les signes ne peuvent pas être utilisés et que sa réputation disparaît.[4557]

7.2062. Cuba estime qu'au titre de l'article 16:3 de l'Accord sur les ADPIC, les Membres de l'OMC se sont engagés à protéger les marques notoirement connues d'un "affaiblissement", ce qui les protège d'une "réduction progressive" de l'identité de la marque.[4558] Les Membres ont l'obligation positive au titre de l'article 16:3 de l'Accord sur les ADPIC d'assurer la protection effective des marques en général et des marques notoirement connues en particulier.[4559]

7.2063. Cuba précise, par référence, qu'en ce qui concerne l'acquisition du statut de marque notoirement connue, le mécanisme fonctionne de la manière suivante:

> 1) le faible usage de la marque de tabac, ou l'usage dans un format spécial, empêche la notoriété de la marque dans la partie du public concernée, au sens de l'article 16:2 de l'Accord sur les ADPIC et de l'article 120 4) de la Loi de 1995 sur les marques;
>
> 2) sans notoriété adéquate, la marque ne peut pas acquérir le statut de marque "notoirement connue" au titre de la législation australienne; et
>
> 3) sans statut de marque "notoirement connue", la marque ne peut en aucun cas obtenir la protection qui doit être accordée à ce statut conformément à l'article 16:3 de l'Accord sur les ADPIC et à l'article 120 3) de la Loi de 1995 sur les marques.[4560]

7.2064. Cuba conclut, par référence, que les graves restrictions à l'usage des marques enregistrées imposées par les mesures TPP de l'Australie entraînent un manquement aux obligations de l'Australie au titre de l'article 16:3, parce qu'elles i) suppriment les "droits négatifs" accordés antérieurement aux marques ayant obtenu le statut de marque notoirement connue avant leur imposition et ii) empêchent qu'une quelconque autre marque enregistrée de produits du tabac acquière ce statut dans le futur, empêchant de ce fait l'exercice des droits conférés par l'article 16:3.[4561]

7.2065. En réponse à l'argument de l'Australie selon lequel l'interprétation donnée par les plaignants exigerait que les Membres garantissent l'usage des marques et empêcherait les

---

[4555] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 336 (souligné dans l'original)). De même, Cuba fait valoir que "[l]a faible visibilité et le faible usage de la marque auparavant notoirement connue du fait de la mesure concernant l'emballage neutre donneront par conséquent lieu à la perte de la portée additionnelle de la protection des marques notoirement connues contre l'usage de signes similaires sur des produits qui ne sont pas similaires au titre de l'article 16:3 de l'Accord sur les ADPIC." *Ibid.* (incorporant Ukraine, première communication écrite, paragraphe 307).

[4556] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant Ukraine, première communication écrite, paragraphe 309).

[4557] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant Ukraine, première communication écrite, paragraphe 309).

[4558] Rapport Dinwoodie (pièce UKR-1), paragraphes 20 et 21.

[4559] Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant Ukraine, première communication écrite, paragraphe 310).

[4560] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 414 (incorporant République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 339 (souligné dans l'original)).

[4561] Cuba, première communication écrite, paragraphe 414 (incorporant République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 83). Voir aussi Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant Ukraine, première communication écrite, paragraphe 331).

Membres d'imposer des réglementations légitimes, Cuba précise, par référence, qu'elle souscrit à la description de l'article 16:3 comme conférant des droits négatifs[4562], et qu'elle "ne fait pas valoir que les limitations concernant la vente et la publicité en faveur de produits nocifs sont interdites par l'article 16:3. En fait, [sa] position … est qu'un Membre ne peut pas, par son propre comportement, vider l'article 16:3 de son sens, pour ce qui concerne des marques de *produits faisant l'objet d'un commerce légal*, en mettant en œuvre une mesure qui empêcherait les titulaires de marques d'avoir recours aux droits qui doivent être accordés conformément à cette disposition."[4563]

7.2066. En réponse à l'argument de l'Australie selon lequel l'article 16:3 porte seulement sur le fait de conférer des droits négatifs s'agissant des marques notoirement connues, et pas sur l'acquisition et le maintien du statut de marque notoirement connue, Cuba fait valoir, par référence, que, "[c]omme les protections qui doivent être accordées conformément à l'article 16:3 reposent sur la détermination selon laquelle une marque donnée est "notoirement connue" au sens de l'article 16:2 (et de l'article 6*bis* de la Convention de Paris), les Membres ne peuvent pas prendre de mesures qui empêcheraient les marques de produits faisant l'objet d'un commerce légal de devenir (ou de rester) notoirement connues. L'article 16:3 ne peut donc pas être interprété d'une manière qui donnerait aux Membres la capacité d'annuler complètement les protections négociées pour les marques notoirement connues. Si les négociateurs de l'Accord sur les ADPIC (et de la Convention de Paris) avaient eu l'intention de permettre aux gouvernements d'avoir le pouvoir discrétionnaire absolu d'empêcher les marques de devenir (ou de rester) notoirement connues, comme le laisse entendre l'Australie, il n'y aurait eu aucune raison d'imposer des obligations en ce qui concerne les marques notoirement connues. Selon l'interprétation de l'Australie, un Membre pourrait simplement s'affranchir de ces obligations en prenant des mesures pour faire en sorte que des marques défavorisées n'acquièrent ou ne maintiennent en aucun cas le statut de marque notoirement connue."[4564] Cela "permettrait effectivement et de manière inadmissible de donner une lecture qui exclut cette disposition de l'Accord sur les ADPIC, selon le bon vouloir des différents Membres", qui seraient par conséquent "libres de priver n'importe quelle marque de son statut de marque notoirement connue, ainsi que d'empêcher toute autre marque d'acquérir ce statut, sans que l'article 16:3 ne soit impliqué d'une quelconque façon."[4565]

7.2067. L'Indonésie fait valoir que les mesures TPP de l'Australie enfreignent l'article 16:3 i) parce qu'elles réduisent la force des marques de tabac notoirement connues avec le temps, de sorte qu'elle perdront leur distinction en tant que marques notoirement connues et les droits d'exclusion spéciaux qui leur sont accordés de ce fait; et ii) parce qu'elles empêchent les marques de tabac de devenir notoirement connues et, par conséquent, empêchent leur admissibilité au bénéfice des droits accordés aux marques notoirement connues.[4566]

7.2068. L'Indonésie estime que le but de l'article 16:3 est de préserver la valeur commerciale d'une marque notoirement connue en relation avec un produit ou un service particulier. Cela est souvent considéré comme une protection contre l'affaiblissement des marques notoirement connues (c'est-à-dire l'usage d'une marque d'une manière qui nuise à sa réputation). L'affaiblissement d'une marque notoirement connue entraîne habituellement une "dévalorisation de la clientèle qui lui est attachée, même dans les cas où il n'y a aucun risque de confusion".[4567]

7.2069. L'Indonésie fait observer que l'usage est le seul moyen par lequel une marque de tabac peut devenir notoirement connue et par lequel une marque notoirement connue peut conserver ses droits spéciaux en tant que marque notoirement connue (c'est-à-dire l'aptitude des titulaires de marques à empêcher un usage qui risque d'entraîner une confusion en ce qui concerne des produits ou des services non liés). Elle fait valoir que la désignation "notoirement connue" n'est pas statique. Cette désignation exige un usage continu dans le temps. Lorsqu'une marque

[4562] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 414 (incorporant République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 83).
[4563] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 414 (incorporant République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 85 (italique dans l'original)).
[4564] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 414 (incorporant République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 87).
[4565] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 414 (incorporant République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 88).
[4566] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 102.
[4567] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 229. (note de bas de page omise)

notoirement connue tombe en désuétude, elle cessera tôt ou tard d'être notoirement connue dans les parties du public concernées.[4568]

7.2070. Dans ce contexte, l'Indonésie fait valoir qu'"[i]l va sans dire que l'aptitude d'une marque qui n'était pas notoirement connue avant la mise en œuvre de l'emballage neutre à obtenir le statut de marque notoirement connue sera gravement compromise en l'absence d'usage sur le marché australien. En empêchant les titulaires de marques valablement enregistrées de remplir les conditions requises pour obtenir le statut de marque notoirement connue, l'emballage neutre enfreint l'obligation de l'Australie d'accorder une protection au titre de l'article 16:3 de l'Accord sur les ADPIC, aux produits du tabac."[4569]

7.2071. L'Indonésie fait valoir que, bien que les mesures TPP prescrivent que l'Australie préserve l'enregistrement des marques notoirement connues conformément à l'article 28 3) de la Loi TPP, elles n'empêchent pas un tiers d'alléguer à l'avenir que le titulaire d'une marque a perdu le droit exclusif sur sa marque parce que cette marque n'est plus notoirement connue. À ce titre, l'emballage neutre est contraire à l'article 16:3 de l'Accord sur les ADPIC "parce qu'il n'assure pas aux titulaires de marques notoirement connues un droit d'action privé pour atteinte aux droits."[4570]

7.2072. L'Indonésie estime en outre que l'article 27 de la Convention de Vienne empêche l'Australie d'utiliser son propre droit pour éviter de s'acquitter de ses obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC.[4571] Elle fait valoir que, du fait des mesures TPP, "les actions de l'Australie ont empêché les conditions qui entraînent pour elle des obligations au titre de l'article 16:3. Ces actions constituent une non-exécution inadmissible de ses obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC, qui ne peut pas être justifiée par les lois internes de l'Australie."[4572]

7.2073. En réponse aux arguments de l'Australie selon lesquels l'article 16:3 prévoit seulement des droits "négatifs", l'Indonésie observe que "[m]ême s'il est vrai que l'Accord sur les ADPIC ne prévoit pas expressément un "droit positif de faire usage" ou un "droit absolu de faire usage", il envisage bien une possibilité minimale de faire usage d'une marque dans les limites de l'article 17 et de l'article 20. En fait, le régime juridique de l'Australie elle-même démontre l'importance de l'usage dans le processus juridictionnel des actions pour atteinte aux droits en dépit du fait que l'Australie n'est pas un système juridique de "droit d'usage"."[4573] L'Indonésie précise que "l'Accord sur les ADPIC suppose que les titulaires de marques enregistrées pourront utiliser ces marques en relation avec leurs produits et services au cours d'opérations commerciales sous réserve des mesures de mise en œuvre des Membres qui "prévoi[ent] des exceptions *limitées* aux droits conférés par une marque de fabrique ou de commerce".[4574] Ces exceptions limitées doivent, toutefois, i) "[tenir] compte de l'intérêt légitime du titulaire de la marque"[4575]; et ii) ne pas créer d'entraves "injustifiables" prenant la forme de prescriptions spéciales.[4576] Contrairement à ce qu'affirme l'Australie, cette interprétation n'empêcherait manifestement pas les Membres de mettre en œuvre des mesures pour faire progresser un objectif de politique publique légitime, "à

[4568] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 237. Voir aussi Indonésie, première communication écrite, paragraphe 228 ("Avant la mise en œuvre de l'emballage neutre, l'usage était le principal moyen par lequel les marques de tabac pouvaient devenir notoirement connues puisque la publicité et l'étalage au point de vente des produits du tabac sont interdits.").

[4569] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 236.

[4570] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 238.

[4571] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 240. À l'appui de cette thèse, l'Indonésie fait référence aux constatations de l'Organe d'appel dans l'affaire *Corée – Boissons alcooliques*, faisant valoir que:

"[d]ans cette affaire, la Corée a fait valoir que le Groupe spécial avait fait erreur en examinant la concurrence potentielle lorsqu'il avait évalué les "produits directement concurrents ou directement substituables" au sens de l'article III:2 du GATT. Toutefois, l'Organe d'appel a constaté que, étant donné que les actions de la Corée perturbaient les conditions normales de la concurrence, le Groupe spécial avait eu raison d'évaluer les conditions du marché tant actuelles que potentielles". Il a fait le raisonnement selon lequel "{s}'il n'était possible de se fonder que sur les cas de substitution actuels, l'objet et le but de l'article III:2 pourraient être compromis par la taxation protectrice que cette disposition vise à interdire".

Ibid., paragraphe 241 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel, Corée – Boissons alcooliques, paragraphe 120).

[4572] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 242.

[4573] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 104 (notes de bas de page omises). Voir aussi Indonésie, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 44.

[4574] (note de bas de page de l'original) Accord sur les ADPIC, article 17 (italique ajouté).

[4575] (note de bas de page de l'original) Accord sur les ADPIC, article 17.

[4576] (note de bas de page de l'original) Accord sur les ADPIC, article 20.

condition que ces mesures soient compatibles avec les dispositions [de l'A]ccord {sur les ADPIC}".[4577"4578]

7.2074. L'Indonésie conclut que "les mesures [T]PP de l'Australie compromettent les droits conférés par l'article 16:3 de l'Accord sur les ADPIC en faisant en sorte que les marques de tabac notoirement connues perdent leur statut de marques protégées, selon la définition de la jurisprudence australienne, et en empêchant que d'autres marques de tabac obtiennent la reconnaissance nécessaire pour bénéficier du niveau de protection élevé accordé aux marques notoirement connues."[4579]

7.2075. L'Australie fait valoir que "[c]omme pour l'article 16:1, les droits conférés au titre de l'article 16:3 de l'Accord sur les ADPIC (et de l'article 6*bis* de la Convention de Paris) sont des droits négatifs.[4580] Cela ressort clairement du sens ordinaire des termes de ces dispositions, interprétés dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but des traités pertinents. L'article 6*bis* prescrit que les Membres (soit d'office si la législation du pays le permet, soit à la requête de l'intéressé) "refus[ent] ou … invalid[ent] l'enregistrement et … interdi[sent] l'usage" d'une marque contrevenante. "Le sens ordinaire de ces termes ("refuser"[4581], "invalider"[4582], "interdire"[4583]) indique clairement que ces dispositions confèrent aux titulaires de marques enregistrées notoirement connues un droit négatif d'empêcher ou de faire cesser certaines actions."[4584]

7.2076. L'Australie estime que "[l']article 16:3 ne confère *pas* aux titulaires de marques enregistrées notoirement connues un droit positif de faire usage de leurs marques, ou un droit positif de faire usage d'une marque jusqu'à ce qu'elle *devienne* notoirement connue."[4585] "L'aptitude à faire usage d'une marque, y compris dans la mesure où elle devient notoirement connue, est une liberté de marché générale – ce n'est pas un droit de propriété intellectuelle."[4586] L'Australie fait valoir que les objets protégés au titre de l'article 16:3 sont les marques notoirement connues enregistrées – pas celles qui sont susceptibles de devenir des marques notoirement connues dans le futur ou qui l'ont été un jour. Par conséquent, pour établir *prima facie* l'existence d'une violation au titre de l'article 16:3, les plaignants devraient démontrer que, pour ce qui est des marques enregistrées notoirement connues *actuelles*, les mesures TPP empêchent l'Australie de refuser, d'invalider ou d'interdire l'usage d'une marque dans les circonstances définies à l'article 6*bis* de la Convention de Paris.[4587]

7.2077. L'Australie fait valoir que l'interprétation donnée par les plaignants de l'article 16:3 n'est pas étayée par une interprétation de bonne foi du texte et qu'"exiger que les Membres garantissent que toutes les marques puissent être utilisées de façon à pouvoir finalement devenir

[4577] (note de bas de page de l'original) Accord sur les ADPIC, article 8:1.
[4578] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 105. (italique ajouté par l'Indonésie)
[4579] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 106.
[4580] Voir le rapport Correa (pièce AUS-16), paragraphe 18 ("[L']article 16:3 confirme et étend la protection conférée par la Convention de Paris contre l'*usage par des tiers* de marques notoirement connues. Ce droit d'exclusion ne peut être transformé en droit (positif) de faire usage exécutoire *contre l'État* que par un raisonnement conjectural." (italique dans l'original)).
[4581] (note de bas de page de l'original) La partie pertinente de la définition du dictionnaire de "refuse" (refuser) est la suivante: "decline acceptance or compliance; withhold permission" (ne pas accepter de donner son consentement ou d'acquiescer; ne pas accorder la permission) (*The Shorter Oxford English Dictionary,* 6th ed., L. Brown (ed.) (Oxford University Press, 2007), Vol. 2, pièce AUS-245, page 2509).
[4582] (note de bas de page de l'original) La partie pertinente de la définition du dictionnaire de "cancel" (invalider) est la suivante: "…revoke an order or arrangements…" (… abroger une ordonnance ou des arrangements …)(*The Shorter Oxford English Dictionary*, 6th ed., L. Brown (ed.) (Oxford University Press, 2007), Vol.1, pièce AUS-243, page 336).
[4583] (note de bas de page de l'original) La partie pertinente de la définition du dictionnaire de "prohibit" (interdire) est la suivante: "[f]orbid (a thing) as by a command…[p]revent or hinder…" ([d]éfendre (quelque chose) comme par un ordre… [e]mpêcher ou faire obstacle) (*The Shorter Oxford English Dictionary,* 6th ed., L. Brown (ed.) (Oxford University Press, 2007), Vol. 2, pièce AUS-245, page 2363).
[4584] Australie, première communication écrite, paragraphe 324. Voir aussi Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 34.
[4585] Australie, première communication écrite, paragraphe 325 (italique dans l'original). Voir aussi Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 35 et 36.
[4586] Australie, première communication écrite, paragraphe 328.
[4587] Australie, première communication écrite, paragraphe 325. Voir aussi Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 35 et 36.

"notoirement connues" imposerait une charge impossible aux Membres"[4588] et les empêcherait d'imposer des réglementations qui limitent leurs possibilités de devenir notoirement connues (par exemple, des interdictions d'utiliser des produits dangereux, ou d'en faire la publicité et la promotion).[4589]

7.2078. L'Australie fait valoir en outre que "rien dans les mesures TPP n'empêche un titulaire de marque de se prévaloir des protections qui sont accordées aux titulaires de marques enregistrées notoirement connues conformément à l'article 16:3, et qu'aucun des plaignants n'a fourni d'éléments de preuve indiquant le contraire. Bien que l'usage de certains signes et marques attrayants soit interdit par la mesure de l'Australie, cela n'est pas pertinent au titre de l'article 16:3. L'Australie n'est pas obligée, au titre de l'article 16:3, d'accorder au titulaire d'une marque le droit de faire usage de sa marque notoirement connue afin qu'elle puisse maintenir son statut de marque notoirement connue; elle n'est pas obligée non plus d'accorder au titulaire d'une marque le droit de faire usage de sa marque afin qu'elle puisse devenir notoirement connue."[4590]

7.2079. L'Australie estime que les plaignants n'ont pas établi d'éléments *prima facie* selon une interprétation correcte de cette disposition.[4591]

7.3.4.3 Principaux arguments des tierces parties

7.2080. L'Argentine fait valoir que "[s']agissant des articles 16:1 et 16:3, … comme l'Organe d'appel l'a souligné, … les droits conférés par ces paragraphes sont des droits d'exclusion qui sont accordés au titulaire d'une marque pour "empêcher les tierces parties de faire usage au cours d'opérations commerciales de signes identiques ou similaires", et que ces droits concernent moins le droit du titulaire de faire usage de la marque que le droit d'empêcher un usage illégitime par quelqu'un d'autre que le titulaire. Elle rappelle que l'enregistrement des marques a notamment pour but d'empêcher qu'une tierce partie les enregistre ou les utilise, et que l'article en question fait référence à ces droits exclusifs sur les marques."[4592] Elle estime que "pour déterminer la portée de ce droit d'exclusion, nous devrions nous demander si, depuis l'entrée en vigueur du nouveau régime, les marques considérées sont protégées telle qu'elles ont été enregistrées, ainsi que dans la forme dans laquelle leur usage a été autorisé, par exemple par rapport à d'autres produits dans le cas des marques notoirement connues."[4593]

7.2081. Le Canada fait valoir que "[l']article 16:3 n'établit pas de droit de faire usage d'une marque. Il s'ensuit que la disposition ne protège pas non plus le statut d'une marque ni l'aptitude à acquérir un statut de marque "notoirement connue". Comme cela a été expliqué plus haut en ce qui concerne les articles 15 et 16:1, une constatation établissant un droit de "faire usage" au titre de l'article 16:1 supprimerait effectivement la flexibilité réglementaire que les Membres ont intentionnellement négociée et préservée au titre de l'Accord sur les ADPIC. Elle ne tiendrait en outre pas compte du texte de cette disposition, du but exprès des articles 7 et 8:1 de l'Accord sur les ADPIC, et de l'orientation donnée au paragraphe 4 de la Déclaration de Doha sur la santé publique."[4594]

7.2082. Le Canada précise qu'"[i]l est évident qu'un Membre enfreindra l'article 16:3 uniquement lorsqu'il ne protégera pas les marques enregistrées "notoirement connues" contre l'usage non autorisé sur des produits ou services qui ne sont pas similaires dans les cas où l'usage par des tiers nuirait au titulaire de ces marques. Une mesure qui empêche ou restreint l'usage par le titulaire d'une marque enregistrée "notoirement connue" n'est pas une mesure qui enfreint l'article 16:3."[4595]

7.2083. La Chine estime que les questions que doit examiner le Groupe spécial sont i) la question de savoir si un droit d'usage peut être inféré de l'article 16:3; ii) la question de savoir si la

[4588] Australie, première communication écrite, paragraphe 329.
[4589] Australie, première communication écrite, paragraphe 329.
[4590] Australie, première communication écrite, paragraphe 331. Voir aussi Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 36.
[4591] Australie, première communication écrite, paragraphe 331.
[4592] Argentine, communication en tant que tierce partie, paragraphe 26. (note de bas de page omise)
[4593] Argentine, communication en tant que tierce partie, paragraphe 27.
[4594] Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphe 55.
[4595] Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphe 56.

protection au titre de l'article 16:3 pourrait être étendue à l'acquisition et au maintien du statut de marque notoirement connue; iii) la question de savoir si l'usage est une condition nécessaire à l'acquisition ou au maintien de ce statut.[4596]

7.2084. Les arguments de la République dominicaine, que cette dernière a formulés en qualité de tierce partie conformément au paragraphe 20 des procédures de travail du Groupe spécial, ont été résumés plus haut dans le cadre des arguments avancés par Cuba dans le cadre de cette allégation.[4597]

7.2085. La Nouvelle-Zélande fait valoir que "[l]es allégations des plaignants au titre de l'article 16:3, de même que celles qu'ils ont formulées au titre de l'article 16:1, sont erronées. Il n'y a pas d'obligation pour un Membre d'accorder au titulaire d'une marque le droit de faire usage de cette marque afin qu'elle acquière ou maintienne le statut de marque notoirement connue. Étant donné que la Loi TM de l'Australie protège les marques notoirement connues contre l'affaiblissement seulement si elles sont enregistrées, et que la Loi TPP garantit que le propriétaire de produits du tabac puisse enregistrer sa marque de tabac, il n'y a pas violation de l'article 16:3 de l'Accord sur les ADPIC. Pour les raisons exposées plus haut, les plaignants n'ont pas établi *prima facie* l'existence d'une violation de l'article 16:3 de l'Accord sur les ADPIC, et, donc, le Groupe spécial devrait rejeter les allégations des plaignants concernant cette disposition."[4598]

7.2086. Le Nicaragua fait valoir qu'en empêchant l'usage d'une marque, la mesure TPP affaiblit tellement cette marque qu'elle ramène le niveau de protection au-dessous du niveau minimum garanti par l'article 16:1 et 16:3 de l'Accord sur les ADPIC.[4599] Il ne partage pas l'avis selon lequel l'emballage neutre n'affecte pas les droits conférés par l'article 16:1 et 16:3 aux titulaires de marques parce que la marque reste enregistrée en Australie et il estime que les droits visés à l'article 16 de l'Accord sur les ADPIC n'ont aucun sens et sont creux s'ils ne s'accompagnent pas d'une véritable possibilité de faire usage de la marque.[4600]

7.2087. Singapour fait valoir que l'article 16:3 fait référence à l'article 6*bis* de la Convention de Paris (1967), lequel vise des droits qui "consistent en droits négatifs de refuser ou d'invalider l'enregistrement, ou d'interdire l'usage. Ils n'incluent pas le droit de faire usage d'une marque enregistrée notoirement connue. La mesure concernant l'emballage neutre n'empêche pas le titulaire d'une marque enregistrée notoirement connue d'exercer ces droits négatifs garantis par l'article 16:3."[4601] Singapour précise qu'"[à] supposer, pour les besoins de l'argumentation, que la mesure concernant l'emballage neutre pourrait affecter l'aptitude d'une marque à maintenir son statut de marque notoirement connue, l'article 16:3 n'impose pas aux Membres l'obligation de permettre qu'un titulaire maintienne le statut de marque notoirement connue de sa marque. De même, l'article 16:3 n'oblige pas les Membres à permettre l'usage d'une marque pour qu'elle puisse acquérir le statut de marque notoirement connue. Donner une autre interprétation reviendrait à ne pas tenir compte du sens ordinaire de l'article 16:3 et de l'article 6*bis* de la Convention de Paris."[4602]

7.3.4.4 Analyse du Groupe spécial

7.2088. Ainsi qu'il est indiqué plus haut, Cuba et l'Indonésie avancent essentiellement deux raisons pour lesquelles les mesures TPP sont incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 16:3.

7.2089. Premièrement, elles font valoir que l'aptitude d'une marque enregistrée de *rester* "notoirement connue", et à bénéficier ainsi des droits qui doivent être accordés conformément à l'article 16:3, est subordonnée à l'usage de cette marque. Elles font valoir que, comme la publicité et la plupart des autres formes de promotion sont interdites en Australie, l'usage sur le produit et l'emballage est le seul moyen par lequel une marque notoirement connue peut conserver ses droits spéciaux en tant que marque notoirement connue. Elles estiment que l'interdiction au titre

[4596] Chine, communication en tant que tierce partie, paragraphes 30 à 33.
[4597] Voir plus haut le paragraphe 7.2056 et la note de bas de page 4556.
[4598] Nouvelle-Zélande, communication en tant que tierce partie, paragraphes 38 et 39.
[4599] Nicaragua, communication en tant que tierce partie, paragraphe 15.
[4600] Nicaragua, communication en tant que tierce partie, paragraphes 24 et 25.
[4601] Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphe 33.
[4602] Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphe 34.

des mesures TPP de certains usages de certaines marques relatives au tabac notoirement connues réduira la notoriété des marques et entraînera ainsi la perte de leur statut de marques notoirement connues, et de la protection associée au titre de l'article 16:3, protection que, par conséquent, l'Australie n'assure pas aux titulaires de ces marques.

7.2090. Deuxièmement, les plaignants font valoir que, pour les mêmes raisons, l'interdiction au titre des mesures TPP de certains usages de certaines marques relatives au tabac enfreint l'article 16:3 parce qu'elle ôte à ces marques l'aptitude à *acquérir* un jour le statut de marques notoirement connues, de sorte qu'elles ne peuvent pas se voir accorder les protections visées à l'article 16:3.

7.2091. L'Australie répond qu'elle n'est pas obligée au titre de l'article 16:3 d'accorder au titulaire d'une marque le droit de faire usage de sa marque notoirement connue afin qu'elle puisse maintenir son statut de marque notoirement connue, ni d'accorder au titulaire d'une marque le droit de faire usage de sa marque afin qu'elle puisse devenir notoirement connue.

7.2092. Nous examinerons tout d'abord le champ de l'obligation au titre de l'article 16:3 eu égard aux allégations des plaignants et traiterons ensuite les deux aspects de ces allégations successivement.

7.3.4.4.1 Interprétation de l'article 16:3

7.2093. Nous rappelons que le paragraphe 3 de l'article 16 de l'Accord sur les ADPIC, intitulé "Droits conférés" se lit comme suit:

> L'article 6*bis* de la Convention de Paris (1967) s'appliquera, *mutatis mutandis*, aux produits ou services qui ne sont pas similaires à ceux pour lesquels une marque de fabrique ou de commerce est enregistrée, à condition que l'usage de cette marque pour ces produits ou services indique un lien entre ces produits ou services et le titulaire de la marque enregistrée et à condition que cet usage risque de nuire aux intérêts du titulaire de la marque enregistrée.

7.2094. L'article 6*bis* de la Convention de Paris (1967) se lit comme suit:

> 1) Les pays de l'Union s'engagent, soit d'office si la législation du pays le permet, soit à la requête de l'intéressé, à refuser ou à invalider l'enregistrement et à interdire l'usage d'une marque de fabrique ou de commerce qui constitue la reproduction, l'imitation ou la traduction, susceptibles de créer une confusion, d'une marque que l'autorité compétente du pays de l'enregistrement ou de l'usage estimera y être notoirement connue comme étant déjà la marque d'une personne admise à bénéficier de la présente Convention et utilisée pour des produits identiques ou similaires. Il en sera de même lorsque la partie essentielle de la marque constitue la reproduction d'une telle marque notoirement connue ou une imitation susceptible de créer une confusion avec celle–ci.
>
> 2) Un délai minimum de cinq années à compter de la date de l'enregistrement devra être accordé pour réclamer la radiation d'une telle marque. Les pays de l'Union ont la faculté de prévoir un délai dans lequel l'interdiction d'usage devra être réclamée.
>
> 3) Il ne sera pas fixé de délai pour réclamer la radiation ou l'interdiction d'usage des marques enregistrées ou utilisées de mauvaise foi.

7.2095. Nous notons pour commencer que l'article 16:3 énonce une obligation imposant aux Membres[4603] d'appliquer l'article 6*bis* de la Convention de Paris (1967) *mutatis mutandis* pour un ensemble de circonstances élargi. C'est l'article 6*bis* qui, du fait de son incorporation dans l'Accord

[4603] Conformément à la jurisprudence antérieure de l'OMC, nous considérons que la référence faite à l'article 6*quinquies* A 1) de la Convention de Paris (1967) aux pays de l'Union de Paris désigne, dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC, les Membres de l'OMC, et que la référence aux ressortissants de ces pays désigne les ressortissants des autres Membres de l'OMC tels que définis à l'article 1:3 de l'Accord sur les ADPIC. Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 132.

sur les ADPIC par l'article 2:1 de cet accord, formule dans son premier paragraphe l'obligation faite aux Membres de refuser ou d'invalider l'enregistrement et d'interdire l'usage d'une marque qui constitue la reproduction, l'imitation ou la traduction susceptibles de créer une confusion avec une marque notoirement connue utilisée pour des produits identiques ou similaires. Une marque notoirement connue est définie comme "une marque que l'autorité compétente du pays de l'enregistrement ou de l'usage estimera y être notoirement connue comme étant déjà la marque d'une personne admise à bénéficier de [cette] convention". Cette obligation – d'invalider ou de refuser l'enregistrement et d'interdire l'usage de cette telle marque qui porte une atteinte – doit être exécutée par les Membres soit "d'office si la législation du pays le permet", soit "à la requête de l'intéressé".

7.2096. L'article 16:3 s'appuie sur l'article 6*bis* de la Convention de Paris (1967) et oblige les Membres de l'OMC à appliquer la même obligation *mutatis mutandis* aux produits ou services[4604] *qui ne sont pas similaires* à ceux pour lesquels une marque notoirement connue est enregistrée. Le sens ordinaire de "*mutatis mutandis*" est "with the necessary changes; with due alteration of details" (avec les changements nécessaires; les détails étant modifiés comme il convient).[4605] L'article 16:3, par conséquent, contient l'obligation pour les Membres d'appliquer l'obligation énoncée à l'article 6*bis,* avec les changements nécessaires, aux produits non similaires si deux conditions cumulatives sont remplies: a) l'usage de cette marque pour ces produits ou services indique un lien entre ces produits ou services et le titulaire de la marque enregistrée, et b) cet usage risque de nuire aux intérêts du titulaire de la marque enregistrée. L'article 16:3, dont Cuba et l'Indonésie allèguent qu'il est enfreint par les mesures TPP, ne contient pas lui-même la définition d'une marque notoirement connue, ou l'engagement fondamental des Membres de protéger les marques notoirement connues. En fait, l'obligation spécifique formulée à l'article 16:3 consiste pour les Membres à refuser ou à invalider *aussi* l'enregistrement des marques qui portent atteinte à une marque notoirement connue et à interdire leur usage au titre de l'article 6*bis*, si elles sont utilisées sur des produits et des services *non similaires*, dans les cas où la marque notoirement connue est enregistrée[4606], et où les deux conditions cumulatives mentionnées à l'article 16:3 sont remplies.

7.2097. Les parties conviennent que les droits énoncés à l'article 16:3 de l'Accord sur les ADPIC et à l'article 6*bis* de la Convention de Paris (1967) sont des "droits négatifs", c'est-à-dire des droits d'*empêcher* certaines actions ou situations.[4607] Nous notons tout d'abord que, à la différence de l'obligation énoncée à l'article 16:1[4608], les obligations énoncées à l'article 6*bis*, premier paragraphe, de la Convention de Paris (1967) et à l'article 16:3 ne sont pas formulées comme des droits des titulaires de marques, mais comme des engagements des Membres qui doivent soit être exécutés d'office, soit être déclenchés par la requête de l'intéressé. Les termes les plus importants de l'obligation énoncée à l'article 6*bis* sont "refuser ou invalider", ou "interdire" – qui se rapportent aux objets de "l'enregistrement" et "l'usage" d'une marque", respectivement. Le sens ordinaire de ces termes est "decline to do something, to reject" (ne pas accepter de faire quelque chose, rejeter)[4609], "to annul, repeal, render void" (annuler, abroger, entacher de nullité)[4610] et "to forbid (an action, event, commodity, etc.) by a command, statute, law, or other authority; to interdict" (défendre (un acte, un événement, un produit, etc.) au moyen d'un ordre, d'une loi, d'une législation, ou d'un autre texte; empêcher)[4611], respectivement. Le texte de l'article 6*bis*, premier

[4604] L'article 16:2 de l'Accord sur les ADPIC prévoit une application *mutatis mutandis* de l'article 6*bis* de la Convention de Paris (1967) aux services.

[4605] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "*mutatis mutandis*", <http://www.oed.com/view/Entry/124299?redirectedFrom=mutatis+mutandis#eid>, consultée le 2 mai 2017.

[4606] Nous notons que l'obligation énoncée à l'article 6*bis* de la Convention de Paris (1967) ne prescrit pas que la marque notoirement connue soit enregistrée dans le pays dans lequel la protection est réclamée.

[4607] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 83; Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 414 (incorporant par référence toutes les allégations, tous les arguments et tous les éléments de preuve présentés dans les deuxièmes communications écrites du Honduras, de l'Indonésie et de la République dominicaine concernant l'article 16:3); Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 104; et Australie, première communication écrite, paragraphe 324. Voir aussi Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 34.

[4608] Voir plus haut la section 7.3.3 (article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC).

[4609] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "refuse", <http://www.oed.com/view/Entry/161141?rskey=5G0anZ&result=3#>, consultée le 2 mai 2017.

[4610] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "cancel", <http://www.oed.com/view/Entry/26916?rskey=fuNqAO&result=2#>, consultée le 2 mai 2017.

[4611] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "prohibit", <http://www.oed.com/view/Entry/152255?rskey=w1i2rm&result=2#>, consultée le 2 mai 2017.

paragraphe, contient donc un engagement des Membres de l'OMC de ne pas accepter ou d'annuler l'enregistrement et de défendre l'usage d'une marque qui porte atteinte à une marque notoirement connue de la manière indiquée dans ce paragraphe. L'article 16:3 oblige les Membres à étendre cette obligation *mutatis mutandis* aux marques portant une atteinte qui sont utilisées pour des produits et services *non similaires* dans les conditions énoncées à l'article 16:3.

7.2098. Compte tenu du sens ordinaire du texte de l'article 6*bis* de la Convention de Paris (1967) et de l'article 16:3, nous convenons donc avec les parties[4612] que l'article 16:3 n'établit pas de droit positif de faire usage d'une marque notoirement connue, et prévoit seulement un engagement des Membres de refuser ou d'invalider l'enregistrement et d'interdire l'usage d'une marque portant atteinte à une marque enregistrée notoirement connue qui est utilisée sur des produits ou services non similaires dans les cas où a) l'usage de cette marque pour ces produits ou services indique un lien entre ces produits ou services et le titulaire de la marque enregistrée, et b) cet usage risque de nuire aux intérêts du titulaire de la marque enregistrée.

7.2099. L'article 16:3 de l'Accord sur les ADPIC, pris conjointement avec l'article 6*bis* de la Convention de Paris (1967), prévoit donc une dimension spécifique de protection pour les marques notoirement connues en définissant les circonstances factuelles qui déclenchent l'engagement des Membres de refuser ou d'invalider l'enregistrement et d'interdire l'usage d'une marque portant une atteinte. Si ces circonstances factuelles sont présentes, les Membres doivent réagir de la manière prescrite soit d'office, soit à la requête de l'intéressé. Par conséquent, pour montrer que les mesures TPP sont contraires à l'obligation de l'Australie au titre de l'article 16:3, l'Indonésie et Cuba devraient démontrer que l'Australie, dans le cadre de sa législation intérieure[4613], en l'espèce dans le cadre des mesures TPP, ne prévoit pas le refus ou l'invalidation de l'enregistrement et l'interdiction de l'usage d'une marque qui porte atteinte à une marque notoirement connue dans les cas où les conditions énoncées à l'article 6*bis* et à l'article 16:3 sont remplies.

7.2100. Ayant ces observations préliminaires à l'esprit, nous passons aux arguments des plaignants.

7.3.4.4.2 Question de savoir si les mesures TPP sont incompatibles avec l'article 16:3 parce qu'elles empêchent le maintien du statut de marque notoirement connue pour certaines marques relatives au tabac

7.2101. Cuba, par référence, et l'Indonésie font valoir qu'en prohibant l'usage de marques de tabac notoirement connues, ou en prescrivant un usage dans un format spécial, les mesures TPP réduiront la notoriété de ces marques notoirement connues dans la partie du public concernée. Elles font valoir que cela compromettra l'aptitude des titulaires de marques notoirement connues à démontrer que l'usage de la marque portant une atteinte pour des produits et services non similaires indique *un lien* avec eux, ou que cet usage risque de nuire à leurs intérêts. Elles font valoir en outre que cette notoriété réduite d'une marque dans le secteur de marché pertinent entraînera, avec le temps, la perte du statut de marque notoirement connue au titre de la législation de l'Australie, ce qui entraîne à son tour la perte de la protection qui doit être accordée à ce statut au titre de l'article 16:3. Par conséquent, les plaignants concluent qu'en empêchant "les conditions qui entraînent pour [l'Australie] des obligations au titre de l'article 16:3"[4614], les mesures TPP ôtent aux marques relatives au tabac qui bénéficiaient du statut de marques notoirement connues avant l'imposition de l'emballage neutre l'aptitude à maintenir ce statut et à

[4612] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 83; Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 414 (incorporant par référence toutes les allégations, tous les arguments et tous les éléments de preuve présentés dans les deuxièmes communications écrites du Honduras, de l'Indonésie et de la République dominicaine au sujet de l'article 16:3); Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 104; et Australie, première communication écrite, paragraphe 324. Voir aussi Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 34.

[4613] Au titre de l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC, les Membres ont l'obligation de "donner[] effet aux dispositions [de cet] accord".

[4614] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 242. Voir aussi République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 337 et 340. De même, Cuba fait valoir que "[l]a mesure concernant l'emballage neutre de l'Australie empêche de démontrer les conditions qui donnent lieu à la protection additionnelle que l'Australie est tenue de garantir. Ainsi, l'Australie agit en violation du niveau minimum garanti de droits conférés aux titulaires de marques notoirement connues au titre de l'article 16:3 de l'Accord sur les ADPIC." Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant Ukraine, première communication écrite, paragraphe 312).

continuer de jouir des droits qui doivent être accordés par l'Australie conformément à l'article 16:3.

7.2102. L'Australie fait valoir que l'aptitude à faire usage d'une marque, y compris dans la mesure où elle devient notoirement connue, est une liberté de marché générale, pas un droit de propriété intellectuelle. Elle affirme également que les objets protégés au titre de l'article 16:3 sont les marques notoirement connues enregistrées – pas celles qui sont susceptibles de devenir des marques notoirement connues dans le futur ou qui l'ont été un jour. Elle fait valoir que la protection des marques notoirement connues reste offerte après l'introduction des mesures TPP, et qu'elle n'est pas obligée au titre de l'article 16:3 d'accorder au titulaire d'une marque le droit de faire usage de sa marque notoirement connue afin qu'elle puisse maintenir son statut de marque notoirement connue. L'Australie estime que les plaignants n'ont pas établi *prima facie* l'existence d'une violation au titre de l'article 16:3, puisqu'ils n'ont pas démontré que, pour ce qui est des marques enregistrées notoirement connues *actuelles*, les mesures TPP empêchent l'Australie de refuser, d'invalider ou d'interdire l'usage d'une marque dans les circonstances définies à l'article 6*bis* de la Convention de Paris.[4615]

7.2103. Nous notons pour commencer que, comme pour l'allégation au titre de l'article 16:1 examinée dans la section précédente[4616], cet argument est constitué de deux parties, à savoir: i) une allégation factuelle selon laquelle l'interdiction par les mesures TPP de l'usage de certaines marques notoirement connues enregistrées entraînera une réduction de la notoriété des marques au point que ces marques ne seront plus considérées comme notoirement connues, et ii) l'affirmation selon laquelle cette conséquence factuelle alléguée des mesures TPP – atteinte au statut de marque notoirement connue lui-même ou perte de ce statut – constitue une violation des obligations de l'Australie au titre de l'article 16:3.

7.2104. Nous rappelons que, comme il est indiqué plus haut[4617], les mesures TPP réglementent de différentes manières l'apparence des marques et des "inscriptions"[4618] sur l'emballage pour la vente au détail de tabac et sur les produits du tabac. En ce qui concerne l'emballage pour la vente au détail, les mesures TPP autorisent l'usage de marques dénominatives et d'inscriptions qui indiquent le nom de la marque, la raison sociale ou le nom de la société, ou le nom de variante de produit, pour autant que ces marques apparaissent sous la forme prescrite par le Règlement TPP. Elles interdisent l'usage de marques dénominatives stylisées, de marques composées et de marques figuratives, ainsi que d'autres éléments décoratifs tant sur les produits du tabac que sur leur emballage pour la vente au détail.[4619]

7.2105. S'agissant de l'allégation factuelle qui sous-tend cet aspect de la demande, et à titre préliminaire, nous renvoyons à notre analyse de la relation entre différentes formes d'usage des marques et l'acquisition et le maintien du caractère distinctif au titre de l'article 16:1[4620], dont

[4615] Australie, première communication écrite, paragraphe 325. Voir aussi Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 35 et 36.

[4616] Voir plus haut le paragraphe 7.1988.

[4617] Voir plus haut les sections 2.1.2.3.3 et 2.1.2.4.

[4618] La définition du terme "inscription" figurant à l'article 4 de la Loi TPP se lit comme suit: "a) inclut (sans limitation) les lignes, lettres, chiffres, symboles, illustrations ou images quels qu'ils soient; mais b) (sauf dans le cas où elle fait référence à une marque) n'inclut pas de marque."

[4619] Aux fins de leurs allégations au titre de l'Accord sur les ADPIC, les plaignants (en utilisant une terminologie quelque peu différente) répartissent les marques entre les catégories suivantes: i) marques dénominatives; ii) marques figuratives (ou dessins (ou images) de marque, images de marques); et iii) marques composées (ou marques combinées, combinaisons de marques). Nous avons utilisé les mêmes catégories aux fins de notre analyse. Ces catégories reflètent généralement la pratique générale en matière de marques, bien que la terminologie varie effectivement, et que les avis sur les limites entre ces catégories puissent aussi différer. Une "marque dénominative" est enregistrée lorsque le contenu textuel en tant que tel est considéré comme susceptible de bénéficier d'une protection des marques, et elle est enregistrée et protégée indépendamment des caractères utilisés ou de la forme de sa présentation. Le terme "Coca-Cola" est un exemple de marque dénominative. D'autres marques peuvent combiner contenu textuel et contenu illustré. Par conséquent, le terme "Coca-Cola", lorsqu'il est présenté dans une police de caractères stylisée distinctive, peut aussi être considéré comme distinctif en raison du contenu figuratif additionnel. C'est pourquoi on peut trouver des enregistrements séparés pour "Coca-Cola" en tant que pure marque dénominative, et aussi pour les éléments textuels présentés dans la police de caractères distinctive, spécifique, utilisée par cette entreprise. Le logo "swoosh" de Nike est un exemple de marque purement figurative ("image" ou "dispositif", c'est-à-dire une marque sans éléments textuels). Le logo "Starbucks Coffee" est un exemple de "marque composée" qui présente des éléments textuels conjointement avec des éléments figuratifs.

[4620] Voir plus haut les paragraphes 7.1989 à 7.1993 de la section concernant l'article 16:1.

nous estimons qu'elle est aussi pertinente ici. En ce qui concerne le lien supposé par les plaignants entre l'usage des marques sur l'emballage d'un produit et le maintien ou l'acquisition du statut de marque notoirement connue, nous notons que l'article 6*bis* de la Convention de Paris (1967), premier paragraphe, ne fait pas expressément référence à l'usage dans le cadre de la définition d'une marque notoirement connue, mais exige que la marque soit "une marque que l'autorité compétente du pays de l'enregistrement ou de l'usage estimera y être notoirement connue comme étant déjà la marque d'une personne admise à bénéficier de la présente Convention".

7.2106. Le libellé de cette disposition indique que c'est le degré de notoriété – dans un Membre particulier – de la marque comme appartenant déjà à une personne ou une entreprise d'un Membre de l'OMC[4621] qui détermine son statut de marque notoirement connue dans ce Membre. L'article 6*bis* n'indique pas comment ce degré de notoriété doit être obtenu. Nous notons que l'article 16:2 de l'Accord sur les ADPIC, deuxième phrase, donne d'autres indications à cet égard, en indiquant que la notoriété dans la partie du public concernée, y compris la notoriété obtenue par suite de la promotion de cette marque, sera prise en compte.[4622]

7.2107. Même si, sur le plan factuel, tous les types d'usage pourront en principe contribuer à cette notoriété, aucune de ces dispositions n'identifie un quelconque type particulier d'usage qui serait une condition préalable à l'obtention du statut de marque notoirement connue dans un pays particulier. En particulier, cela n'exclut pas qu'une marque puisse être notoirement connue dans un pays en raison de la publicité ou de son utilisation sur le produit et l'emballage dans d'*autres* pays, avant qu'elle soit enregistrée, ou même utilisée sur un produit ou un emballage dans le pays dans lequel la reconnaissance de son statut de marque notoirement connue est recherchée.[4623]

7.2108. L'Australie a indiqué qu'au titre de sa législation nationale sur la protection des marques notoirement connues, [i]l se peut qu'une marque soit "notoirement connue en Australie" aux termes de la *Loi de 1995 sur les marques* (Cth) sans avoir été utilisée dans ce pays. Par exemple, la marque peut être notoirement connue en Australie en raison d'un usage à l'étranger.[4624]

7.2109. Cela donne à penser que, si une marque peut acquérir le statut de marque notoirement connue en Australie sans enregistrement ou usage dans ce pays, les marques qui sont déjà notoirement connues et enregistrées en Australie – qui font l'objet de cet aspect de l'allégation – peuvent être en mesure de maintenir ce statut en raison d'un usage à l'étranger, même si leur utilisation sur des produits et des emballages est restreinte ou interdite en Australie. Par

[4621] Alors que l'article 6*bis* dispose que la marque doit être notoirement connue "comme étant déjà la marque d'une personne admise à bénéficier de la présente Convention", nous notons que de l'avis de *Bodenhausen*, "il sera suffisant que la marque considérée soit notoirement connue *dans le commerce* dans le pays en cause comme une marque appartenant à une certaine entreprise, sans qu'il soit nécessaire qu'il soit connu que cette entreprise est admise à bénéficier de la Convention." Voir Bodenhausen, texte complet (pièce DOM-79), page 92 (italique dans l'original). Nous considérons que, étant donné que les arguments avancés par les plaignants au titre de cette allégation ne concernent pas cette nuance, il n'est pas nécessaire que nous formulions une constatation sur le point de savoir si la notoriété prescrite devrait inclure la notoriété du point de savoir si la personne ou l'entreprise est admise à "bénéficier de la Convention".

[4622] L'article 16:2, deuxième phrase, dispose ce qui suit: "Pour déterminer si une marque de fabrique ou de commerce est notoirement connue, les Membres tiendront compte de la notoriété de cette marque dans la partie du public concernée, y compris la notoriété dans le Membre concerné obtenue par suite de la promotion de cette marque."

[4623] Voir Bodenhausen, texte complet (pièce DOM-79), page 91:

> Une marque peut être notoirement connue dans un pays avant d'y être enregistrée et, compte tenu des répercussions possibles de la publicité dans d'autres pays, avant même d'être utilisée dans ce pays. Le point de savoir si une marque est notoirement connue dans un pays sera déterminé par les autorités administratives ou judiciaires compétentes de celui-ci. La Conférence de révision de Lisbonne de 1958 a rejeté une proposition selon laquelle l'usage d'une marque notoirement connue dans le pays dans lequel sa protection est réclamée ne serait pas nécessaire pour cette protection. Cela signifie qu'un État membre n'est pas obligé de protéger les marques notoirement connues qui n'ont pas été utilisées sur son territoire, mais qu'il sera libre de le faire. Compte tenu du vote qui a eu lieu à la Conférence de Lisbonne, la grande majorité des États membres adopteront probablement cette attitude. (notes de bas de page omises; italique dans l'original)

[4624] Australie, première communication écrite, Annexe D, note de bas de page 1260 relative au paragraphe 17 (faisant référence à *ConAgra Inc v McCain Foods (Australia) Pty Ltd* (1992) 23 IPR 19, (ConAgra contre McCain) (pièces AUS-489, CUB-89)).

conséquent, nous ne sommes pas certains que le fonctionnement des mesures TPP aurait nécessairement l'incidence que les plaignants supposent sur le degré de notoriété des marques notoirement connues existantes, ni de la façon dont cela serait évalué en relation avec une marque spécifique.

7.2110. Nous notons, en tout état de cause, que nous aurons seulement besoin d'examiner plus avant l'allégation factuelle selon laquelle les mesures TPP portent atteinte au statut de marque notoirement connue ou en causent la perte si nous constatons que ces atteintes ou cette perte constitueraient bien une violation l'article 16:3. Comme dans la section précédente concernant l'article 16:1, nous examinerons donc tout d'abord si les atteintes, du fait des mesures TPP, au statut de marque notoirement connue d'une marque constitueraient une violation de l'article 16:3. Nous ne reviendrons sur l'allégation factuelle qui sous-tend cet argument que si cela est nécessaire du fait de cette analyse.

7.2111. Pour traiter cette question, nous rappelons que l'article 16:3, pris conjointement avec l'article 6*bis* de la Convention de Paris (1967) tel qu'incorporé dans l'Accord sur les ADPIC par l'article 2:1, énonce une obligation imposant aux Membres de refuser ou d'invalider l'enregistrement et d'interdire l'usage d'une marque portant atteinte à une marque enregistrée notoirement connue utilisée pour des produits ou services non similaires dans les cas où a) l'usage de cette marque pour ces produits ou services indique un lien entre ces produits ou services et le titulaire de la marque enregistrée, et b) cet usage risque de nuire aux intérêts du titulaire de la marque enregistrée.

7.2112. Ces dispositions définissent par conséquent les critères au regard desquels les Membres sont convenus d'assurer une protection additionnelle des marques – à savoir contre l'usage et l'enregistrement de marques portant une atteinte pour des produits et services *non similaires* – au-delà des droits accordés par l'article 16:1, qui protègent seulement contre l'utilisation sur des produits ou des services *identiques ou similaires*. À la lecture de l'article 6*bis* et de l'article 16:3 pris conjointement, ces dispositions établissent que les Membres sont obligés de refuser ou d'invalider l'enregistrement et d'interdire l'usage d'une marque utilisée pour des produits ou services non similaires, si:

a. cette marque porte atteinte[4625] à une marque que l'autorité compétente du pays de l'enregistrement ou de l'usage estimera y être notoirement connue comme étant déjà la marque d'une personne admise à bénéficier de cette convention; et

b. l'usage de cette marque pour ces produits ou services indique un lien entre ces produits ou services et le titulaire de la marque enregistrée; et

c. cet usage risque de nuire aux intérêts du titulaire de la marque enregistrée.

7.2113. Il ressort clairement de l'interaction des dispositions et de la structure du texte que ces trois critères sont *cumulatifs*, et qu'ils doivent donc tous être présents pour établir les circonstances dans lesquelles se déclenchent l'obligation des Membres, soit d'office, soit à la requête de l'intéressé. Si ces circonstances factuelles n'existent pas, elle ne relève pas de l'obligation énoncée à l'article 16:3 et ne déclenche pas la protection sur laquelle les Membres se sont engagés dans ce texte.

7.2114. Comme pour l'article 16:1[4626], les Membres respectent l'obligation énoncée à l'article 16:3 en prévoyant dans leur législation nationale la possibilité de refuser ou d'invalider l'enregistrement et d'interdire l'usage d'une marque dans les cas où ces conditions sont remplies. Le point de savoir si cette protection est déclenchée, que ce soit d'office ou à la requête de l'intéressé, dépend, dans la pratique, de l'évaluation de la nature du marché au moment pertinent pour déterminer si tous les critères factuels qui déclenchent l'obligation sont remplis. L'obligation imposant aux Membres d'assurer cette protection dans le cadre de leurs systèmes juridiques doit être distinguée du champ

[4625] Il n'est pas nécessaire, pour régler les présents différends, de formuler une constatation sur le point de savoir si les "changements nécessaires" qu'implique l'application *mutatis mutandis* de l'article 6*bis* au titre de l'article 16:3 signifient que la prescription "susceptibles de créer une confusion" énoncée à l'article 6*bis* est *remplacée* par la prescription d'"indique[r] un lien" énoncée à l'article 16:3, ou si *les deux* doivent être respectées pour déclencher l'obligation énoncée à l'article 16:3.

[4626] Voir plus haut les paragraphes 7.1999 et 7.2000 de la section concernant l'article 16:1.

des activités menées par les acteurs commerciaux sur leurs marchés intérieurs. Rien dans le texte de l'article 16:3 ou de l'article 6*bis* ne laisse entendre – comme les plaignants semblent l'indiquer – que les Membres ont l'*obligation* de permettre ou de maintenir l'existence des circonstances factuelles décrites dans ces dispositions. La question de savoir si des marques individuelles quelles qu'elles soient sont effectivement considérées comme étant notoirement connues par l'autorité compétente et celle de savoir si un usage quel qu'il soit de marques portant des atteintes sur des produits ou services non similaires indique effectivement ou non un lien avec le titulaire d'une marque enregistrée notoirement connue sont sans importance pour l'évaluation de la question de savoir si un Membre fait en sorte que, si ces circonstances existent, l'enregistrement de ces marques puisse être refusé ou invalidé et leur usage interdit, conformément à l'article 16:3.

7.2115. Nous notons que les plaignants ne contestent pas la façon dont les critères de protection des marques notoirement connues sont définis dans la législation nationale de l'Australie, et ne font pas valoir que les mesures TPP ont influé sur la façon dont le système juridique australien évalue si une marque est notoirement connue. Il apparaît aussi qu'ils acceptent que, lorsque les critères sont remplis, la protection d'une marque notoirement connue est offerte au titre de la Loi TM.[4627] Toutefois, les plaignants font valoir que la notoriété réduite sur le marché des marques enregistrées notoirement connues existantes du fait des mesures TPP aboutira à une situation dans laquelle les titulaires de marques notoirement connues ne pourront plus démontrer que l'usage de signes portant une atteinte sur des produits non similaires indique un lien avec eux, ou risque de nuire à leurs intérêts, et dans laquelle des marques auparavant notoirement connues pourraient ne plus être considérées comme notoirement connues. Autrement dit, les plaignants allèguent que la conséquence des mesures TPP que nous supposons pour les besoins de l'argumentation, à savoir que la situation factuelle déclenchant la protection des marques notoirement connues décrite par les critères définis à l'article 16:3 et à l'article 6*bis* se produira moins fréquemment et en ce qui concerne moins de signes qu'avant, constitue une réduction de la protection des marques notoirement connues qui est contraire à l'article 16:3.

7.2116. Nous rappelons l'évaluation à laquelle nous avons procédé plus haut, selon laquelle l'article 16:3, pris conjointement avec l'article 6*bis* de la Convention de Paris (1967), énonce une obligation imposant aux Membres de refuser ou d'invalider l'enregistrement et d'interdire l'usage d'une marque portant atteinte à une marque enregistrée notoirement connue qui est utilisée sur des produits et services non similaires dans certaines conditions factuelles. Nous rappelons aussi que le respect de cette obligation par les Membres est indépendant de l'existence effective de ces conditions factuelles sur le marché. Compte tenu de cette interprétation, et conformément à l'évaluation à laquelle nous avons procédé plus haut au titre de l'article 16:1[4628], nous ne partageons pas l'avis selon lequel une réduction de l'*existence factuelle* sur le marché des situations qui déclencheraient la protection des marques notoirement connues constitue une réduction de l'*existence* de cette protection prescrite par l'article 16:3 de l'Accord sur les ADPIC et l'article 6*bis* de la Convention de Paris (1967). Autrement dit, bien que l'article 16:3 et l'article 6*bis* obligent les Membres à protéger les marques actuellement notoirement connues de la manière spécifiée dans ces dispositions, ils ne prescrivent pas que les Membres assurent cette protection pour les marques qui ne remplissent pas, ou ne remplissent plus, ces critères – et le fait de ne pas le faire ne constitue donc pas une violation de l'article 16:3.

7.2117. Accepter l'interprétation contraire des plaignants constituerait effectivement pour les Membres une obligation d'assurer les moyens de maintenir le statut des marques notoirement connues existantes sur le marché, obligation qui serait non seulement inconciliable avec des interdictions de marketing et de publicité[4629], mais aussi potentiellement impossible à respecter

[4627] L'Indonésie reconnaît que "[l']article 120 de la *Loi sur les marques de 1995* australienne met en œuvre l'article 16 de l'Accord sur les ADPIC." Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 89. Voir aussi Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant Ukraine, première communication écrite, paragraphes 299 à 302).

[4628] Voir plus haut le paragraphe 7.2001 de la section concernant l'article 16:1.

[4629] Il convient de noter que Cuba et l'Indonésie admettent toutes deux que les interdictions de publicité ne constituent pas une violation de l'article 16:1 et 16:3. Voir Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant Ukraine, première communication écrite, paragraphe 259); Indonésie, réponse à la question n° 95 du Groupe spécial, paragraphe 21; et Indonésie, réponse à la question n° 172 du Groupe spécial, paragraphes 35 et 36.

compte tenu de la multitude de facteurs pouvant affecter la perception du public – et donc la notoriété d'une marque sur le marché.[4630]

7.2118. L'Indonésie fait aussi valoir que l'Accord sur les ADPIC prévoit une possibilité minimale de faire usage d'une marque dans les limites de l'article 17 et de l'article 20.[4631] En ce qui concerne cet argument, nous rappelons la constatation que nous avons formulée plus haut selon laquelle l'obligation de donner un sens juridiquement valable à toutes les dispositions figurant dans la section 2 de la Partie II de l'Accord sur les ADPIC, harmonieusement, sans rendre redondante aucune de ces dispositions, comme l'exige le principe de l'interprétation des traités dit de l'effet utile, n'impose pas une interprétation des droits minimaux énoncés à l'article 16 comme exigeant des Membres qu'ils ménagent une possibilité minimale de faire usage d'une marque enregistrée.[4632] Cette constatation s'applique également à l'article 16:3.

7.2119. Cuba fait aussi valoir, par référence, qu'un Membre ne peut pas, par son propre comportement, vider l'article 16:3 de son sens, en mettant en œuvre une mesure qui empêche les titulaires de marques d'avoir recours aux droits qui doivent être accordés conformément à cette disposition.[4633] À cet égard, nous rappelons nos constatations antérieures[4634] et considérons que, de la même manière que l'obligation énoncée à l'article 16:1 imposant d'accorder au titulaire d'une marque le droit d'empêcher une atteinte aux droits ne donne pas aux Membres la *responsabilité* de maintenir le caractère distinctif de signes individuels en tant que condition préalable à l'existence d'une atteinte aux droits[4635], l'obligation énoncée à l'article 16:3 imposant d'assurer la protection des marques notoirement connues contre certains usages ne donne pas non plus aux Membres la *responsabilité* de maintenir le statut de marques notoirement connues des marques individuelles afin que cette protection additionnelle s'applique.

7.2120. L'intérêt commercial du titulaire d'une marque dans une situation du marché dans laquelle sa marque réunit les conditions pour être protégée en tant que marque notoirement connue, ainsi que l'intérêt correspondant qu'il a à faire usage de sa marque, y compris aux fins de maintenir ou de renforcer davantage le niveau de notoriété de cette marque sur le marché, sont reconnus dans l'Accord sur les ADPIC en tant qu'*intérêt légitime* à prendre en compte pour examiner l'admissibilité des exceptions nationales au bénéfice des droits exclusifs au titre de l'article 17. Plus loin, dans la section 7.3.5, nous examinerons aussi sa pertinence pour ce qui est d'évaluer si l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales est entravé de manière injustifiable par des prescriptions spéciales au sens de l'article 20. L'intérêt à faire usage de la marque n'est cependant pas un *droit* qui est protégé au titre de l'article 16:3.

7.2121. Par conséquent, nous concluons aussi dans le contexte de l'article 16:3 que, en dehors du champ des obligations expresses énoncées dans l'Accord sur les ADPIC, l'Accord n'oblige pas les Membres, à notre avis, à faire en sorte que les parties privées soient en mesure de remplir ces critères, ou à s'abstenir de réglementations par ailleurs non incompatibles avec les Accords visés qui peuvent influer sur les conditions du marché qui déterminent à quel point il est facile ou difficile pour les parties privées de satisfaire à ces critères.

7.2122. L'Indonésie avance l'argument selon lequel l'article 27 de la Convention de Vienne empêche l'Australie d'utiliser son propre droit pour éviter de s'acquitter de ses obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC.[4636] Compte tenu de nos constatations, nous ne sommes pas persuadés que l'Australie – comme le laisse entendre l'Indonésie – se soustrait à ses obligations conventionnelles au titre de l'Accord sur les ADPIC.

[4630] Voir plus haut les considérations figurant dans les paragraphes 7.2002 et 7.2026 de la section concernant l'article 16:1, que nous considérons comme pertinentes aussi pour ce qui est de la variation du niveau de notoriété d'une marque sur le marché.

[4631] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 104. Voir aussi Indonésie, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 44.

[4632] Voir plus haut le paragraphe 7.2030 de la section concernant l'article 16:1.

[4633] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 85 à 88.

[4634] Voir plus haut le paragraphe 7.2116 et les paragraphes 7.2005 à 7.2011 de la section concernant l'article 16:1.

[4635] Voir plus haut le paragraphe 7.2005 de la section concernant l'article 16:1.

[4636] Indonésie, première communication écrite, paragraphes 240 et 241 (faisant référence à l'article 27 de la Convention de Vienne; et le rapport de l'Organe d'appel, *Corée – Boissons alcooliques*, paragraphe 120).

7.2123. Rappelant les constatations que nous avons formulées plus haut aux paragraphes 7.2116, 7.2118 et 7.2121, nous concluons que la possibilité d'une notoriété réduite de marques auparavant notoirement connues sur le marché ne constitue pas, en soi, une violation de l'article 16:3 car le respect par les Membres de l'obligation d'assurer la protection des marques notoirement connues au titre de l'article 16:3 de l'Accord sur les ADPIC et de l'article 6*bis* de la Convention de Paris (1967) est indépendant du point de savoir si les marques notoirement connues existent effectivement sur le marché. En dehors de l'obligation expresse qu'il énonce, l'article 16:3 ne prescrit pas que les Membres s'abstiennent de prendre des mesures pouvant affecter l'aptitude des titulaires de droits à maintenir le statut de marque notoirement connue de marques individuelles, ou qu'ils ménagent une "possibilité minimale" de faire usage d'une marque sur le marché.

7.2124. Compte tenu de ces constatations, nous n'avons pas besoin d'examiner plus avant l'allégation factuelle des plaignants selon laquelle la prohibition par les mesures TPP de l'usage de certaines marques relatives au tabac réduira en fait la notoriété des marques notoirement connues sur le marché, et entraînera une atteinte au statut de marque notoirement connue ou la perte de ce statut de la manière alléguée par les plaignants.

7.3.4.4.3 Question de savoir si les mesures TPP sont incompatibles avec l'article 16:3 en ce sens qu'elles empêchent certaines marques relatives au tabac d'acquérir le statut de marques notoirement connues par l'usage

7.2125. Cuba, par référence, et l'Indonésie font valoir que, comme l'usage est le seul moyen par lequel une marque de tabac peut devenir notoirement connue en Australie, l'interdiction imposée par les mesures TPP visant certains usages de certaines marques relatives au tabac est contraire à l'article 16:3 car elle ôte à ces marques l'aptitude à acquérir un jour le statut de marques notoirement connues, de sorte qu'elles ne peuvent pas se voir accorder les protections visées à l'article 16:3. En empêchant les titulaires de marques valablement enregistrées de remplir les conditions requises pour obtenir le statut de marque notoirement connue, les mesures TPP enfreignent l'obligation de l'Australie d'accorder une protection, au titre de l'article 16:3 de l'Accord sur les ADPIC, aux produits du tabac.[4637]

7.2126. L'Australie répond qu'elle n'est pas obligée, au titre de l'article 16:3, d'accorder au titulaire d'une marque le droit de faire usage de sa marque notoirement connue afin qu'elle puisse maintenir son statut de marque notoirement connue, et qu'elle n'est pas obligée non plus d'accorder au titulaire d'une marque le droit de faire usage de sa marque afin qu'elle puisse devenir notoirement connue.[4638]

7.2127. Nous rappelons que l'Australie indique[4639] qu'une marque peut obtenir le statut de marque notoirement connue en Australie en raison d'un usage à l'étranger seulement, sans avoir été utilisée en Australie du tout. Dans ce contexte, dans la mesure où l'acquisition du statut de marque notoirement connue en Australie n'est pas subordonnée à l'usage en Australie, nous ne sommes pas certains que les restrictions relatives à l'usage des marques énoncées dans les mesures TPP ôtent aux marques relatives au tabac l'aptitude à acquérir le statut de marques notoirement connues en Australie, comme l'allèguent les plaignants.[4640]

7.2128. Nous rappelons aussi notre constatation, formulée plus haut[4641], selon laquelle l'article 16:3 prévoit seulement un engagement des Membres de refuser ou d'invalider l'enregistrement et d'interdire l'usage d'une marque portant atteinte à une marque enregistrée notoirement connue qui est utilisée sur des produits ou services non similaires dans les cas où a) l'usage de cette marque pour ces produits ou services indique un lien entre ces produits ou services et le titulaire de la marque enregistrée; et b) cet usage risque de nuire aux intérêts du titulaire de la marque enregistrée. Comme il est expliqué plus haut, cela n'équivaut pas à une

[4637] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 236.
[4638] Australie, première communication écrite, paragraphe 331. Voir aussi Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 36.
[4639] Voir plus haut les paragraphes 7.2108 et 7.2109.
[4640] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 83. Voir aussi Cuba, première communication écrite, paragraphe 428 (incorporant Ukraine, première communication écrite, paragraphe 331); et Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphes 102 et 106.
[4641] Voir plus haut le paragraphe 7.2098.

obligation imposant aux Membres de permettre ou de maintenir l'existence des critères factuels énoncés dans ces dispositions[4642], et l'obligation énoncée à l'article 16:3 imposant d'assurer la protection des marques notoirement connues contre certains usages ne prescrit pas que les Membres maintiennent le statut de marques notoirement connues des marques individuelles afin que cette protection additionnelle s'applique.[4643]

7.2129. Nous rappelons en outre notre constatation selon laquelle en dehors du champ des obligations expresses énoncées dans l'Accord sur les ADPIC, l'Accord n'oblige pas les Membres à faire en sorte que les parties privées soient en mesure de remplir ces critères, ou à s'abstenir de réglementations par ailleurs non incompatibles avec les Accords visés qui peuvent influer sur les conditions du marché qui déterminent à quel point il est facile ou difficile pour les parties privées de répondre à ces critères. À notre avis, ces constatations s'appliquent également dans le contexte de la présente allégation. Par conséquent, nous concluons que, même à supposer que le fonctionnement des mesures TPP entraîne des situations dans lesquelles certaines marques enregistrées peuvent être moins susceptibles d'acquérir le statut de marques notoirement connues, cela ne constituerait pas une violation de l'article 16:3 par l'Australie.

7.3.4.4.4 Conclusion générale

7.2130. Compte tenu de ce qui précède, y compris nos constatations formulées plus haut aux paragraphes 7.2123 et 7.2129, nous concluons que Cuba et l'Indonésie n'ont pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 16:3 de l'Accord sur les ADPIC.

7.3.5 Article 20 de l'Accord sur les ADPIC

7.2131. Nous passons maintenant aux allégations des plaignants au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, intitulé "Autres prescriptions". Cet article se lit comme suit:

> L'usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales ne sera pas entravé de manière injustifiable par des prescriptions spéciales, telles que l'usage simultané d'une autre marque, l'usage sous une forme spéciale, ou l'usage d'une manière qui nuise à sa capacité de distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises. Cela n'exclura pas une prescription exigeant l'usage de la marque identifiant l'entreprise qui produit les produits ou les services conjointement, mais sans établir de lien entre les deux, avec la marque distinguant les produits ou les services spécifiques en question de cette entreprise.

7.2132. Le Honduras, la République dominicaine, Cuba et l'Indonésie allèguent que les mesures TPP sont incompatibles avec l'article 20 parce qu'elles imposent des "prescriptions spéciales", qui "entravent" l'"usage" de marques "au cours d'opérations commerciales"; en outre, cet usage est entravé "de manière injustifiable".

7.2133. L'Australie demande au Groupe spécial de rejeter ces allégations dans leur intégralité.

7.3.5.1 Aperçu des allégations

7.2134. Le Honduras estime que les éléments ci-après doivent être établis afin de déterminer si une mesure est incompatible avec l'article 20 (première phrase): a) les mesures en cause constituent des prescriptions spéciales, qui b) de manière injustifiable c) entravent d) l'usage d'une marque de fabrique ou de commerce e) au cours d'opérations commerciales.[4644] À son avis, les mesures TPP sont des prescriptions spéciales qui entravent l'usage de marques au cours d'opérations commerciales. En outre, les mesures en cause sont, de par leur nature même, injustifiables étant donné qu'elles restreignent les marques de "façon particulièrement systématique et importante".[4645] À titre subsidiaire, si le Groupe spécial devait ne pas souscrire au

[4642] Voir plus haut le paragraphe 7.2114.
[4643] Voir plus haut le paragraphe 7.2119.
[4644] Honduras, première communication écrite, paragraphe 276.
[4645] Honduras, première communication écrite, paragraphe 643. Le Honduras ajoute qu'il en est ainsi parce que les mesures TPP i) sont une restriction générale à l'usage de marques et ii) vont à l'encontre de la

point de vue du Honduras selon lequel les mesures en cause sont injustifiables de par leur nature même, ce dernier considère qu'il incomberait à l'Australie de démontrer que ses mesures sont justifiables.[4646]

7.2135. La République dominicaine estime qu'"[e]n termes de structure, l'article 20 est formulé comme une prohibition des entraves à l'usage d'une marque ("l'*usage … ne sera pas entravé … par des prescriptions spéciales*"), cet aspect prohibitif faisant l'objet d'une exception ou réserve par le biais de l'expression "de manière injustifiable"".[4647] L'aspect prohibitif de la disposition établit une présomption en faveur de l'usage d'une marque non entravé par des prescriptions spéciales. Si un Membre entrave l'usage d'une marque en imposant des prescriptions spéciales, cela déclenche l'obligation de faire en sorte que cette entrave soit justifiable.[4648] La République dominicaine fait valoir que l'"Australie s'est écartée de la présomption en faveur de l'usage de marques." À son avis, "cet écart est radical et extrême, parce que des entraves importantes sont imposées à l'usage de toutes les marques pour toute une catégorie de produits", et "l'Australie n'est pas fondée à se prévaloir de l'exception ou de la réserve dont elle bénéficie du fait de l'expression "de manière injustifiable"".[4649] La République dominicaine estime que les mesures TPP ne respectent pas l'aspect prohibitif de l'article 20 parce qu'elles "entravent" l'"usage" d'une marque "au cours d'opérations commerciales" par le biais de "prescriptions spéciales", et que les entraves sont "injustifiables".[4650]

7.2136. Cuba estime que les restrictions concernant les marques qui figurent dans les mesures TPP de l'Australie imposent des "prescriptions spéciales" qui "entravent" "l'usage de marques de fabrique ou de commerce" "au cours d'opérations commerciales", et que ces prescriptions spéciales sont "injustifiables".[4651]

7.2137. L'Indonésie estime que pour démontrer qu'il y a violation de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, les plaignants doivent montrer qu'un Membre a adopté des "prescriptions spéciales" qui "entravent" l'usage d'une marque "au cours d'opérations commerciales" sans justification.[4652] Elle affirme que les mesures TPP sont des "prescriptions spéciales", relevant de la liste exemplative de l'article 20, qui "entravent l'usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales" et qu'elles sont injustifiées.[4653]

7.2138. L'Australie fait valoir que pour établir l'existence d'une violation de l'article 20, un plaignant doit démontrer que l'"usage" d'une marque "au cours d'opérations commerciales" a été "entravé par des prescriptions spéciales" "de manière injustifiable". Elle note qu'il n'est pas contesté que les mesures TPP imposent des prescriptions spéciales concernant l'usage de marques, au moins à certains égards. À son avis, les questions dont le Groupe spécial est saisi sont les suivantes: 1) le champ d'application des "prescriptions spéciales" en cause; 2) le point de savoir si les plaignants ont établi que ces prescriptions spéciales "entrav[aient]" l'"usage" d'une

fonction essentielle des marques qui est de distinguer les produits de différentes entreprises. *Ibid*. Dans sa deuxième communication écrite, le Honduras qualifie les mesures TPP d'"entrave suprême", et affirme qu'elles sont injustifiables de par leur nature même en raison de l'absence d'évaluation individuelle. Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 269 et 270.

[4646] Honduras, première communication écrite, paragraphes 643 et 644.

[4647] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 343. (italique et soulignage ajoutés par la République dominicaine)

[4648] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 344 et 345. Le Groupe spécial a demandé à la République dominicaine de clarifier son argument sur la structure de l'article 20 cité ci-dessus, en particulier le point de savoir si l'expression "ne sera pas" fait référence au terme "entravé" ou à l'expression "entravé de manière injustifiable", et si cela a une quelconque incidence sur la teneur de l'article 20 quant au fond ou sur la charge de la preuve. La République dominicaine a répondu que l'argument en question avait trait à sa position sur la charge de la preuve et n'affectait pas la teneur de l'article 20 quant au fond. Pour ce qui est de la structure grammaticale de l'article 20, elle fait valoir que l'"interprète du traité ne peut pas arrêter le processus d'interprétation en concluant que, d'un point de vue grammatical, les mots "ne sera pas" font référence aux mots "entravé de manière injustifiable", et pas seulement au mot "entravé". Bien que cette question relative à la structure soit une considération pertinente pour discerner la charge de la preuve, l'interprète du traité doit aussi examiner d'autres éléments du texte, du contexte, et l'objet et le but." Voir République dominicaine, réponse à la question n° 104 du Groupe spécial, paragraphes 108 et 113.

[4649] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 346.

[4650] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 347 à 832.

[4651] Cuba, première communication écrite, paragraphe 363. Voir aussi *ibid*., paragraphes 298 et 313.

[4652] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 248. Voir aussi Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 111.

[4653] Indonésie, première communication écrite, paragraphes 249 à 363.

marque "au cours d'opérations commerciales"; et 3) dans la mesure où les plaignants ont établi l'existence d'une quelconque entrave de ce genre, le point de savoir s'ils ont également établi que les mesures TPP imposaient cette entrave "de manière injustifiable".[4654]

7.3.5.2 Approche globale du Groupe spécial

7.2139. Nous déterminons d'abord notre approche globale s'agissant de l'examen des allégations des plaignants, y compris l'attribution de la charge de la preuve au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, au sujet de laquelle les parties ont des points de vue divergents.

7.3.5.2.1 Principaux arguments des parties

7.2140. Le Honduras fait valoir que "[l]e texte et la structure de l'article 20 démontrent que l'usage non entravé d'une marque est la situation normale par défaut dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC".[4655] Selon le Honduras, lorsqu'un Membre de l'OMC souhaite modifier la situation par défaut consistant en un usage sans empêchement, au moyen de prescriptions spéciales qui entravent l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales, il incombe à ce Membre de faire en sorte que cette entrave soit justifiable.[4656] Le Honduras estime que, dans des circonstances exceptionnelles et d'après l'évaluation de chaque marque selon ses particularités propres, un Membre peut entraver l'usage d'une marque individuelle.[4657] Il ajoute que "[l]a charge de montrer qu'une mesure est "justifiable" incombe nécessairement au Membre qui s'écarte de la situation par défaut prévu dans l'Accord sur les ADPIC, à savoir, dans le contexte d'un différend porté devant l'OMC, le Membre défendeur".[4658] Il considère que ce point de vue est compatible avec le sens ordinaire du terme "justifiable" (justifiable), qui signifie "defensible" (défendable) (c'est-à-dire, "capable of giving protective defence" (capable d'offrir un moyen de défense conférant une protection)), parce que le sens ordinaire de ce terme donne à penser que c'est au défendeur qu'incombe la charge de "justifier" une mesure qui relève des exemples de "prescriptions spéciales" énumérés à l'article 20".[4659] Il ajoute que l'historique de la négociation de l'article 20 "indique que la raison d'être même de l'expression "de manière injustifiable" était d'accorder un *droit exceptionnel* aux Membres, leur permettant de chercher à atteindre des objectifs de politique générale publique".[4660] Selon le Honduras, c'est un principe bien connu du droit international public et du droit de l'OMC que la charge de prouver une exception incombe au Membre invoquant cette exception.[4661] Le Honduras estime en outre que, "lorsque le caractère restrictif d'une mesure est particulièrement important et systématique", cette mesure doit être considérée comme étant injustifiable sans qu'il y ait besoin d'examiner en outre d'autres facteurs. À son avis, de par leur nature même, les mesures TPP portent atteinte aux principes fondamentaux de l'Accord sur les ADPIC et, par conséquent, ne peuvent pas être réputées comme étant justifiables au sens de l'article 20.[4662]

7.2141. La République dominicaine fait valoir qu'"[e]n termes de structure, l'article 20 est formulé comme une prohibition des entraves à l'usage d'une marque ("l'*usage … ne sera pas entravé … par des prescriptions spéciales*"), cet aspect prohibitif faisant l'objet d'une exception ou réserve par le biais de l'expression "de manière injustifiable"".[4663] Elle considère que la charge de la preuve au

[4654] Australie, première communication écrite, paragraphe 336.
[4655] Honduras, première communication écrite, paragraphe 272.
[4656] Honduras, première communication écrite, paragraphe 273.
[4657] Honduras, première communication écrite, paragraphe 317. Voir aussi les autres arguments du Honduras sur le point de savoir si le caractère injustifiable de prescriptions devrait être évalué pour des marques individuelles, résumés plus loin aux paragraphes 7.2443 à 7.2449.
[4658] Honduras, première communication écrite, paragraphe 318.
[4659] Honduras, première communication écrite, paragraphe 319 (faisant référence aux Oxford Dictionaries en ligne, British and World English, définitions de "acquire", "by", "confusion", "course", "develop", "encumber", "identical", "justifiable", "likelihood", "nature", "necessary", "obstacle", "reasonable", "requirement", "right", "similar" et "trade", <www.oxforddictionaries.com>, consultées le 29 septembre 2014 ou le 3 octobre 2014, (Oxford Dictionaries en ligne, extraits HND) (pièce HND-31)). (notes de bas de page omises)
[4660] Honduras, première communication écrite, paragraphe 320. (italique dans l'original)
[4661] Honduras, première communication écrite, paragraphe 320 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, pages 15 et 16).
[4662] Honduras, première communication écrite, paragraphe 321. Voir aussi les autres arguments du Honduras sur l'importance des restrictions, qui sont résumés plus loin au paragraphe 7.2436.
[4663] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 343 (italique et soulignage ajoutés par la République dominicaine). En réponse à la question n° 40 du Groupe spécial, le Honduras et

titre de l'article 20 fonctionne d'une manière semblable à celle qui est prévue à l'article XX du GATT de 1994, à l'article XVI de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) et à l'article 3.1 a) de l'Accord SMC: c'est au plaignant qu'incombe la charge initiale de démontrer l'aspect prohibitif de la disposition (c'est-à-dire qu'une mesure donne lieu à une entrave à l'usage par des prescriptions spéciales); par la suite, la charge de démontrer que l'entrave est justifiable passe au défendeur.[4664] À son avis, l'article 2.2 de l'Accord OTC est différent: le droit d'un Membre d'adopter un règlement technique restrictif pour le commerce est une "présomption de départ", alors que la présomption de départ au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC est qu'une marque peut être utilisée, sans être entravée par des prescriptions spéciales, afin de lui permettre de remplir sa fonction fondamentale qui consiste à distinguer des produits sur le marché.[4665] En outre, un Membre ne devrait pas avoir le droit d'imposer à d'autres Membres la charge de prouver la proposition négative selon laquelle il n'existe aucun motif justifiant l'entrave qu'il impose.[4666]

7.2142. Cuba estime qu'une fois qu'il est établi qu'une mesure impose des prescriptions spéciales limitant l'usage de la marque, la charge de justifier ces prescriptions spéciales passe au Membre de l'OMC mettant en œuvre. Cette attribution de la charge de la preuve est appropriée pour plusieurs raisons: i) les entraves à l'usage de la marque devraient uniquement être autorisées dans des circonstances exceptionnelles; et ii) il est inapproprié d'exiger d'un plaignant qu'il identifie et réfute une justification qu'il ne connaît peut-être pas ou qu'il ne peut peut-être pas préciser.[4667]

7.2143. Cuba ajoute que l'"article 20 n'est pas une disposition établissant une exception. … L'article 20 impose l'obligation positive de ne pas entraver de manière injustifiable l'usage d'une marque par des prescriptions spéciales." Cela signifie, comme Cuba le fait valoir, qu'aucune prescription ne devrait être justifiée provisoirement, mais que le plaignant doit établir que l'entrave est disproportionnée, non limitée et donc indûment restrictive. En ce sens, l'article 20 combine l'obligation positive de s'abstenir d'imposer des prescriptions spéciales à la possibilité de l'existence d'une exception limitée pour une disposition, mais impose la charge de la preuve pour les deux éléments au plaignant.[4668]

7.2144. L'Indonésie est d'avis que c'est la partie imposant une entrave qui doit fournir la justification. Elle estime que "[c]e point de vue reflète l'idée que l'article 20 représente une prohibition générale de l'utilisation de prescriptions spéciales qui entravent l'usage d'une marque, et interdit spécifiquement les trois types de prescriptions spéciales énumérées dans l'obligation". Elle ajoute que le point de vue est étayé par les décisions de groupes spéciaux de l'OMC antérieurs selon lesquelles une partie invoquant une exception ou un moyen de défense affirmatif assume la charge de la preuve. Il s'ensuit aussi logiquement que la partie imposant l'entrave est celle qui a accès aux renseignements et éléments de preuve qui ont servi de base à la justification.[4669]

7.2145. L'Australie indique que la charge de la preuve incombe à la partie, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, qui établit, par voie d'affirmation, une allégation ou un moyen de défense particulier.[4670] Elle fait valoir que l'article 20, contrairement à l'article 17, ne concerne pas des dérogations aux droits exclusifs que les Membres sont tenus d'accorder aux titulaires de marques au titre de l'article 16. En fait, cet article concerne les prescriptions externes relatives à l'usage de marques que les Membres imposent pour mettre en œuvre une politique publique. Aucune disposition de l'Accord sur les ADPIC n'exige que les Membres confèrent un "droit d'usage"

---

l'Indonésie indiquent qu'ils souscrivent aux arguments de la République dominicaine établissant une distinction entre les éléments "prohibitifs" et d'"exception/de réserve" figurant à l'article 20 et les incidences de cette distinction sur l'attribution de la charge de la preuve au titre de l'article 20. Voir aussi la réponse de la République dominicaine à la question n° 104 du Groupe spécial, citée plus haut dans la note de bas de page 4656.

[4664] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 369 à 372.

[4665] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 374 et note de bas de page 305.

[4666] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 375.

[4667] Cuba, première communication écrite, paragraphe 322.

[4668] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 102 et 103.

[4669] Indonésie, première communication écrite, paragraphes 289 à 291 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*; et au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 25).

[4670] Australie, première communication écrite, paragraphe 428 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 16).

général aux titulaires des marques.[4671] L'Australie considère que l'article 20 n'est pas une exception pour les mesures qui sont par ailleurs incompatibles avec les dispositions pertinentes de l'Accord sur les ADPIC. Elle fait en outre valoir que la première phrase ne peut pas être interprétée, ainsi que la République dominicaine semble l'indiquer, comme établissant une prohibition qui fait ensuite l'objet d'une exception en raison de l'expression "de manière injustifiable". En fait, la première phrase de l'article 20 établit une obligation positive unique: "[l]'usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales ne sera pas entravé de manière injustifiable par des prescriptions spéciales". Une entrave à l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales est incompatible avec l'article 20 uniquement s'il est montré que cette entrave est injustifiable. Établir qu'une entrave est "injustifiable" est donc un élément *prima facie* qu'un plaignant doit établir afin de prouver qu'il y a violation de cette disposition.[4672]

7.2146. De l'avis de l'Australie, l'article 20 est semblable à d'autres dispositions des accords visés qui exigent qu'un plaignant établisse qu'un certain seuil a été franchi (quelle que soit la manière dont ce seuil pourrait être défini). L'article 20 n'interdit pas toutes les mesures qui imposent des entraves à l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales, mais seulement celles qui "entravent de manière injustifiable" l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales. Tout comme un plaignant doit démontrer au titre de l'Annexe C 1) a) de l'Accord SPS qu'un retard est "injustifié", un plaignant doit démontrer au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC qu'une entrave est "injustifiable".[4673] L'obligation d'un plaignant d'établir *prima facie* le caractère injustifiable est d'autant plus évidente lorsque, comme en l'espèce, la mesure en cause fournit une justification pour l'entrave d'après son libellé même.[4674]

7.3.5.2.2 Principaux arguments des tierces parties

7.2147. Le Brésil indique que, si un Membre de l'OMC estime qu'un autre Membre a adopté une mesure incompatible avec l'obligation énoncée à l'article 20, il devrait fournir des éléments de preuve allant dans ce sens tandis que le défendeur resterait tenu de démontrer le contraire.[4675]

7.2148. Le Canada fait valoir que l'article 20 est construit de telle sorte qu'il établit l'obligation positive pour les Membres de ne pas imposer de prescriptions spéciales qui entravent de manière injustifiable l'usage d'une marque. L'expression "de manière injustifiable" figurant dans le texte ne crée pas une exception (à la différence de l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC ou de l'article XX du GATT de 1994), mais constitue plutôt un élément de l'obligation. Le Canada ne convient donc pas avec les plaignants que la charge de prouver qu'une mesure est "justifiable" passe au Membre défendeur. Comme cela est indiqué dans une note du Secrétariat de l'OMC, lorsque des "critères de nécessité" sont inclus dans une disposition énonçant une obligation, la charge de prouver que la mesure en cause ne satisfait pas à l'exigence de nécessité incombe à la partie plaignante. Il en va de même dans le cas de l'article 20 et de l'élément de "manière injustifiable". En d'autres termes, les plaignants doivent montrer, dans le cadre de leurs éléments *prima facie*, que la mesure en question est "injustifiable". Une fois que ces éléments *prima facie* sont établis, alors il incombe au défendeur d'avancer des arguments et des éléments de preuve suffisants pour réfuter ces éléments.[4676]

7.2149. L'Union européenne fait valoir que, s'agissant de l'attribution de la charge de la preuve, la dissociation de l'obligation énoncée à l'article 20 semble artificielle en ce qui concerne l'obligation voulant que "[l]'usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales ne sera pas entravé de manière injustifiable par des prescriptions spéciales". Selon l'Organe d'appel, "[l]a charge de la preuve incombe à la partie, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, qui établit, par voie d'affirmation, une allégation ou un moyen de défense particulier". Il incombe donc au plaignant d'établir *prima facie* que le défendeur a manqué à son

[4671] Australie, première communication écrite, paragraphe 406.
[4672] Australie, première communication écrite, paragraphe 428. Voir aussi Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 179.
[4673] Australie, première communication écrite, paragraphes 429 et 430.
[4674] Australie, première communication écrite, paragraphe 431.
[4675] Brésil, communication en tant que tierce partie, paragraphe 34. Voir aussi *ibid.* paragraphe 49.
[4676] Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphe 75 (faisant référence au Groupe de travail de la réglementation intérieure, "Les critères de nécessité à l'OMC", Note du Secrétariat, S/WPDR/W/27/Add.1, 18 janvier 2011, paragraphes 6 et 7 (mettant à jour le document S/WPDR/W/27, 2 décembre 2003)).

obligation voulant que "[l]'usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales ne sera pas entravé de manière injustifiable par des prescriptions spéciales".[4677]

7.2150. La Nouvelle-Zélande estime qu'un plaignant doit démontrer chacun des éléments ci-après afin d'établir qu'il y a violation de l'article 20: la mesure en cause impose des *prescriptions spéciales* concernant l'usage de marques; les prescriptions spéciales *entravent* l'*usage* d'une marque *au cours d'opérations commerciales*; et la mesure en cause impose l'entrave *de manière injustifiable*.[4678]

7.2151. La Norvège fait valoir que l'Accord sur les ADPIC ne prévoit pas le droit de faire usage d'une marque, et que la réglementation intérieure de l'usage et de l'exploitation des droits de propriété intellectuelle appartient en grande partie aux Membres. Par conséquent, l'"usage" n'est pas un principe fondamental de l'Accord sur les ADPIC, et il n'existe pas de "présomption d'usage dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC".[4679] Compte tenu de cela, l'article 20 n'est pas formulé, et ne fonctionne pas, comme une exception à un quelconque "droit d'usage". En outre, contrairement à ce que la République dominicaine fait valoir, l'article 20 n'est pas structuré comme une prohibition intégrant une exception.[4680] En fait, la Norvège souscrit à la position de l'Australie selon laquelle l'article 20 est qualifié de la manière la plus appropriée d'"obligation positive unique" comme c'est le cas dans l'Annexe C 1) a) de l'Accord SPS.[4681] Sur cette base, la Norvège estime que la charge de la preuve au titre de l'article 20 incombe aux plaignants, y compris l'établissement d'éléments *prima facie* englobant tous les éléments du critère juridique relatif à l'expression "de manière injustifiable".[4682]

7.2152. Singapour estime qu'il est bien établi que la charge de la preuve incombe à la partie, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, qui établit, par voie d'affirmation, une allégation ou un moyen de défense particulier. À cet égard, l'article 20 est une disposition imposant une obligation positive – de ne pas entraver de manière injustifiable l'usage d'une marque par une prescription spéciale – plutôt qu'une exception qui peut être invoquée pour se défendre contre une allégation de violation. Bien que le critère "de manière injustifiable" soit mentionné dans cet article, il ne s'ensuit pas, comme les plaignants semblent l'indiquer, que la charge de justifier la mesure passe au défendeur lorsque les autres éléments de l'allégation de violation de l'article 20 sont établis. C'est aux plaignants qu'incombe la charge initiale d'établir tous les éléments de l'allégation de violation de l'article 20 au moyen d'éléments *prima facie*, y compris que la mesure est une entrave injustifiable. C'est seulement lorsque cela est fait qu'il est présumé que ce qui est allégué est vrai et que la charge de réfuter cette présomption passe au défendeur. Il n'existe aucune présomption si seulement certains des éléments de l'allégation sont établis par les plaignants.[4683]

7.2153. La Turquie considère que l'obligation énoncée à l'article 20 est de nature positive plutôt qu'exceptionnelle. L'emploi de l'expression "de manière injustifiable" à l'article 20 ne change pas la nature positive de l'obligation. La Turquie estime que la logique de l'article 2.2 de l'Accord OTC peut s'appliquer de manière analogue à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC. Le Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* a établi que la charge de la preuve incombait à la partie alléguant une violation de l'article 2.2 de l'Accord OTC. La Turquie estime que cette approche éclaire la détermination de la charge de la preuve au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC.[4684] Elle souligne également que, comme le Groupe spécial *Argentine – Mesures à l'importation* l'a indiqué, "[l]a collaboration des parties à un différend est essentielle pour qu'un

[4677] Union européenne, communication en tant que tierce partie, paragraphe 37 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 16).
[4678] Nouvelle-Zélande, communication en tant que tierce partie, paragraphe 44. (italique dans l'original)
[4679] Norvège, communication en tant que tierce partie, paragraphe 70 (citant Honduras, première communication écrite, paragraphe 316).
[4680] Norvège, communication en tant que tierce partie, paragraphe 71 (faisant référence à République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 343).
[4681] Norvège, communication en tant que tierce partie, paragraphe 72 (faisant référence à Australie, première communication écrite, paragraphes 428 à 430).
[4682] Norvège, communication en tant que tierce partie, paragraphe 73.
[4683] Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphe 38 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 16).
[4684] Turquie, communication en tant que tierce partie, paragraphes 24 et 25 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.381).

groupe spécial puisse s'acquitter de sa fonction consistant à procéder à "une évaluation objective de la question dont il est saisi"".[4685]

7.3.5.2.3 Analyse du Groupe spécial

7.2154. Nous rappelons que l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC se lit comme suit:

> L'usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales ne sera pas entravé de manière injustifiable par des prescriptions spéciales, telles que l'usage simultané d'une autre marque, l'usage sous une forme spéciale, ou l'usage d'une manière qui nuise à sa capacité de distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises. Cela n'exclura pas une prescription exigeant l'usage de la marque identifiant l'entreprise qui produit les produits ou les services conjointement, mais sans établir de lien entre les deux, avec la marque distinguant les produits ou les services spécifiques en question de cette entreprise.

7.2155. Nous interprétons les deux phrases de l'article 20 comme exprimant une obligation unique. L'élément essentiel de cette obligation est exprimé dans sa première phrase, qui interdit les prescriptions spéciales qui "entravent de manière injustifiable" l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales. Cette obligation est nuancée par la seconde phrase, qui identifie un type de prescription qui doit être considérée comme étant admissible.

7.2156. Selon une lecture simple de ses termes, les éléments ci-après devraient être établis afin de constater qu'il y a violation de l'obligation fondamentale figurant dans la première phrase de l'article 20:

a. l'existence de "prescriptions spéciales";

b. que ces prescriptions spéciales "entravent" "[l]'usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales"; et

c. qu'elles le font "de manière injustifiable".

7.2157. Nous étudierons chacun des trois aspects en détail plus loin. Avant de le faire, toutefois, nous traitons la question de la charge de la preuve au titre de l'article 20.

7.2158. Conformément à la pratique suivie par divers tribunaux internationaux, l'Organe d'appel a approuvé le principe selon lequel il appartenait à la partie qui affirme un fait, que ce soit le plaignant ou le défendeur, d'en apporter la preuve. La charge de la preuve incombe à la partie, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, qui établit, par voie d'affirmation, une allégation ou un moyen de défense particulier.[4686] De même, la partie invoquant, dans ses moyens de défense, une disposition qui est une exception à l'obligation dont il est allégué qu'elle a été violée (c'est-à-dire le défendeur) a la charge de prouver que les conditions énoncées dans l'exception sont remplies.[4687]

7.2159. S'agissant du niveau de preuve requis, l'Organe d'appel a précisé que la partie ayant la charge de la preuve devait présenter des éléments de preuve suffisants pour établir *prima facie* que ce qui était allégué était vrai. Pour l'Organe d'appel, les éléments *prima facie* sont "ce qui, en l'absence de réfutation effective par la partie défenderesse, fait obligation au groupe spécial, en droit, de statuer en faveur de la partie plaignante fournissant le commencement de preuve".[4688] Une fois que ces éléments *prima facie* sont établis, la charge de la preuve passe à l'autre partie, qui n'aura pas gain de cause si elle ne fournit pas des éléments de preuve suffisants pour réfuter

[4685] Turquie, communication en tant que tierce partie, paragraphe 27 (citant les rapports du Groupe spécial *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphe 6.31).
[4686] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 16.
[4687] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 16.
[4688] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 104. Cela a été confirmé par l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Produits agricoles II*, paragraphes 121 et 122; et *Japon – Pommes*, paragraphe 159.

l'allégation et par là même la présomption.[4689] La tâche du groupe spécial sera donc d'examiner tous les éléments de preuve versés au dossier et de décider si le plaignant, en tant que partie ayant la charge de la preuve, l'a convaincu de la validité de ses allégations au point d'établir des éléments *prima facie*, et si le défendeur a suffisamment réfuté ces éléments *prima facie*.[4690]

7.2160. La quantité et la nature précises des éléments de preuve qui seront nécessaires pour établir une présomption que ce qui est allégué est vrai (c'est-à-dire ce qui est nécessaire pour établir des éléments *prima facie*) varieront d'une mesure à l'autre, d'une disposition à l'autre et d'une affaire à l'autre.[4691] L'Organe d'appel a expliqué que "[l]a présentation d'éléments *prima facie* doit reposer sur "les éléments de preuve *et* les arguments juridiques" avancés par la partie plaignante relativement à *chacun* des éléments de l'allégation". Cela signifie qu'une "partie plaignante ne peut pas tout simplement présenter des éléments de preuve et escompter que le groupe spécial devine, au regard de ces éléments, une allégation d'incompatibilité avec les règles de l'OMC. Une partie plaignante ne peut pas non plus simplement alléguer des faits sans les rapporter à ses arguments juridiques."[4692]

7.2161. Conformément à ces principes généraux de la charge de la preuve, les parties conviennent qu'il incombe aux plaignants d'établir *prima facie* que les mesures TPP équivalent à des prescriptions spéciales qui entravent l'usage de marques au cours d'opérations commerciales au sens de l'article 20.[4693]

7.2162. Toutefois, les parties sont en désaccord sur le point de savoir à quelle partie incombe la charge de la preuve en ce qui concerne la question de savoir si cet usage est entravé "de manière injustifiable". Les plaignants sont d'avis que, une fois qu'ils ont établi que les mesures TPP équivalent à des prescriptions spéciales qui entravent l'usage de marques au cours d'opérations commerciales au sens de l'article 20, la charge de prouver que l'entrave est justifiable passe au défendeur.[4694] La République dominicaine et l'Indonésie considèrent que l'article 20 établit une prohibition générale des entraves à l'usage d'une marque, qui fait ensuite l'objet d'une exception par le biais de l'utilisation de l'expression "de manière injustifiable". La République dominicaine fait valoir que cela découle de la structure grammaticale du libellé de l'article 20, qui se lit comme suit: "ne sera pas entravé".[4695] Elle fait en outre valoir que l'"aspect prohibitif" de l'article 20 établit une "présomption" en faveur de l'usage non entravé d'une marque, qui déclenche une obligation de faire en sorte que toute entrave soit justifiable.[4696] Dans le même ordre d'idées, le Honduras fait valoir que, si un Membre souhaite modifier la "situation par défaut consistant en un usage sans empêchement", il lui incombe de faire en sorte que cette entrave soit justifiable.[4697]

7.2163. Nous ne sommes pas convaincus que le libellé de l'article 20 implique que la charge de démontrer le "caractère justifiable" d'entraves relevant de cette disposition devrait passer au défendeur. Nous ne trouvons aucune indication dans le texte, y compris dans sa structure grammaticale, de l'existence d'une "présomption" ou d'une "situation par défaut" d'usage non entravé, ou de l'existence d'une relation "prohibition" et "exception" entre un principe d'usage non entravé et une exception pour des entraves "justifiables", comme les plaignants semblent l'indiquer.

7.2164. L'article 20, tel qu'il est libellé, n'interdit pas en principe toutes les mesures qui imposent des entraves à l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales. En fait, il interdit

[4689] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 16; *Japon – Produits agricoles II*, paragraphes 121 et 122; et rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur*, paragraphe 7.14.

[4690] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur*, paragraphes 7.14 et 7.15.

[4691] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 16. Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *Corée – Produits laitiers*, paragraphes 143 à 145; et *Thaïlande – Poutres en H*, paragraphe 132 (notant l'absence d'une disposition dans le Mémorandum d'accord qui exigerait d'un groupe spécial qu'il se prononce expressément sur le point de savoir si le plaignant a établi *prima facie* l'existence d'une violation avant d'examiner les moyens de défense et les éléments de preuve du défendeur).

[4692] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 140. (italique dans l'original)

[4693] Voir plus haut les paragraphes 7.2141, 7.2142 et 7.2145; Indonésie, réponse à la question n° 40 du Groupe spécial; et Honduras, réponse à la question n° 40 du Groupe spécial.

[4694] Voir plus haut les paragraphes 7.2140 à 7.2142, 7.2144 et 7.2145.

[4695] Voir plus haut les paragraphes 7.2141 et 7.2144.

[4696] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 344 et 345.

[4697] Voir plus haut le paragraphe 7.2140.

uniquement les prescriptions spéciales qui "entravent de manière injustifiable" l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales.[4698] La structure de la première phrase de l'article 20 donne à penser qu'elle établit une obligation unique, et non une obligation et une exception y relative: "[l]'usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales ne sera pas entravé de manière injustifiable par des prescriptions spéciales". Si les rédacteurs avaient voulu établir une prohibition générale des entraves et une exception pour celles qui sont justifiables, il nous semble qu'ils auraient pu, par exemple, rédiger l'obligation comme suit: l'usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales ne sera pas entravé par des prescriptions spéciales, à moins que cette entrave ne soit justifiable. L'engagement contracté par les Membres aux termes de l'article 20 est donc de ne pas "entrav[er] de manière injustifiable par des prescriptions spéciales" l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales. La seconde partie de la phrase, introduite par l'expression "telles que", indique trois exemples de situations spécifiques visées par cette disposition, à savoir l'"usage simultané d'une autre marque, l'usage sous une forme spéciale, ou l'usage d'une manière qui nuise à sa capacité de distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises".[4699]

7.2165. Le fait que l'obligation est formulée en partie en utilisant l'expression négative "de manière *in*justifiable" (pas d'italique dans l'original) ne modifie pas cette conclusion à notre avis. Nous notons à cet égard que d'autres dispositions des accords visés recourent à de telles formulations "négatives", sans que cela implique nécessairement un déplacement de la charge de la preuve dans les procédures de règlement des différends. Par exemple, dans sa première phrase, l'article 2.2 de l'Accord OTC dispose ce qui suit: "Les Membres feront en sorte que l'élaboration, l'adoption ou l'application des règlements techniques n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles *non nécessaires* au commerce international" (pas d'italique dans l'original). En dépit de l'utilisation de l'expression "*non nécessaires*" dans cette phrase, l'Organe d'appel n'a pas considéré que la charge initiale de démontrer cet élément d'une violation incombait au défendeur.[4700] Nous notons que l'Organe d'appel a de même considéré que l'article 2.4 de l'Accord OTC, qui contient un libellé analogue à celui d'une exception (en utilisant l'expression "sauf lorsque"), était une obligation unique.[4701]

7.2166. Le Honduras cherche également des éléments étayant sa position dans le sens ordinaire du terme "justifiable". À son avis, ce terme signifie "défendable", ce qui lui donne à penser que le défendeur a la charge de "justifier" une mesure qui relève des exemples énumérés à l'article 20.[4702] La République dominicaine fait valoir qu'il ne devrait pas incomber au plaignant de prouver la proposition négative – c'est-à-dire, qu'il n'existe aucun motif justifiant les entraves imposées par le défendeur.[4703] Cuba soutient qu'il serait inapproprié d'exiger d'un plaignant qu'il identifie et réfute une justification qu'il ne connaît peut-être pas ou qu'il ne peut peut-être pas préciser.[4704] L'Indonésie estime que le défendeur serait mieux à même de fournir les renseignements et éléments de preuve qui ont servi de base à la justification.[4705]

7.2167. Comme il a été noté plus haut, l'engagement contracté par les Membres aux termes de l'article 20 est de ne pas "entrav[er] de manière injustifiable". Bien que cette formulation implique effectivement, à notre avis, qu'il y aura des circonstances dans lesquelles une "entrave" au sens de l'article 20 sera "justifiable", et que le défendeur, en tant que Membre ayant pris les mesures,

[4698] Nous notons également que l'Accord sur les ADPIC lui-même, lorsqu'il vise à établir une présomption, le fait expressément. Voir l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC et les articles 7 3), 15 2) et 15 4) a) de la Convention de Berne tels qu'ils sont incorporés dans l'Accord sur les ADPIC par une référence figurant à l'article 9:1 de l'Accord.

[4699] Le contexte immédiat fourni par la seconde phrase de l'article 20 donne également à penser que cet article établit une obligation unique, désignée par le terme "[c]ela" dans la seconde phrase.

[4700] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 379; et *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 323. Voir aussi les rapports du Groupe spécial *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 7.434. Comme nous l'avons noté plus haut au paragraphe 7.27, il n'est pas contesté que la charge d'établir que les mesures TPP sont incompatibles avec l'article 2.2 de l'Accord OTC incombe aux plaignants.

[4701] Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphes 274 et 275, également cité dans le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.628. L'article 3.1 et 3.3 de l'Accord SPS a été interprété d'une façon semblable. Rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 104.

[4702] Voir plus haut le paragraphe 7.2140.

[4703] Voir plus haut le paragraphe 7.2141.

[4704] Voir plus haut le paragraphe 7.2142.

[4705] Voir plus haut le paragraphe 7.2144.

peut être dans une position privilégiée pour expliquer, en réponse à une possible démonstration *prima facie* de l'existence d'une violation, pourquoi une entrave spécifique est justifiable, cette circonstance n'est pas déterminante en soi de l'attribution initiale de la charge de la preuve dans les procédures de règlement des différends.[4706]

7.2168. Nous notons que des considérations semblables ont été examinées dans le contexte d'autres accords visés. Dans le contexte de l'Accord SPS, dans lequel les Membres de l'OMC s'engagent à respecter un certain nombre d'obligations spécifiques en ce qui concerne l'adoption et l'application de mesures sanitaires et phytosanitaires, l'Organe d'appel a considéré qu'un groupe spécial avait commis une erreur en attribuant la charge de la preuve en général au Membre imposant les mesures en cause.[4707] Ce faisant, l'Organe d'appel a réaffirmé que le plaignant avait pour tâche de présenter des éléments de preuve et des arguments juridiques suffisants pour démontrer l'existence d'une violation des obligations figurant dans chaque disposition pertinente spécifique de l'Accord SPS.[4708] De même, la deuxième phrase de l'article 2.2 de l'Accord OTC, également invoquée dans les présents différends, dispose qu'"[à] cette fin, les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif *légitime*, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait" (pas d'italique dans l'original). Nonobstant le fait que l'"objectif légitime" en cause est l'objectif poursuivi par le Membre ayant adopté la mesure contestée, la charge d'établir une violation *prima facie* sur la base de tous les éléments pertinents de la disposition incombe au Membre plaignant. L'Organe d'appel a confirmé cette position, lorsqu'il s'est dit préoccupé, dans un différend ultérieur, par le fait que, "bien que le Groupe spécial ait reconnu, au début de son analyse, que la charge de prouver qu'un objectif n'était *pas* légitime revenait aux plaignants, son raisonnement donn[ait] parfois à penser qu'il faisait au contraire peser sur [le défendeur] la charge de prouver que [son] objectif était légitime".[4709]

7.2169. En conclusion, conformément aux principes généraux sur la charge de la preuve dans le système de règlement des différends de l'OMC, tels que confirmés par l'Organe d'appel à plusieurs reprises, la charge initiale de montrer que toutes entraves adoptées par le défendeur sont justifiables n'incombe pas à ce dernier. Nous concluons donc que c'est aux plaignants qu'il incombe d'établir *prima facie* que les mesures TPP équivalent à des prescriptions spéciales et que l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales est entravé de manière injustifiable par ces prescriptions.

7.2170. Nous sommes conscients que cette attribution de la charge de la preuve initiale ne se rapporte pas au critère de la preuve nécessaire pour établir des éléments *prima facie*, et n'épuise pas non plus les responsabilités respectives des parties dans la production d'éléments de preuve au cours de la procédure. Comme l'Organe d'appel l'a fait observer, l'application des règles sur l'attribution de la charge de la preuve ne devrait pas conduire à "une énonciation mécanique de la fonction de la charge de la preuve" ou à "un amalgame incorrect de la charge et du critère de la preuve".[4710]

7.2171. S'agissant de la préoccupation de la République dominicaine selon laquelle il ne devrait pas incomber au plaignant de prouver la proposition négative – c'est-à-dire, qu'il n'existe aucun motif justifiant les entraves imposées par le défendeur, nous notons que le fait que les plaignants sont tenus de fournir des éléments *prima facie* en ce qui concerne tous les éléments d'une violation alléguée de l'article 20 n'implique pas nécessairement qu'ils devraient démontrer qu'il n'existe *aucun* motif justifiant une entrave. En fait, c'est aux plaignants qu'il incomberait d'établir *prima facie* que l'entrave est imposée "de manière injustifiable"; une fois que cela a été fait, la charge de prouver le contraire en présentant des arguments et des éléments de preuve suffisants à cet effet passerait au défendeur. Conformément aux principes généraux de la charge de la preuve examinés plus haut aux paragraphes 7.2158 à 7.2160, il incombe à chaque partie alléguant un fait particulier de présenter les arguments et éléments de preuve à l'appui de cette affirmation. Par conséquent, dans la mesure, où le défendeur considère que, contrairement à ce que les plaignants affirment, aucune entrave découlant des mesures contestées n'est

[4706] Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphes 276 à 281.
[4707] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 109, note de bas de page 71.
[4708] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 109.
[4709] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 449. (italique dans l'original)
[4710] Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique)*, paragraphe 7.34.

"injustifiable", il lui incombera de présenter les arguments et éléments de preuve suffisants pour réfuter tout élément *prima facie* établi par les plaignants à cet égard. En résumé, les plaignants ont avancé l'allégation positive selon laquelle les mesures TPP étaient incompatibles avec l'article 20, et avec chacun de ses éléments, et devaient établir le bien-fondé de cette allégation dans son intégralité, et non établir le bien-fondé d'une allégation concernant certains éléments de l'article 20.

7.2172. Compte tenu de ces déterminations préliminaires, nous examinons maintenant successivement:

a. si les mesures TPP comportent des "prescriptions spéciales" qui "entravent" l'usage d'une marque de fabrique ou de commerce au sens de l'article 20; et, dans l'affirmative,

b. si ces prescriptions entravent l'"usage d'une marque de fabrique ou de commerce" "au cours d'opérations commerciales" au sens de l'article 20; et, dans l'affirmative,

c. si elles le font "de manière injustifiable".

7.3.5.3 Question de savoir si les mesures TPP comportent des "prescriptions spéciales" qui "entravent" l'usage d'une marque de fabrique ou de commerce

7.2173. Comme il a été noté plus haut, les plaignants allèguent que les mesures TPP imposent des "prescriptions spéciales" qui "entravent" l'usage de marques au cours d'opérations commerciales.[4711] En particulier, à leur avis, l'expression "prescriptions spéciales" comprend les prohibitions de l'usage et le terme "entraver" est suffisamment large pour englober tout degré de caractère restrictif, y compris les prohibitions de l'usage.[4712]

7.2174. L'Australie convient que les mesures TPP imposent des "prescriptions spéciales" concernant l'usage de marques, dans la mesure où elles exigent que toute marque dénominative utilisée sur les produits du tabac et leur emballage pour la vente au détail doit apparaître sous une certaine forme. Toutefois, elle considère que l'expression "prescriptions spéciales" figurant à l'article 20 n'englobe pas les aspects des mesures TPP qui *interdisent* l'usage de certaines marques sur l'emballage pour la vente au détail de tabac et sur les produits du tabac.

7.2175. Nous rappelons que la première phrase de l'article 20 fait référence aux "prescriptions spéciales" qui "entravent" "l'usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales". Les parties fondent leurs vues sur le champ d'application de l'article 20, et en particulier sur la question de savoir s'il comprend les prohibitions de l'usage, sur leur interprétation des termes "prescriptions spéciales" et "entraver". Nous résumons d'abord les arguments pertinents des parties. Nous examinons ensuite, premièrement, le sens de l'expression "prescriptions spéciales" et, deuxièmement, le sens du terme "entraver" dans le contexte de l'article 20 et, enfin, la question de savoir si les mesures TPP comportent des "prescriptions spéciales" qui "entravent" l'usage de marques. Nous passerons au membre de phrase "l'usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales" dans la section suivante.

7.3.5.3.1 Sens de l'expression "prescriptions spéciales" et du terme "entravé" figurant à l'article 20

7.3.5.3.1.1 Principaux arguments des parties

7.2176. Le Honduras fait valoir que le sens ordinaire du mot "requirement" (prescription) est "'[a] thing that is *compulsory*', 'something that is needed or that *must* be done'" ("une chose qui est *obligatoire*", "quelque chose qui est nécessaire ou qui *doit* être fait").[4713] Dans la jurisprudence de

[4711] Voir plus haut le paragraphe 7.2132.
[4712] Voir plus loin la section 7.3.5.3.1.1.
[4713] Honduras, première communication écrite, paragraphe 277 (italique ajouté par le Honduras) (citant les Oxford Dictionaries en ligne, extraits HND (pièce HND-31); et le Merriam-Webster Dictionary en ligne, extraits HND (pièce HND-48)). Voir aussi Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 280.

l'OMC, ce terme a été interprété comme comprenant les "prohibitions".[4714] Le Honduras ajoute que le sens ordinaire du terme "special" (spécial) a été interprété dans le contexte de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC par le Groupe spécial *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur* comme signifiant quelque chose qui est "exceptionnel, distinctif ou limité dans son application".[4715] Les "prescriptions spéciales" soumises aux disciplines de l'article 20 sont donc des "mesures de nature obligatoire qui sont exceptionnelles, se rapportent aux éléments distinctifs d'une marque ou sont limitées dans leur application à des aspects particuliers des marques ou de leur usage".[4716]

7.2177. Le terme "encumber" (entraver) signifie "'[to] [r]estrict or impede (someone or something) in such a way that free action or movement is difficult'; et 'to impede or hamper the function or activity'" ("restreindre ou empêcher (quelqu'un ou quelque chose) de telle sorte que la liberté d'action ou de mouvement soit difficile"; et "empêcher ou gêner la fonction ou l'activité"). Par conséquent, l'article 20 réglemente les droits d'un Membre de restreindre, d'empêcher ou de gêner la fonction de "[l]'usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales". Le Honduras ajoute que la fonction clé de l'usage des marques est de différencier et de distinguer les produits du titulaire de la marque. Cette fonction est entravée lorsque l'usage d'une marque est restreint, empêché ou gêné.[4717] L'article 20 ne dit rien sur l'étendue ou la nature des "entraves" qui en relèvent. Le sens ordinaire du terme "encumber" (entraver) est donc suffisamment large pour englober tout type de restriction, "allant d'une restriction partielle à une prohibition totale de l'usage".[4718]

7.2178. Le Honduras fait un rapprochement avec le raisonnement de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Jeux*. Dans cette affaire, les États-Unis ont fait valoir que l'article XVI de l'AGCS (intitulé "Accès aux marchés") réglementait uniquement les limitations quantitatives précisément définies et ne s'étendait pas à une prohibition générale visant la fourniture d'un service.[4719] Cet argument a été rejeté à la fois par le Groupe spécial et l'Organe d'appel au motif que la nature et les effets des deux types de mesures n'étaient pas substantiellement différents.[4720] Selon le Honduras, cette affaire confirme son point de vue selon lequel le terme "entravé" figurant à l'article 20 couvre les prohibitions complètes d'une marque ainsi que les restrictions partielles.[4721]

7.2179. La République dominicaine fait valoir qu'une "prescription spéciale" désigne une condition imposée par des pouvoirs publics (la "prescription") qui est "inhabituelle" ou "hors du commun" ("spéciale"), soit parce que i) elle prescrit l'"usage" d'une marque d'une manière qui s'écarte du traitement habituel d'une marque; soit ii) parce qu'elle s'applique aux marques utilisées en relation avec un type particulier de produit ou de service; ou iii) les deux à la fois.[4722]

7.2180. Le sens du verbe "encumber" (entraver) est "hamper … burden" (gêner, grever) ou "act as a … restraint" (agir comme une limitation). Les entraves incluent donc toutes mesures qui grèvent, gênent ou restreignent la capacité d'utiliser une marque telle qu'elle a été enregistrée (ou, si elle n'est pas enregistrée, comme le titulaire l'utiliserait autrement).[4723] La force d'une entrave doit être évaluée en fonction de la mesure dans laquelle l'entrave affecte l'aptitude d'une

[4714] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 280 et 281 (faisant référence aux rapports des Groupes spéciaux *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*; *États-Unis – Maintien de la suspension*; et *Canada – Maintien de la suspension*). Bien que les rapports cités aient interprété le terme "prescriptions" dans le contexte de l'Accord SPS, le Honduras fait valoir qu'ils étayent son interprétation du champ de l'expression "prescriptions spéciales" figurant à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC. *Ibid*. paragraphe 281.

[4715] Honduras, première communication écrite, paragraphe 278 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, paragraphe 6.109).

[4716] Honduras, première communication écrite, paragraphes 278 et 282.

[4717] Honduras, première communication écrite, paragraphe 283 (faisant référence aux Oxford Dictionaries en ligne, extraits HND (pièce HND-31), définition de "encumber"; et le Merriam-Webster Dictionary en ligne, extraits HND (pièce HND-48), définition de "encumber").

[4718] Honduras, première communication écrite, paragraphe 285.

[4719] Honduras, première communication écrite, paragraphe 286 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphes 222 et 224).

[4720] Honduras, première communication écrite, paragraphe 286 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Jeux*, paragraphes 6.331 et 6.332; et au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphes 232 à 238).

[4721] Honduras, première communication écrite, paragraphe 286.

[4722] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 348.

[4723] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 349.

marque, dans son ensemble, à remplir sa fonction distinctive. Une entrave peut se situer sur une échelle allant d'une entrave peu importante à une entrave totale.[4724]

7.2181. Cuba fait valoir que le sens ordinaire du terme "requirement" (prescription) est "[s]omething called for or demanded; a condition which must be complied with" (une chose exigée ou demandée, une condition à remplir). Les mesures TPP contiennent des "prescriptions" en imposant un ensemble de conditions que les acteurs commerciaux participant à la fabrication et à la distribution de produits du tabac en Australie doivent remplir. Ces prescriptions sont "spéciales" parce qu'elles affectent uniquement les marques utilisées sur les produits du tabac.[4725] Les articles 20 1) et 26 2) de la Loi TPP indiquent clairement que l'Australie cherche spécifiquement à réglementer "l'usage de" marques sur l'emballage pour la vente au détail, sur les bagues pour cigares et sur les produits du tabac eux-mêmes.

7.2182. Le sens ordinaire pertinent du terme "encumber" (entraver) est "to hamper, impede … act as a check or restraint on" (gêner, empêcher … agir comme un frein ou une limitation à l'égard de). Ces restrictions de l'usage de marques peuvent dûment être qualifiées d'"entraves" car elles impliquent des "empêchements", des "freins" et des "limitations" à l'égard de l'usage et de l'affichage de marques par les titulaires de la marque et elles limitent la capacité des marques de distinguer des produits du tabac spécifiques d'autres produits du tabac. Une prohibition est aussi une "limitation" ou un "empêchement" à l'égard de l'usage d'une marque; de fait, c'est la limitation ou l'empêchement le plus important qui peut être imposé à l'égard de l'usage d'une marque.[4726]

7.2183. L'Indonésie fait valoir que les "prescriptions spéciales" sont des "prescriptions imposées qui: 1) s'appliquent à une catégorie limitée de produits; 2) s'appliquent uniquement dans un but particulier; ou 3) sont distinctes de celles qui s'appliquent généralement ou "habituellement"".[4727] Les mesures TPP relèvent du deuxième et du troisième exemple de la liste exemplative figurant dans la première phrase de l'article 20.[4728]

7.2184. Le terme "encumber" (entraver) signifie "[t]o burden with duties, obligations, or responsibilities" (grever de devoirs, d'obligations ou de responsabilités). Les prescriptions spéciales que vise l'article 20 doivent grever l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales.[4729] Lorsque les mesures TPP empêchent complètement l'usage de marques, ces mesures sont également des entraves au sens de l'article 20. De l'avis de l'Indonésie, ces mesures sont une "entrave" de la forme la plus extrême et, par conséquent, elles ne peuvent pas être justifiées à la lumière de l'objet et du but de l'Accord sur les ADPIC et du contexte de l'article 20.[4730]

7.2185. L'Australie estime que le sens ordinaire du terme "use" (usage), dans le contexte de l'article 20, est "[to] make use of (a thing), esp. for a particular end or purpose; utilize, turn to account" (faire usage de (une chose) à une fin ou pour des besoins particuliers; utiliser, mettre à profit). Elle fait valoir que, si le droit interne interdit complètement l'"usage" de certaines marques, alors ces marques ne sont pas "[utilisées] … au cours d'opérations commerciales" et l'article 20 n'est donc pas d'application. De plus, chacun des exemples de "prescription spéciale" figurant dans la première et la seconde phrase de l'article 20 fait référence à "*la manière* dont une marque peut être utilisée *lorsqu'elle est utilisée*, et non à la *question de savoir si* elle peut être utilisée".[4731]

[4724] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 351 et 352.

[4725] Cuba, première communication écrite, paragraphes 300 et 301 (citant le *Shorter Oxford English Dictionary*, 6ème édition, A. Stevenson (éd.) (Oxford University Press, 2007), volume 1 (pièce CUB-44), page 2541).

[4726] Cuba, première communication écrite, paragraphe 310 (citant le *Shorter Oxford English Dictionary*, 6ème édition, A. Stevenson (éd.) (Oxford University Press, 2007), volume 1 (pièce CUB-48), page 827) (italique ajouté par Cuba).

[4727] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 250.

[4728] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 257.

[4729] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 269 (faisant référence à *The Compact Oxford English Dictionary*, 2ème édition, J.A. Simpson and E.S.C. Weiner (éds) (Oxford University Press, 2000), page 512).

[4730] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 277.

[4731] Australie, première communication écrite, paragraphe 340 (faisant référence au *Shorter Oxford English Dictionary*, 6ème édition, A. Stevenson (éd.) (Oxford University Press, 2007),volume 2, pages 1974,

7.2186. L'Australie indique que la partie pertinente de la définition du verbe "encumber" (entraver) est la suivante: "[h]amper, impede …; act as a check or restraint on" (gêner, empêcher …; agir comme un frein ou une limitation à l'égard de). Selon l'Australie, il ressort clairement de la structure du membre de phrase "entravé … par des prescriptions spéciales" et, en particulier, de son emploi de la préposition "par", que l'entrave pertinente au titre de la première phrase de l'article 20 est l'entrave (le cas échéant) qui découle des prescriptions spéciales imposées par la mesure en cause. En d'autres termes, l'entrave est une conséquence ou un résultat des prescriptions spéciales.[4732]

7.2187. L'Australie fait valoir que l'article 19, intitulé "Obligation d'usage", prévoit spécifiquement que des "prescriptions des pouvoirs publics" peuvent interdire complètement l'usage d'une marque. Cet article reconnaît que des circonstances "indépendantes de la volonté du titulaire de la marque", y compris des "prescriptions [exogènes] des pouvoirs publics", peuvent empêcher "l'usage d'une marque de fabrique ou de commerce". Selon l'Australie, l'idée de l'article 19 est que tout "non-usage" involontaire de ce type est une "raison valable" de s'opposer à la radiation de l'enregistrement d'une marque au motif de non-usage. À son avis, ce contexte étaye l'interprétation selon laquelle l'article 20 (intitulé "Autres prescriptions") concerne les prescriptions spéciales imposées à l'usage d'une marque lorsque des "prescriptions des pouvoirs publics" n'interdisent pas par ailleurs son usage.[4733]

7.2188. L'Australie fait en outre valoir que l'objet et le but de l'Accord sur les ADPIC est d'assurer la protection adéquate et effective des droits de propriété intellectuelle que les Membres sont tenus de conférer au titre de l'Accord. Les droits que les Membres sont tenus de conférer au titre de l'Accord sur les ADPIC sont des droits d'exclusion négatifs. Rien dans l'Accord sur les ADPIC n'oblige les Membres à conférer un "droit d'usage" aux titulaires de droits de propriété intellectuelle, étant entendu que les questions relatives à l'usage et l'exploitation des droits de propriété intellectuelle relèvent essentiellement du droit interne. À la lumière de l'objet et du but de l'Accord sur les ADPIC, il est préférable d'interpréter l'article 20 comme imposant une discipline sur la manière dont un Membre peut entraver l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales lorsque ses lois et réglementations intérieures n'interdisent pas par ailleurs l'usage de cette marque.[4734]

7.2189. De l'avis de l'Australie, les implications d'une interprétation contraire de l'article 20 seraient profondes. Selon l'interprétation proposée par les plaignants, une prohibition de la publicité du tabac dans la presse écrite ou audiovisuelle ou une prohibition de l'affichage de matériel publicitaire et promotionnel, y compris les marques au point de vente – des mesures qu'ils ne contestent pas dans les présentes procédures – relèverait de l'article 20. Étant donné qu'il s'agit de politiques de lutte antitabac couramment employées par les Membres de l'OMC, les implications d'une constatation établissant que ces types de mesures relèvent de l'article 20 seraient extrêmement inquiétantes et devraient préoccuper tous les Membres de l'OMC. "[U]ne telle interprétation risque de faire entrer dans le champ d'application de l'article 20 un large éventail de mesures de politique publique que, de l'avis de l'Australie, l'article 20 n'a jamais été censé viser."[4735]

7.2190. En ce qui concerne l'argument de l'Australie selon lequel chacun des exemples de "prescriptions spéciales" figurant à l'article 20 fait référence à la manière dont une marque peut être utilisée lorsqu'elle est utilisée, le Honduras répond que les "prescriptions spéciales" énumérées à l'article 20 ne font pas exclusivement référence à des restrictions, mais peuvent aussi faire référence à la restriction suprême, à savoir une prohibition totale de l'usage. De plus, il

2341, 2363, 2509, 2541, 3312, 3445 et 3485, (Shorter Oxford English Dictionary, volume 2 extraits AUS) (pièce AUS-245), page 3485) (italique dans l'original).

[4732] Australie, première communication écrite, paragraphe 347 (faisant référence au *Shorter Oxford English Dictionary*, 6ème édition, A. Stevenson (éd.) (Oxford University Press, 2007), volume 1, pages 22, 56, 336, 341, 470, 489, 500, 542, 827, 888, 1252, 1271, 1364, 1412 et 1799, (Shorter Oxford English Dictionary, volume 1 extraits AUS, partie 1) (pièce AUS-243), page 827). Nous examinerons les arguments des parties sur le champ de l'expression "au cours d'opérations commerciales" et les usages pertinents d'une marque, dans les sections 7.3.5.4.1.1 et 7.3.5.4.2.1.

[4733] Australie, première communication écrite, paragraphe 341.

[4734] Australie, première communication écrite, paragraphe 342.

[4735] Australie, première communication écrite, paragraphes 343 et 345.

note que la liste des "prescriptions spéciales" n'est pas exhaustive. La disposition peut en principe englober d'autres mesures présentant un degré de caractère restrictif plus élevé.[4736]

7.2191. En ce qui concerne le recours de l'Australie à l'article 19 comme contexte pour étayer ses arguments au titre de l'article 20, le Honduras est d'avis que l'"article 19:1 n'autorise pas les actions des pouvoirs publics qui portent atteinte aux droits de *marque* en tant que tels, mais sert plutôt à protéger ces droits, lorsqu'ils sont affectés *d'une manière accessoire* par des mesures réglementant les produits".[4737]

7.2192. S'agissant des arguments de l'Australie concernant la nature des droits prévus dans l'Accord sur les ADPIC, le Honduras répond que "[l]e fait que des droits (négatifs) en matière de respect sont établis par d'autres dispositions de l'Accord sur les ADPIC, telles que l'article 16:1, ne détermine pas le champ d'application de l'obligation énoncée à l'article 20. L'article 20 est une disposition indépendante, qui ne fait pas référence à des droits (négatifs) en matière de respect, mais protège le caractère distinctif des marques en soumettant à des disciplines un large éventail de prescriptions spéciales des pouvoirs publics qui entravent de manière injustifiable l'usage d'une marque."[4738]

7.2193. En réponse aux préoccupations de l'Australie concernant les implications systémiques plus générales, le Honduras fait valoir qu'"[u]ne mesure réglementaire générale, telle qu'une interdiction de la publicité, n'est pas une "prescription *spéciale*" concernant l'usage d'une marque car elle ne traite pas les éléments distinctifs d'une marque et son application n'est pas limitée à un aspect particulier des marques". Le terme "spéciale" attire l'attention sur le fait que l'article 20 a trait aux prescriptions relatives à la marque qui ont "spécifiquement" une incidence sur les conditions de l'usage de la marque en imposant des prescriptions sur son usage commercial. Les prescriptions qui affectent d'une manière accessoire l'usage d'une marque mais sont sans rapport avec la marque et ses fonctions, comme les interdictions générales de la publicité, ne sont pas des "prescriptions spéciales" aux fins de l'article 20. En outre, cette mesure générale ne relèverait d'aucun des exemples de prescriptions spéciales énoncés à l'article 20.[4739]

7.2194. La République dominicaine répond que rien dans le libellé de l'article 20 n'exige que l'interprète d'un traité demande, à titre liminaire, si une marque est utilisée. En fait, le texte demande si "*[l]'usage* d'une marque de fabrique ou de commerce [*est*] *entravé*". La République dominicaine estime qu'une prohibition de l'usage d'une marque gêne, empêche et limite clairement l'acte de mettre une marque en œuvre, ou de l'employer et de l'appliquer, ou y fait clairement obstruction. En outre, les trois exemples servent simplement à illustrer le champ d'application de l'article 20; ils ne définissent pas la disposition de manière exhaustive. La République dominicaine ajoute que "le résultat de l'interprétation serait étrange si un Membre était tenu de justifier une *faible* forme d'entrave affectant l'aptitude d'une marque à remplir sa fonction, mais était par ailleurs libéré de toute discipline prévue à l'article 20 pour une forme *importante* d'entrave allant à l'encontre de la fonction d'une marque."[4740]

7.2195. S'agissant de l'article 19, la République dominicaine fait valoir que cet article traite simplement les conséquences pour l'enregistrement du non-usage involontaire de la marque et ne dit rien sur la nécessité de justifier une prescription différente (c'est-à-dire une prescription autre qu'une obligation d'usage pour maintenir l'enregistrement) qui entrave l'usage d'une marque.[4741]

7.2196. S'agissant de la préoccupation de l'Australie selon laquelle l'inclusion d'une prohibition de l'usage dans le champ d'application de l'article 20 soumettrait à un examen minutieux la décision d'un Membre d'interdire la publicité pour des produits particuliers, la République dominicaine répond que l'"article 20 ne vise pas les mesures qui ont une *incidence accessoire* sur les marques, et "qui sont *sans rapport par ailleurs avec la marque et sa fonction*", telles que les interdictions de publicité ou les restrictions visant la disponibilité d'un produit".[4742] Selon le texte, l'article 20 ne

[4736] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 284.
[4737] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 285. (italique dans l'original)
[4738] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 286.
[4739] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 295. (italique dans l'original)
[4740] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 102 à 106. (italique dans l'original)
[4741] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 107.
[4742] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 108 (faisant référence à la communication de l'Union européenne en tant que tierce partie, paragraphe 15). (italique dans l'original)

s'applique pas à chaque entrave à l'usage d'une marque. En fait, il s'applique uniquement aux entraves qui découlent d'une "prescription spéciale". L'expression "prescription spéciale" fait référence aux mesures qui établissent des conditions juridiques réglementant directement la marque elle-même. Par exemple, une mesure qui réglemente un produit ou un service – par opposition à une marque utilisée sur ces produits – n'impose pas une "prescription spéciale" concernant les marques, même si la mesure a des effets accessoires sur l'usage d'une marque.[4743]

7.2197. Cuba répond que le sens ordinaire du terme "prescription" comprend une prescription imposant de ne pas faire quelque chose ou, en d'autres termes, comprend une "prohibition". Une "prescription" peut être exprimée sous une forme positive ou négative, et comprend donc les mesures prohibant l'usage de la marque. Par conséquent, le terme "prescription" est plus large que le terme "prohibition", mais il ne fait aucun doute qu'il comprend également les prohibitions. "Prohiber" n'est rien d'autre que "prescrire négativement" que quelque chose soit fait ou non. En outre, les mesures TPP imposent à la fois des prescriptions négatives et positives en prohibant l'usage de toutes les marques, et en prescrivant, par exemple, l'usage de noms de marques dans un format et une police spécifiques. Par conséquent, les mesures TPP établissent une série de prescriptions positives et négatives concernant l'usage de la marque.[4744]

7.2198. Cuba invoque comme contexte pertinent l'article XI du GATT de 1994, qui élimine les "prohibitions ou restrictions" à l'importation, et a été interprété comme faisant référence à des "conditions qui limitent" ou des prescriptions à l'importation, la prohibition étant la prescription de restriction ou de limitation maximale.[4745]

7.2199. Cuba ajoute que ce n'est pas toute prescription, ayant un rapport même lointain avec l'usage de la marque au cours d'opérations commerciales, qui serait visée par l'objet de l'article 20, comme l'Australie le donne à entendre à tort. Les prescriptions pertinentes relatives à la marque et les dispositions correspondantes de la Loi TPP sont directement et spécifiquement liées à l'usage de la marque, et imposent des prescriptions "spéciales" à la fois négatives et positives concernant l'usage de la marque. Par conséquent, elles sont suffisamment "spéciales" pour être visées par l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC.[4746]

7.2200. L'Indonésie répond que l'Australie "crée un argument circulaire en alléguant qu'une prohibition de l'usage ne peut pas être visée par l'article 20 parce qu'il n'y a aucun usage au cours d'opérations commerciales". S'agissant de la liste exemplative de "prescriptions spéciales", l'utilisation de l'expression "telles que" à l'article 20 indique clairement que les exemples mentionnés ne constituent pas une liste exhaustive et qu'un large éventail de prescriptions spéciales pourraient être visées par l'article 20, à condition qu'elles entravent l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales. L'Indonésie soutient que rien dans le libellé de l'article 20 n'étaye le point de vue selon lequel une prescription spéciale prohibant l'usage au cours d'opérations commerciales est exclue du champ d'application de l'article 20.[4747]

7.2201. L'Indonésie fait valoir que l'article 19 porte sur une circonstance unique concernant l'usage d'une marque – à savoir, le cas où il est obligatoire de faire usage d'une marque pour l'enregistrement, mais où des obstacles à l'usage indépendants de la volonté du titulaire de la marque (par exemple, des prescriptions à l'importation) empêchent cet usage. Pour l'Indonésie, une fois qu'il est donné son sens approprié à l'article 19, il devient clair que, si l'article 20 ne traite pas les prohibitions de l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales, aucune autre disposition ne le fera.[4748]

7.2202. L'Indonésie considère également que la position de l'Australie, selon laquelle les droits devant être conférés au titre de l'Accord sur les ADPIC sont des droits d'exclusion négatifs, apporterait seulement la moitié de la protection exigée et, de ce fait, serait incompatible avec l'objet et le but de l'Accord sur les ADPIC. À son avis, l'interprétation de l'Australie créerait une situation intenable dans laquelle l'Accord sur les ADPIC permettrait aux Membres d'être

[4743] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 110.
[4744] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 71 et 72.
[4745] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 73 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *Inde – Automobiles*, paragraphes 7.269 et 7.270).
[4746] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 75 à 77.
[4747] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 116.
[4748] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphes 122 à 124.

entièrement libres d'imposer une prohibition de l'usage d'une marque sans justification ou explication, mais les obligerait à fournir une justification et une explication lorsqu'ils imposent des limitations de l'usage d'une marque.[4749]

7.2203. Par ailleurs, l'Indonésie considère que la préoccupation de l'Australie, selon laquelle l'inclusion de prohibitions de l'usage dans le champ d'application de l'article 20 compromettrait d'autres politiques de lutte antitabac largement utilisées, telles que les interdictions de la publicité ou les interdictions par produit, est spécieuse. Elle fait valoir qu'il y a une distinction entre une prohibition générale visant la disponibilité d'un produit et une prohibition de l'usage d'une marque spécifique ou d'une catégorie spéciale de marques sur un produit légalement mis sur le marché. L'article 20 ne concerne pas l'application de toutes les prescriptions, quelles qu'elles soient, qui peuvent entraver indirectement l'usage de marques. En fait, il porte sur l'application de "prescriptions spéciales". Une prohibition générale, par exemple de la vente d'un produit sur un marché ou de la publicité en général, ne répond pas à la définition d'une "prescription spéciale" concernant l'usage d'une marque.[4750]

7.3.5.3.1.2 Principaux arguments des tierces parties

7.2204. L'Argentine souscrit à l'interprétation de l'Australie selon laquelle, alors que l'article 20 énonce certaines conditions en ce qui concerne l'usage d'une marque, il ne dit rien sur la question de savoir si elle peut être utilisée ou non.[4751]

7.2205. Le Brésil n'est pas convaincu qu'une prohibition de l'usage de marques n'entrerait pas dans le champ d'application de l'article 20. Il ne semble pas non plus approprié, à son avis, d'affirmer que l'article 19 pouvait servir de contexte valable pour cette interprétation. De l'avis du Brésil, l'article 19 fait référence à des prescriptions concernant les produits ou les services eux-mêmes (par exemple, des prescriptions techniques ou sanitaires), et non les marques. La liste non exhaustive d'exemples de prescriptions spéciales (introduite par l'expression "telles que") n'exclut pas en soi une prohibition de l'usage du champ d'application de l'article 20. À la lumière d'une définition donnée dans le *Shorter Oxford English Dictionary*, une prohibition semble être une forme d'entrave. En outre, si une prohibition de l'usage était réputée aller au-delà du champ d'application de l'article 20, alors une faille dans l'Accord sur les ADPIC pourrait être créée, en vertu de laquelle il serait possible de contourner l'obligation "aucune entrave injustifiable" en prohibant complètement l'usage des marques.[4752]

7.2206. Le Canada fait valoir que les exemples de prescriptions énumérés à l'article 20 ont trait à *la manière* dont une marque peut être utilisée. À son avis, les restrictions relatives à la question de savoir *si* une marque peut être utilisée (par exemple, celles qui interdisent son usage sur des produits ou dans la publicité) ou à celle de savoir *où* une marque peut être utilisée (par exemple, celles qui déterminent l'usage sur des parties spécifiées de l'emballage du produit) ne sont pas des "prescriptions spéciales" aux fins de l'article 20. L'article 20 ne dit pas expressément qu'il est interdit à un Membre de prohiber ou de limiter l'usage d'une marque. L'absence d'un tel libellé indique que les Membres ont cherché à préserver cette flexibilité réglementaire. Par conséquent, "[c]ompte tenu du sens ordinaire des mots, dans leur contexte, l'expression "prescriptions spéciales" figurant à l'article 20 doit être interprétée d'une manière étroite comme signifiant ce qui suit: exigences impératives qui ont un champ d'application limité ou un effet limité[4753] sur la manière dont une marque peut être utilisée."[4754] Bien que le Canada convienne avec le Honduras que l'article 19:1 protège les marques lorsqu'elles sont affectées "d'une manière accessoire" par des mesures réglementant les produits, il est clair à son avis que le texte ne limite pas la protection des marques à ces "types" de circonstances. Le texte n'empêche pas que d'autres types de mesures, telles que celles qui réglementent directement l'usage de marques ou les produits, constituent des "circonstances" pouvant être considérées comme des raisons valables justifiant le non-usage d'une marque. Pour le Canada, l'interprétation étroite avancée par le Honduras n'est

[4749] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 125.
[4750] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphes 126 et 127.
[4751] Argentine, communication en tant que tierce partie, paragraphe 10.
[4752] Brésil, communication en tant que tierce partie, paragraphes 40 à 43.
[4753] (note de bas de page de l'original) Par exemple, la prescription peut être limitée dans son application, ou son effet, à une catégorie particulière de marques ou de produits.
[4754] Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphes 64 à 67.

pas étayée par le texte et limiterait de manière indéfendable la portée de la protection accordée au titre de l'article 19:1.[4755]

7.2207. La Chine est d'avis que, lorsque l'usage d'une marque est prohibé, son usage est "entravé". Les trois prescriptions spéciales mentionnées à l'article 20 sont des illustrations non exhaustives, comme l'indique l'expression "telles que".[4756]

7.2208. L'Union européenne considère que l'article 20 s'applique aux cas où les Membres de l'OMC imposent des prescriptions équivalant à des "entraves" à l'usage de marques en ce qui concerne des produits et des services désignés qui peuvent être commercialisés. L'article 20 ne s'applique pas à des restrictions de la commercialisation de produits et services. En vertu de l'Accord sur les ADPIC, les Membres de l'OMC ont conservé leur droit souverain de prohiber la commercialisation de produits et de services désignés, ou de lui imposer des conditions. Le mot "spécial" est souvent "utilisé avec un grand nombre de termes juridiques pour indiquer des exemples ou des cas particuliers ou distinctifs de la chose, de l'action ou de la personne en question". À l'article 20, la particularité ou le caractère distinctif des "prescriptions" doit être interprété de manière à se rapporter à l'objet spécifique de cette disposition. L'article 20 concerne l'usage d'une marque. Par conséquent, la notion de "prescription spéciale" ne vise pas les prescriptions qui affectent l'usage de marques mais qui sont par ailleurs sans rapport avec les marques et leur fonction (c'est-à-dire donner des renseignements qui permettent au public de faire une distinction entre les produits ou services de différentes entreprises). Par exemple, une restriction absolue de la publicité des produits du tabac dans la presse écrite ou audiovisuelle n'est pas visée et ne serait donc pas soumise au critère de l'article 20. Toutefois, les mesures qui sont spécifiques aux marques, y compris celles qui interdisent spécifiquement l'usage de marques sur l'étiquetage de produits ou dans la publicité, équivaudraient à des "prescriptions spéciales".[4757]

7.2209. L'Union européenne soutient que l'article 19 de l'Accord sur les ADPIC ne change pas cette conclusion. Cet article (intitulé "Obligation d'usage") fait référence d'une manière générale aux "restrictions à l'importation ou autres prescriptions des pouvoirs publics visant les produits ou les services". En outre, ce membre de phrase est juste un exemple ("par exemple") d'obstacle à l'usage d'une marque, ce qui indique qu'il peut y avoir d'autres obstacles à cet usage. Le fait que l'article 20 est intitulé "Autres prescriptions" doit être lu à la lumière du titre de l'article 19 et de sa première phrase portant sur l'obligation de faire usage d'une marque. Cela ne signifie pas que les "prescriptions spéciales" prévues à l'article 20 et les "autres prescriptions des pouvoirs publics" prévues à l'article 19 sont des concepts qui s'excluent mutuellement.[4758] Le texte de l'article 19 ne fait pas de distinction selon que les marques sont affectées d'une manière accessoire ou directement par des mesures. Il peut donc être applicable dans les deux cas.[4759]

7.2210. Le Guatemala interprète l'article 19 comme traitant spécifiquement de l'"obligation d'usage" pour "maintenir un enregistrement", alors que l'article 20 porte sur d'"autres prescriptions", à l'exclusion de l'"obligation d'usage" dont il est question à l'article 19. L'article 20 s'applique à condition que la prescription en cause ne soit pas une "obligation d'usage" pour "maintenir un enregistrement". Le Guatemala considère que l'article 20 s'applique à une prohibition totale. Par conséquent, il estime que l'expression "entravé de manière injustifiable" englobe les prohibitions ou les "empêchements" injustifiables de l'usage d'une marque. Il n'est pas convaincu que l'Accord sur les ADPIC permet aux Membres d'être entièrement libres d'imposer des prohibitions mais pas d'imposer des limitations de l'usage de marques.[4760]

7.2211. Le Japon estime qu'une prohibition de l'usage d'une marque constitue une "prescription spéciale" au sens de l'article 20 car cette prohibition affaiblit la capacité d'un titulaire de marques de distinguer ses produits ou services de ceux d'autres opérateurs économiques. À son avis, l'interprétation proposée par l'Australie donnerait des résultats contraires au sens commun. Les conditions qui affectent, mais n'interdisent pas, l'usage d'une marque seraient autorisées au titre

[4755] Canada, réponse en tant que tierce partie à la question n° 12 du Groupe spécial, paragraphes 25 et 26.

[4756] Chine, communication en tant que tierce partie, paragraphe 39.

[4757] Union européenne, communication en tant que tierce partie, paragraphes 13 à 17 (faisant référecne au Oxford English Dictionary en ligne, définition de "special", adresse consultée le 8 avril 2015).

[4758] Union européenne, communication en tant que tierce partie, paragraphe 18.

[4759] Union européenne, réponse en tant que tierce partie à la question n° 12 du Groupe spécial, paragraphe 46.

[4760] Guatemala, communication en tant que tierce partie, paragraphes 21 à 23.

de l'article 20 uniquement si ces restrictions étaient justifiables. Cependant, selon l'interprétation de l'Australie, une prohibition totale de l'usage d'une marque serait toujours autorisée sans aucune discipline, même si elle enlèverait effectivement de la valeur à la marque.[4761]

7.2212. Le Malawi affirme que l'Accord sur les ADPIC protège le "droit minimal assorti de réserves de faire usage de marques valablement enregistrées".[4762] S'agissant de l'article 20, il considère qu'une prohibition de l'usage d'une marque équivaut à l'entrave suprême.[4763]

7.2213. La Nouvelle-Zélande estime que l'expression "prescriptions spéciales" doit être interprétée suivant le sens ordinaire à attribuer à l'expression dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'Accord sur les ADPIC. Elle note que chacun des exemples de la liste non exhaustive concerne l'usage d'une marque.[4764] Elle soutient que l'affirmation du Honduras selon laquelle l'article 19 sert à protéger les marques lorsqu'elles sont affectées "d'une manière accessoire" par des mesures réglementant des produits n'a aucun fondement dans le texte de la disposition.[4765]

7.2214. Le Nicaragua fait valoir que l'article 20 confirme que l'"usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales" est une question visée par l'Accord sur les ADPIC. L'Accord fait donc plus que traiter les marques comme de simples droits négatifs et protège l'usage d'une marque. L'article 20 protège la fonction distinctive des marques. Les prescriptions spéciales concernant l'usage d'une marque qui entravent l'usage comprennent la prescription spéciale imposant de ne pas faire usage de la marque sur le produit dans le commerce de détail. Les prescriptions réglementaires générales qui peuvent affecter l'usage de marques, telles que les restrictions de la publicité, ne sont pas visées par l'article 20 parce qu'elles ne sont pas "spécifiques" à l'usage d'une marque de telle sorte qu'elles seraient des prescriptions "spéciales".[4766] Le Nicaragua convient avec le Honduras que l'article 19 est axé sur la protection contre la radiation de l'enregistrement d'une marque en raison du non-usage en présence d'une interdiction ou d'une restriction de la commercialisation ou de la mise sur le marché d'un produit pour lequel la marque est enregistrée.[4767]

7.2215. La Norvège fait valoir que, bien que l'article 20 fasse référence à l'usage d'une marque, ses termes n'imposent pas aux Membres de l'OMC l'obligation d'accorder un "droit d'usage". L'article 20 traite de réglementations des pouvoirs publics et de ses limites si une marque est utilisée. La Norvège souscrit à la position de l'Australie selon laquelle les mesures prohibant l'usage d'une marque ne relèvent pas de l'article 20. Elle note que les trois exemples énumérés à l'article 20 concernent tous la *manière* dont une marque est utilisée. L'article 19 reconnaît le droit des Membres d'imposer des mesures créant un "obstacle" à l'usage d'une marque. Une conséquence logique de la reconnaissance à l'article 19 du droit des Membres d'empêcher l'usage d'une marque est que l'expression "prescriptions spéciales" figurant à l'article 20 ne fait pas référence à des prescriptions de ce genre, mais fait plutôt référence à des obligations imposées dans des situations où l'usage d'une marque n'est pas prohibé.[4768]

7.2216. Oman approuve les arguments juridiques et les éléments de preuve factuels exposés dans les communications adressées par l'Australie au Groupe spécial.[4769]

7.2217. Singapour fait valoir que l'article 20 n'énonce pas d'obligation de permettre l'usage d'une marque. L'application de la règle *ejusdem generis* étaye l'interprétation selon laquelle une prohibition de l'usage de marques ne relève pas de ce que l'on entend par des prescriptions spéciales qui entravent l'usage de marques parce qu'elle n'est pas du même type que les prescriptions spéciales énumérées. Cette interprétation est confirmée par l'historique de la négociation de l'article 20 qui, d'après les explications des commentateurs, visait certaines pratiques existant pendant le Cycle d'Uruguay, telles que le fait d'exiger que les marques étrangères soient utilisées avec la marque ou le nom de la marque du titulaire local de la licence.

[4761] Japon, communication en tant que tierce partie, paragraphes 12 et 14.
[4762] Malawi, communication en tant que tierce partie, paragraphe 18.
[4763] Malawi, déclaration en tant que tierce partie, paragraphe 15.
[4764] Nouvelle-Zélande, communication en tant que tierce partie, paragraphes 45 et 51.
[4765] Nouvelle-Zélande, réponse en tant que tierce partie à la question n° 12 du Groupe spécial, page 7.
[4766] Nicaragua, communication en tant que tierce partie, paragraphes 26 et 27.
[4767] Nicaragua, réponse en tant que tierce partie à la question n° 12 du Groupe spécial, page 9.
[4768] Norvège, communication en tant que tierce partie, paragraphes 35 et 49 à 51; et Norvège, réponse en tant que tierce partie à la question n° 13 du Groupe spécial, paragraphes 24 à 26.
[4769] Oman, déclaration en tant que tierce partie, paragraphe 4.

Les pratiques examinées n'incluaient pas les prohibitions de l'usage des marques. Pour ces raisons, Singapour est d'avis que les aspects des mesures TPP qui interdisent l'usage de marques "non dénominatives" ne relèvent pas de l'article 20.[4770] Elle considère également que la seconde phrase de l'article 19:1 n'énonce pas de manière exhaustive les types de situations qui peuvent constituer des "obstacles à l'usage de marques".[4771]

7.2218. La Zambie affirme que les mesures TPP imposent des "prescriptions spéciales" draconiennes en ce qui concerne les marques dénominatives et interdisent totalement l'usage de toutes les autres marques, et imposent ainsi l'"entrave suprême" à l'usage de marques.[4772]

7.2219. Le Zimbabwe considère que le droit d'usage est protégé en droit international, en particulier aux articles 16 et 20 de l'Accord sur les ADPIC. Par conséquent, il considère que l'Australie manque à ses obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC en prohibant l'usage de marques sur les produits du tabac. Les mesures TPP imposent l'entrave suprême en interdisant presque totalement aux titulaires de marques de faire usage de leurs marques enregistrées sur des produits licites.[4773]

7.3.5.3.1.3 Analyse du Groupe spécial

7.2220. Comme il est indiqué plus haut, l'article 20 a trait aux "prescriptions spéciales" qui "entravent" l'usage d'une marque, et une constatation de violation de l'article 20 impliquerait donc, en premier lieu, de constater que ces "prescriptions spéciales" existent et qu'elles "entravent" l'usage d'une marque. Les parties ont des points de vue divergents sur le sens de ces termes figurant à l'article 20. Par conséquent, nous examinons d'abord cette question.

Sens de l'expression "prescriptions spéciales"

7.2221. Comme il est indiqué plus haut, les parties sont en désaccord sur la mesure dans laquelle les prohibitions de l'usage d'une marque peuvent constituer des "prescriptions spéciales" au sens de l'article 20. Nous examinons donc le sens ordinaire de cette expression, prise dans son contexte et à la lumière de son objet et de son but et de ceux de l'Accord sur les ADPIC.[4774]

7.2222. Le terme "requirement" (prescription) désigne "[s]omething called for or demanded; a condition which must be complied with" (une chose exigée ou demandée, une condition à remplir).[4775] Ce terme a été interprété dans le contexte de divers autres accords visés. Par exemple, dans le contexte d'une analyse de l'Annexe A 1) de l'Accord SPS, le Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques* "[a] not[é] que le terme "prescriptions" [avait] une large portée": "[p]ar exemple, tant une autorisation de commercialiser un produit particulier qu'une interdiction de la commercialisation d'un produit particulier peuvent être considérées comme des "prescriptions" en ce sens que l'une est effectivement une prescription imposant de permettre la commercialisation d'un produit et l'autre une prescription imposant d'interdire la commercialisation d'un produit."[4776] Nous pensons comme ce Groupe spécial que le sens courant du terme "prescription" n'implique pas de permettre une certaine action ou un certain comportement, à l'exclusion de l'interdiction ou de la prohibition de certaines actions. Nous examinons maintenant le contexte spécifique dans lequel le terme est utilisé.

7.2223. À l'article 20, l'objet spécifique du terme "prescriptions" est l'"usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales". Le terme "prescriptions" est qualifié par l'adjectif "spéciales". L'utilisation du terme "spéciales" évoque deux connotations pertinentes. La première est la suivante: "[h]aving a close or exclusive connection with a specified person, thing, or set; own, particular, individual"; "specific, individual, or particular to the specified

[4770] Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphes 43 à 45.
[4771] Singapour, réponse en tant que tierce partie à la question n° 12 du Groupe spécial, page 6.
[4772] Zambie, déclaration en tant que tierce partie, paragraphe 12.
[4773] Zimbabwe, communication en tant que tierce partie, paragraphes 34 et 35.
[4774] Voir plus haut, par exemple, le paragraphe 7.1822.
[4775] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "requirement", <http://www.oed.com/view/Entry/163260?redirectedFrom=requirement#eid>, adresse consultée le 2 mai 2017.
[4776] Rapport du Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphe 7.1334. Voir aussi les rapports du Groupe spécial *États-Unis – Maintien de la suspension*, paragraphe 7.433; et *Canada – Maintien de la suspension*, paragraphe 7.424.

person, thing, or set"; ou "[h]aving an individual, particular, or limited application, object, or intention; affecting or concerning a single person, thing, group" ("ayant un lien étroit ou exclusif avec une personne, une chose ou un ensemble spécifié; propre, particulier, individuel"; "spécifique, individuel ou particulier à la personne, la chose ou l'ensemble spécifié"; ou "ayant une application, un objet ou une intention individuel, particulier ou limité; affectant ou concernant une personne, une chose, un groupe unique").[4777] La seconde connotation a trait au fait d'être "[e]xceptional in quality or degree; unusual; out of the ordinary" (de qualité ou de degré exceptionnels; inhabituel; hors du commun).[4778] Toutes les parties font référence au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, dans lequel le Groupe spécial a examiné le sens de l'expression "cas spéciaux" figurant à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, qui a trait aux limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits s'agissant du droit d'auteur.[4779] Le Groupe spécial a expliqué dans ce contexte que "[l]e terme "spécial" signifi[ait] "ayant une application ou une fin particulière ou limitée", "détaillé; précis, spécifique", "d'une qualité ou d'une importance exceptionnelle; inhabituel; hors du commun" ou "reconnaissable d'une certaine façon"".[4780]

7.2224. À notre avis, il découle du sens ordinaire du terme "spéciales" que les "prescriptions" pertinentes au titre de l'article 20 sont limitées dans leur application. Les "prescriptions" auxquelles il est fait référence doivent avoir "un lien étroit ou exclusif" avec leur objet spécifique, à savoir, dans le contexte de l'article 20, l'"usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales".

7.2225. L'Australie fait valoir que si le droit interne interdit complètement l'"usage" de certaines marques, alors ces marques ne sont pas "[utilisées] … au cours d'opérations commerciales" et l'article 20 n'est donc pas d'application. À l'appui de sa position, elle signale que chacun des exemples de "prescription spéciale" figurant dans les première et seconde phrases de l'article 20 fait référence à la manière dont une marque peut être utilisée lorsqu'elle est utilisée, et non à la question de savoir si elle peut être utilisée. Les trois situations spécifiques indiquées dans la première phrase sont les suivantes: usage simultané d'une autre marque; usage sous une forme spéciale; et usage d'une manière qui nuise à sa capacité de distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises. La seconde phrase fait référence à l'usage de la marque identifiant l'entreprise qui produit les produits ou les services conjointement, mais sans établir de lien entre les deux, avec la marque distinguant les produits ou les services spécifiques en question de cette entreprise, usage qui n'est pas exclu.

7.2226. Les exemples introduits pas les mots "telles que" dans la première phrase de l'article 20 peuvent nous aider à comprendre quel est le champ d'application de l'article 20, dans la mesure où ils donnent une illustration de situations dans lesquelles des prescriptions spéciales sont imposées en relation avec l'usage de marques au cours d'opérations commerciales qui relèvent de l'article 20.[4781] Nous notons que l'expression "telles que" est placée immédiatement après l'expression "prescriptions spéciales", ce qui indique que l'énumération qui suit donne des exemples de "prescriptions spéciales".[4782] Alors qu'il apparaît que ces trois exemples ont trait, tels

[4777] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "special", <http://www.oed.com/view/Entry/185972?rskey=j7u0X4&result=1#eid>, adresse consultée le 2 mai 2017.

[4778] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "special", <http://www.oed.com/view/Entry/185972?rskey=j7u0X4&result=1#eid>, adresse consultée le 2 mai 2017.

[4779] L'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, qui a trait au droit d'auteur, dispose ce qui suit: "Les Membres restreindront les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit."

[4780] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, paragraphe 6.109. Voir Honduras, première communication écrite, paragraphe 278; République dominicaine, première communication écrite, note de bas de page 289; Cuba, première communication écrite, note de bas de page 388; Indonésie, première communication écrite, paragraphe 250; et Australie, première communication écrite, note de bas de page 529.

[4781] Nous examinerons plus loin dans la section 7.3.5.5.2.4 les vues des parties sur la question de savoir si les entraves qui relèvent de la liste exemplative sont présumées être injustifiables.

[4782] Comme la République dominicaine et le Canada l'ont noté, dans la version française, l'expression "telles que" au pluriel fait référence à l'expression "des prescriptions spéciales". Voir République dominicaine, réponse à la question n° 39 du Groupe spécial, paragraphe 157; et Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphes 69 à 72. Dans le texte français, la première phrase de l'article 20 se lit comme suit: "L'usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales ne sera pas entravé de manière injustifiable par des prescriptions spéciales, telles que l'usage simultané d'une autre marque,

qu'ils sont libellés, à des situations dans lesquelles une marque peut être utilisée, à certaines conditions, cette liste, précédée par l'expression "telles que", est exemplative. À notre avis, par conséquent, cela n'implique pas que d'autres types de prescriptions, y compris une prescription équivalant à une *prohibition* de l'usage, seraient exclues du champ d'application de l'article 20.

7.2227. De même, le fait que la seconde phrase de l'article 20 indique expressément qu'une situation spécifique, sans rapport avec une prohibition de l'usage d'une marque, n'est "pas exclue" n'implique pas, à notre avis, que les situations dans lesquelles l'usage d'une marque *est* totalement interdit ne seraient pas visées par les termes de la première phrase.

7.2228. Comme il est indiqué plus haut, les parties ont également fait référence au titre et au texte de l'article 19 comme contexte pertinent pour étayer leurs positions respectives. L'article 19 est intitulé "Obligation d'usage", alors que l'article 20 est intitulé "Autres prescriptions". La prescription traitée par l'article 19 est la prescription qui peut exister dans le droit interne imposant qu'une marque soit utilisée comme condition du maintien de son enregistrement. Les "autres prescriptions" du titre de l'article 20 font évidemment référence à quelque chose d'autre que l'obligation d'usage traitée à l'article 19.

7.2229. L'Australie fait valoir que la seconde phrase de l'article 19 prévoit que des "prescriptions des pouvoirs publics" peuvent interdire l'usage de marques, ce qui implique à son avis que l'article 20 concerne les "prescriptions spéciales" concernant l'usage de marques lorsque des "prescriptions des pouvoirs publics" n'interdisent pas par ailleurs cet usage.[4783] Le Honduras répond que la seconde phrase de l'article 19 envisage uniquement des situations dans lesquelles les marques sont affectées d'une manière accessoire par des mesures réglementant les produits.[4784]

7.2230. La seconde phrase de l'article 19 dispose que "[l]es circonstances indépendantes de la volonté du titulaire de la marque qui constituent un obstacle à l'usage de la marque, par exemple des restrictions à l'importation ou autres prescriptions des pouvoirs publics visant les produits ou les services protégés par la marque, seront considérées comme des raisons valables justifiant le non-usage". Nous notons que cette phrase n'établit pas de distinction entre les prescriptions des pouvoirs publics qui affectent d'une manière accessoire ou directement les marques. En outre, à notre avis, les "prescriptions des pouvoirs publics" auxquelles il est fait référence dans la seconde phrase de l'article 19 et les "prescriptions spéciales" dont il est question à l'article 20 ne sont pas des notions qui s'excluent mutuellement. Le fait que l'article 19 prévoit l'existence d'une mesure des pouvoirs publics qui empêche l'usage d'une marque et traite les conséquences de telles mesures pour le maintien de l'enregistrement sur la base de l'usage ne traite pas, en tant que tel, la question de savoir si une quelconque mesure de ce type équivaudrait à une prescription spéciale affectant l'usage d'une marque et serait soumise aux disciplines de l'article 20. À la lumière de ces éléments, nous ne sommes pas convaincus que l'article 19 étaye l'idée que le champ d'application des "prescriptions spéciales" mentionnées à l'article 20 se limite aux situations dans lesquelles l'usage de la marque pertinente est autorisé.

7.2231. Les éléments susmentionnés donnent à penser que l'expression "prescriptions spéciales" désigne une condition à remplir, qui a un lien étroit avec l'"usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales" ou qui concerne spécifiquement un tel usage, et qui est limitée dans son application. Cela peut comprendre une prescription imposant de ne pas faire quelque chose, en particulier une prohibition de l'usage d'une marque.

7.2232. Pour les plaignants, la question pertinente n'est pas de savoir si une marque est utilisée, mais plutôt si son usage est entravé.[4785] Nous convenons que la question pertinente, aux fins de déterminer si des "prescriptions spéciales" peuvent être considérées comme "entravant l'usage d'une marque de fabrique ou de commerce", n'est pas celle de savoir si la marque *est* utilisée, mais plutôt si son usage est *entravé* par les "prescriptions spéciales" en cause. Nous examinons maintenant le sens du terme "entraver", qui fournit également un contexte pertinent supplémentaire pour notre compréhension de l'expression "prescriptions spéciales".

---

l'usage sous une forme spéciale, ou l'usage d'une manière qui nuise à sa capacité de distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises." Le texte espagnol est "*como por ejemplo*".

[4783] Australie, première communication écrite, paragraphe 341.

[4784] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 285.

[4785] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 102.

7.2233. Avant de passer à cette question, nous notons que toutes les parties conviennent, quoique pour des raisons différentes, qu'une mesure réglementaire générale, telle qu'une interdiction de la publicité, ne serait pas visée par les disciplines de l'article 20.[4786] Les plaignants et certaines tierces parties arrivent à cette conclusion au motif que ces mesures réglementaires générales ne sont pas des "prescriptions *spéciales*", car elles ne concernent pas spécifiquement les conditions régissant l'usage d'une marque; à leur avis, les prescriptions réglementaires qui affectent d'une manière accessoire l'usage d'une marque mais sont sans rapport avec la marque et ses fonctions, ne sont pas des "prescriptions spéciales" aux fins de l'article 20.[4787] L'Australie et certaines tierces parties arrivent à la même conclusion au motif que les prohibitions de l'usage de marques ne sont pas visées par l'article 20.[4788] Nous notons ces positions, mais nous ne jugeons pas nécessaire aux fins des présents différends de prendre position sur la mesure dans laquelle de quelconques mesures particulières dont nous ne sommes pas saisis dans les présentes procédures peuvent ou non être visées par cette disposition. En particulier, rien dans nos constatations ne devrait être considéré comme donnant à penser que le type d'usage d'une marque qui peut être affecté par des mesures relevant de l'article 20 est nécessairement limité à un usage prenant la forme de l'application d'une marque sur un produit proposé à la vente.

Sens du terme "entraver"

7.2234. Selon les termes de l'article 20, les "prescriptions spéciales" peuvent donner lieu à une violation de cette disposition uniquement si elles "*entravent*" l'"usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales". Le terme "entraver" éclaire donc également le lien qui doit exister entre les "prescriptions spéciales" en cause et l'"usage d'une marque de fabrique ou de commerce", aux fins de l'article 20. Spécifiquement, le terme "entravé" définit le type de situation dans laquelle une "prescription spéciale" affectant l'"usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales" relève de l'article 20. Si les "prescriptions spéciales" n'"entravent" pas l'"usage d'une marque de fabrique ou de commerce", il n'y aura pas violation de cette disposition.[4789]

7.2235. Le verbe "encumber" (entraver) est défini comme suit: "[r]estrict or impede (someone or something) in such a way that free action or movement is difficult" (restreindre ou empêcher (quelqu'un ou quelque chose) de telle sorte que la liberté d'action ou de mouvement soit difficile)[4790]; "impede or hamper the function or activity" ("empêcher ou gêner la fonction ou l'activité")[4791]; et "to hamper" (gêner) ou "to burden" (grever).[4792] Les synonymes de ce terme comprennent les termes "hamper" (gêner), "hinder" (faire obstacle), "obstruct" (faire obstruction), "limit" (limiter) ou "restrain" (restreindre).[4793] Par conséquent, les "prescriptions spéciales" qui restreindraient ou empêcheraient l'usage d'une marque relèveraient de l'article 20, dans la mesure où elles restreindraient cet usage "au cours d'opérations commerciales".

7.2236. Sans préjudice, à ce stade de notre analyse, du sens à donner au membre de phrase "au cours d'opérations commerciales" figurant à l'article 20, nous ne voyons aucune raison de supposer qu'une "prescription spéciale" prohibant totalement l'usage d'une marque ne ferait pas "obstacle" à l'usage de cette marque ou ne le "gênerait" pas. En fait, si l'usage d'une marque est prohibé, il est "entravé" dans la plus grande mesure possible. Nous ne sommes donc pas

[4786] Voir plus haut la section 7.3.5.3.1.1.

[4787] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 295; République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 108 et 110; Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 75 à 77; Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphes 126 et 127; Union européenne, communication en tant que tierce partie, paragraphe 16; et Nicaragua, communication en tant que tierce partie, paragraphe 27.

[4788] Australie, première communication écrite, paragraphes 343 et 345; et Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphe 64.

[4789] En outre, pour qu'il y ait violation de l'article 20, l'usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales doit être entravé par des prescriptions spéciales "de manière injustifiable". Nous examinerons plus loin dans la section 7.3.5.5.1 le sens de l'expression "de manière injustifiable".

[4790] Oxford Dictionaries en ligne, British & World English, définition de "encumber", <https://en.oxforddictionaries.com/definition/encumber>, adresse consultée le 2 mai 2017.

[4791] Merriam-Webster Dictionary en ligne, définition de "encumber", <https://www.merriam-webster.com/dictionary/encumber>, adresse consultée le 2 mai 2017.

[4792] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "encumber", <http://www.oed.com/view/Entry/61832?rskey=9GoJbi&result=2&isAdvanced=false#eid>, adresse consultée le 2 mai 2017.

[4793] Oxford Dictionaries en ligne, English synonyms, synonymes de "encumber", <https://en.oxforddictionaries.com/thesaurus/encumber>, adresse consultée le 2 mai 2017.

convaincus que les termes de l'article 20 impliquent que seules les "prescriptions spéciales" qui détermineraient *comment* une marque peut être utilisée, à l'exclusion des prescriptions spéciales interdisant totalement l'usage d'une marque, peuvent être considérées comme "entravant l'usage" de cette marque.

7.2237. Bien qu'elle ait trait à des termes en partie différents dans des contextes différents, cette interprétation est compatible avec l'approche indiquée dans les décisions citées plus haut au titre de l'Accord SPS[4794], et dans les décisions au titre de l'AGCS, où une prohibition de l'accès aux marchés a été considérée comme équivalant à une limitation quantitative au titre de l'article XVI de l'AGCS.[4795]

7.2238. Nous sommes également d'accord avec les plaignants et les tierces parties qui font valoir qu'il serait "contraire au sens commun" de considérer qu'une mesure qui restreint l'usage d'une marque serait soumise aux disciplines de l'article 20, alors qu'une mesure d'une portée beaucoup plus large consistant à interdire cet usage ne le serait pas. Spécifiquement, à notre avis, une telle interprétation irait à l'encontre de l'objet même de cette disposition. Elle créerait une distinction illogique entre une prescription très restrictive qui ressemble énormément à une prohibition pure et simple, qui aurait besoin d'être justifiée, et une prohibition pure et simple de l'usage, qui selon cette interprétation n'aurait pas à être justifiée.

7.2239. À notre avis, par conséquent, les entraves découlant de prescriptions spéciales au sens de l'article 20 peuvent aller d'entraves limitées, telles que celles qui résultent des types spécifiques de prescriptions mentionnées dans les première et seconde phrases de l'article 20, à des entraves plus étendues, telles qu'une prohibition de l'usage d'une marque dans certaines situations.

7.3.5.3.2 Application aux mesures TPP

7.2240. Comme il est indiqué plus en détail plus haut[4796], les mesures TPP réglementent de différentes manières l'apparence des marques sur l'emballage pour la vente au détail de tabac et sur les produits du tabac. En ce qui concerne l'emballage pour la vente au détail de produits du tabac, les mesures TPP autorisent l'usage de marques dénominatives qui indiquent le nom de la marque, la raison sociale ou le nom de la société, ou le nom de variante du produit, à condition que ces marques apparaissent sous la forme prescrite par le Règlement TPP. Elles interdisent l'usage de marques dénominatives stylisées, de marques composées et de marques figuratives.[4797] S'agissant des produits du tabac, les mesures TPP interdisent l'usage de toutes les marques sur les cigarettes. En ce qui concerne les cigares, elles autorisent l'usage de marques qui indiquent le nom de la marque, la raison sociale ou le nom de la société, ou le nom de variante du produit, ainsi que le pays d'origine, dès lors que ces marques apparaissent sous la forme prescrite par le Règlement TPP.

7.2241. Comme il a été indiqué, toutes les parties conviennent que les mesures TPP imposent des "prescriptions spéciales" en ce qui concerne les marques dénominatives, dans la mesure où elles autorisent l'usage de marques dénominatives mais exigent qu'elles apparaissent sous la forme prescrite par le Règlement TPP.[4798] Ces prescriptions ont un lien avec l'usage des marques, et affectent l'usage des marques, en autorisant expressément leur usage uniquement d'une manière prescrite. Les mesures doivent être respectées et sont limitées dans leur application à l'usage de marques sur les produits du tabac et leur emballage. Nous constatons donc que les prescriptions des mesures TPP autorisant l'usage de marques dénominatives sur l'emballage pour la vente au détail de tabac et sur les cigares uniquement sous la forme prescrite constituent des "prescriptions spéciales" au sens de l'article 20. Nous notons également que ces prescriptions, qui exigent que les marques dénominatives soient utilisées sans aucun élément stylisé et dans une seule police de caractères et une seule couleur standardisés, constituent un "usage sous une forme spéciale" au

[4794] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 280 et 281 (faisant référence aux rapports des Groupes spéciaux *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*; *États-Unis – Maintien de la suspension*; et *Canada – Maintien de la suspension*).

[4795] Honduras, première communication écrite, paragraphe 286 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Jeux*, paragraphes 6.331 et 6.332; et au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphes 232 à 238).

[4796] Voir plus haut les sections 2.1.2.3.3 et 2.1.2.4.

[4797] Pour une explication de la terminologie utilisée dans les présents rapports pour différents types de marques de fabrique ou de commerce, voir plus haut la note de bas de page 4103.

[4798] Voir plus haut la section 7.3.5.3.1.1.

sens du deuxième exemple de la liste exemplative de la première phrase de l'article 20, en gardant à l'esprit que l'usage d'une marque dénominative comprend généralement l'usage dans un large éventail de caractères, de tailles, de couleurs et d'emplacements possibles.

7.2242. Il n'est pas non plus contesté que ces prescriptions "entravent" l'usage des marques affectées, en ce sens qu'elles restreignent la manière dont les marques en cause peuvent être imprimées sur les produits pertinents et leur emballage. Nous convenons donc avec les parties que ces mesures affectant les marques dénominatives équivalent à des "prescriptions spéciales" qui "entravent" l'usage de marques.

7.2243. À notre avis, la prohibition de l'usage de marques dénominatives stylisées, de marques composées et de marques figuratives sur l'emballage pour la vente au détail de tabac et sur les produits du tabac au titre des mesures TPP équivaut aussi à des "prescriptions spéciales". Cette prohibition doit être respectée, a un lien étroit avec l'usage de marques et le concerne spécifiquement, et est limitée dans son application à l'usage de marques sur l'emballage pour la vente au détail de tabac et sur les produits du tabac. Nous notons également, s'agissant des marques dénominatives stylisées ou des marques composées, que ces prescriptions autorisent uniquement l'usage du nom de la marque, de la raison sociale ou du nom de la société, ou du nom de variante du produit, qui fait partie de cette marque, et exigent ainsi un "usage sous une forme spéciale" au sens du deuxième exemple de la liste exemplative de la première phrase de l'article 20.

7.2244. Ces prescriptions spéciales concernant l'usage des marques dénominatives stylisées, des marques composées et des marques figuratives "entravent" aussi l'"usage" des marques pertinentes, en ce sens qu'elles en interdisent expressément l'usage sur les produits du tabac et leur emballage, et font ainsi obstacle et obstruction à cet usage.

7.2245. Compte tenu de ce qui précède, nous constatons que les mesures TPP, dans la mesure où elles limitent l'usage des marques dénominatives à certaines formes prescrites par le Règlement TPP et interdisent l'usage des marques dénominatives stylisées, des marques composées et des marques figuratives dans les situations spécifiées, équivalent à des "prescriptions spéciales" qui "entravent" l'usage d'une marque au sens de l'article 20. Ces déterminations sont sans préjudice de la question de savoir si ces prescriptions spéciales entravent l'usage "au cours d'opérations commerciales", ou le font "de manière injustifiable".

7.3.5.4 Question de savoir si les prescriptions spéciales des mesures TPP entravent l'"usage d'une marque de fabrique ou de commerce" "au cours d'opérations commerciales"

7.2246. Les plaignants font valoir que les prescriptions relatives à la marque figurant dans les mesures TPP entravent l'usage de marques "au cours d'opérations commerciales" au sens de l'article 20. L'Australie considère qu'elles ne le font pas. Les points de vue divergents des parties à cet égard reposent en grande partie sur leur interprétation différente de l'expression "au cours d'opérations commerciales" et leur compréhension différente de ce qui constitue l'"usage" pertinent d'une marque aux fins de l'article 20.

7.2247. Nous examinons donc d'abord le sens de l'expression "au cours d'opérations commerciales", et ce qui peut être considéré comme l'"usage" pertinent d'une marque au titre de l'article 20, avant de passer à l'examen de la question de savoir si les mesures TPP entravent "[l]'usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales".

7.3.5.4.1 Sens du membre de phrase "au cours d'opérations commerciales"

7.3.5.4.1.1 Principaux arguments des parties

7.2248. Le Honduras se réfère à son interprétation du membre de phrase "au cours d'opérations commerciales" dans le contexte de l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC.[4799] Dans ce contexte, il fait valoir que ce membre de phrase devrait être lu comme englobant toutes les activités se rapportant ou étant liées au commerce. Le sens ordinaire du terme "trade" (opérations

[4799] Honduras, première communication écrite, paragraphe 287.

commerciales) est "[t]he action of buying and selling goods and services" (l'action d'acheter et de vendre des produits et des services); et "the activity or process of buying, selling, or exchanging goods or services" (l'activité ou le processus d'acheter, de vendre ou d'échanger des produits ou des services). Le terme "course" (cours) signifie "[t]he way in which something progresses or develops" (la façon dont quelque chose progresse ou évolue). Le membre de phrase "course of trade" (cours [des] opérations commerciales) désigne donc la manière dont l'action d'acheter ou de vendre des produits se déroule, "progresse" ou "évolue". Autrement dit, le membre de phrase "cours [des] opérations commerciales" englobe toutes les activités qui ont un lien avec le commerce, ou une incidence sur le commerce, y compris par exemple, le transport, la distribution, l'étalage, la vente, l'usage, ainsi que la publicité.[4800] Répondant à l'Australie, le Honduras fait valoir que rien dans le sens ordinaire des versions anglaise, espagnole ou française de l'article 20 ne donne à penser que le membre de phrase "au cours d'opérations commerciales" désigne uniquement le point de vente.[4801]

7.2249. La République dominicaine estime que le "cours [des] opérations commerciales" comprend la succession d'activités menées pour produire, fournir, distribuer, vendre et livrer des produits et des services à des fins commerciales. À l'article 20, ce membre de phrase fait référence à l'usage d'une marque dans le cadre d'activités commerciales, telles que la vente commerciale de produits. La marque est appliquée à l'emballage et au produit pour fournir au consommateur des renseignements commerciaux importants sur la qualité, les caractéristiques et la réputation du produit. La marque continue de fournir ces renseignements au consommateur, et de remplir sa fonction de différenciation, après que la vente a eu lieu. À ce moment-là, l'usage de la marque fait partie d'une relation commerciale continue entre le producteur et le consommateur; en outre, les marques servent de garantie continue de la qualité, des caractéristiques et de la réputation du produit en vue de possibles achats ultérieurs.[4802] La République dominicaine invoque comme contexte pertinent les articles 5C 1) et 10*bis* 3) de la Convention de Paris.[4803]

7.2250. Cuba fait valoir que les restrictions concernant les marques affectent l'usage des marques dans un contexte commercial: les marques sont employées pour distinguer les produits du tabac aux yeux des consommateurs et des acteurs commerciaux, et elles sont pertinentes pour les décisions d'achat et de vente de ces acteurs. Par conséquent, les entraves et les prescriptions spéciales en question ont trait à l'usage de marques "au cours d'opérations commerciales".[4804]

7.2251. L'Indonésie fait valoir que le membre de phrase "au cours d'opérations commerciales" est apparu dans la version finale de l'article 20, que les textes précédents avaient fait référence à l'usage d'une marque "dans le commerce" et que les deux concepts sont considérés comme étant synonymes. Elle note que le membre de phrase "au cours d'opérations commerciales" est également utilisé à l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC.[4805] À son avis, le "cours [des] opérations commerciales" désigne les activités menées dans un contexte commercial par opposition à un usage privé et ne s'arrête pas au point de vente. Le membre de phrase est considéré comme incluant un éventail d'activités commerciales, y compris "chaque acte ou opération qui vise, directement ou indirectement, à acheter et à vendre des produits ou des services d'une manière professionnelle, ou qui résulte, directement ou indirectement, de l'achat et de la vente de produits ou de services d'une manière professionnelle".[4806]

7.2252. L'Australie fait valoir que le membre de phrase "au cours d'opérations commerciales" désigne les actes entrepris pendant l'achat et la vente de produits à des fins lucratives. Ainsi, "[l]'usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales" désigne l'acte d'employer ou d'appliquer une marque pour distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises pendant la vente de produits ou de services. De l'avis de l'Australie, une entrave est uniquement pertinente au titre de l'article 20 dans la mesure où elle entrave l'usage d'une marque pendant que le produit protégé par la marque fait l'objet

[4800] Honduras, première communication écrite, paragraphe 223 (faisant référence aux Oxford Dictionaries en ligne, extraits HND (pièce HND-31), définitions de "trade" et "course"; et le Merriam-Webster Dictionary en ligne, extraits HND (pièce HND-48), définition de "trade").
[4801] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 302.
[4802] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 129 et 133.
[4803] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 134 à 138.
[4804] Cuba, première communication écrite, paragraphes 311 et 312.
[4805] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 270.
[4806] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 144 (citant Carvalho 3ème édition, extraits IDN (pièce IDN-106), paragraphe 16.7).

d'opérations commerciales, ce qui prend nécessairement fin au point de vente. Ainsi, dès lors qu'une mesure pourrait avoir un effet sur la manière dont une marque pourrait être perçue par les consommateurs, ou d'autres acteurs, après le point de vente, cet effet n'aurait pas trait à l'usage d'une marque "au cours d'opérations commerciales" et ne relèverait pas de l'article 20. Cet effet ne constituerait pas une entrave dont on peut évaluer la compatibilité avec l'article 20.[4807]

7.2253. L'Australie fait valoir que l'entrave pertinente au titre de la première phrase de l'article 20 est l'entrave (le cas échéant) qui découle des prescriptions spéciales imposées par la mesure en cause. Dans la mesure où le Membre défendeur applique d'autres lois ou réglementations qui affectent la manière dont une marque peut être utilisée pour distinguer des produits ou des services au cours d'opérations commerciales, les effets de ces autres mesures ne doivent pas être imputés aux "prescriptions spéciales" particulières qui font l'objet de l'allégation au titre de l'article 20.[4808]

7.2254. Le Honduras fait valoir que, conformément à l'article 16 de l'Accord sur les ADPIC, un titulaire de marques a le droit d'empêcher un tiers non autorisé de faire usage "au cours d'opérations commerciales" d'un signe similaire au point de prêter à confusion sur des produits similaires. Cela permet à un titulaire de marques de s'opposer à l'usage de ces signes dans tout contexte commercial. Il est clair que les droits conférés par l'article 16 ne sont pas limités au point de vente. De même, l'article 10*bis* 3) de la Convention de Paris, qui est incorporé dans l'Accord sur les ADPIC au moyen de son article 2:1, utilise également le membre de phrase "in the course of trade" (dans l'exercice du commerce) au sens large.[4809] Aucun des exemples de "prescriptions spéciales" mentionnés à l'article 20 ne limite les prescriptions spéciales constitutives d'entraves au point de vente. En fait, il s'agit d'exemples généraux de tout ce qui réduit le caractère distinctif de la marque.[4810] La fonction distinctive de la marque ne se limite pas au point de vente. Elle commence bien avant et continue bien après le point de vente.[4811] En outre, le Honduras soutient que l'idée de l'Australie selon laquelle, après le point de vente, la marque ne remplit pas sa fonction distinctive "neutre", mais qu'elle est uniquement utilisée pour attirer, influencer et induire le consommateur en erreur est viciée.[4812]

7.2255. Répondant à l'Australie, Cuba fait valoir que rien dans le sens ordinaire des mots ne donne à penser que le membre de phrase "au cours d'opérations commerciales" fait uniquement référence au point de vente. Ce membre de phrase apparaît aussi à l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC et à l'article 10*bis* 3) de la Convention de Paris dans son sens commercial le plus large. Cuba ajoute que l'"idée de l'Australie selon laquelle, après le point de vente, la marque ne remplit pas sa fonction distinctive "neutre" mais est plutôt uniquement utilisée pour attirer, manipuler et induire les consommateurs en erreur est fondamentalement erronée … Les marques peuvent avoir de nombreuses fonctions différentes dans des contextes différents, mais leur principale fonction est et reste d'indiquer la source du produit et de différencier des produits."[4813]

7.3.5.4.1.2 Principaux arguments des tierces parties

7.2256. Le Brésil fait valoir que pour bien comprendre l'expression "usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales" qui figure à l'article 20, il faut la mettre en contraste avec les usages d'une marque qui n'intéressent pas l'OMC, tels que l'usage dans des en-têtes, du matériel promotionnel et des publicités, ou même dans des contrats de parrainage. Lu conjointement avec l'article 15, cette expression semble restreindre le champ d'application de la disposition à la situation où des marques sont appliquées à des produits ou des services afin de distinguer les produits et les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises. Cette expression n'est pas subordonnée au point de savoir si ou à quel moment les consommateurs entrent effectivement en contact direct avec des produits et leurs marques.[4814]

[4807] Australie, première communication écrite, paragraphes 348 et 349.
[4808] Australie, première communication écrite, paragraphe 351.
[4809] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 303.
[4810] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 304.
[4811] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 316.
[4812] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 318.
[4813] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 80 à 85.
[4814] Brésil, communication en tant que tierce partie, paragraphes 45 à 47.

7.2257. La Chine exprime l'opinion selon laquelle l'Australie lit le membre de phrase "au cours d'opérations commerciales" de façon trop étroite. Notant que le même membre de phrase est également utilisé aux articles 16:1 et 24:8 de l'Accord sur les ADPIC, et à l'article 10*bis* 3) de la Convention de Paris, la Chine estime qu'il est interprété de façon plus convaincante comme signifiant "dans le commerce ou dans des activités commerciales, au sens large".[4815]

7.2258. L'Union européenne considère que la lecture faite par l'Australie du membre de phrase "au cours d'opérations commerciales" est trop étroite. Par exemple, l'Union européenne estime qu'il englobe également l'usage de marques dans la publicité ou les catalogues. En général, la marque doit être utilisée publiquement et de manière apparente dans le contexte d'une activité commerciale visant à obtenir un avantage économique dans le but d'assurer un débouché pour les produits et les services qu'elle représente. Cependant, un usage apparent n'implique pas nécessairement un usage visant les consommateurs finals: par exemple, l'usage "au cours d'opérations commerciales" comprend également un usage de la marque orienté vers les intermédiaires ou les distributeurs. Le critère pertinent consiste à déterminer si les produits ou les services pertinents eux-mêmes sont identifiés et offerts sur le marché sous la marque. Il n'est pas nécessaire que la marque soit apposée sur les produits eux-mêmes. Une représentation de la marque sur l'emballage, les catalogues, le matériel publicitaire ou les factures concernant les produits et les services en question constitue un cas où il est fait un usage véritable de la marque au cours d'opérations commerciales. Toutefois, l'usage dans la sphère privée ou l'usage purement interne au sein d'une société ou d'un groupe de sociétés n'équivaut pas à un usage véritable, par opposition à un usage public ou apparent.[4816]

7.2259. La Nouvelle-Zélande estime que le membre de phrase "usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales" désigne l'acte d'employer ou d'appliquer une marque pour distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises pendant la vente des produits ou des services. Le "cours [des] opérations commerciales" se termine au point de vente. L'usage qui doit être évalué est l'usage d'une marque pour distinguer les produits et les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises pendant qu'ils font l'objet d'opérations commerciales. L'évaluation de l'entrave pertinente doit tenir compte des autres lois et réglementations du Membre défendeur qui affectent la manière dont une marque peut être utilisée au cours d'opérations commerciales.[4817]

7.3.5.4.1.3 Analyse du Groupe spécial

7.2260. Comme il est indiqué plus haut, l'Australie est d'avis que le membre de phrase "au cours d'opérations commerciales" désigne les actes entrepris pendant l'achat et la vente de produits à des fins lucratives, et que cela "prend fin" au point de vente. Comme il est également indiqué plus haut, les plaignants, quant à eux, considèrent qu'il couvre toutes les activités ayant trait à l'activité commerciale d'une manière plus générale.

7.2261. Le sens ordinaire du terme "trade" (opérations commerciales) est "[t]he action of buying and selling goods and services" (l'action d'acheter et de vendre des produits et des services).[4818] Le membre de phrase ""in the course of" (au cours de) signifie "in the process of, during the progress of" (au cours du processus de, pendant le déroulement de).[4819] À notre avis, si ces termes sont pris globalement, le membre de phrase "au cours d'opérations commerciales" ne se limite pas, tel qu'il est libellé, aux "opérations commerciales" au sens d'"acheter et de vendre" mais couvre le processus relatif aux activités commerciales d'une manière plus générale. Le membre de phrase français "au cours d'opérations commerciales" et le membre de phrase espagnol "el curso de operaciones comerciales" correspondant évoquent également un sens qui a trait à des activités commerciales plus d'une manière générale.

7.2262. Nous notons que le membre de phrase "au cours d'opérations commerciales" est utilisé, en plus de l'article 20, dans deux autres dispositions de l'Accord sur les ADPIC qui font l'objet

[4815] Chine, communication en tant que tierce partie, paragraphe 43.
[4816] Union européenne, communication en tant que tierce partie, paragraphe 23.
[4817] Nouvelle-Zélande, communication en tant que tierce partie, paragraphes 54 et 56.
[4818] Oxford Dictionaries en ligne, extraits HND (pièce HND-31), définition de "trade".
[4819] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "in the course of", <http://www.oed.com/view/Entry/43183?rskey=AUb1lV&result=1#eid8126812>, adresse consultée le 2 mai 2017.

d'allégations séparées dans les présentes procédures, à savoir l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC et l'article 10*bis* 3) 3) de la Convention de Paris (1967), ainsi que l'article 24:8 de l'Accord sur les ADPIC et l'article 10*bis* 3) 2) de la Convention de Paris (1967). Dans l'affaire *Corée – Produits laitiers*, l'Organe d'appel a souligné que, "[c]ompte tenu du principe d'interprétation de l'effet utile, celui qui interprète un traité a le *devoir* de "lire toutes les dispositions applicables du traité de façon à donner un sens à *toutes*, harmonieusement"."[4820] Une interprétation harmonieuse requiert que les mêmes termes ou des termes semblables figurant dans différentes dispositions du même accord soient présumés avoir le même sens ou un sens semblable, tout comme l'utilisation de termes différents crée la présomption que les termes étaient censés avoir un sens différent. Nous notons qu'aucune de ces autres dispositions ne définit la notion de "cours des opérations commerciales" en faisant spécifiquement référence au "point de vente" ou n'établit une distinction entre les situations "antérieures" et "postérieures à la vente" à cette fin.[4821]

7.2263. Cela implique qu'une partie au moins des activités commerciales ayant lieu après la vente au détail sont couvertes par le membre de phrase "au cours d'opérations commerciales". En fait, tant les plaignants que l'Australie ont fait référence à certaines fonctions commerciales que les marques continuent de remplir après l'exécution de l'acte de vente. La République dominicaine souligne que la marque continue de fournir des renseignements commerciaux au consommateur sur la qualité, les caractéristiques et la réputation du produit, et de remplir une fonction de différenciation, après que la vente a eu lieu.[4822] L'Australie affirme qu'il est bien établi qu'en plus de distinguer les produits d'une entreprise de ceux d'une autre entreprise au cours d'opérations commerciales les marques ont une fonction publicitaire[4823], qui peut perdurer après l'exécution de la vente.[4824] Nous ne voyons aucune raison de supposer que ces fonctions commerciales que les marques peuvent continuer de remplir après la vente au détail ne relèveraient pas du champ des activités commerciales couvertes par le membre de phrase "au cours d'opérations commerciales".

7.2264. Compte tenu de ce qui précède, nous ne voyons rien dans le libellé de l'article 20 ou son contexte qui étaye l'affirmation selon laquelle le "cours [des] opérations commerciales" prend fin ou se termine au point de vente.[4825]

[4820] Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Produits laitiers*, paragraphe 81 (italique dans l'original). Dans l'affaire *États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*, l'Organe d'appel a noté que l'"article 32.1 de l'Accord SMC [était] identique, dans sa terminologie et sa structure, à l'article 18.1 de l'Accord antidumping, sauf qu'il y [était] fait mention de subventions au lieu de dumping. Nous approuvons l'affirmation du Canada selon laquelle "ce libellé identique crée une forte présomption interprétative selon laquelle les deux dispositions établissent la même obligation ou la même interdiction."" Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*, paragraphe 268.

[4821] Nous rappelons notre constatation énoncée plus haut au paragraphe 7.1978 selon laquelle l'article 16:1 n'établit pas le droit du titulaire d'une marque de faire usage de sa marque enregistrée mais prévoit le droit du titulaire d'une marque d'empêcher certaines activités des parties non autorisées à certaines conditions, y compris que ces activités aient lieu "au cours d'opérations commerciales". Nous notons que le paragraphe 2 de cet article mentionne "la promotion de [la] marque" comme facteur à prendre en compte pour déterminer si une marque de fabrique ou de commerce est notoirement connue. À notre avis, cette mention de "la promotion de [la] marque" indique que les rédacteurs ont considéré que cette promotion faisait partie des façons habituelles dont le titulaire d'une marque pouvait souhaiter faire usage de sa marque sur le marché. Nous ne voyons aucune raison pour laquelle le droit exclusif d'empêcher énoncé au paragraphe 1, subordonné au membre de phrase "au cours d'opérations commerciales", n'engloberait pas les activités commerciales courantes mentionnées au paragraphe 2. À notre avis, cela donne également à penser que le droit exclusif d'empêcher conféré à l'article 16:1 couvre plus que l'acte de vendre et d'acheter, et englobe d'une manière plus générale des activités commerciales ayant trait à la commercialisation des produits ou des services pour lesquels la marque est protégée. Cela étaierait, à son tour, l'interprétation du même membre de phrase utilisé à l'article 20 comme couvrant également ces activités.

[4822] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 133.

[4823] Australie, première communication écrite, paragraphe 85.

[4824] Australie, première communication écrite, paragraphe 358.

[4825] Nous notons que notre interprétation est compatible avec la manière dont cette expression est généralement comprise dans la littérature sur les marques, où il est donné un sens large à l'expression "au cours d'opérations commerciales" qui couvre les activités commerciales liées à l'achat et à la vente. Par exemple, de Carvalho interprète l'expression comme incluant "chaque acte ou opération qui vise, directement ou indirectement, à acheter et à vendre des produits ou des services d'une manière professionnelle, ou qui résulte, directement ou indirectement, de l'achat et de la vente de produits ou de services d'une manière professionnelle". Carvalho 3ème édition, extraits IDN (pièce IDN-106), page 254.

7.3.5.4.2 "[U]sage [pertinent] d'une marque de fabrique ou de commerce"

7.3.5.4.2.1 Principaux arguments des parties

7.2265. L'Australie fait valoir que, pour évaluer si des prescriptions spéciales "entravent" l'"usage" d'une marque "au cours d'opérations commerciales", l'"usage" qui doit être évalué est l'usage d'une marque pour distinguer les produits et les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises. Dans la mesure où des prescriptions spéciales entravent l'"usage" d'une marque à d'autres fins (comme pour exprimer des associations émotionnelles positives faites avec un produit ou attirer des segments particuliers de consommateurs), ces "usages" ne sont pas pertinents au regard de l'article 20.[4826]

7.2266. L'Australie tire cette conclusion de la définition de l'"objet de la protection" énoncée à l'article 15:1 de l'Accord sur les ADPIC, qui dispose que "[t]out signe, ou toute combinaison de signes, propre à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises sera propre à constituer une marque de fabrique ou de commerce". Afin de démontrer au titre de l'article 20 qu'une mesure entrave l'"usage" d'une marque au cours d'opérations commerciales, un plaignant doit démontrer que la mesure entrave l'usage d'une marque "[pour] distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises". Bien que les marques puissent avoir d'autres fonctions, l'aptitude d'un signe à distinguer la source commerciale du produit est ce qui en fait une marque. La fonction d'"identification de la source" est donc la seule fonction essentielle d'une marque. Est étroitement liée à cela la fonction d'indiquer que les produits portant la même marque sont fabriqués sous le contrôle de la même source commerciale et que, de ce fait, les consommateurs peuvent s'attendre à une expérience constante en ce qui concerne les produits portant cette marque, ce qui est parfois appelé la fonction de "qualité" ou de "garantie" des marques.[4827]

7.2267. L'Australie ajoute que les marques servent aussi à faire la publicité et la promotion des produits protégés par la marque en exprimant certaines associations faites avec ces produits, et que ces associations sont souvent renforcées par d'autres moyens de publicité et de promotion. Une marque de tabac pourrait être utilisée pour exprimer des associations avec l'exclusivité et la richesse, la féminité, la masculinité, la jeunesse ou même le "rapport qualité-prix". Chacune de ces associations attire un segment particulier de consommateurs ou de consommateurs potentiels. En résumé, différentes marques peuvent "attirer" différents segments de marché. L'usage d'une marque pour faire la publicité et la promotion du produit protégé par la marque ne fait pas partie de la fonction distinctive d'une marque. Le mot "Marlboro", par exemple, est suffisant pour identifier la source commerciale du produit et indiquer que tous les produits portant cette marque ont été fabriqués sous le contrôle d'une entreprise unique sans avoir à exprimer des associations avec la masculinité et la robustesse. Dans le premier cas, on distingue, et dans le second, on fait de la publicité. Ni la section 2 de l'Accord sur les ADPIC ni l'article 20, plus particulièrement, ne concerne l'usage de marques pour faire la publicité et la promotion du produit protégé par la marque, par exemple en rendant le produit plus attrayant pour des segments particuliers de consommateurs ou de consommateurs potentiels.[4828]

7.2268. L'Australie affirme que les plaignants ont veillé soigneusement tout au long des présentes procédures à ne pas reconnaître que les marques étaient utilisées pour faire la publicité et la promotion du produit protégé par la marque, même s'il s'agissait d'une fonction largement reconnue des marques. Elle soutient que les plaignants ne veulent pas admettre que les marques sont utilisées à cette fin, car cela contredirait leur position selon laquelle l'usage de marques sur l'emballage pour la vente au détail de tabac ne sert pas à faire la publicité et la promotion des produits du tabac. L'affirmation des plaignants selon laquelle les marques servent à distinguer les produits et les services en ce qui concerne "la qualité, les caractéristiques et la réputation" est simplement un euphémisme pour dire que les marques sont utilisées pour faire la publicité et la promotion des produits du tabac.[4829]

7.2269. L'Australie fait valoir que les plaignants ont emprunté les termes "qualité", "caractéristiques" et "réputation" à l'article 22:1 figurant dans la section 3 de l'Accord sur les

[4826] Australie, première communication écrite, paragraphe 350.
[4827] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 86 à 90.
[4828] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 91 à 96.
[4829] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 85, 97, 98 et 118.

ADPIC qui concerne les IG. Ces termes ne figurent nulle part dans la section 2 de l'Accord sur les ADPIC. Si les rédacteurs de l'Accord sur les ADPIC avait considéré que "la qualité, les caractéristiques et la réputation" étaient pertinentes pour la fonction d'une marque au titre de l'article 15:1, ils auraient utilisé ces termes dans cet article comme ils l'ont fait dans le cas de l'article 22:1. En tant que contexte, le fait que ces termes ne figurent pas à l'article 15:1 indique que "la qualité, les caractéristiques et la réputation" ne sont pas pertinentes pour la fonction distinctive des marques au titre de l'article 20.[4830]

7.2270. L'Australie fait valoir que les plaignants n'ont présenté aucun élément de preuve indiquant que les mesures TPP entravaient l'usage de marques pour distinguer les produits d'une entreprise de ceux d'autres entreprises, qui est le seul usage pertinent des marques au titre de l'article 20.[4831]

7.2271. Se référant à l'article 15:1, l'Australie ajoute que "[l]es plaignants confondent ce qui est *susceptible d'être enregistré* comme marque avec ce qui est nécessaire pour distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises. Le fait qu'un élément figuratif particulier, par exemple, est un signe qui est "*propre* à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises" ne signifie pas que l'élément figuratif est *nécessaire* à cette fin, c'est-à-dire que les produits ou les services protégés par la marque ne pourraient pas être distingués en l'absence de cet élément figuratif."[4832]

7.2272. Le Honduras note que les marques sont définies à l'article 15:1 de l'Accord sur les ADPIC comme étant tout signe propre à distinguer les produits d'une entreprise de ceux d'autres entreprises. Ces signes comprennent les noms, lettres et éléments figuratifs qui seront susceptibles d'être enregistrés comme marque, et une fois enregistrés, bénéficient d'une protection au titre de l'Accord sur les ADPIC. Le Honduras fait valoir que le texte des dispositions de la section 2 de l'Accord sur les ADPIC ne limite pas la protection d'une marque uniquement aux éléments que les Membres jugent nécessaires pour distinguer les produits, mais accorde une protection à toutes les marques – les marques dénominatives comme les éléments figuratifs – qui sont propres à distinguer des produits.[4833]

7.2273. De l'avis du Honduras, l'Australie fait erreur en tentant d'établir une distinction entre les marques dénominatives et les éléments figuratifs suivant leur "fonction consistant à distinguer d'une façon neutre". Rien dans l'Accord sur les ADPIC, ni dans le droit international de la propriété intellectuelle en général, ne permet d'affirmer que les marques dénominatives distinguent les produits d'une façon neutre alors que les éléments figuratifs ne le font pas.[4834] Le Honduras soutient que l'"Australie fait en outre erreur en tentant d'établir une distinction entre la fonction distinctive d'une marque (source ou origine) et sa fonction de qualité (réelle ou perçue)". Il fait valoir que les marques distinguent les produits suivant leur qualité, leurs caractéristiques et leur réputation. L'origine, la qualité et d'autres caractéristiques sont au cœur de la fonction distinctive remplie par les marques sur le marché.[4835]

7.2274. Le Honduras fait valoir que la question de savoir si les marques remplissent de quelconques fonctions autres que celle consistant à identifier et à distinguer la source du produit dépend des circonstances sur le marché et de la manière dont le titulaire fait usage de la marque. Il soutient que "selon le produit, les marques pouvaient être utilisées "*dans* la publicité". Toutefois, cela ne signifie pas que, sur les produits du tabac, les marques sont utilisées *pour* la publicité en Australie parce que la publicité n'est pas autorisée pour les produits du tabac depuis près de 25 ans. De nos jours, les marques figurant sur les produits du tabac communiquent juste la source et la qualité aux consommateurs". Le Honduras fait valoir que, par conséquent, l'argument de l'Australie selon lequel les marques pouvaient être considérées comme faisant le "lien entre la

[4830] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 99 à 102. Pour l'analyse détaillée de l'Australie des raisons pour lesquelles elle considère que ces termes n'ont pas trait à la fonction distinctive des marques mais désignent plutôt les fonctions de publicité et de promotion des marques, voir Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 105 à 117.

[4831] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 121 à 130.

[4832] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 129 et 130. (italique ajouté par l'Australie)

[4833] Honduras, déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 9.

[4834] Honduras, déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 10.

[4835] Honduras, déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 11.

publicité et l'achat" est incorrect. Dans un pays comme l'Australie où il n'y a pas de publicité pour le tabac depuis presque 25 ans, ce lien n'existe pas.[4836]

7.2275. La République dominicaine fait valoir que les consommateurs ne font pas de distinction entre les produits simplement – ou même principalement – en fonction de la source commerciale. En fait, ils se préoccupent de la qualité, des caractéristiques et de la réputation des produits et font usage des marques pour différencier les produits en ces termes. La République dominicaine cite une explication de l'avocat général Jacobs de la Cour européenne de justice: "Ce n'est pas la simple curiosité qui pousse le consommateur à s'intéresser à l'origine commerciale des marchandises; son intérêt est fondé sur l'idée que les marchandises ayant la même origine seront de même qualité." Du point de vue des consommateurs, l'origine, les qualités, les caractéristiques et la réputation sont indissociables.[4837]

7.2276. La République dominicaine ajoute que l'article 20 demande si "[l]'*usage* d'une marque de fabrique ou de commerce" est "*entravé*", c'est-à-dire s'il lui est fait obstacle ou obstruction. Pour qu'une entrave à l'usage soit pertinente, le libellé n'exige pas qu'elle empêche l'identification de la source commerciale. De l'avis de la République dominicaine, cela est confirmé par le troisième exemple d'entrave figurant à l'article 20. Bien que l'Australie dise que, pour être pertinente, une mesure doit *empêcher* une marque d'identifier la source, l'exemple montre qu'une mesure qui *diminue* le pouvoir distinctif d'une marque – qui lui "*nui[t]*" – est une entrave. En outre, l'article 20 s'applique à une "marque de fabrique ou de commerce" telle que définie à l'article 15:1, et une "marque de fabrique ou de commerce" est définie à l'article 15:1 comme incluant tous les éléments de dessins ou modèles. S'il est fait obstacle ou obstruction d'une quelconque façon à l'usage d'éléments de dessins ou modèles de la marque, il y a entrave.[4838]

7.2277. Cuba fait valoir qu'avec le temps, les fonctions des marques se sont étendues au-delà de la fonction initiale de l'origine. À son avis, les arguments de l'Australie font abstraction de ces fonctions essentielles et plus larges. En assurant la fonction de qualité, la marque signale aux consommateurs que les produits ont une qualité élevée (en particulier les marques de luxe) et que le titulaire de la marque est responsable des produits et de leur qualité. Grâce à la fonction de communication, les marques sont un moyen de fournir divers types de renseignements aux consommateurs sur les produits qu'elles identifient, y compris des attributs spécifiques non physiques tels que la tradition, les valeurs, la force ou le luxe. La fonction d'investissement est l'usage de la marque pour acquérir ou préserver une réputation qui conserve la fidélité des consommateurs pendant une longue période.[4839] Cuba ajoute que "[l]es consommateurs ne paient pas un prix substantiellement plus élevé en reconnaissance de l'identité du producteur; ils paient le surprix parce qu'ils souscrivent à la proposition de la marque communiquée par une marque".[4840]

7.2278. L'Indonésie fait valoir que les marques identifient la source ou le fabricant d'un produit. Sur la base de cette identification, les consommateurs associent un sens spécial fondé sur des expériences passées au produit et déterminent ceux qui répondent de manière fiable à leurs besoins et ceux qui ne le font pas. À titre d'illustration des fonctions des marques tant pour les consommateurs que les détenteurs des marques, l'Indonésie énumère les fonctions ci-après pour le fabricant: moyen d'identification, de traitement ou de traçabilité; moyens de protéger juridiquement des attributs uniques; indication de niveau de qualité pour les consommateurs satisfaits; moyen de doter des produits d'associations uniques; source d'avantage concurrentiel; et source de rendements financiers.[4841]

[4836] Honduras, déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 12. (italique dans l'original)
[4837] République dominicaine, déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 9 (faisant référence à Cour européenne de justice, Affaire C-10/89, SA CNL-SUCAL NV contre HAG GF AG (1990) Recueil I, page 3725 (pièce DOM-362), paragraphe 72).
[4838] République dominicaine, deuxième déclaration liminaire, paragraphes 13, 14 et 16. (italique dans l'original)
[4839] Cuba, déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 24 à 28.
[4840] Cuba, déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 37.
[4841] Indonésie, première communication écrite, paragraphes 261 et 262.

7.3.5.4.2.2 Analyse du Groupe spécial

7.2279. La question dont nous sommes saisis est celle de savoir si l'"usage" pertinent d'une marque au cours d'opérations commerciales aux fins de l'article 20 se limite, comme l'Australie le fait valoir, à son usage aux fins de distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises.

7.2280. Au titre de l'article 20, les Membres se sont engagés à ne pas entraver de manière injustifiable par des prescriptions spéciales l'"usage" d'une marque au cours d'opérations commerciales. Telle qu'elle est libellée, cette formulation est très générale et ne qualifie pas la nature de l'"usage" pertinent ou ne circonscrit pas par ailleurs cette obligation en termes d'usages particuliers, c'est-à-dire toutes façons particulières dont le détenteur de la marque pouvait souhaiter faire usage de la marque, autres qu'un usage "au cours d'opérations commerciales".

7.2281. Nous notons que l'un des trois exemples de prescriptions spéciales indiqués expressément à l'article 20 est l'"usage [d'une marque] d'une manière qui nuise à sa capacité de distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises". Cette référence indique clairement qu'une prescription spéciale imposant de faire usage d'une marque d'une manière qui nuise à sa fonction "distinctive" relèverait de l'article 20. Toutefois, comme cela est indiqué plus haut, il s'agit de l'un des trois exemples de situations dans lesquelles l'"usage … au cours d'opérations commerciales" serait entravé. En fait, cette référence (introduite par le terme "ou") indique donc clairement qu'une prescription imposant de faire usage d'une marque "d'une manière qui nuise à sa capacité de distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'une autre entreprise" n'est pas une condition sine qua non pour constater que l'"usage … au cours d'opérations commerciales" est entravé au sens de l'article 20. Bien que l'existence d'une telle incidence nuisible puisse donc fournir une indication importante de l'existence d'une entrave, cela n'est pas une condition nécessaire pour une telle constatation.

7.2282. Le libellé de l'article 20 n'étaye donc pas la constatation selon laquelle l'"usage" pertinent à prendre en considération au titre de l'article 20 se limiterait à l'usage d'une marque dans le but spécifique de distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises.

7.2283. À l'appui de sa position, l'Australie fait référence à la définition de l'objet de la protection figurant à l'article 15:1 en tant que contexte pertinent.[4842] Nous notons que l'article 15:1, qui fait partie de la section 2 de l'Accord sur les ADPIC, intitulé "Marques de fabrique ou de commerce", définit l'objet de la protection comme étant "[t]out signe, ou toute combinaison de signes, propre à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises". De tels signes "ser[ont] propre[s] à constituer une marque de fabrique ou de commerce", et "seront susceptibles d'être enregistrés comme marques de fabrique ou de commerce".[4843] Le membre de phrase "[t]out signe, ou toute combinaison de signes, propre à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises" décrit les caractéristiques d'un signe qui est propre à constituer une marque et susceptible d'être enregistré comme marque conformément à l'article 15:1 mais, à notre avis, il ne traite pas les types d'usages d'une marque protégée qui sont pertinents aux fins de l'article 20, et n'implique pas non plus une limitation de ces types d'usages.

7.2284. Nous notons que les articles 15:3 et 19 de l'Accord sur les ADPIC font référence à des situations où l'"usage" peut être obligatoire en vertu du droit interne pour enregistrer une marque ou maintenir un enregistrement.[4844] À notre avis, la référence à l'"usage" dans ces dispositions est comparable à celle qui est faite à l'article 20, dans la mesure où ce qui est en cause dans ces dispositions est le *fait* de l'usage, en tant que question objective. À notre avis, harmonieusement

[4842] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 86 à 90.

[4843] La troisième phrase de l'article 15:1 reconnaît que, dans les cas où des signes ne sont pas en soi propres à distinguer les produits ou services pertinents, les Membres pourront subordonner l'enregistrabilité au caractère distinctif acquis par l'usage.

[4844] Nous croyons comprendre que dans le cadre des lois intérieures, cet usage est généralement évalué à l'aide d'éléments de preuve objectifs concernant l'usage en relation avec les produits ou les services pertinents, au moyen d'un usage effectif dans l'étiquetage et l'emballage, d'un usage dans la promotion et les communications destinées aux consommateurs et d'autres usages dans des contextes commerciaux, et non par référence à un critère plus abstrait de ce qu'était la fonction ou le but visé de l'usage: par exemple, la marque a-t-elle été appliquée aux produits pertinents au cours d'opérations commerciales, et sur quels marchés; et a-t-elle été utilisée dans la publicité ou d'autres contextes commerciaux pour présenter et promouvoir les produits sur le marché pertinent.

avec la manière dont le terme "usage" est appliqué au titre de ces autres dispositions de l'Accord sur les ADPIC, il est approprié d'interpréter également le terme "usage" figurant à l'article 20 comme faisant référence à un fait objectif d'usage "au cours d'opérations commerciales", c'est-à-dire au cours d'activités commerciales, plutôt que de chercher à le limiter sur la base d'une notion de fonction ou de but de cet usage. En tout état de cause, les fonctions de différenciation du produit et de promotion des produits pour leurs qualités, leurs caractéristiques et leur réputation tangibles et intangibles peuvent se chevaucher dans la pratique.

7.2285. Nous notons aussi que des décisions antérieures concernant d'autres formes de propriété intellectuelle ont reconnu qu'il appartenait au détenteur du droit de décider de la façon d'exploiter ou de faire usage de ses droits exclusifs de tirer une valeur économique de ces droits sur le marché. Le Groupe spécial *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur* a été appelé à interpréter l'expression "exploitation normale" d'une œuvre protégée par le droit d'auteur dans le contexte d'une clause énonçant des exceptions générales à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC. Il a expliqué que le "sens ordinaire du terme "exploiter" évoqu[ait] par connotation l'idée de "faire usage de" ou "utiliser pour ses propres fins". [Il a estimé] que le terme "exploitation" d'œuvres musicales désign[ait] par conséquent l'activité par laquelle les titulaires du droit d'auteur us[aient] des droits exclusifs qui leur [avaient] été conférés pour tirer une valeur économique de leurs droits sur ces œuvres."[4845] De même, le Groupe spécial *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques* a considéré que le terme "exploitation" figurant dans une clause énonçant des exceptions générales à l'article 30 applicable aux brevets "désign[ait] l'activité commerciale dans le cadre de laquelle les titulaires de brevets utilis[aient] leurs droits de brevet exclusifs pour extraire la valeur économique de leurs brevets. … La pratique normale d'exploitation suivie par les titulaires de brevets, comme par les titulaires de tout autre droit de propriété intellectuelle, consist[ait] à exclure toutes les formes de concurrence qui pourraient réduire sensiblement les bénéfices économiques attendus de l'exclusivité commerciale attachée à un brevet."[4846] Notre interprétation de l'expression "usage … au cours d'opérations commerciales" figurant à l'article 20 comme s'agissant d'une question essentiellement factuelle est compatible, à notre avis, avec ces décisions, en ce sens qu'elle reflète la notion sous-tendant ces décisions selon laquelle la manière dont l'exploitation de l'objet protégé, en l'espèce des marques, a lieu, et la façon d'en tirer une valeur économique, sont essentiellement une question qu'il appartient au détenteur du droit de trancher. En outre, l'argument selon lequel l'"usage" pertinent aux fins de l'article 20 se limite à l'usage d'une marque pour distinguer un produit de ceux d'autres entreprises établit une fausse dichotomie entre cet usage et la promotion plus large d'un produit ou d'un service associé à une marque. Comme nous l'avons noté dans le contexte de notre analyse des allégations des plaignants au titre de l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC, l'"usage" d'une marque qui est pertinent pour l'acquisition et le maintien du caractère distinctif ne se limite pas à l'usage sur l'emballage d'un produit, mais s'étend plutôt à un éventail plus vaste d'activités commerciales, publicitaires et promotionnelles.[4847]

7.2286. Pour les raisons qui précèdent, nous constatons que l'"usage" pertinent aux fins de l'article 20 ne se limite pas à l'usage d'une marque dans le but spécifique de distinguer les produits et les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises.

7.3.5.4.3 Application aux mesures TPP

7.2287. Nous rappelons que nous avons déterminé plus haut que l'"usage" pertinent aux fins de déterminer si l'usage d'une marque "au cours d'opérations commerciales" est entravé ne se limite pas à l'aptitude des marques à remplir une fonction "distinctive", et ne prend pas fin non plus au "point de vente".

7.2288. Comme il est indiqué plus haut[4848], le chapitre 3 de la Loi TPP dispose que commet une infraction quiconque vend, fournit, achète, emballe ou fabrique des produits du tabac, ou de l'emballage pour la vente au détail de tabac, qui ne sont pas conformes aux prescriptions en matière d'emballage neutre. Des sanctions s'appliquent aux fabricants, conditionneurs, grossistes, distributeurs et détaillants de produits du tabac en Australie qui ne respectent pas les prescriptions

[4845] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, paragraphe 6.165.
[4846] Rapport du Groupe spécial *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques*, paragraphes 7.54 et 7.55.
[4847] Paragraphe 7.1989 plus haut.
[4848] Voir la section 2.1.2.6.

en matière d'emballage neutre.[4849] Les dispositions de la Loi TPP réglementent donc expressément, entre autres choses, les actes de vendre et de mettre en vente, ainsi que d'acheter, à des fins autres que la consommation personnelle. Les actes réglementés par les mesures TPP comprennent aussi diverses transactions commerciales qui précèdent la vente au détail. Ces prescriptions affectent donc l'usage des marques "au cours d'opérations commerciales", même dans le sens étroit donné à cette expression par l'Australie, qui se limite aux actes d'achat et de vente.

7.2289. L'Australie explique qu'elle maintient une interdiction globale de la publicité et de la promotion des produits du tabac, y compris des restrictions importantes concernant la manière dont les produits du tabac peuvent être commercialisés et exposés au point de vente. L'effet pratique de ces mesures est que les consommateurs australiens n'ont aucune possibilité de voir les emballages ou les produits du tabac au cours d'opérations commerciales avant d'avoir décidé quel produit acheter (le cas échéant), de sorte que l'emballage ou le produit deviendra visible uniquement lorsque la transaction d'achat sera achevée (ou presque achevée).[4850] De l'avis de l'Australie, les prescriptions spéciales imposées par les mesures TPP n'entravent donc pas l'aptitude des marques à remplir leur fonction distinctive pendant que les produits font l'objet d'opérations commerciales, c'est-à-dire jusqu'au point de vente, et n'entravent donc pas l'usage "au cours d'opérations commerciales".[4851]

7.2290. L'Australie affirme aussi qu'il ressort clairement des éléments de preuve et des arguments présentés par les plaignants que leurs objections réelles aux mesures TPP ont trait à la façon dont les marques figurant sur les emballages et les produits du tabac façonnent les perceptions des consommateurs et des autres acteurs, après le point de vente, c'est-à-dire après que le cours des opérations commerciales est achevé. L'Australie indique qu'elle convient avec les plaignants que les marques figurant sur l'emballage et les produits du tabac peuvent avoir ces effets. En fait, elle souligne que la raison d'être des mesures TPP a trait spécifiquement à ces effets postérieurs à la vente. Comme il est dit plus haut, elle fait valoir qu'aucune "entrave" que les prescriptions TPP imposent à l'"usage" d'une marque dans ce contexte postérieur à la vente n'entre dans le champ d'application de la disposition.[4852]

7.2291. Nous rappelons les constatations que nous avons formulées plus haut selon lesquelles l'"usage … au cours d'opérations commerciales" au sens de l'article 20 ne se limite pas à l'usage "jusqu'au point de vente" ni à l'usage d'une marque pour remplir une "fonction distinctive". Il n'est pas contesté que les restrictions concernant l'usage de marques au titre des mesures TPP restent applicables au-delà du point de vente. En particulier, l'article 25 de la Loi TPP prescrit spécifiquement que l'emballage pour la vente au détail de produits du tabac ne doit inclure aucun élément conçu pour modifier l'emballage après la vente au détail. De fait, comme il est indiqué plus haut, l'Australie explique que la raison d'être même des mesures TPP est de traiter l'aptitude des marques (et plus généralement de l'emballage) à affecter la perception des consommateurs et d'autres acteurs, après le point de vente.

7.2292. Compte tenu de ce qui précède, et des constatations que nous avons formulées antérieurement aux paragraphes 7.2264 et 7.2286, nous constatons que les prescriptions relatives à la marque des mesures TPP équivalent à des prescriptions spéciales qui entravent "l'usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales".

7.3.5.5 Question de savoir si les mesures TPP entravent "de manière injustifiable" l'usage de marques au cours d'opérations commerciales

7.2293. Ayant déterminé que les prescriptions relatives à la marque des mesures TPP équivalent à des "prescriptions spéciales" qui "entravent" l'"usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales", nous devons maintenant examiner si elles le font "de

[4849] Exposé des motifs concernant le projet de loi TPP (pièces AUS-2 et JE-7), page 3.
[4850] Australie, première communication écrite, paragraphe 353.
[4851] Voir aussi les paragraphes 7.2252 et 7.2253.
[4852] Australie, première communication écrite, paragraphe 358. L'Australie souligne que, bien qu'elle considère que ces effets postérieurs à la vente ne relèvent pas de l'article 20, ces derniers sont une source de grande préoccupation pour elle sur le plan de la santé publique. Australie, réponse à la question n° 103 du Groupe spécial, paragraphe 61. L'Australie estime qu'il faudrait donner le même sens à la définition du membre de phrase "au cours d'opérations commerciales" à l'article 16 et à l'article 20. Australie, réponse à la question n° 42 du Groupe spécial, paragraphe 112.

manière injustifiable". À cette fin, nous examinons d'abord le sens de l'expression "de manière injustifiable".

7.3.5.5.1 Sens de l'expression "de manière injustifiable"

7.3.5.5.1.1 Principaux arguments des parties

7.2294. Le Honduras estime que, dans son sens ordinaire, le terme "justifiable" (justifiable) est défini comme suit: "[a]ble to be shown to be right or reasonable; defensible" (dont il peut être montré qu'il est juste ou raisonnable; défendable). À son avis, ce sens ordinaire et les sens ordinaires [connexes] indiquent qu'une entrave "justifiable" est une entrave dont il doit "*pouvoir être montré* qu'elle est juste ou raisonnable" ou "défendable", qui doit être fondée sur des raisons qui sont "acceptables" et qui ne sera pas "extrême" ou "excessive" (c'est-à-dire disproportionnée)".[4853] Dans une communication ultérieure, il ajoute que le sens ordinaire de l'expression "de manière injustifiable" "désigne des mesures qui sont "nécessaires", "proportionnées" et "étayées par des éléments de preuve"".[4854]

7.2295. Le Honduras répond à l'Australie que le sens ordinaire de l'expression "de manière injustifiable" elle-même indique qu'afin d'entrer dans le champ des entraves "justifiables", il ne serait pas suffisant qu'une prescription spéciale soit simplement "liée rationnellement" à son objectif déclaré.[4855]

7.2296. Le Honduras répond en outre à l'Australie que le sens ordinaire de l'expression est seulement le début d'un exercice global d'interprétation. Premièrement, l'interprétation proposée par l'Australie est fondée sur une lecture faite par l'Organe d'appel du terme "injustifiable" en ce qui concerne le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994, ce qui est un contexte entièrement différent où l'expression est utilisée en combinaison avec les termes "arbitraire" et "restriction déguisée au commerce". Deuxièmement, la question de la discrimination "arbitraire ou injustifiable" au titre du texte introductif de l'article XX a trait à des pays où les mêmes "conditions" existent. Troisièmement, les termes "arbitraire ou injustifiable" ont trait à la discrimination résultant de l'application de la mesure qui est provisoirement justifiée, et non à l'entrave effective au commerce qui est examinée au regard des alinéas de l'article XX; dans la mesure où une quelconque analogie avec l'article XX peut être établie, les raisons qui peuvent "justifier provisoirement" des mesures au regard des alinéas de l'article XX parce qu'elles sont "nécessaires" à la réalisation d'un objectif de politique générale semblent être la partie plus pertinente de l'article XX. Quatrièmement, contrairement à l'article XX du GATT de 1994, l'article 20 n'est pas une exception, mais associe plutôt une obligation positive à des éléments permissifs. Cinquièmement, même au titre du texte introductif de l'article XX, une constatation de discrimination justifiable n'est pas formulée simplement parce que la mesure a un "lien rationnel" avec l'objectif en question; d'autres facteurs jouent un rôle tout aussi important, y compris le point de savoir si d'autres approches ont été envisagées, ou celui de savoir si le type particulier de discrimination, et l'étendue particulière de celle-ci, étaient effectivement nécessaires compte tenu de l'objectif poursuivi.[4856]

7.2297. Le Honduras fait valoir que le terme "justifiable" doit être interprété dans son *contexte* et à la lumière de l'*objet et du but* de l'Accord qui consistent à protéger à la fois les intérêts commerciaux et les considérations légitimes autres que d'ordre commercial des Membres de l'OMC, comme cela est indiqué à l'article 8:1 de l'Accord sur les ADPIC et dans la Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique[4857] (Déclaration de Doha).[4858]

7.2298. Le Honduras est d'avis que l'absence de toute indication d'un possible objectif de politique générale à l'article 20 plaide en faveur d'une lecture de l'expression "de manière injustifiable"

[4853] Honduras, première communication écrite, paragraphe 292 (faisant référence aux Oxford Dictionaries en ligne, extraits HND (pièce HND-31), définitions de "justifiable", "right" et "reasonable"). (italique dans l'original)

[4854] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 352.

[4855] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 329.

[4856] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 330 à 334.

[4857] Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, adoptée le 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/2.

[4858] Honduras, première communication écrite, paragraphe 293.

selon laquelle elle qualifie le terme "entravé" et a trait à la mesure dans laquelle la prescription entrave l'usage d'une marque et non aux raisons de l'entrave.[4859] Il ajoute que l'utilisation de l'expression "de manière injustifiable" évite tout malentendu possible selon lequel l'article 20 empêcherait la possibilité d'actions visant à protéger les consommateurs en matière de marques prévues à l'article 10*bis* de la Convention de Paris, par exemple, ou justifiées par les raisons énoncées à l'article 15:2 de l'Accord sur les ADPIC et l'article 6*quinquies* B de la Convention de Paris. À son avis, "[é]tant donné, par exemple, que l'article 15:2 permet de refuser l'enregistrement d'une marque parce qu'elle est de nature à induire en erreur, il devrait de même être permis d'empêcher l'usage des marques de nature à induire en erreur ou d'imposer des prescriptions spéciales pour empêcher que des marques puissent être de nature à induire en erreur, sans avoir d'abord à radier leur enregistrement ou à invalider leur statut de marques. En insérant l'expression "de manière injustifiable", les négociateurs ont fait en sorte qu'il n'y ait aucun débat à ce sujet."[4860] En outre, le Honduras considère que la déclaration du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)* citée par l'Australie n'est pas pertinente pour le présent différend, car il est difficile de dégager de quelconques implications de cette déclaration qui paraît avoir trait à un argument spécifique avancé par le défendeur.[4861]

7.2299. Le Honduras indique qu'il "n'introduit pas simplement le concept de "nécessité" (y compris le "caractère moins restrictif") d'autres dispositions des accords visés, telles que l'article 2.2 de l'Accord OTC, dans l'article 20". À son avis, il apparaît que le critère "de manière injustifiable" est plus large que le "critère de la nécessité" et doit être lu dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC. Le critère "de manière injustifiable" n'implique pas un critère moins rigoureux et ne prévoit pas une large déférence à l'égard des autorités réglementaires d'un Membre, comme l'Australie l'affirme. En fait, Le Honduras allègue qu'il "peut englober un large éventail d'éléments cumulatifs, y compris certains éléments du "critère de la nécessité"". Cela est confirmé par l'article 8:1 de l'Accord sur les ADPIC, qui fournit un contexte pour l'article 20, et dispose que les Membres peuvent adopter les mesures qui sont "*nécessaires* pour protéger la santé publique". Le Honduras fait valoir que l'article 8:1 prescrit que, indépendamment de la question de savoir si une mesure particulière est "nécessaire", celle-ci doit aussi être "compatible" avec les dispositions de l'Accord sur les ADPIC. "Lorsque l'article 20 est lu à la lumière des principes généraux énoncés à l'article 8:1, il devient clair que le critère "de manière injustifiable" est, en fait, plus rigoureux qu'un "critère de la nécessité" traditionnel, car il exige l'examen de facteurs autres que la "nécessité", à savoir la compatibilité d'une mesure donnée avec les dispositions de l'Accord sur les ADPIC."[4862]

7.2300. Le Honduras fait valoir que les "intérêts légitimes" des détenteurs des marques auxquels il est fait référence à l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC doivent éclairer l'analyse de la compatibilité des mesures TPP avec les prescriptions de l'article 20 effectuée par le Groupe spécial, soit la question de savoir si ces mesures sont "injustifiables".[4863]

7.2301. S'agissant de *l'objet et du but* de l'Accord sur les ADPIC, le Honduras ne conteste pas le droit d'un Membre d'adopter des mesures qui améliorent la santé publique. Toutefois, ces mesures doivent tenir compte d'autres objectifs importants du système de l'OMC, qui comprennent la promotion du développement et du bien-être économiques dans le monde, sur la base des principes de la liberté des marchés. Cet objectif est reflété dans l'Accord sur les ADPIC, qui vise à "réduire les distorsions et les entraves en ce qui concerne le commerce international", tient

[4859] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 336.
[4860] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 337.
[4861] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 342 et 343. Le Honduras fait référence au rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.246, qui se lit comme suit:

> [Les principes énoncés à l'article 8 de l'Accord sur les ADPIC] reflètent le fait que l'Accord ne prévoit généralement pas l'octroi de droits positifs pour exploiter ou utiliser un certain objet, mais prévoit plutôt l'octroi de droits négatifs pour empêcher certains actes. Cette caractéristique fondamentale de la protection de la propriété intellectuelle donne par essence aux Membres la liberté de poursuivre des objectifs légitimes de la politique générale publique puisque bon nombre des mesures visant à atteindre de tels objectifs ne relèvent pas des droits de propriété intellectuelle et ne nécessitent pas une exception au titre de l'Accord sur les ADPIC.

[4862] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 357. (guillemets dans l'original)
[4863] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 359.

compte de "la nécessité de promouvoir une protection efficace et suffisante des droits de propriété intellectuelle" et reconnaît qu'il s'agit de droits privés. Conformément à ces principes, des groupes spéciaux antérieurs ont reconnu que "tant les titulaires des marques que les consommateurs [avaient] un *intérêt légitime* dans l'aptitude d'une marque à remplir sa fonction essentielle consistant à distinguer les produits, y compris par l'usage de marques au cours d'opérations commerciales".[4864]

7.2302. Compte tenu de cela, le Honduras fait valoir que l'interprétation de l'expression "de manière injustifiable" doit établir un juste équilibre entre des objectifs concurrents, la protection de la santé publique, d'une part, et le maintien des possibilités de concurrence des Membres de l'OMC ou la protection des droits de propriété intellectuelle, d'autre part. En vertu de l'Accord sur les ADPIC, le droit d'un Membre de réglementer la santé publique est donc limité par l'obligation de protéger les droits de propriété intellectuelle. Cela est confirmé par son article 8:1, qui dispose que les mesures prises pour protéger la santé publique doivent être "compatibles avec les dispositions du présent accord", et l'article 7 qui fait référence en outre au fait d'"assurer un équilibre de droits et d'obligations".[4865] Les articles 7 et 8 affaiblissent la position de l'Australie, au lieu de l'étayer.[4866]

7.2303. De l'avis du Honduras, pour déterminer si une prescription spéciale entraîne une entrave "injustifiable", un groupe spécial de l'OMC doit établir un juste équilibre entre deux facteurs. Le premier facteur est le droit de réglementer pour atteindre un objectif légitime, tel que la santé publique. Le second facteur est l'obligation des Membres d'assurer le niveau requis de protection de la propriété intellectuelle. Afin d'établir cet équilibre, un groupe spécial de l'OMC doit examiner les deux critères suivants: i) le point de savoir si la mesure contribue à son objectif déclaré; et ii) le point de savoir si son objectif peut être atteint au moyen d'une mesure moins restrictive, c'est-à-dire, une mesure qui a une incidence moindre sur les droits des autres Membres.[4867]

7.2304. Le Honduras note que ces critères ont été appliqués par des groupes spéciaux et l'Organe d'appel lorsqu'ils ont mis en balance les droits et les obligations des Membres au titre de divers critères juridiques des accords visés, par exemple, le critère de la "nécessité" au titre de l'article XX du GATT de 1994, de l'article XIV de l'AGCS et de l'article 2.2 de l'Accord OTC. L'Organe d'appel a aussi précisé que l'étendue de la contribution exigée pour que la mesure soit nécessaire dépendra du caractère restrictif de la mesure. En d'autres termes, plus la mesure est restrictive, plus la contribution devrait être élevée. Normalement, une mesure stricte exigerait un degré relativement élevé de contribution à son objectif, par exemple un degré "*important*" de contribution. S'il est constaté que la mesure en cause apporte une certaine contribution, l'Organe d'appel a jugé utile d'analyser des solutions de rechange moins restrictives pour déterminer si la mesure est la moins restrictive parmi d'autres options disponibles. La solution de rechange moins restrictive doit: i) être raisonnablement disponible (à savoir, le Membre défendeur doit pouvoir l'adopter sans charge indue, par exemple des coûts prohibitifs ou des difficultés techniques substantielles); et ii) préserver le droit du Membre défendeur d'assurer le niveau de protection qu'il souhaite pour ce qui est de l'objectif poursuivi.[4868]

7.2305. Le Honduras considère que, lorsque le Groupe spécial analyse si la restriction concernant l'usage d'une marque particulière est justifiable au titre de l'article 20, celui-ci devrait déterminer si cette mesure: i) apporte une contribution importante à l'objectif de politique générale publique; et ii) constitue le moyen le moins restrictif d'atteindre cet objectif parmi d'autres options qui sont raisonnablement disponibles.[4869] Il fait valoir que certaines mesures importantes et de nature systématique sont injustifiables au sens de l'article 20. Ces mesures comprennent i) les restrictions générales et indifférenciées concernant l'usage de marques, qui ne tiennent pas compte des attributs individuels des marques; et ii) les mesures allant à l'encontre de la fonction

[4864] Honduras, première communication écrite, paragraphe 294 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphes 7.664 et 7.675). (guillemets dans l'original)
[4865] Honduras, première communication écrite, paragraphe 295. (italique omis)
[4866] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 341.
[4867] Honduras, première communication écrite, paragraphe 296.
[4868] Honduras, première communication écrite, paragraphes 298 à 300. (italique dans l'original)
[4869] Honduras, première communication écrite, paragraphe 301.

principale d'une marque. Lorsqu'il analyse si ces mesures sont justifiables, un groupe spécial n'a pas besoin de procéder à un examen complet des critères susmentionnés.[4870]

7.2306. De l'avis du Honduras, l'historique de la négociation confirme qu'il convient de soupeser et mettre en balance des préoccupations contradictoires. Le Honduras fait référence aux propositions présentées par des pays en développement qui auraient réservé le droit absolu d'énoncer dans les lois nationales des prescriptions spéciales concernant l'usage d'une marque, aux propositions présentées par des pays développés visant à interdire les prescriptions spéciales et à "une approche plus équilibrée" proposée par les Communautés européennes et le Japon qui aurait uniquement autorisé l'imposition des entraves à l'usage qui n'étaient pas "*injustifiabl[es]*". Il estime que "[l]e fait que le texte actuel de l'article 20 est fondé sur … l'approche équilibrée, par opposition à une approche unilatérale … indique clairement que les Membres sont convenus que … une entrave à l'*usage* serait autorisée uniquement dans des circonstances exceptionnelles, sur la base de raisons justifiables".[4871]

7.2307. La République dominicaine fait valoir qu'à l'article 20, le mot "injustifiable" établit une exception à la prohibition des entraves à l'usage d'une marque, ou soumet cette prohibition à des réserves.[4872] Dans ce contexte, les sens pertinents que le dictionnaire donne du mot "justifiable" (justifiable) comprennent "[c]apable of being legally or morally justified, or shown to be just, righteous, or innocent; defensible" (qui peut être justifié d'un point de vue juridique ou moral, dont le caractère juste, droit ou innocent peut être démontré; défendable); ainsi que "supported or justified by good evidence or convincing reasoning; well-founded" (étayé ou justifié par des éléments de preuve valables ou un raisonnement convaincant; bien fondé). Le verbe "to justify" (justifier) – comme dans le mot "justifiable" – signifie "to support the truth or value of, validate; to provide a reason for, warrant, necessitate; to prove (an action or reaction) to have been right, proper, or reasonable" (confirmer la véracité ou la valeur de, valider; fournir une raison pour, légitimer, nécessiter; prouver (qu'une action ou réaction) est juste, appropriée ou raisonnable). De l'avis de la République dominicaine, sur la base du sens donné par le dictionnaire, une entrave "injustifiable" désigne une entrave qui n'est pas défendable, légitime ou nécessaire; dont l'imposition ne repose pas sur une base raisonnée et/ou convaincante; et qui ne trouve pas son fondement dans les éléments de preuve.[4873] En d'autres termes, "[d]'après une lecture purement littérale, une entrave à l'usage d'une marque est "injustifiabl[e]" si elle n'est pas rationnelle, raisonnable, appropriée, défendable ou légitime".[4874]

7.2308. La République dominicaine ajoute que ces définitions sont compatibles avec des interprétations antérieures de termes semblables qui figurent dans les accords visés. Il a été constaté que le mot "unjustifiable" (injustifiable) signifiait "undue" (indu) et "go[ing] beyond what is warranted" (allant au-delà de ce qui est légitime). Le mot "reasonable" (raisonnable), qui est l'un des sens que le dictionnaire donne du mot "justifiable" (justifiable), a été interprété comme signifiant "proportionate" (proportionné); "sensible" (sensé); et "within the limits of reason, not greatly less or more than might be thought likely or appropriate" (dans les limites de la raison, pas beaucoup moins ou beaucoup plus que ce qui pourrait être jugé probable ou approprié).[4875]

7.2309. La République dominicaine fait valoir que celui qui interprète un traité ne peut pas partir de l'hypothèse que l'expression "de manière injustifiable" doit être interprétée par opposition à l'expression "non nécessaire" et, pour cette raison, exclure certains éléments d'un critère de la nécessité. L'exercice d'interprétation doit commencer en discernant le sens de l'expression effectivement utilisée, "de manière injustifiable". Le simple fait que les expressions "de manière

[4870] Honduras, première communication écrite, paragraphe 315. Voir aussi Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 361 à 372.

[4871] Honduras, première communication écrite, paragraphes 302 à 306. (italique dans l'original)

[4872] Voir aussi plus haut le paragraphe 7.2135.

[4873] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 379 (faisant référence au Oxford English Dictionary en ligne, définition de "justifiable", <http://www.oed.com/view/Entry/102219?redirectedFrom=justifiable#eid>, adresse consultée le 9 avril 2014 (pièce DOM-85); et Oxford English Dictionary en ligne, définition de "justify", <http://www.oed.com/view/Entry/102219?redirectedFrom=justifiable#eid>, adresse consultée le 9 avril 2014 (pièce DOM-86)).

[4874] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 143.

[4875] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 380 (faisant référence aux rapports des Groupes spéciaux *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphe 7.1495; et *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, paragraphe 7.385).

injustifiable" et "non nécessaire" ne sont pas les mêmes n'est pas une raison interprétative d'exclure l'étendue de l'entrave, l'étendue de la contribution et les mesures de rechange de l'examen.[4876]

7.2310. S'agissant de l'examen par l'Australie de la jurisprudence de l'OMC concernant le terme "injustifiable" qui figure à l'article XX du GATT de 1994, la République dominicaine répond que le mot "injustifiable" figurant dans le texte introductif joue un faible rôle dans la justification globale d'une mesure au titre de l'article XX. Par contre, au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, l'expression "de manière injustifiable" constitue la base toute entière sur laquelle un groupe spécial doit évaluer la justification d'une mesure. Dans ces circonstances, l'interprétation de l'expression "de manière injustifiable" qui figure à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC ne peut pas comporter un critère moins rigoureux que l'interprétation du même terme figurant dans le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994. La République dominicaine soutient que l'Australie omet de mentionner que le mot "injustifiable" figurant dans le texte introductif de l'article XX permet de prendre en considération un large éventail de facteurs, outre les facteurs limités qu'il identifie. En ce qui concerne les autres éléments, elle estime que le mot "injustifiable" figurant dans le texte introductif de l'article XX nécessite un examen du point de savoir si les mesures de rechange raisonnablement disponibles proposées par le plaignant auraient pu éviter la discrimination.[4877]

7.2311. La République dominicaine examine un certain nombre de facteurs dont elle estime qu'ils doivent être pris en considération pour déterminer si une entrave est justifiable. Le premier est la nécessité d'une évaluation individualisée des marques relatives au tabac qui font l'objet des mesures en raison de la nature d'une marque.[4878] De plus, la République dominicaine propose un critère juridique comprenant les quatre facteurs suivants: i) la *nature et l'étendue* de l'entrave: à quel point la mesure fait-elle obstruction à l'usage et à la fonction d'une marque; ii) le but dans lequel une entrave est imposée: quel *objectif* le Membre cherche-t-il à atteindre et les fins justifient-elles l'intervention dans l'usage d'une marque qui en résulte; iii) les moyens particuliers choisis pour parvenir à ces fins: l'entrave, dans son incidence sur chaque élément de la marque entravée, apporte-t-elle une *contribution* aux fins; et iv) les solutions de rechange disponibles: aurait-on pu déployer une *mesure de rechange* apportant une contribution équivalente, tout en imposant une entrave moindre, ou en n'imposant aucune entrave, à l'usage des marques. Un groupe spécial devrait évaluer ces quatre facteurs à l'aide d'une *analyse relationnelle* qui *soupèse et met en balance* le bien-fondé relatif des mesures contestées et des mesures de rechange, pour établir une détermination globale sur le caractère justifiable.[4879]

7.2312. La République dominicaine fait valoir qu'"un groupe spécial doit "déterminer l'*objectif* de l'article 20 et *les intérêts qu'il vise à protéger* afin d'effectuer une analyse valable de la question de savoir si une mesure est justifiable"".[4880] La contribution des mesures TPP, et la disponibilité de mesures de rechange, doit être évaluée au regard de l'objectif déclaré, qui est de réduire le comportement tabagique.[4881]

7.2313. De l'avis de la République dominicaine, l'intérêt protégé en vertu de l'article 20 est "[l]'usage d'une marque de fabrique ou de commerce", et l'objectif de cette disposition pour ce qui est de protéger cet intérêt est de sauvegarder, dans toute la mesure du possible, l'aptitude d'une marque à remplir sa fonction fondamentale qui consiste à distinguer des produits ou des services,

[4876] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 186, 200, 304 et 570.

[4877] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 576, 578 et 579 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.306; *États-Unis – Essence*, pages 28 à 31; *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 171; et aux rapports du Groupe spécial *Chine – Terres rares*, paragraphe 7.354 et note de bas de page 549). Voir aussi République dominicaine, réponse à la question n° 108 du Groupe spécial, paragraphes 166 et 167.

[4878] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 382 et 383. Les arguments de la République dominicaine et des autres parties sur la question de savoir si le caractère injustifiable des prescriptions devrait être évalué à l'égard de marques individuelles et de leurs attributs individuels sont examinés plus loin dans la section 7.3.5.5.2.2.

[4879] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 387 à 391. Voir République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 146 (présentant une formulation légèrement différente du critère juridique proposé). Voir aussi République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 289, 293 et 294.

[4880] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 144 (faisant référence à Union européenne, réponse à la question n° 17 du Groupe spécial, paragraphe 102) (italique ajouté par la République dominicaine). Voir plus loin le paragraphe 7.2362 pour un résumé de la position de l'Union européenne.

[4881] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 288.

sans porter préjudice à la capacité d'un Membre d'atteindre d'autres objectifs légitimes. Pour être justifiable, l'intervention des pouvoirs publics dans l'usage d'une marque doit être soigneusement calibrée de façon à causer le moins de préjudice possible à l'intérêt protégé qu'est "[l]'usage d'une marque de fabrique ou de commerce".[4882]

7.2314. La République dominicaine précise que le texte du traité montre que "[l]'usage d'une marque de fabrique ou de commerce" est un *intérêt protégé* au titre de l'article 20 qui doit être pris en considération pour évaluer le caractère justifiable. De ce fait, le critère juridique du "caractère justifiable" doit être élaboré à la lumière du rôle et de l'importance de "[l]'usage d'une marque de fabrique ou de commerce", en tant qu'intérêt protégé par la disposition. "L'usage d'une marque de fabrique ou de commerce" est essentiel à son aptitude à remplir sa fonction conventionnelle fondamentale qui consiste à distinguer des produits ou des services dans le commerce du point de vue de leur qualité, de leurs caractéristiques et de leur réputation. Dans ce contexte, l'objet et le but de l'article 20 pour ce qui est de protéger "[l]'usage d'une marque de fabrique ou de commerce" est de sauvegarder l'aptitude d'une marque à remplir sa fonction conventionnelle fondamentale qui consiste à distinguer un produit ou un service dans toute la mesure du possible, tout en permettant à un Membre d'atteindre d'autres objectifs légitimes. La République dominicaine ajoute que "[l]'objet et le but de la sauvegarde de l'aptitude d'une marque à remplir sa fonction conventionnelle fondamentale dans toute la mesure du possible concourt sans aucun doute à la réalisation de l'objet et du but de l'Accord sur les ADPIC dans son ensemble". Il n'y a rien d'analogue à l'article 20 pour protéger l'usage d'autres formes de propriété intellectuelle visées par l'Accord sur les ADPIC.[4883]

7.2315. La République dominicaine répond à l'Australie qu'elle considère qu'il n'y a aucun désaccord entre les parties sur le fait qu'une entrave doit poursuivre un objectif légitime pour être justifiable, et qu'un groupe spécial doit identifier les objectifs de la mesure à l'aide d'une évaluation objective de tous les éléments de preuve disponibles.[4884] Elle note que, bien qu'elle convienne qu'il y a violation de l'article 20 s'il n'y a pas de lien rationnel entre une entrave et un objectif légitime, elle ne convient pas que cette conception étroite épuise les circonstances dans lesquelles une entrave est injustifiable.[4885]

7.2316. La République dominicaine rappelle que le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)* a considéré que les "intérêts légitimes" mentionnés à l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC comprenaient l'intérêt qu'avait le titulaire de la marque "à utiliser sa propre marque".[4886] Elle invoque l'article 17 en tant que contexte pour étayer son point de vue selon lequel les "intérêts légitimes" du titulaire de la marque doivent être pris en compte pour évaluer le "caractère justifiable" au titre de l'article 20. Elle ajoute que le simple fait que l'article 17 crée une exception formelle aux droits conférés à l'article 16 ne prive pas l'article 17 de pertinence pour celui qui interprète un traité en tant que source d'indications utiles pour interpréter l'article 20. À son avis, l'"article 17 de l'*Accord sur les ADPIC* est un contexte pertinent pour interpréter l'article 20 de l'*Accord sur les ADPIC* parce que les deux dispositions ont des similitudes. Spécifiquement, les deux dispositions concernent la *justification de mesures des pouvoirs publics qui compromettent le caractère distinctif d'une marque*."[4887] Dans les deux cas, pour décider s'il y a lieu d'autoriser des mesures des pouvoirs publics qui compromettent le caractère distinctif d'une marque, celui qui interprète un traité doit prendre en considération les intérêts légitimes du titulaire de la marque à faire usage de la marque pour maintenir ce caractère distinctif.[4888]

7.2317. Cuba indique que le sens ordinaire pertinent du terme "injustifiable" (injustifiable) est: "[which cannot be] shown to be just, reasonable or correct" (dont le caractère juste, raisonnable ou correct [ne peut pas être] démontré), ou "[which cannot be] defensible" ([qui n'est pas] défendable). Le terme "raisonnable" a été considéré par le Groupe spécial *République dominicaine – Cigarettes* comme renvoyant à des notions telles que "proportionate" (proportionné), "sensible" (sensé) et "within the limits of reason, not greatly less or more than might be thought likely or

[4882] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 145.
[4883] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 157 à 161.
[4884] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 275.
[4885] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 150.
[4886] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 257.
[4887] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 171 à 174. (italique dans l'original)
[4888] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 180.

appropriate" (dans les limites de la raison, pas beaucoup moins ou beaucoup plus que ce qui pourrait être jugé probable ou approprié).[4889]

7.2318. De l'avis de Cuba, ces définitions indiquent que toute analyse du caractère injustifiable doit déterminer si les avantages pour le Membre de l'OMC mettant en œuvre justifient les charges imposées aux détenteurs des marques. Une prescription spéciale qui n'atteint pas l'objectif pour lequel elle est imposée est injustifiable, parce qu'aucun avantage n'est réalisé par le Membre de l'OMC mettant en œuvre pour justifier les charges imposées. En outre, la disponibilité de mesures de rechange tout aussi efficaces mais qui entravent moins les marques implique qu'une prescription spéciale est injustifiable, car les charges imposées aux détenteurs des marques sont entièrement évitables. Enfin, une situation où l'importance ou le caractère des avantages réglementaires qu'un Membre de l'OMC mettant en œuvre réalise grâce à une prescription spéciale ne peut pas justifier l'incidence défavorable sur les titulaires des marques implique aussi que la prescription spéciale est injustifiable.[4890]

7.2319. Dans ce contexte, Cuba estime qu'une prescription spéciale devrait être considérée comme injustifiable si l'une quelconque des conditions (non exhaustives) ci-après est remplie: i) si l'objectif que l'on cherche à atteindre (par le biais de la prescription spéciale) est *illégitime*; ii) si la prescription spéciale est *inefficace*, en ce sens qu'elle n'atteint pas l'objectif légitime pour lequel elle est imposée; et iii) si la prescription spéciale est *disproportionnée*, en ce sens qu'il existe des mesures de rechange qui n'entravent pas l'usage de marques (ou qui entraveraient l'usage de marques à un degré moindre) qui atteignent l'objectif légitime que l'on cherche à atteindre dans une mesure équivalente (ou plus grande). Cuba accepte que l'Australie poursuive l'objectif légitime consistant à réduire la prévalence du tabagisme. Mais elle fait valoir que les mesures TPP sont injustifiables parce qu'elles sont inefficaces ou, à titre subsidiaire, parce qu'elles sont disproportionnées.[4891]

7.2320. Cuba fait en outre valoir que l'expression générale "de manière injustifiable" peut avoir de nombreux sens différents selon le contexte dans lequel elle est utilisée, lesquels vont de "undue" (indu) – un terme essentiellement semblable au terme "unnecessary" (non nécessaire) – à "unreasonable" (déraisonnable), "excessive" (excessif), "disproportionate" (disproportionné) et "incapable of being justified or explained" (qui ne peut pas être justifié ou expliqué). Le sens ordinaire de l'expression est donc seulement le début d'un exercice global d'interprétation. Par ailleurs, le sens ordinaire de l'expression "de manière injustifiable", telle qu'elle est utilisée dans le contexte de l'article 20, n'est pas le même que lorsqu'elle est utilisée dans le contexte du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994. L'expression adverbiale "de manière injustifiable", telle qu'elle est utilisée à l'article 20, renvoie à la nature et à l'étendue de l'entrave et à l'effet disproportionné, extrême ou déraisonnable de la prescription.[4892] Cuba ajoute que "[d]ans le contexte de l'Accord sur les ADPIC, la justification, c'est-à-dire la "raison de" l'imposition des prescriptions spéciales n'a en fait aucune importance. Ce qui importe, c'est la mesure dans laquelle des droits de propriété intellectuelle et industrielle sont affectés."[4893]

7.2321. Cuba convient avec l'Australie que l'article 20 n'est pas une disposition établissant une exception. Elle fait valoir que l'article 20 impose l'obligation positive de ne pas entraver de manière injustifiable l'usage d'une marque par des prescriptions spéciales. Cela signifie qu'aucune prescription ne devrait être justifiée provisoirement, mais que le plaignant doit établir que l'entrave est disproportionnée, non limitée, et donc indûment restrictive. En ce sens, l'article 20 combine l'obligation positive de s'abstenir d'imposer des prescriptions spéciales à la possibilité de l'existence d'une exception limitée pour une disposition, mais impose la charge de la preuve pour les deux éléments au plaignant.[4894]

7.2322. Cuba note que l'Australie fait valoir que les rédacteurs ont délibérément utilisé le concept "de manière injustifiable" à l'article 20 plutôt que l'expression "de manière non nécessaire". À son

[4889] Cuba, première communication écrite, paragraphe 316 (citant le *Shorter Oxford English Dictionary*, 6ème édition, A. Stevenson (éd.) (Oxford University Press, 2007), volume 1 (pièce CUB-45), pages 1482 et 3445; et le rapport du Groupe spécial *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, paragraphe 7.385).
[4890] Cuba, première communication écrite, paragraphes 317 et 318.
[4891] Cuba, première communication écrite, paragraphes 319 et 320.
[4892] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 94 à 101.
[4893] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 104.
[4894] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 102 et 103.

avis, l'argument de l'Australie est erroné si l'on tient compte de ses propres déclarations selon lesquelles l'article 8:1 de l'Accord sur les ADPIC, la Déclaration de Doha, l'article XX du GATT de 1994, l'article 2.2 de l'Accord OTC et des dispositions semblables autorisent les Membres à adopter les mesures "nécessaires" pour protéger la santé. Par conséquent, au minimum, les entraves imposées spécifiquement aux marques par la mesure devraient être "nécessaires" et contribuer ainsi à la réalisation de l'objectif au lieu d'être simplement "liée rationnellement" à cet objectif.[4895]

7.2323. L'Indonésie indique que le terme "unjustifiably" (de manière injustifiable) signifie "not capable of being justified" (qui ne peut pas être justifié). Le terme "justified" (justifié) signifie "[m]ade just or right; made or accounted righteous; warranted; supported by evidence" (rendu juste ou exact; rendu ou jugé droit; légitime; étayé par des éléments de preuve). Au présent, le terme "justify" (justifier) signifie "[t]o make good (an argument, statement, or opinion); to confirm or support by attestation or evidence; to corroborate, prove, verify" (valider (un argument, une déclaration ou une opinion); confirmer ou étayer par une attestation ou des éléments de preuve; corroborer, prouver, vérifier). Ainsi, de l'avis de l'Indonésie, l'article 20 empêche les Membres de l'OMC d'entraver l'usage d'une marque sans que cela soit étayé par des éléments de preuve, une raison légale suffisante ou une justification convaincante.[4896] Elle ajoute que l'expression "de manière injustifiable" est une expression adverbiale modifiant le verbe "entraver", ce qui signifie que c'est l'entrave qui doit être justifiée et non les prescriptions spéciales elles-mêmes.[4897]

7.2324. L'Indonésie fait valoir qu'une analyse de ce qui est "injustifiable" exige d'utiliser une échelle mobile – une mesure qui impose un niveau élevé d'entrave impose aussi une charge plus élevée au défendeur pour justifier la mesure. À son avis, cette interprétation est compatible avec le principe de proportionnalité qui ressort du lien établi par l'Organe d'Appel entre le terme "injustifiable" et des expressions telles que "au-delà de ce qui est légitime …; excessif, disproportionné". Ces expressions soulignent l'idée qu'une mesure qui est "justifiable" est une mesure qui est "juste", "légitime", "proportionnelle" et "étayée par des éléments de preuve". L'Indonésie fait valoir qu'"[i]l peut seulement s'ensuivre que des entraves radicales et sans précédent, telles que celles imposées par [les mesures TPP], exigent de fournir davantage d'éléments de preuve pour prouver que la charge est "légitime" et "étayée", alors qu'une entrave minime (à savoir un usage comportant une mise en garde sanitaire et des limitations concernant la taille ou l'emplacement) pourrait être justifiée avec des éléments de preuve moins rigoureux".[4898]

7.2325. L'Indonésie fait valoir que l'existence d'un "lien rationnel" avec un objectif légitime n'est pas suffisante pour justifier une entrave au titre de l'article 20. Elle ajoute que les tierces parties souscrivent à plusieurs des éléments présentés par les plaignants, y compris les trois facteurs suivants: i) un lien rationnel avec un objectif légitime; ii) une évaluation de la contribution découlant de la prescription spéciale; et iii) l'étendue de l'entrave. Les tierces parties considèrent généralement que la question de savoir si une prescription est justifiée ou non devrait être résolue au cas par cas en "soupesant et mettant en balance" l'étendue de l'entrave et la contribution qu'elle apporte à l'objectif.

7.2326. L'Indonésie considère que "[l]e texte même de l'article 8:1 dispose que les mesures de santé publique doivent être *à la fois* nécessaires et compatibles avec les dispositions de l'Accord sur les ADPIC".[4899] À son avis, le paragraphe 4 de la Déclaration de Doha "est compatible avec le libellé de l'article 8:1 et ne renforce pas le niveau de déférence qui doit être accordé aux mesures de santé publique au titre de l'Accord sur les ADPIC".[4900]

7.2327. L'Australie estime que le terme "unjustifiable" (injustifiable) est défini comme signifiant "not justifiable, indefensible" (non justifiable, indéfendable). Le sens ordinaire du terme "justifiable" (justifiable), quant à lui, est "able to be legally or morally justified; able to be shown

[4895] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 108.
[4896] Indonésie, première communication écrite, paragraphes 287 et 288 (faisant référence au Merriam-Webster Dictionary en ligne, définition de "unjustifiably", <http://www.merriam-webster.com>, adresse consultée le 29 septembre 2014; et *The Compact Oxford English Dictionary*, 2ème édition, J.A. Simpson et E.S.C. Weiner (éds) (Oxford University Press, 2000), page 905).
[4897] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 286.
[4898] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 292 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Australie – Pommes*, paragraphe 437).
[4899] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 40. (italique dans l'original)
[4900] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphes 46 et 47.

to be just, reasonable, or correct; defensible" (qui peut être justifié d'un point de vue juridique ou moral; dont le caractère juste, raisonnable ou correct peut être démontré; défendable).[4901]

7.2328. L'Australie note qu'aucun groupe spécial antérieur n'a eu l'occasion d'examiner le sens de l'expression "de manière injustifiable" telle qu'elle apparaît à l'article 20. Toutefois, des groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont examiné le sens du terme "injustifiable" dans le contexte du membre de phrase "discrimination arbitraire ou injustifiable", tel qu'il apparaît à l'article XX du GATT de 1994 et à l'article XIV de l'AGCS. Dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, l'Organe d'appel a considéré que l'examen de la question de savoir si une discrimination était "arbitraire ou injustifiable" au sens de l'article XX du GATT de 1994 devrait être "axé[] sur la cause, ou la raison d'être, de la discrimination". Il a expliqué que cette analyse exigeait que le groupe spécial examine si la discrimination en cause avait un "lien rationnel" avec l'objectif dont il avait été provisoirement constaté qu'il justifiait la mesure au titre de l'une ou de plusieurs des exceptions générales figurant à l'article XX. Il a estimé qu'il n'y avait pas de "lien rationnel" si la raison d'être de la discrimination "[était] sans rapport avec" la poursuite d'un objectif légitime au titre de l'article XX, ou "irait à l'encontre" de la poursuite de cet objectif légitime. Dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, l'Organe d'appel a récemment confirmé l'interprétation du texte introductif de l'article XX qu'il avait énoncée dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*. Il a déclaré que "[l]'un des facteurs les plus importants pour l'évaluation d'une discrimination arbitraire ou injustifiable [était] la question de savoir si la discrimination [pouvait] être conciliée avec l'objectif de politique générale par rapport auquel la mesure [avait] été provisoirement justifiée au titre de l'un des alinéas de l'article XX, ou si elle [était] rationnellement liée à cet objectif". Il a examiné cette question comme consistant à savoir si la discrimination inhérente à la mesure avait un "lien rationnel" avec l'objectif qui justifiait provisoirement la mesure au titre de l'article XX.[4902]

7.2329. De l'avis de l'Australie, ces rapports antérieurs de l'Organe d'appel sont compatibles avec le sens ordinaire de l'expression "de manière injustifiable" et étayent la conclusion selon laquelle l'usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales est entravé "de manière injustifiable" par des prescriptions spéciales uniquement s'il n'y a pas de "lien rationnel" entre l'imposition des prescriptions spéciales et un objectif légitime de politique générale publique. Le sens de l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC doit être au moins aussi permissif que le sens du terme "injustifiable" qui figure dans le texte introductif de l'article XX, étant donné que l'article XX concerne des mesures dont il a été constaté qu'elles enfreignaient une ou plusieurs dispositions du GATT de 1994. L'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, en revanche, n'est pas une exception à une violation. En fait, c'est une obligation positive concernant les prescriptions spéciales qui entravent l'usage de marques au cours d'opérations commerciales, et le sens ordinaire de l'article 20 exige uniquement que ces entraves aient un lien rationnel avec un objectif légitime de politique générale publique.[4903]

7.2330. L'Australie ajoute que le sens ordinaire de l'expression "de manière injustifiable" met ainsi l'accent sur le caractère rationnel ou raisonnable du lien entre l'entrave imposée par une mesure et l'objectif légitime de politique générale publique de la mesure. Comme ces définitions l'indiquent clairement, le critère "de manière injustifiable" n'est pas un critère absolu. Il y aura normalement plus d'un résultat possible dont "le caractère juste, raisonnable ou correct *peut* être démontré", ou qui est "*dans les limites* de la raison". Selon le critère du lien rationnel, la question pertinente est de savoir si les plaignants ont démontré que le lien entre l'entrave imposée par la mesure et l'objectif de la mesure n'est pas un lien qui relève de l'ensemble des résultats rationnels ou raisonnables.[4904]

7.2331. L'Australie note que, même selon un critère juridique de la "nécessité", des groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont constaté qu'une mesure pouvait contribuer à ses objectifs légitimes lorsqu'il y avait "une véritable relation entre l'objectif poursuivi et la mesure en cause pour ce qui est de la fin et des moyens". L'Organe d'appel a indiqué que l'existence d'une

[4901] Australie, première communication écrite, paragraphe 365 (faisant référence au *Shorter Oxford English Dictionary*, volume 2, extraits AUS (pièce AUS-245), page 3445; et le *Shorter Oxford English Dictionary*, volume 1, extraits AUS, partie 1 (pièce AUS-243), page 1482).

[4902] Australie, première communication écrite, paragraphes 366 à 368 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 225, 227 et 228; et *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.306).

[4903] Australie, première communication écrite, paragraphe 369. Voir aussi Australie, réponse à la question n° 107 du Groupe spécial.

[4904] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 149. (italique dans l'original)

"véritable relation … pour ce qui est de la fin et des moyens" pouvait être évaluée d'un point de vue quantitatif ou qualitatif, et que l'objectif ultime de l'examen était de déterminer si la mesure "[pouvait] apporter une contribution" à son objectif. Il a indiqué en outre que, même selon un critère juridique de la "nécessité", il n'existait pas de "niveau minimal de contribution prédéterminé" que la mesure devait pouvoir atteindre afin d'être jugée "nécessaire". Ces considérations donnent à penser que, selon un critère juridique du "caractère injustifiable", et en gardant à l'esprit que la charge de la preuve incombe au plaignant, celui-ci devrait démontrer qu'une entrave ne peut pas contribuer aux objectifs de la mesure afin de prouver qu'elle est "injustifiable".[4905]

7.2332. Du point de vue de l'Australie, le principal point de désaccord concerne la position des plaignants selon laquelle l'expression "de manière injustifiable" devrait être interprétée comme étant fonctionnellement équivalente à un critère de la nécessité.[4906] Elle fait valoir que l'affirmation des plaignants selon laquelle l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20 englobe une exigence de "nécessité" (comme à l'article XX d) du GATT de 1994) ou un critère comparable à celui qui est prescrit par l'article 2.2 de l'Accord OTC va au-delà du sens ordinaire de l'expression "de manière injustifiable". Nonobstant le fait que les concepts de "nécessité", de "caractère le moins restrictif pour le commerce" et de "solutions de rechange raisonnablement disponibles" étaient bien connus à l'époque du Cycle d'Uruguay et apparaissent dans d'autres accords du Cycle d'Uruguay, ces concepts n'ont pas été incorporés dans l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC. L'article 20 utilise l'expression "de manière injustifiable" pour établir le critère au regard duquel des prescriptions spéciales imposées à l'usage de marques doivent être évaluées. Le sens ordinaire de cette expression est clair et ne ressemble en rien aux concepts de "nécessité", de "caractère le moins restrictif" et de "solutions de rechange raisonnablement disponibles" qui apparaissent ailleurs dans les accords visés. Tout comme l'utilisation des mêmes termes ou de termes semblables dans différentes dispositions des accords visés crée la présomption que les termes devraient être interprétés comme ayant le même sens ou un sens semblable, l'utilisation de termes différents crée la présomption que les termes étaient censés avoir un sens différent.[4907]

7.2333. Par ailleurs, l'expression "de manière injustifiable" n'exige pas une analyse consistant à "soupeser et à mettre en balance", qui est la caractéristique d'une analyse de la "nécessité".[4908] Interpréter l'expression "de manière injustifiable" comme incluant une prescription relative au "caractère le moins restrictif" rendrait cette expression fonctionnellement équivalente à un critère de la "nécessité". Ce qui distingue le terme "nécessaire" d'autres critères de justification, tels que "relatif à", "raisonnable", "indu" et "injustifiable", est la connotation que la mesure en cause était la seule façon d'atteindre l'objectif du Membre d'une manière compatible avec les règles de l'OMC. Il faut donner un effet interprétatif au fait que l'article 20 n'utilise pas le terme "nécessaire" comme base de son critère de justification. Du point de vue de l'Australie, les plaignants ne soutiennent pas sérieusement qu'une prescription relative au "caractère le moins restrictif" découle du sens ordinaire de l'expression "de manière injustifiable", mais ils la fondent plutôt sur des arguments contextuels relatifs à des "intérêts légitimes" ou à un "intérêt conventionnel protégé" malgré l'absence de ces termes dans le texte de l'article 20.[4909]

7.2334. L'Australie soutient que les descriptions du sens ordinaire de l'expression "de manière injustifiable" données par les plaignants n'étayent pas leur affirmation selon laquelle cette expression exige un examen de la "nécessité" ou un examen de la question de savoir si l'entrave est la "moins restrictive" possible à la lumière des "solutions de rechange raisonnablement disponibles". Dans la mesure où les termes "raisonnable" et "indu", mentionnés par les plaignants, ont une incidence sur l'interprétation de l'expression "de manière injustifiable", les sens ordinaires de ces termes tels qu'ils ont été interprétés par des groupes spéciaux et l'Organe d'appel n'étayent pas l'affirmation des plaignants selon laquelle l'expression "de manière injustifiable" signifie

[4905] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 152 et 153 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 145 et 149; et *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.213).

[4906] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 145.

[4907] Australie, première communication écrite, paragraphes 385, 393, 394 et 408 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, pages 18 et 19).

[4908] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 159 à 162.

[4909] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 165 à 173.

"nécessaire" ou "la moins restrictive" à la lumière des "solutions de rechange raisonnablement disponibles".[4910]

7.2335. L'Australie observe que, dans leurs communications au Groupe spécial, les plaignants ont traité leur analyse de la question de savoir si les mesures TPP étaient "injustifiables" au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC comme essentiellement interchangeable avec leur analyse de la question de savoir si les mesures étaient "plus restricti[ves] pour le commerce qu'il n'[était] nécessaire" au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Elle fait valoir que cette approche ne tient pas compte du sens ordinaire du terme "injustifiable" et représente une tentative des plaignants de réécrire l'article 20 pour dire quelque chose qu'il ne dit pas.[4911]

7.2336. L'Australie fait valoir qu'il ressort clairement du contexte de l'article 20 que l'expression "de manière injustifiable" ne visait pas à imposer des contraintes importantes sur le droit souverain des Membres de réglementer l'usage de marques pour favoriser la réalisation d'objectifs de politique générale publique (comme cela est reconnu dans le principe énoncé à l'article 8:1).[4912] Plus spécifiquement, elle estime que l'Accord sur les ADPIC ne concerne pas généralement l'usage de marques, ou l'usage d'autres types de propriété intellectuelle. L'article 20 n'est pas une exception aux droits que les Membres sont tenus par ailleurs de conférer aux titulaires des marques en vertu du droit interne, mais une disposition qui a trait, exceptionnellement, à un droit souverain que l'Accord sur les ADPIC ne vise pas par ailleurs à limiter. L'article 19, qui précède immédiatement l'article 20, prévoit spécifiquement que les Membres peuvent réglementer les produits d'une façon qui crée un obstacle à l'usage d'une marque, et dispose que les Membres ne doivent pas refuser de renouveler l'enregistrement sur cette base. L'article 20 se trouve vers la fin de la section 2, en dehors du sujet de préoccupation principal de la section 2 qui concerne les droits relatifs à l'enregistrement et les droits d'exclusion. Les rédacteurs ont considéré que les prescriptions spéciales imposées à l'usage de marques au cours d'opérations commerciales étaient admissibles à condition qu'elles ne soient pas "injustifiables". Ce choix est compatible avec le fait que la Convention de Paris – sur laquelle la section 2 de l'Accord sur les ADPIC est en grande partie fondée – "ne contient aucune obligation en vertu de laquelle l'usage d'une marque enregistrée doit être autorisé".[4913] Pour l'Australie, ces considérations étayent la conclusion selon laquelle une entrave résultant de l'imposition de prescriptions spéciales à l'usage d'une marque n'est pas "injustifiable" si l'entrave a un lien rationnel avec un objectif de politique générale publique.[4914]

7.2337. L'Australie soutient que la tentative de la République dominicaine de reformuler l'article 20 en "prohibition des entraves à l'usage d'une marque", qui fait ensuite l'objet d'une exception découlant de l'expression "de manière injustifiable", est une réécriture complète de l'article 20. L'article 20 n'établit aucunement un quelconque type de "prohibition" des entraves à l'usage de marques par l'imposition de prescriptions spéciales, ou de "présomption" à l'encontre de ces entraves.[4915]

7.2338. L'Australie répond aux arguments des plaignants sur la pertinence des "intérêts légitimes" et d'un "intérêt conventionnel protégé" pour l'interprétation de l'article 20.

7.2339. S'agissant des "intérêts légitimes", l'Australie fait valoir que les concepts de "nécessité" et de "caractère le moins restrictif" ne peuvent pas être inférés de l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC, qui oblige les Membres à "[tenir] compte des intérêts légitimes du titulaire de la marque". À son avis, les plaignants n'ont pas expliqué pourquoi le Groupe spécial devrait donner de l'article 20 une lecture qui inclut les prescriptions de l'article 17, ces dispositions différentes traitant deux sujets différents: l'article 17 concerne des exceptions aux droits conférés à l'article 16. L'article 20, par contre, n'est pas une disposition prévoyant des exceptions, mais en fait une obligation positive contractée par les Membres en ce qui concerne des entraves imposées à l'usage de marques au cours d'opérations commerciales. Les "intérêts légitimes du titulaire de la marque" ne sont donc pas pertinents dans le contexte de l'article 20, comme ils le sont dans celui

[4910] Australie, première communication écrite, paragraphes 397 et 400.
[4911] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 158.
[4912] Australie, première communication écrite, paragraphe 374.
[4913] Australie, première communication écrite, paragraphes 371 à 373 (citant la lettre de D. Latham, de Lovell White Durrant (pièce AUS-234)).
[4914] Australie, première communication écrite, paragraphe 374.
[4915] Australie, première communication écrite, paragraphe 403 (faisant référence à République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 343).

de l'article 17. L'absence de libellé comparable à l'article 20 confirme que cette obligation n'existe pas. Le contexte fourni par d'autres dispositions du même accord peut être pertinent tant pour ce qui est de leur similitude que de leur dissimilitude avec la disposition à interpréter. Le fait que l'article 20 n'exige pas des Membres qu'ils tiennent compte "des intérêts légitimes du titulaire de la marque", à la différence de l'article 17, donne fortement à penser que les rédacteurs de l'Accord sur les ADPIC n'ont pas considéré que c'était une exigence pertinente ou nécessaire dans le cas de mesures qui imposent une entrave à l'usage d'une marque. En fait, l'article 20 est axé exclusivement sur le critère qui consiste à savoir si une quelconque entrave résultant de l'imposition de prescriptions spéciales est "injustifiable".[4916]

7.2340. Pour ce qui est d'un "intérêt conventionnel protégé", l'Australie répond qu'il apparaît que les arguments fondés sur cet intérêt sont simplement une autre façon d'affirmer que l'usage de marques est l'une des préoccupations primordiales de l'Accord sur les ADPIC, même si rien dans l'Accord n'étaye cette conclusion. Les plaignants cherchent à distinguer un "droit d'usage", dont ils conviennent qu'il n'est pas conféré par l'Accord sur les ADPIC, de ce qu'ils appellent l'"intérêt dans l'usage" et l'"importance de l'usage" pour permettre aux marques de "remplir leur fonction fondamentale". Les arguments des plaignants au sujet des "intérêts dans l'usage" et de l'"importance de l'usage" sont essentiellement les arguments relatifs au "droit d'usage" sous une autre forme. L'argument des plaignants à cet égard est essentiellement téléologique – comme les marques servent à "distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises" lorsqu'elles sont utilisées à cette fin, la protection de ce but doit être l'un des objectifs fondamentaux de l'Accord sur les ADPIC, et l'expression "de manière injustifiable" doit être interprétée compte tenu de cela.[4917]

7.2341. Le premier problème de cet argument est qu'il appelle la question de savoir quels "intérêts" l'Accord sur les ADPIC vise à "protéger". La réponse à cette question se trouve en examinant les dispositions pertinentes de l'Accord, et non en se livrant à un raisonnement téléologique. La préoccupation principale de l'Accord sur les ADPIC est de faire en sorte que tous les Membres reconnaissent et fassent respecter un certain critère minimal en ce qui concerne les droits de propriété intellectuelle. Dans chaque cas, l'Accord sur les ADPIC définit ces droits en termes de droits d'exclusion, et ne fait pas une seule fois référence à un quelconque "droit d'usage". Les observations téléologiques des plaignants concernant un "intérêt dans l'usage" et l'"importance de l'usage" s'appliqueraient à *toutes* les formes de propriété intellectuelle visées par l'Accord sur les ADPIC, or il ressort clairement de ses termes que l'Accord n'accorde pas de droits en ce qui concerne l'usage de propriété intellectuelle.[4918]

7.2342. L'usage d'autres formes de propriété intellectuelle est au moins aussi important que le fait de permettre à ces formes de propriété intellectuelle de "remplir leur fonction fondamentale". En outre, les titulaires d'autres formes de propriété intellectuelle ont un "intérêt" légitime dans l'usage de cette propriété intellectuelle au moins aussi important. Néanmoins, l'Accord sur les ADPIC n'impose aucune contrainte sur la manière dont les Membres peuvent réglementer l'usage d'autres formes de propriété intellectuelle. Cela confirme que l'usage de la propriété intellectuelle, de quelque type que ce soit, n'est pas une préoccupation majeure de l'Accord sur les ADPIC et est une question que l'Accord laisse presque entièrement libre de contraintes.[4919]

7.2343. L'Australie soutient que les arguments des plaignants concernant les "intérêts" reviennent à affirmer qu'étant donné que l'article 20 impose une certaine contrainte sur la capacité des Membres à entraver l'usage de marques, cet usage doit être une préoccupation fondamentale de l'Accord sur les ADPIC qui requiert les niveaux les plus élevés de protection conventionnelle, y compris une prescription relative au "caractère le moins restrictif". Cependant, cette affirmation tient tout simplement pour acquise la conclusion de l'analyse interprétative. On pourrait dire de chaque obligation positive des accords visés qu'elle reflète un "intérêt conventionnel protégé", mais il ne s'ensuit pas que chaque "intérêt" de ce type a la même importance ou que l'obligation doit être interprétée comme imposant les niveaux les plus élevés de protection pour cet "intérêt". La nature de l'obligation imposée par une disposition conventionnelle peut uniquement être

[4916] Australie, première communication écrite, paragraphes 404 à 407; et Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 179 et 182. Voir aussi Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 177 et 178.
[4917] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 188.
[4918] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 189.
[4919] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 190.

déterminée en interprétant les termes conventionnels pertinents suivant leur sens ordinaire, dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'accord. L'expression "de manière injustifiable" qui figure à l'article 20, dûment interprétée, n'est pas équivalente à un critère de la "nécessité" et n'impose pas une prescription relative au "caractère le moins restrictif". Les arguments des plaignants concernant des "intérêts conventionnels protégés", quelle que soit leur pertinence interprétative, n'étayent pas une conclusion différente.[4920]

7.2344. L'Australie fait valoir que son interprétation de l'expression "de manière injustifiable" est étayée par l'objet et le but de l'Accord sur les ADPIC. À son avis, l'objet et le but fondamentaux de l'Accord sur les ADPIC est de faire en sorte que tous les Membres de l'OMC accordent un niveau minimal de droits exclusifs aux titulaires de propriété intellectuelle. Ces droits exclusifs sont, par nature, des "droits négatifs pour empêcher certains actes", et non des "droits positifs pour exploiter ou utiliser un certain objet". Comme l'explique Carvalho, "l'idée-force fondamentale et générale" de l'Accord sur les ADPIC "concerne la protection de droits de propriété intellectuelle, et non la liberté de les exploiter dans le commerce".[4921]

7.2345. L'Australie ajoute que la nature des droits que l'Accord sur les ADPIC vise à protéger a des répercussions importantes pour les droits que les Membres conservent pour réglementer l'usage et l'exploitation de la propriété intellectuelle, y compris les marques. Le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)* a observé que le fait que l'Accord sur les ADPIC exigeait des Membres qu'ils confèrent certains droits d'exclusion négatifs aux titulaires de propriété intellectuelle "donn[ait] par essence aux Membres la liberté de poursuivre des objectifs légitimes de la politique générale publique", puisque la plupart des mesures qui réglementaient l'usage ou l'exploitation de la propriété intellectuelle n'interféreraient pas avec les droits d'exclusion que les Membres étaient tenus de conférer. La plupart de ces mesures "ne relèvent [tout simplement] pas des droits de propriété intellectuelle" et ne sont donc pas limitées par les obligations des Membres au titre de l'Accord sur les ADPIC.[4922]

7.2346. De l'avis de l'Australie, l'article 8 est une reconnaissance expresse de la grande latitude que les Membres conservent au titre de l'Accord sur les ADPIC pour adopter des lois et réglementations à des fins de politique générale publique. L'article 8:1 ne prévoit pas une exception pour les mesures de politique générale publique qui sont par ailleurs incompatibles avec les obligations d'un Membre au titre de l'Accord, mais énonce un principe fondamental de l'Accord qui doit être pris en compte pour interpréter et appliquer ses autres dispositions. Il reconnaît que chaque Membre conserve le droit d'adopter des mesures pour favoriser la réalisation d'objectifs de politique générale publique, y compris des mesures pour protéger la santé publique, à condition que ces mesures soient compatibles avec les obligations des Membres au titre de l'Accord.[4923]

7.2347. La Déclaration de Doha fait référence aux principes énoncés à l'article 8:1. Le paragraphe 4 de la Déclaration dispose que l'Accord sur les ADPIC "n'empêche pas et ne devrait pas empêcher les Membres de prendre des mesures pour protéger la santé publique", et "réaffirm[e] le droit des Membres de l'OMC de recourir pleinement aux dispositions de l'Accord sur les ADPIC, qui ménagent une flexibilité à cet effet". La Déclaration dispose en outre que "[d]ans l'application des règles coutumières d'interprétation du droit international public, chaque disposition de l'Accord sur les ADPIC sera lue à la lumière de l'objet et du but de l'Accord tels qu'ils sont exprimés, en particulier, dans ses objectifs et principes", c'est-à-dire aux articles 7 et 8.[4924]

7.2348. Une analyse consistant à "soupeser et mettre en balance" est particulièrement inappropriée dans le cas d'une mesure qui est conçue pour protéger la santé publique. La Déclaration de Doha sert à souligner que l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20 donne aux Membres une grande latitude pour mettre en œuvre des mesures pour protéger la santé publique et, contrairement au terme "nécessaire", envisage un éventail de résultats possibles dont "le caractère juste, raisonnable ou correct peut être démontré" ou qui sont "dans les limites de la raison". Dans ce contexte pertinent, un groupe spécial n'a pas pour fonction

[4920] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 192 et 193.
[4921] Australie, première communication écrite, paragraphes 376 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.246; et à Carvalho 3ème édition, extraits AUS (pièce AUS-236), page 348).
[4922] Australie, première communication écrite, paragraphe 379 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.246).
[4923] Australie, première communication écrite, paragraphes 380 et 381.
[4924] Australie, première communication écrite, paragraphe 382.

de "soupeser et mettre en balance" les considérations, y compris les considérations de santé publique, dont le Membre a tenu compte lorsqu'il a élaboré la mesure en cause pour que la propre évaluation du groupe spécial remplace celle du Membre mettant en œuvre. En fait, la fonction d'un groupe spécial est d'évaluer si le Membre plaignant a démontré que l'entrave à l'usage des marques découlant de la mesure en cause était "injustifiable".[4925]

7.3.5.5.1.2 Principaux arguments des tierces parties

7.2349. L'Argentine pense comme l'Australie que l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20 devrait être analysée du point de vue du lien, ou de l'absence de lien, entre l'entrave et l'objectif de politique générale poursuivi par la mesure.[4926] Il faudrait également examiner si la mesure apporte une quelconque contribution aux objectifs. La possible disponibilité de mesures de rechange s'apparenterait cependant davantage à la preuve de la "nécessité" qu'à celle du "caractère justifiable".[4927] Le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques* a signalé que l'Accord sur les ADPIC ne contenait aucune disposition correspondant à l'article XX du GATT de 1994, et il a dit qu'une caractéristique fondamentale de la protection de la propriété intellectuelle donnait aux États la liberté de poursuivre des objectifs légitimes de la politique générale publique puisque bon nombre des mesures visant à atteindre de tels objectifs ne relevaient pas des droits de propriété intellectuelle et ne nécessitaient pas une exception au titre de l'Accord sur les ADPIC. En conséquence, l'interprétation de l'expression "entrave injustifiable" doit être faite à la lumière des dispositions de l'Accord sur les ADPIC, en gardant à l'esprit son objet et son but, sans extrapoler l'application de l'article XX du GATT de 1994.[4928] Compte tenu des principes énoncés à l'article 8:1 de l'Accord sur les ADPIC et de la Déclaration de Doha, l'Accord sur les ADPIC doit être appliqué d'une manière qui appuie le droit des Membres de protéger la santé publique[4929], en gardant à l'esprit le fait que le tabac est un produit unique en raison du risque élevé de dépendance et de dommage pour la santé.[4930]

7.2350. Le Brésil affirme qu'à l'article 20, l'expression "de manière injustifiable" est associée au mot "entravé" et non à l'expression "prescriptions spéciales". En conséquence, ce qui semble être le point central de l'analyse de la compatibilité avec l'article 20 est moins de savoir si une mesure est injustifiable que de savoir si l'entrave qu'elle constitue pour l'usage d'une marque est injustifiable.[4931] L'existence d'un lien rationnel ou l'absence d'un tel lien entre la mesure en cause et un objectif de politique générale donné n'est peut-être pas suffisante pour évaluer si une prescription spéciale entrave de manière injustifiable l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales. De l'avis du Brésil, il faudrait que les plaignants démontrent que l'entrave constituée par la mesure n'est pas proportionnée à l'importance du but poursuivi, et le défendeur serait tenu de présenter des éléments de preuve afin d'établir qu'il y a un équilibre entre l'importance de l'objectif poursuivi et l'entrave constituée par sa mesure.[4932] La définition que donne le dictionnaire du terme "justifiable" (justifiable) exprime l'idée de caractère raisonnable; par conséquent, s'il est démontré que l'entrave constituée par une prescription spéciale est excessive par rapport à l'importance de l'objectif poursuivi, elle ne serait probablement pas justifiable en même temps.[4933]

7.2351. S'agissant du contexte de la santé publique, le Brésil rappelle qu'à la quatrième Conférence ministérielle de l'OMC tenue à Doha en 2001, il a été reconnu que rien dans les règles de l'OMC n'empêchait les Membres de l'Organisation de prendre des mesures pour protéger la vie

[4925] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 163.
[4926] Argentine, communication en tant que tierce partie, paragraphe 10. L'Argentine souscrit aussi, sur le plan conceptuel, aux observations formulées par le Brésil, le Canada, la Chine et le Japon. À cet égard, elle fait référence en particulier au paragraphe 49 de la communication du Brésil en tant que tierce partie, qui est reproduit plus loin au paragraphe 7.2350. Argentine, réponse en tant que tierce partie à la question n° 17 du Groupe spécial, paragraphe 27.
[4927] Argentine, réponse en tant que tierce partie à la question n° 19 du Groupe spécial.
[4928] Argentine, réponse en tant que tierce partie à la question n° 20 du Groupe spécial (faisant référence au rapport du Groupe spécial *CE – Indications géographiques*, paragraphes 7.114 et 7.210); et communication en tant que tierce partie, paragraphe 8.
[4929] Argentine, réponses en tant que tierce partie aux questions n° 23 et 21 du Groupe spécial, respectivement.
[4930] Argentine, réponse en tant que tierce partie à la question n° 17 du Groupe spécial.
[4931] Brésil, communication en tant que tierce partie, paragraphe 48.
[4932] Brésil, communication en tant que tierce partie, paragraphe 49.
[4933] Brésil, communication en tant que tierce partie, paragraphe 50 (faisant référence au *Shorter Oxford English Dictionary*).

ou la santé des personnes, aux niveaux qu'ils considéraient appropriés, sous réserve que ces mesures i) ne soient pas appliquées de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre des pays où les mêmes conditions existent; ii) ne constituent pas une restriction déguisée au commerce international; et iii) qu'elles soient par ailleurs conformes aux dispositions des Accords de l'OMC.[4934] S'agissant des engagements spécifiques dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, la Conférence ministérielle a adopté la Déclaration de Doha, dans laquelle elle est convenue que cet accord n'empêchait pas et ne devrait pas empêcher les Membres de prendre des mesures pour protéger la santé publique, a réaffirmé le droit des Membres de recourir pleinement aux dispositions de l'Accord sur les ADPIC, qui ménagent une flexibilité à cet effet, et a reconnu que ces flexibilités incluaient, entre autres, la nécessité impérative que chaque disposition de l'Accord sur les ADPIC soit lue à la lumière de l'objet et du but de cet accord (articles 7 et 8), lors de l'application des règles coutumières d'interprétation du droit international public.[4935]

7.2352. Le Canada fait valoir que, alors que le terme "justifiable" se rapporte à quelque chose qui peut être défendu, soutenu ou, en substance, qui est raisonnable, le terme "necessary" (nécessaire) signifie "that cannot be dispensed with or done without, requisite, essential, needful" (dont on ne peut se passer, qui est requis, essentiel, indispensable). Il est évident que le seuil prescrit pour établir qu'une mesure est "nécessaire" doit être plus élevé et plus strict que le seuil prescrit pour établir qu'une mesure est "justifiable". Si les Membres avaient voulu utiliser le terme "nécessaire" à l'article 20, ils l'auraient fait, comme ils l'ont fait dans plusieurs autres dispositions de l'Accord sur les ADPIC. Certains plaignants voudraient que le Groupe spécial amalgame les deux notions distinctes de "nécessité" et de "caractère justifiable", mais cela ne tiendrait pas compte d'un principe fondamental de l'interprétation des traités.[4936] Alors que le critère proposé par l'Australie consistant à exiger d'un plaignant qu'il établisse qu'il n'y a pas de lien rationnel entre la prescription et un objectif légitime de politique générale publique pour démontrer que la prescription est "injustifiable" instituerait une charge extrêmement lourde pour l'établissement d'une violation de l'article 20, le critère avancé par les plaignants pour déterminer si une prescription est "injustifiable" est tout aussi indéfendable car il exigerait que la prescription soit la moins restrictive pour le commerce pour réaliser l'objectif.[4937]

7.2353. Le Canada affirme que l'article 8:1 n'énonce pas de droits ni d'obligations et ne constitue pas une exception pour des mesures qui peuvent par ailleurs être incompatibles avec les dispositions de l'Accord sur les ADPIC mais qu'il épouse le principe selon lequel les Membres ont le droit de prendre les mesures nécessaires pour protéger la santé.[4938] Le critère établi pour déterminer si une mesure est "injustifiable" au regard de l'article 20 doit prendre en compte et préserver la marge de manœuvre réglementaire permettant de protéger la santé publique qui est reconnue à l'article 8:1. Utiliser le libellé de l'article 8:1 pour importer la "nécessité" dans la notion de "caractère injustifiable" de façon à créer un critère inopportunément rigoureux à l'article 20 constituerait un emploi pervers de l'article 8:1 et serait contraire à son objectif et à son but.[4939]

7.2354. Eu égard au sens ordinaire des termes, à la jurisprudence existante et au contexte pertinent, y compris d'autres dispositions de l'Accord sur les ADPIC et la Déclaration de Doha, le Canada déclare que les éléments à examiner pour déterminer si une prescription spéciale est "injustifiable" au regard de l'article 20 sont les suivants: i) l'objectif de la prescription est-il légitime; ii) existe-t-il un lien rationnel entre la prescription et l'objectif légitime; iii) la prescription contribue-t-elle à l'objectif; et iv) dans quelle mesure la prescription entrave-t-elle la manière dont une marque peut être utilisée.[4940] L'exercice consistant à déterminer si une prescription spéciale est "injustifiable" implique le soupesage et la mise en balance de ces facteurs. Autrement dit, un

[4934] Brésil, communication en tant que tierce partie, paragraphe 18 (faisant référence au paragraphe 6 de la Déclaration ministérielle de Doha, adoptée le 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/1).
[4935] Brésil, communication en tant que tierce partie, paragraphe 19 (faisant référence aux paragraphes 4 et 5 de la Déclaration de Doha).
[4936] Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphes 77 à 79 et 81 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *Corée – Produits laitiers*, paragraphe 81; et *Japon – Boissons alcooliques II*, page 20). Voir aussi Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphes 82 et 83, et réponse en tant que tierce partie à la question n° 20 du Groupe spécial, paragraphes 38 à 41.
[4937] Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphes 85 et 86.
[4938] Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphe 80.
[4939] Canada, réponse en tant que tierce partie à la question n° 21 du Groupe spécial. Voir aussi Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphes 8, 10 et 11; et réponse en tant que tierce partie à la question n° 23 du Groupe spécial, paragraphes 47 et 48.
[4940] Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphe 87.

groupe spécial soupèserait l'importance de l'objectif et la contribution de la prescription par rapport à l'étendue de l'entrave à l'usage d'une marque.

7.2355. Le Canada souligne que le critère qu'il propose ne comporte pas une analyse comparative de la mesure en cause et d'une mesure de rechange visant à déterminer si une mesure de rechange est raisonnablement disponible, moins restrictive pour le commerce et apporte une contribution équivalente à la réalisation de l'objectif. Il est approprié qu'un critère du caractère "justifiable" exclue cet élément comparatif car le sens ordinaire de ce terme dans son contexte donne à penser qu'il étaye un critère permettant de déterminer si une mesure est défendable et raisonnable, et non si elle est indispensable et la moins restrictive pour le commerce.[4941] En réponse à une question du Groupe spécial, le Canada ajoute que la notion de "justifiable" figurant à l'article 20 concerne fondamentalement la relation entre la mesure et l'entrave, plutôt que le point de savoir en quoi la mesure soutient la comparaison avec d'autres solutions de rechange possibles au regard du degré d'entrave. Cependant, il peut être approprié, dans certains cas, de prendre en considération d'autres mesures qui ont été envisagées mais rejetées par le Membre mettant en œuvre car cela peut aider à élucider, entre autres, la contribution ou le lien rationnel de la mesure en cause par rapport à son objectif.[4942]

7.2356. La Chine fait valoir que, à la différence de l'article 2.2 de l'Accord OTC et de l'article XX du GATT de 1994, l'article 20 ne comporte pas de notions comme "nécessaire", "caractère le moins restrictif" et "solutions de rechange raisonnablement disponibles" mais emploie une expression plus large, à savoir "de manière injustifiable". Conformément aux règles coutumières d'interprétation consacrées dans l'article 31 de la Convention de Vienne, on ne doit pas faire abstraction du texte de l'article 20 en y introduisant quelque chose qui n'a pas été incorporé dans cette disposition. En outre, une mesure incompatible avec les obligations au titre du GATT de 1994 peut être justifiée pour les motifs énoncés dans n'importe lequel des points a) à j) de l'article XX du GATT de 1994 sous réserve que les conditions prévues dans le texte introductif de l'article XX soient également remplies, mais seuls les points a), b), d), i) et j) établissent un critère du caractère "nécessaire". Il apparaît que cela étaye le point de vue selon lequel le critère du caractère "justifiable" est moins strict que le critère du caractère "nécessaire". S'il en est ainsi, la jurisprudence relative au critère du caractère "nécessaire" au titre de l'article XX du GATT de 1994 et/ou de l'article 2.2 de l'Accord OTC ne peut pas être simplement transposée dans le critère du caractère "justifiable" au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC.[4943]

7.2357. La Chine ajoute qu'à la différence du critère du caractère "nécessaire" au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, le critère "de manière justifiable" au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC n'appelle pas nécessairement une "analyse comparative" de la mesure contestée et des mesures de rechange possibles. Toutefois, si la mesure contestée n'apporte pas ou guère de contribution à ses objectifs et entrave l'usage de marques à un degré important alors qu'il existe d'autres mesures qui le font à un degré beaucoup moins important et qui apportent une contribution aux objectifs équivalente, voire beaucoup plus importante, la mesure contestée serait difficile à justifier.[4944]

7.2358. La Chine laisse entendre que pour déterminer si une entrave imposée par les mesures TPP est injustifiable, le Groupe spécial doit peut-être examiner, d'une manière globale, divers facteurs, y compris mais non exclusivement: i) l'objectif de politique générale et son importance; ii) l'étendue du lien rationnel ou, en d'autres termes, la contribution de la mesure à l'objectif de politique générale; et iii) l'étendue de l'entrave imposée par la mesure. D'une manière générale, plus l'objectif de politique générale est important, plus il est probable que l'entrave puisse être justifiée; plus la mesure apporte une contribution à l'objectif de politique générale, plus il est probable que l'entrave puisse être justifiée; et moins l'entrave est étendue, plus il est probable qu'elle puisse être justifiée.

7.2359. La Chine affirme qu'il n'est pas contesté que l'objectif de politique générale des mesures TPP, y compris les prescriptions relatives à la marque qui y figurent, est de protéger la santé publique en contrôlant la consommation de tabac, et que cet objectif de politique générale revêt

[4941] Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphes 88 et 89.
[4942] Canada, réponse en tant que tierce partie à la question n° 19 du Groupe spécial, paragraphe 37.
[4943] Chine, communication en tant que tierce partie, paragraphe 49.
[4944] Chine, réponse en tant que tierce partie à la question n° 19 du Groupe spécial, pages 7 et 8. Voir aussi Chine, communication en tant que tierce partie, paragraphes 50, 52 et 54.

une grande importance. Il apparaît qu'il n'est pas non plus contesté que les prescriptions relatives à la marque entravent l'usage des marques de tabac au cours d'opérations commerciales dans une mesure importante. Par conséquent, on s'attendrait à ce que l'examen par le Groupe spécial soit axé sur la question de la contribution des prescriptions relatives à la marque à l'objectif de la lutte antitabac.[4945] S'agissant du contexte de la santé publique, la Chine indique que "les Accords de l'OMC reconnaissent et intègrent des valeurs et intérêts sociétaux, comme la protection de la santé publique, de la moralité publique et de l'environnement". Le préambule de l'Accord sur l'OMC indique que les relations commerciales internationales doivent être orientées "vers le relèvement des niveaux de vie", ce qui peut être considéré comme incluant la santé des personnes, et "conformément à l'objectif de développement durable". La Chine fait également référence à la Déclaration de Marrakech du 15 avril 1994 comme élément de preuve indiquant le désir des Membres d'opérer dans un système commercial multilatéral plus juste et plus ouvert "au profit et pour la prospérité de la population de leurs pays". Parmi les valeurs et intérêts sociétaux reconnus et intégrés dans les Accords de l'OMC, "la protection de la vie et de la santé des personnes est "à la fois vitale et importante au plus haut point"".[4946]

7.2360. L'Union européenne fait valoir qu'il faut lire l'article 20 à la lumière des objectifs et des principes de l'Accord sur les ADPIC afin d'en clarifier le sens précis. Les dispositions de cet accord ménagent une grande marge discrétionnaire pour l'établissement d'un régime de propriété intellectuelle qui soit capable de répondre aux préoccupations de santé publique. Les articles 7 et 8 sont importants pour l'interprétation d'autres dispositions de l'Accord, y compris lorsque des mesures sont adoptées par les Membres pour réaliser des objectifs en matière de santé.[4947] Gardant à l'esprit l'importance de la Déclaration de Doha, en particulier de ses paragraphes 4 et 5 a)[4948], les groupes spéciaux et l'Organe d'appel devraient privilégier les interprétations relatives au sens de dispositions particulières "qui appuient le droit des Membres de l'OMC de protéger la santé publique dans les différends".[4949] Il est également important que la FCTC et les directives concernant son application se voient accorder un poids approprié.[4950]

7.2361. L'Union européenne note que les critères proposés par les parties et certaines autres tierces parties au titre de l'article 20, qui contiennent de deux à cinq éléments, sont semblables, la principale différence étant une différence de degré de justification ou, plus précisément, de déférence.[4951] À son avis, l'application du critère énoncé à l'article 20 doit nécessairement comporter un examen sur le point de savoir si une mesure est apte à apporter une contribution à la réalisation d'un objectif légitime; mais elle doit aussi comporter un examen de l'objectif de l'article 20 et, en conséquence, des intérêts ou privilèges dont il tient compte. Par conséquent, ainsi que l'ont soutenu d'autres tierces parties, il serait approprié que le Groupe spécial examine à la fois le degré de contribution à l'objectif et le degré de l'entrave. Ce que le Groupe spécial ne devrait pas faire c'est d'interférer avec les décisions des Membres appliquant la réglementation concernant le niveau de protection devant être obtenu. Il est donc sans pertinence de savoir si des mesures moins restrictives peuvent s'approcher du niveau de protection souhaité mais sans

[4945] Chine, communication en tant que tierce partie, paragraphe 56, page 7. Voir aussi Chine, réponse en tant que tierce partie à la question n° 17 du Groupe spécial.

[4946] Chine, communication en tant que tierce partie, paragraphes 5 et 6 (citant le rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante,* paragraphe 172).

[4947] Union européenne, communication en tant que tierce partie, paragraphes 30 à 32.

[4948] Union européenne, communication en tant que tierce partie, paragraphes 33 à 35. (note de bas de page omise)

[4949] Union européenne, communication en tant que tierce partie, paragraphe 35 (citant le paragraphe 4 de la Déclaration de Doha).

[4950] Union européenne, communication en tant que tierce partie, paragraphe 36.

[4951] Union européenne, réponse en tant que tierce partie à la question n° 17 du Groupe spécial, paragraphes 82 à 85. L'Union européenne identifie cinq éléments dans les différents critères proposés: i) L'objectif de la prescription est-il légitime? ii) Existe-t-il un lien rationnel entre la prescription et l'objectif légitime? iii) La prescription contribue-t-elle à l'objectif? iv) Dans quelle mesure la prescription entrave-t-elle la manière dont une marque peut être utilisée? v) Existe-t-il des solutions de rechange possibles qui peuvent être moins restrictives tout en apportant une contribution équivalente à la réalisation de l'objectif? Elle note que, bien que les parties semblent s'accorder sur les deux premiers points, leurs avis divergent quant à la mesure dans laquelle l'autorité juridictionnelle de l'OMC devrait faire preuve de déférence pour les points iv) et v). *Ibid.*, paragraphes 82 à 85 et 93.

l'atteindre: cela ne constituera jamais un fondement permettant de considérer une mesure comme injustifiable.[4952]

7.2362. L'Union européenne considère qu'un certain nombre de facteurs étayent le point de vue selon lequel, de manière générale, l'article 20 constitue un outil d'interprétation flexible: i) si les négociateurs avaient voulu dans tous les cas un critère de la "nécessité", ils auraient pu le dire; ii) l'Accord sur les ADPIC s'attache essentiellement à empêcher l'intervention de tiers affectant les détenteurs de droits, par opposition à une intervention réglementaire concernant les détenteurs de droits; iii) les articles 7 et 8 constituent un contexte pertinent et clarifient l'objet et le but de l'Accord; iv) le raisonnement du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, auquel l'Union européenne souscrit, étaye le point de vue selon lequel l'article 20 devrait être interprété comme appréhendant l'éventail complet des justifications possibles[4953]; v) l'article 20 ne fait pas référence à des points spécifiques qui doivent être pris en considération, à la différence, par exemple, des articles 13, 17 et 30 de l'Accord sur les ADPIC; et vi) l'article 20 n'était pas censé enlever aux Membres de l'OMC la possibilité de mettre en œuvre de nouvelles approches réglementaires qui, par définition, doivent encore être éprouvées dans des conditions réelles et qui pourront produire leurs pleins effets seulement avec le temps.[4954]

7.2363. Notant qu'en principe, et de manière générale, il est important de reconnaître en l'article 20 un outil d'interprétation flexible pouvant appréhender l'éventail complet des justifications possibles, l'Union européenne affirme qu'"en l'espèce, étant donné que la mesure en cause est un règlement technique, [elle] consid[ère] que l'interprétation et l'application de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC devraient être éclairées contextuellement par l'article 2.2 de l'Accord OTC". Dans la mesure où l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC est applicable, l'entrave ne serait pas justifiable si elle est incompatible avec l'article 2.2 de l'Accord OTC. Cela éviterait tout conflit et toutes questions sur le point de savoir comment il faudrait résoudre un tel conflit.[4955]

7.2364. Le Japon fait valoir que le sens ordinaire de l'expression "de manière justifiable" évoque deux types de critères: la "justesse" et le "caractère raisonnable". D'un côté, certains des facteurs mis en avant dans les critères proposés par la République dominicaine et le Honduras, tels que la contribution au but poursuivi, ainsi que la nature relationnelle de l'analyse, présentent une ressemblance avec l'analyse de la "nécessité" au titre de certains alinéas de l'article XX du GATT de 1994 et de l'article 2.2 de l'Accord OTC; il n'apparaît pas cependant qu'un tel critère trouve un quelconque fondement dans le texte de l'Accord sur les ADPIC. D'un autre côté, le critère proposé par l'Australie est peut-être trop permissif car il permettrait aux Membres de restreindre les marques sans aucune discipline effective.[4956] Pour examiner une allégation au titre de l'article 20, un groupe spécial doit déterminer si la nature et l'étendue de l'entrave à l'usage de la marque ont un lien rationnel avec l'objectif de politique générale. Ce faisant, les facteurs suivants peuvent être pertinents: l'entrave a-t-elle un lien rationnel avec l'objectif déclaré ou va-t-elle à l'encontre de cet objectif; dans le cas où l'objectif de politique générale est légitime, l'entrave découle-t-elle d'une solution unique et stricte qui est appliquée à un large éventail de situations dans lesquelles le problème est plus ou moins présent; et l'entrave est-elle raisonnablement calibrée pour contribuer à l'objectif de politique générale?[4957] Le Japon ajoute que la question de savoir s'il y aurait eu une manière de contribuer aux objectifs de politique générale déclarés avec un moindre degré d'entrave à l'usage d'une marque est pertinente pour l'évaluation du point de savoir si l'entrave est raisonnablement calibrée par rapport à l'objectif de politique générale et, par conséquent, justifiable.[4958]

[4952] Union européenne, réponse en tant que tierce partie à la question n° 17 du Groupe spécial, paragraphes 89 et 90. Voir aussi les paragraphes 91 et 92.

[4953] Union européenne, réponse en tant que tierce partie à la question n° 17 du Groupe spécial, paragraphes 97 à 101. L'Union européenne mentionne le paragraphe 7.246 du rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)* cité plus haut dans la note de bas de page 4507.

[4954] Union européenne, réponse en tant que tierce partie à la question n° 17 du Groupe spécial, paragraphes 102 et 103 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 151, pour étayer l'idée que la contribution d'une mesure peut être démontrée par des projections quantitatives ou un raisonnement qualitatif étayés par des éléments de preuve).

[4955] Union européenne, réponse en tant que tierce partie à la question n° 17 du Groupe spécial, paragraphe 106.

[4956] Japon, communication en tant que tierce partie, paragraphes 18 à 21.

[4957] Japon, communication en tant que tierce partie, paragraphe 27.

[4958] Japon, réponse en tant que tierce partie à la question n° 19 du Groupe spécial, page 10.

7.2365. La Corée est d'avis que l'"intérêt légitime" du titulaire d'une marque à faire usage de la marque, reconnu par le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques* dans le contexte de l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC, devrait être pris en considération lorsque l'on interprète l'article 20.[4959]

7.2366. Le Malawi fait valoir que "l'article 8 de l'Accord sur les ADPIC dispose que les Membres peuvent adopter les mesures "nécessaires" pour protéger la santé publique et cela, seulement si ces mesures sont compatibles avec les dispositions de l'Accord sur les ADPIC. … [L]a mesure concernant l'emballage neutre n'est ni "nécessaire", du fait qu'elle ne contribue pas à son objectif de santé publique, ni compatible avec l'Accord sur les ADPIC."[4960]

7.2367. La Nouvelle-Zélande estime que le terme "unjustifiable" (injustifiable) est défini comme signifiant "not justifiable, indefensible" (non justifiable, indéfendable). Le terme "justifiable" (justifiable) est défini comme signifiant "able to be legally or morally justified; able to be shown to be just, reasonable, or correct; defensible" (qui peut être justifié d'un point de vue juridique ou moral; dont le caractère juste, raisonnable ou correct peut être démontré; défendable).[4961] L'interprétation correcte de l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20, qui s'appuie sur l'interprétation donnée par l'Organe d'appel en ce qui concerne le même mot figurant à l'article XX du GATT de 1994, exige qu'il n'y ait pas de lien rationnel entre toute entrave résultant des prescriptions spéciales imposées à l'usage des marques, d'une part, et la réalisation d'un objectif légitime de politique générale publique, d'autre part. Même si le mot "injustifiable" qui figure à l'article XX du GATT de 1994 apparaît conjointement avec d'autres expressions, y compris un caractère restrictif pour le commerce, qui ne figurent pas à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, son interprétation par l'Organe d'appel fournit tout de même des indications utiles, indépendamment de ces différences.[4962]

7.2368. Aucune des diverses interprétations de l'expression "de manière injustifiable" proposées par les plaignants n'est étayée par le sens ordinaire de cette expression interprétée dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'Accord sur les ADPIC. Étant donné que les notions de "nécessité" et de ce qui est "le moins restrictif pour le commerce" n'ont pas été incluses dans l'article 20, il est raisonnable d'inférer que les rédacteurs de cet article n'avaient pas l'intention de les incorporer. L'emploi d'expressions différentes crée la présomption que ces expressions sont censées avoir un sens différent. Étant donné la différence importante et incontestable entre l'expression "de manière injustifiable" et la terminologie utilisée pour établir les prescriptions concernant la nécessité et le caractère le moins restrictif pour le commerce, il est peu plausible que les plaignants donnent à entendre que cela était le sens voulu de l'expression "de manière injustifiable" qui figure à l'article 20.[4963]

7.2369. La Déclaration de Doha fait référence aux principes énoncés à l'article 8:1 de l'Accord sur les ADPIC et indique que cet accord "n'empêche pas et ne devrait pas empêcher les Membres de prendre des mesures pour protéger la santé publique", et elle "réaffirm[e] le droit des Membres de l'OMC de recourir pleinement aux dispositions de l'Accord sur les ADPIC, qui ménagent une flexibilité à cet effet".[4964] L'article 8:1 reconnaît que chaque Membre conserve le droit d'adopter des mesures pour favoriser la réalisation d'objectifs de politique générale publique, y compris les mesures nécessaires pour protéger la santé publique, à condition que ces mesures soient compatibles avec les obligations des Membres au titre de l'Accord sur les ADPIC. L'article 8:1 est en substance une déclaration de politique générale et non une exception générale à l'Accord sur les ADPIC.[4965]

[4959] Corée, déclaration en tant que tierce partie à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 7.

[4960] Malawi, déclaration en tant que tierce partie, paragraphe 17. Voir aussi Malawi, communication en tant que tierce partie, paragraphe 21.

[4961] Nouvelle-Zélande, communication en tant que tierce partie, paragraphe 60 (faisant référence au *Shorter Oxford English Dictionary*, volume 2, extraits AUS (pièce AUS-245), page 3445; et le *Shorter Oxford English Dictionary*, volume 1, extraits AUS, partie 1 (pièce AUS-243), page 1482).

[4962] Nouvelle-Zélande, réponse en tant que tierce partie à la question n° 20 du Groupe spécial, page 10. Voir aussi Nouvelle-Zélande, communication en tant que tierce partie, paragraphes 61 à 64.

[4963] Nouvelle-Zélande, communication en tant que tierce partie, paragraphes 72 à 76.

[4964] Nouvelle-Zélande, communication en tant que tierce partie, paragraphe 69.

[4965] Nouvelle-Zélande, réponses en tant que tierce partie aux questions n° 21 et n° 23 du Groupe spécial.

7.2370. Le Nicaragua indique que l'expression "de manière injustifiable" peut revêtir des sens très divers selon le contexte particulier dans lequel elle est utilisée. Le sens de ce terme à l'article XX du GATT de 1994 ne peut pas être transposé directement à l'expression telle qu'elle est utilisée dans l'Accord sur les ADPIC.[4966] L'expression "de manière injustifiable" ne doit pas être interprétée de manière à autoriser toute entrave qui serait liée à un objectif légitime de politique générale. La proportionnalité et le caractère approprié sont les deux conditions essentielles pour toute entrave à l'usage d'une marque.[4967] La proportionnalité requiert le soupesage et la mise en balance de l'entrave à l'usage des marques avec la contribution à l'objectif légitime de politique générale. La pertinence requiert un examen de la façon dont l'entrave fonctionne et du point de savoir si elle est appropriée et adéquate pour réaliser l'objectif.[4968] Une partie de cette analyse consiste à savoir s'il y a des solutions de rechanges disponibles qui peuvent apporter une contribution équivalente à l'objectif avec un moindre degré d'entrave à l'usage des marques.[4969]

7.2371. Le Nicaragua affirme que les plaignants ont établi *prima facie* que les mesures TPP n'étaient pas propres à réduire le tabagisme. Pour cette raison également, les mesures TPP constituent une entrave "inaproprié" et donc "injustifiable" à l'usage d'une marque.[4970] En outre, les mesures TPP sont "injustifiables" parce qu'il est probable qu'elles augmenteront la consommation de tabac, renforceront le commerce illicite et auront des conséquences défavorables sur la santé, ce qui va à l'encontre de l'objectif de santé allégué.[4971]

7.2372. Le Nicaragua fait valoir que, bien que l'article 8:1 confirme que la "santé publique" figure parmi les objectifs légitimes de politique générale, cela ne signifie pas que toute mesure adoptée pour promouvoir la santé publique soit "justifiable" au regard de l'article 20. L'article 8:1 lui-même dispose qu'il faut au moins que de telles mesures soient "nécessaires" pour "protéger" la santé publique. En outre, l'article 8:1 indique clairement que, même lorsque la mesure est nécessaire pour protéger la santé, elle doit encore être compatible avec l'Accord sur les ADPIC. Cela signifie que l'expression "de manière injustifiable" qui figure à l'article 20 ajoute une obligation et n'impose certainement pas un critère moins élevé que le critère de la nécessité.[4972]

7.2373. La Norvège estime que le mot "justified" (justifié) signifie, entre autres choses, "reasonable" (raisonnable) et fondé sur des "adequate grounds" (motifs adéquats).[4973] Le sens ordinaire du mot "injustifiable", tel qu'il a été interprété par l'Organe d'appel dans le contexte de l'article XX du GATT de 1994, étaye l'interprétation selon laquelle l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20 fait référence à l'examen du point de savoir s'il y a un "lien rationnel" entre les "prescriptions spéciales" et la directive qui sous-tend ces prescriptions.[4974]

7.2374. S'agissant des considérations essentielles qui devraient guider un groupe spécial dans son évaluation de l'expression "de manière injustifiable", la Norvège fait valoir, premièrement, que la notion de "caractère (in)justifiable" est différente de la notion de "nécessité". Les deux termes figurent dans l'Accord sur les ADPIC, et il faut donner un sens au choix des rédacteurs d'utiliser les mots "de manière justifiable" à l'article 20, au lieu de "nécessaire". Par conséquent, la notion de "nécessité", y compris l'analyse comparative connexe de la mesure en cause avec toute mesure de rechange moins restrictive, ne devrait pas faire partie du critère approprié à appliquer dans l'évaluation du "caractère (in)justifiable" au titre de l'article 20. Deuxièmement, le critère implique la détermination de l'objectif de politique générale qui sous-tend les prescriptions spéciales et de l'importance – ou de la légitimité – de cet objectif. Cet examen permettra de s'assurer que la raison qui sous-tend les prescriptions est suffisamment importante pour justifier l'entrave. Troisièmement, l'évaluation doit comporter une analyse du point de savoir s'il y a un "lien

[4966] Nicaragua, réponse en tant que tierce partie à la question n° 20 du Groupe spécial, pages 13 et 14.
[4967] Nicaragua, communication en tant que tierce partie, paragraphes 28 et 29.
[4968] Nicaragua, réponse en tant que tierce partie à la question n° 17 du Groupe spécial, page 12.
[4969] Nicaragua, réponse en tant que tierce partie à la question n° 19 du Groupe spécial, page 13.
[4970] Nicaragua, communication en tant que tierce partie, paragraphe 29.
[4971] Nicaragua, communication en tant que tierce partie, paragraphes 31 et 32.
[4972] Nicaragua, réponse en tant que tierce partie à la question n° 21 du Groupe spécial, page 14.
[4973] Norvège, communication en tant que tierce partie, paragraphe 56 (faisant référence au *Collins English Dictionary*, 9ème édition (HarperCollins Publishers, 2007)).
[4974] Norvège, communication en tant que tierce partie, paragraphes 58 et 59 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 225; et *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.306).

rationnel" entre les "prescriptions spéciales" et l'objectif de politique générale qui sous-tend ces prescriptions.[4975]

7.2375. La Norvège ne considère pas le degré de contribution de la mesure à l'objectif de politique générale et l'étendue de l'entrave comme des considérations essentielles pour l'évaluation du "caractère (in)justifiable". Si le Groupe spécial devait examiner le degré de contribution, il lui faudrait tenir dûment compte du contexte plus large des stratégies globales mises en œuvre pour lutter contre des problèmes de santé complexes, telles que la promotion de la santé publique par la réduction de la prévalence du tabagisme.[4976] La Norvège indique que la "liberté inhérente de poursuivre des objectifs de politique générale publique" est reconnue à l'article 8:1 et elle doit être comprise comme un principe fondamental à prendre en compte lorsque l'on interprète l'Accord sur les ADPIC. Cela est reconnu dans la Déclaration de Doha, dans laquelle les Membres de l'OMC ont non seulement souligné que l'Accord sur les ADPIC "n'empêch[ait] pas ou ne devrait pas empêcher les Membres de prendre des mesures pour protéger la santé publique" mais ont également déclaré que "chaque disposition de l'Accord sur les ADPIC [serait] lue à la lumière de l'objet et du but de l'Accord tels qu'ils sont exprimés, en particulier, dans ses objectifs et principes".[4977]

7.2376. Oman approuve les arguments juridiques et les éléments de preuve factuels exposés dans les communications de l'Australie au Groupe spécial. De plus, il souligne que rien dans l'Accord sur les ADPIC ne confère aux titulaires de marques un droit positif de faire usage de leurs marques. En outre, l'article 8:1 de l'Accord sur les ADPIC prévoit que les Membres ont le droit d'élaborer et de modifier leurs réglementations pour protéger la santé publique, pour autant qu'elles soient compatibles avec cet accord. Par ailleurs, la Déclaration de Doha reconnaît explicitement le "droit des Membres de l'OMC de protéger la santé publique" et confirme que les Membres de l'OMC conviennent que l'Accord sur les ADPIC "peut et devrait être interprété et mis en œuvre d'une manière qui appuie" ce droit.[4978]

7.2377. Singapour affirme qu'il serait approprié d'adopter une interprétation de l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20 qui soit semblable à celle du terme "injustifiable" figurant dans le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994. Le critère de la nécessité ne devrait pas servir à déterminer le caractère justifiable de la mesure au titre de l'article 20.[4979] Une mesure n'est pas injustifiable si elle a un lien rationnel avec un objectif légitime. Il faut examiner les facteurs suivants pour trancher la question: i) l'importance de l'intérêt que l'on cherche à protéger; ii) l'étendue de l'entrave; et iii) le degré de contribution de la mesure à l'objectif de politique générale. Si l'objectif d'une mesure est légitime, alors l'évaluation du point de savoir si la mesure a un lien rationnel avec l'objectif devrait comporter un soupesage et une mise en balance des trois facteurs susmentionnés.[4980] L'existence d'une mesure de rechange qui entraîne un moindre degré d'entrave à l'usage des marques n'est pas une considération pertinente au motif que le critère du caractère injustifiable n'est pas le même que le critère de la nécessité au sens de l'article XX du GATT de 1994 ou de l'article 2.2 de l'Accord OTC.[4981]

7.2378. Singapour fait valoir que les droits de marque conférés par l'Accord sur les ADPIC sont des droits d'exclusion négatifs et non des droits d'usage positifs. Comme le reconnaît l'article 19, l'Accord sur les ADPIC n'empêche pas les Membres d'imposer des règlements des pouvoirs publics qui peuvent empêcher le titulaire d'une marque de faire usage de la marque dûment enregistrée. Eu égard à ces deux points, le critère appliqué pour l'évaluation du caractère justifiable, ou de l'absence de caractère justifiable, d'une mesure au titre de l'article 20 devrait être moins contraignant que celui qui régit les exceptions aux droits conférés par l'Accord sur les ADPIC.[4982] L'article 8:1, qui reconnaît et affirme le droit souverain des Membres d'adopter des mesures de

[4975] Norvège, réponse en tant que tierce partie à la question n° 17 du Groupe spécial, paragraphes 36 à 38.

[4976] Norvège, réponses en tant que tierce partie aux questions n° 17 (paragraphe 39) et 22 (paragraphe 49) du Groupe spécial (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 151).

[4977] Norvège, communication en tant que tierce partie, paragraphe 64.

[4978] Oman, déclaration en tant que tierce partie, paragraphes 4, 15 et 16.

[4979] Singapour, réponse en tant que tierce partie à la question n° 20 du Groupe spécial, page 12; et communication en tant que tierce partie, paragraphes 52 et 53 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 226 et 227).

[4980] Singapour, réponse en tant que tierce partie à la question n° 17 du Groupe spécial, page 10.

[4981] Singapour, réponse en tant que tierce partie à la question n° 19 du Groupe spécial, page 11.

[4982] Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphes 47 à 49.

santé publique, devrait être lu conjointement avec le paragraphe 4 de la Déclaration de Doha, qui indique que l'Accord peut et devrait être interprété et mis en œuvre d'une manière qui appuie le droit des Membres de l'OMC de protéger la santé publique. La Déclaration de Doha constitue un accord ultérieur au sens de l'article 31 3) a) de la Convention de Vienne. Par conséquent, l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20 devrait être interprétée d'une manière qui appuie le droit des Membres de l'OMC de protéger la santé publique.[4983]

7.2379. L'Afrique du Sud fait valoir que l'expression "de manière injustifiable" fait référence à des mesures qui n'ont pas de base motivée, c'est-à-dire qui n'ont pas de lien rationnel avec un objectif légitime particulier. Cela devrait être déterminé au cas par cas. Le "caractère justifiable" d'une mesure implique de défendre ou d'expliquer de manière convaincante la raison d'être de cette mesure – non de déterminer si la mesure en elle-même sera efficace.[4984] Il découle de l'interprétation correcte de l'expression "de manière injustifiable" qu'il n'y a pas de critère de la "nécessité" ni de critère "le moins restrictif pour le commerce" dans l'article 20. L'expression "de manière injustifiable" n'a pas le même sens que le mot "nécessaire" et ne devrait pas être interprétée comme imposant un critère semblable à l'analyse requise au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, y compris ses notions de "caractère le moins restrictif" et de "solutions de rechange raisonnablement disponibles".[4985]

7.2380. L'Afrique du Sud ajoute que l'article 8:1 de l'Accord sur les ADPIC ne confère aucun droit en ce qui concerne les marques et réaffirme simplement les principes généraux devant être appliqués à l'Accord, ce qui n'empêche pas les Membres d'introduire des mesures conçues pour protéger la santé publique. L'emploi du terme "nécessaire" figurant à l'article 8:1 devrait être interprété comme une considération pertinente pour éclairer la raison d'être des mesures pertinentes, mais il ne modifie pas par magie l'emploi de l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20.[4986]

7.2381. Le Taipei chinois estime que, lorsque l'on évalue le "caractère (in)justifiable" d'une entrave à l'usage au regard de l'article 20, les facteurs essentiels devraient inclure, mais pas exclusivement, les éléments suivants: i) la légitimité des objectifs; ii) l'importance des objectifs (par exemple, le point de savoir s'il s'agit d'objectifs d'intérêt public); iii) la question de savoir s'il existe un lien rationnel entre les mesures et les objectifs; iv) la mesure dans laquelle les mesures contribuent aux objectifs; et v) la mesure dans laquelle l'usage d'une marque est entravé par les mesures. S'agissant du quatrième facteur, un poids approprié devrait être accordé aux directives internationales fondées sur des éléments de preuve telles que la FCTC et les directives concernant son application, en particulier celles qui concernent l'application de ses articles 11 et 13, qui recommandent que les parties envisagent l'adoption de l'emballage neutre. Dans les présents différends, les recommandations consensuelles formulées par l'organisme international spécialisé "démontrent *prima facie* la contribution substantielle des directives aux objectifs de la [FCTC]".[4987]

7.2382. De l'avis du Taipei chinois, puisque l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC et le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994 sont structurellement différents, il n'est guère utile de se référer à l'interprétation du terme "injustifiable" qui figure dans le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994 pour expliquer l'expression "de manière injustifiable" qui figure à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC.

7.2383. Le Taipei chinois ajoute que l'article 8:1 de l'Accord sur les ADPIC montre que cet accord reconnaît l'importance de la santé publique et appuie les mesures adoptées par les Membres de l'OMC afin de protéger l'intérêt public. Cet article sert de principe directeur pour l'interprétation de l'article 20 et d'autres dispositions de l'Accord sur les ADPIC. L'article 20 détermine si une mesure spécifique entraverait de manière injustifiable l'usage d'une marque; le terme "nécessaire" figurant

[4983] Singapour, réponse en tant que tierce partie à la question n° 21 du Groupe spécial, page 13.
[4984] Afrique du Sud, réponses en tant que tierce partie aux questions n° 17 (page 8) et 19 (page 9) du Groupe spécial.
[4985] Afrique du Sud, déclaration en tant que tierce partie, paragraphe 3.8.
[4986] Afrique du Sud, réponse en tant que tierce partie à la question n° 23 du Groupe spécial, page 10.
[4987] Taipei chinois, réponse en tant que tierce partie à la question n° 17 du Groupe spécial, pages 2 et 3.

à l'article 8:1 ne fait pas référence à un facteur permettant d'évaluer si une telle entrave devrait être considérée comme justifiable au regard de l'article 20.[4988]

7.2384. La Thaïlande indique que, selon une règle bien établie, un traité devrait être interprété à la lumière de son objet et de son but. L'article 7 de l'Accord sur les ADPIC mentionne le "bien-être social et économique" et "un équilibre de droits et d'obligations" comme étant des objectifs de l'Accord. Celui-ci doit être interprété de sorte que les Membres de l'OMC puissent mettre en œuvre les obligations qui y sont énoncées de façon à respecter l'équilibre global entre la protection des droits privés et les droits souverains pour servir les intérêts socioéconomiques du public en général.[4989]

7.2385. La Thaïlande fait valoir que l'article 8:1 de l'Accord sur les ADPIC donne des indications pour l'interprétation en affirmant que les Membres de l'OMC peuvent exercer leurs droits d'adopter les mesures nécessaires pour répondre à des préoccupations de santé publique. Il est présumé que ces mesures sont compatibles avec l'Accord sur les ADPIC, sauf si les plaignants s'acquittent de la charge de prouver le contraire. Le Groupe spécial doit faire preuve de circonspection afin de ne pas faire entrer en ligne de compte des normes de protection plus élevées que celles qui sont explicitement prescrites par l'Accord sur les ADPIC. Toute interprétation élaborée à partir d'une disposition imprécise de l'Accord sur les ADPIC devrait être favorable à la santé publique pour éviter d'éventuels conflits entre les droits de propriété intellectuelle et les intérêts publics dans toute la mesure du possible.[4990]

7.2386. La Thaïlande considère qu'il est possible de soutenir que la Déclaration de Doha constitue une "décision ministérielle" au sens de l'article IX:1 de l'Accord sur l'OMC, qui donne des indications pour l'interprétation de l'Accord sur les ADPIC dans le domaine de la santé publique. De ce fait, la Déclaration de Doha est indispensable pour interpréter les dispositions de l'Accord sur les ADPIC dans le présent différend. En outre, la Thaïlande considère que la Déclaration de Doha correspond à un "accord ultérieur" au sens de l'article 31.3 a) de la Convention de Vienne, qui indique une communauté de vues sur le droit des Membres de l'OMC de répondre à des préoccupations de santé publique, tout en réaffirmant que l'Accord sur les ADPIC devra être interprété d'une manière qui appuie ce droit. Conformément à l'article 31.3 a) de la Convention de Vienne, le Groupe spécial doit donc tenir compte de la Déclaration de Doha aux fins de l'interprétation du traité.[4991]

7.2387. S'agissant des implications de la Déclaration de Doha, la Thaïlande considère qu'en vertu de la première partie du paragraphe 4 de cette déclaration, en cas d'ambigüité ou lorsqu'il y a plus d'une interprétation possible, le Groupe spécial devrait accorder plus d'importance à l'interprétation qui interfère le moins avec l'exercice du droit des Membres de l'OMC de protéger la santé publique. La deuxième partie du paragraphe 4 réaffirme le droit des Membres de l'OMC de recourir aux flexibilités prévues dans l'Accord sur les ADPIC afin de protéger la santé publique. Par ailleurs, le paragraphe 5 a) donne à penser que l'interprétation de l'Accord, à la lumière de l'objet et du but énoncés aux articles 7 et 8, est l'une des flexibilités auxquelles les Membres de l'OMC peuvent recourir "pleinement". Par conséquent, pour s'acquitter de sa tâche consistant à donner une interprétation juridique, le Groupe spécial devrait lire l'Accord sur les ADPIC de manière à ménager une flexibilité suffisante pour répondre aux besoins des Membres de l'OMC en matière de santé publique, conformément aux objectifs et principes qui y sont énoncés.[4992]

7.2388. La Turquie fait valoir qu'il va de soi, d'après le libellé de la première phrase de l'article 20, que dans certains cas l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales peut être restreint "de manière justifiable". D'après elle, une restriction justifiable peut uniquement résulter d'une réglementation visant à réaliser un objectif légitime de politique générale. L'article 8:1 informe l'interprète que les objectifs de politique générale qui y sont mentionnés, tels que la protection de la santé publique, sont des objectifs légitimes de politique générale qui doivent être pris en compte lorsque l'on évalue si une mesure est "justifiable" ou "injustifiable" au sens de l'article 20. En

[4988] Taipei chinois, réponses en tant que tierce partie aux questions n° 20 et n° 21 du Groupe spécial, pages 4 et 5.

[4989] Thaïlande, déclaration en tant que tierce partie, paragraphe 4; et communication en tant que tierce partie, paragraphe 9.

[4990] Thaïlande, communication en tant que tierce partie, paragraphe 14.

[4991] Thaïlande, communication en tant que tierce partie, paragraphes 17 à 19 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 267).

[4992] Thaïlande, communication en tant que tierce partie, paragraphes 20 à 22.

outre, la Turquie estime que s'il est confirmé qu'une mesure est "nécessaire" pour protéger la santé publique au titre de l'article 8:1, cela peut indiquer que ladite mesure peut être considérée comme n'"entravant [pas] de manière injustifiable" l'usage d'une marque au regard de l'article 20.[4993]

7.2389. L'Uruguay estime que l'expression "de manière injustifiable" doit être interprétée conformément à son sens ordinaire et littéral. À cet égard, elle souscrit aux arguments de l'Australie.[4994] L'article 19:1 de l'Accord sur les ADPIC réaffirme le principe selon lequel l'usage d'une marque peut être réglementé par l'État.[4995] Il découle de l'article 7 de cet accord que la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle doivent promouvoir le bien-être social et économique, et non pas le contraire. Les politiques de lutte antitabac favorisent le bien-être social et économique face à un problème de santé publique qui mobilise des ressources substantielles sous forme de traitements médicaux et à l'occasion de décès prématurés et dont le coût est très élevé pour l'ensemble de la société. Pour cette raison, elles représentent également une politique économique sensée.[4996]

7.2390. D'après l'Uruguay, il est essentiel d'avoir à l'esprit la portée des droits accordés au titulaire en vertu des dispositions relatives à la propriété intellectuelle. La protection de la propriété intellectuelle inclut le droit d'empêcher des tiers d'effectuer des actes commerciaux spécifiques concernant l'objet protégé en tant que marque mais ne confère pas le droit d'effectuer tout acte commercial relatif à l'objet protégé. Le principe énoncé à l'article 8 de l'Accord sur les ADPIC n'a pas un caractère d'exception, mais c'est un principe qui permet aux Membres d'adopter les mesures nécessaires pour protéger la santé publique, à condition que ces mesures soient compatibles avec ledit accord. Même si la Loi TPP a une incidence économique et commerciale, son principal objectif est de protéger la santé publique.[4997]

7.2391. La Déclaration de Doha, y compris son paragraphe 4, réaffirme et entérine le principe selon lequel les Membres ont le droit de protéger la santé publique; elle réaffirme aussi que ce principe est incorporé dans le système multilatéral et dans l'Accord sur les ADPIC. C'est donc une réaffirmation de la légitimité de l'objectif poursuivi par la mesure.[4998] En outre, l'Uruguay considère que la protection de la santé publique relève de la compétence souveraine des États et que chaque Membre a le droit et l'obligation de légiférer sur la base de l'intérêt public pour poursuivre un objectif légitime de santé publique. En même temps, dans le domaine du droit humanitaire, les États s'engagent à être les premiers garants du droit à la vie et à la santé, entendu comme nécessaire au développement d'une société juste et équitable. Dans le système de l'OMC, ce droit est reconnu dans l'Accord sur les ADPIC, l'Accord OTC et le GATT de 1994. Il est également reconnu dans d'autres mécanismes du droit international, tels que la FCTC, et dans la législation nationale de nombreux États membres.[4999]

7.2392. Le Zimbabwe considère que le droit de faire usage d'une marque est protégé par le droit international, en particulier par les articles 16 et 20 de l'Accord sur les ADPIC, comme il est expliqué dans le rapport d'expert du professeur Dinwoodie. L'Australie a le droit, comme tous les Membres, d'adopter des exceptions limitées aux droits conférés par une marque en vertu de l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC, à condition que ces exceptions tiennent compte des intérêts légitimes du titulaire de la marque et des tiers. Ces intérêts légitimes comprennent le droit de faire usage de la marque et d'en préserver le caractère distinctif. Interdire l'usage des marques ou réglementer fortement l'usage des marques dénominatives ne peut être considéré comme une exception "limitée". En outre, l'article 8 de l'Accord sur les ADPIC dispose que les Membres peuvent adopter les mesures nécessaires pour protéger la santé publique, à condition que ces mesures soient compatibles avec l'Accord sur les ADPIC. Les mesures australiennes ne sont ni "nécessaires", car elles ne contribuent pas à réduire les taux de tabagisme, ni compatibles avec l'Accord sur les ADPIC, car elles enfreignent, entre autres choses, l'article 20. Par conséquent, une

[4993] Turquie, communication en tant que tierce partie, paragraphe 17; et réponses en tant que tierce partie aux questions n° 21 et n° 23 du Groupe spécial, pages 1 et 2.
[4994] Uruguay, communication en tant que tierce partie, paragraphe 53 (faisant référence à Australie, première communication écrite, paragraphes 395 et 408).
[4995] Uruguay, communication en tant que tierce partie, paragraphe 51.
[4996] Uruguay, communication en tant que tierce partie, paragraphe 57.
[4997] Uruguay, communication en tant que tierce partie, paragraphes 45 et 49.
[4998] Uruguay, communication en tant que tierce partie, paragraphe 47.
[4999] Uruguay, communication en tant que tierce partie, paragraphe 106.

référence aux articles 8 ou 17 de l'Accord sur les ADPIC n'exonère pas les mesures australiennes de leur illicéité.[5000]

7.3.5.5.1.3 Analyse du Groupe spécial

7.2393. Conformément aux règles applicables d'interprétation, nous devons déterminer le sens ordinaire à donner à l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20, dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de la disposition et de l'Accord.[5001]

7.2394. L'expression "de manière injustifiable" est une forme adverbiale du terme "injustifiable" et désigne quelque chose qui est fait d'une manière injustifiable. Cela ressort également du texte français de l'article 20, qui utilise l'expression "de manière injustifiable".[5002] Le terme "injustifiable" signifie "[n]ot justifiable, indefensible" (non justifiable, indéfendable).[5003] Le terme "justifiable" quant à lui signifie "[a]ble to be legally or morally justified; able to be shown to be just, reasonable, or correct; defensible" (qui peut être justifié d'un point de vue juridique ou moral; dont le caractère juste, raisonnable ou correct peut être démontré; défendable)[5004] et l'expression adverbiale "de manière justifiable" signifie "[i]n a justifiable manner; with justification" (d'une manière justifiable; avec justification).[5005] Le terme "justification" (justification), pour sa part, signifie "a good reason" (une bonne raison) ou, spécifiquement dans le contexte juridique, "[t]he showing or maintaining in court of sufficient reason for having committed the act to be answered for" (la démonstration ou le maintien devant les tribunaux d'une raison suffisante pour laquelle l'acte dont il faut répondre a été commis).[5006]

7.2395. L'expression "de manière injustifiable" désigne donc la capacité de fournir une "justification" ou une "bonne raison" pour l'action ou la situation pertinente qui est raisonnable en ce sens qu'elle est suffisante pour étayer cette action ou situation. À l'article 20, l'expression "de manière injustifiable" qualifie le verbe "entravé". Les définitions ci-dessus donnent donc à penser que l'expression "de manière injustifiable", telle qu'elle est utilisée à l'article 20, se rapporte à une situation où l'usage d'une marque est entravé par des prescriptions spéciales d'une manière qui ne comporte pas de justification ou de raison suffisante pour étayer l'entrave en résultant.

7.2396. Cela implique également qu'il peut y avoir des circonstances dans lesquelles il existe de bonnes raisons qui étayent suffisamment l'application d'entraves à l'usage d'une marque d'une manière raisonnable. Nous allons maintenant examiner les types de raisons qui peuvent servir de fondement à ces entraves.

7.2397. L'article 20 n'indique pas expressément les types de raisons qui peuvent constituer le fondement du "caractère justifiable" d'une entrave. Nous trouvons des indications générales utiles à cet égard dans le contexte fourni par d'autres dispositions de l'Accord sur les ADPIC.

7.2398. Nous notons tout d'abord que le premier considérant du préambule de l'Accord sur les ADPIC énonce un objectif clé de cet accord, à savoir "réduire les distorsions et les entraves en ce qui concerne le commerce international", et tient compte de la nécessité, d'une part, "de promouvoir une protection efficace et suffisante des droits de propriété intellectuelle" et, d'autre part, "de faire en sorte que les mesures et les procédures visant à faire respecter les droits de propriété intellectuelle ne deviennent pas elles-mêmes des obstacles au commerce légitime".

7.2399. Nous considérons également que l'article 7, intitulé "Objectifs", et l'article 8, intitulé "Principes", fournissent un contexte pertinent.

[5000] Zimbabwe, communication en tant que tierce partie, paragraphes 34, 41 et 42 (faisant référence à G. Dinwoodie, "Compatibility of Restrictions on the Use of Trade Marks with the TRIPS Agreement", 13 July 2014 (rapport Dinwoodie) (pièce UKR-1)).

[5001] Voir plus haut le paragraphe 7.1822.

[5002] Le terme espagnol est "injustificablemente".

[5003] *Shorter Oxford English Dictionary*, volume 2, extraits AUS (pièce AUS-245), page 3445.

[5004] *Shorter Oxford English Dictionary*, volume 1, extraits AUS, partie 1 (pièce AUS-243), page 1482.

[5005] *Oxford English Dictionary* en ligne, définition de "justifiably", <http://www.oed.com/view/Entry/102221?redirectedFrom=justifiably#eid>, adresse consultée le 2 mai 2017.

[5006] *Oxford English Dictionary* en ligne, définition de "justification", <http://www.oed.com/view/Entry/102224?redirectedFrom=justification&>, adresse consultée le 2 mai 2017.

7.2400. L'article 7, intitulé "Objectifs", dispose ce qui suit:

> La protection et le respect des droits de propriété intellectuelle devraient contribuer à la promotion de l'innovation technologique et au transfert et à la diffusion de la technologie, à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des connaissances techniques et d'une manière propice au bien-être social et économique, et à assurer un équilibre de droits et d'obligations.

7.2401. Le premier paragraphe de l'article 8, intitulé "Principes", dispose ce qui suit:

> Les Membres pourront, lorsqu'ils élaboreront ou modifieront leurs lois et réglementations, adopter les mesures nécessaires pour protéger la santé publique et la nutrition et pour promouvoir l'intérêt public dans des secteurs d'une importance vitale pour leur développement socioéconomique et technologique, à condition que ces mesures soient compatibles avec les dispositions du présent accord.

7.2402. Les articles 7 et 8, conjointement avec le préambule de l'Accord sur les ADPIC, énoncent des objectifs et des principes généraux sous-tendant l'Accord sur les ADPIC, dont il doit être tenu compte lorsque des dispositions spécifiques de l'Accord sont interprétées dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'Accord. Comme le Groupe spécial *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques* l'a observé en interprétant les termes de l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC, "[c]e faisant, il faut à l'évidence tenir compte à la fois des objectifs et des limitations énoncés aux articles 7 et 8:1 ainsi que de ceux figurant dans d'autres dispositions de l'Accord sur les ADPIC qui indiquent son objet et ses buts".[5007]

7.2403. L'article 7 reflète l'intention d'établir et de maintenir un équilibre entre les objectifs sociétaux qui y sont mentionnés. Pour sa part, l'article 8:1 indique clairement que les dispositions de l'Accord sur les ADPIC ne sont pas censées empêcher l'adoption, par les Membres, de lois et réglementations poursuivant certains objectifs légitimes, spécifiquement, de mesures "nécessaires pour protéger la santé publique et la nutrition" et "promouvoir l'intérêt public dans des secteurs d'une importance vitale pour leur développement socioéconomique et technologique", à condition que ces mesures soient compatibles avec les dispositions de l'Accord.

7.2404. À notre avis, l'article 8 offre des indications contextuelles utiles pour l'interprétation de l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20. Spécifiquement, les principes reflétés à l'article 8:1 indiquent l'intention des rédacteurs de l'Accord sur les ADPIC de préserver la capacité des Membres de l'OMC de poursuivre certains intérêts sociétaux légitimes; en même temps, l'article confirme la reconnaissance par les rédacteurs du fait que certaines mesures adoptées par les Membres de l'OMC à ces fins peuvent avoir une incidence sur les droits de propriété intellectuelle, et exige que ces mesures soient "compatibles avec les dispositions [de l'Accord sur les ADPIC]".

7.2405. Lue dans ce contexte plus large, nous interprétons la prescription de l'article 20 qui impose que l'usage de marques au cours d'opérations commerciales ne soit pas entravé "de manière injustifiable" comme reflétant une reconnaissance du fait qu'il peut y avoir des raisons légitimes pour lesquelles un Membre peut entraver cet usage. L'expression "de manière injustifiable" définit, dans le contexte spécifique des entraves concernant l'usage de marques, le critère applicable pour l'admissibilité de ces entraves.

7.2406. Les objectifs spécifiques identifiés expressément à l'article 8:1 n'épuisent pas nécessairement, à notre avis, le champ de ce qui peut constituer une base valable pour le "caractère justifiable" des entraves à l'usage de marques au titre de l'article 20. Toutefois, leur identification à l'article 8:1 peut donner des éclaircissements sur les types d'"intérêts sociétaux" reconnus qui peuvent servir de base à la justification de mesures au titre des termes spécifiques de l'article 20, et la santé publique est incontestablement identifiée comme étant un tel intérêt sociétal reconnu.[5008]

[5007] Rapport du Groupe spécial *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques*, paragraphe 7.26.

[5008] Voir les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 370; et *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 313 (examinant des objectifs légitimes dans le contexte de l'article 2.2 de l'Accord OTC).

7.2407. Nous notons à cet égard que la Déclaration de Doha, adoptée par les Ministres le 14 novembre 2001, dispose que, "[d]ans l'application des règles coutumières d'interprétation du droit international public, chaque disposition de l'Accord sur les ADPIC sera lue à la lumière de l'objet et du but de l'Accord tels qu'ils sont exprimés, en particulier, dans ses objectifs et principes".[5009]

7.2408. Bien que cette déclaration ait été faite dans le contexte spécifique d'une réaffirmation par les Membres des flexibilités prévues dans l'Accord sur les ADPIC en ce qui concerne les mesures prises pour la protection de la santé publique, nous notons que le paragraphe 5 de la Déclaration de Doha est formulé en termes généraux, qui invitent l'interprète de l'Accord sur les ADPIC à lire "chaque disposition de l'Accord sur les ADPIC" à la lumière de l'objet et du but de l'Accord, tels qu'ils sont exprimés en particulier dans ses objectifs et principes. Comme il est indiqué plus haut, les articles 7 et 8 sont d'une pertinence essentielle pour établir les objectifs et principes qui, conformément à la Déclaration de Doha, expriment l'objet et le but de l'Accord sur les ADPIC pertinents pour son interprétation.

7.2409. Ce paragraphe de la Déclaration de Doha peut, à notre avis, être considéré comme constituant un "accord ultérieur" des Membres de l'OMC au sens de l'article 31 3) a) de la Convention de Vienne. Comme l'Organe d'appel l'a précisé:

> En nous fondant sur le texte de l'article 31 3) a) de la *Convention de Vienne*, nous estimons qu'une décision adoptée par les Membres peut être considérée comme un "accord ultérieur intervenu entre les parties" au sujet de l'interprétation d'un accord visé ou de l'application de ses dispositions si: i) la décision est, au sens temporel, adoptée ultérieurement par rapport à l'accord visé pertinent; et ii) les termes et la teneur de la décision expriment un *accord* entre les Membres concernant l'*interprétation* ou l'*application* d'une disposition du droit de l'OMC.[5010]

7.2410. En l'occurrence, l'instrument en cause est une "déclaration", plutôt qu'une "décision". Toutefois, la Déclaration de Doha a été adoptée par décision consensuelle des Membres de l'OMC, au plus haut niveau, le 14 novembre 2001, à l'occasion de la quatrième Conférence ministérielle de l'OMC, après l'adoption de l'Accord sur l'OMC, dont l'Annexe 1C comprend l'Accord sur les ADPIC. Les termes et la teneur de la décision portant adoption de la Déclaration de Doha expriment, à notre avis, un accord intervenu entre les Membres au sujet de l'approche à suivre pour interpréter les dispositions de l'Accord sur les ADPIC. Cet accord, au lieu de refléter une interprétation particulière d'une disposition spécifique de l'Accord sur les ADPIC, confirme la manière dont "chaque disposition" de l'Accord doit être interprétée, et, par conséquent, "influe spécifiquement"[5011] sur l'interprétation de chaque disposition de l'Accord sur les ADPIC.

[5009] Déclaration de Doha, paragraphe 5.

[5010] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 262 (italique dans l'original). Voir aussi les rapports des Groupes spéciaux *États-Unis – Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion*, paragraphe 7.27, note de bas de page 39 (notant que les "Ministres ont reconnu la nécessité d'assurer la cohérence du règlement des différends résultant de l'application de mesures antidumping et de mesures compensatoires" dans la Déclaration sur le règlement des différends conformément à l'Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 ou la Partie V de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Déclaration sur le règlement des différends conformément à l'article VI du GATT de 1994 ou à la Partie V de l'Accord SMC), et appliquant une analyse interprétative semblable pour examiner des questions analogues au titre de l'Accord antidumping); *États-Unis – Bois de construction résineux VI*, paragraphe 7.18 (faisant référence à la Déclaration sur le règlement des différends conformément à l'article VI du GATT de 1994 ou à la Partie V de l'Accord SMC); *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphe 7.351 (faisant référence à la Déclaration sur le règlement des différends conformément à l'article VI du GATT de 1994 ou à la Partie V de l'Accord SMC); *États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE (article 21:5 – CE)*, paragraphe 7.81 (faisant référence à la Déclaration sur le règlement des différends conformément à l'article VI du GATT de 1994 ou à la Partie V de l'Accord SMC); *États-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères (article 21:5 – Argentine)*, paragraphe 7.58, note de bas de page 45 (faisant référence à la Déclaration sur le règlement des différends conformément à l'article VI du GATT de 1994 ou à la Partie V de l'Accord SMC); et *Japon – DRAM (Corée)*, paragraphe 7.354 (faisant référence à la Déclaration sur le règlement des différends conformément à l'article VI du GATT de 1994 ou à la Partie V de l'Accord SMC).

[5011] Cette expression a été utilisée par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 372 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*,

7.2411. Les indications données dans la Déclaration de Doha sont compatibles, comme la Déclaration elle-même le laisse entendre, avec les règles applicables d'interprétation, qui exigent de l'interprète d'un traité qu'il tienne compte du contexte ainsi que de l'objet et du but du traité étant interprété, et confirment, à notre avis, que les articles 7 et 8 de l'Accord sur les ADPIC fournissent un contexte important pour l'interprétation de l'article 20.

7.2412. Les parties ont examiné de manière approfondie les incidences de l'utilisation de l'expression "de manière injustifiable" à l'article 20 sur la nature et l'étendue de la relation qui doit exister entre, d'une part, les entraves à l'usage de marques résultant des prescriptions spéciales en cause et, d'autre part, les raisons pour lesquelles ces prescriptions spéciales ont été adoptées, ou, en d'autres termes, la manière dont il convient de déterminer si ces raisons sont suffisantes pour étayer l'entrave résultant des prescriptions spéciales, et lui servir de justification.[5012]

7.2413. En plus de chercher à établir le sens ordinaire de l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20, les parties ont cherché des indications à cet égard dans l'interprétation du terme "injustifiable" figurant dans d'autres dispositions des accords visés, ou en comparant l'expression "de manière injustifiable" avec les termes "inutilement" ou "nécessaire" et avec des termes connexes figurant dans d'autres dispositions des accords visés.

7.2414. À cet égard, en réponse aux vues des plaignants sur le sens de ces termes, et la relation entre eux, l'Australie indique qu'étant donné que l'utilisation des mêmes termes ou de termes semblables dans différentes dispositions des accords visés crée la présomption que les termes devraient être interprétés comme ayant le même sens ou un sens semblable[5013], l'utilisation de termes différents crée la présomption que les termes étaient censés avoir un sens différent. L'Australie compare le sens ordinaire de l'expression "de manière injustifiable" avec le sens du terme "nécessaire".[5014] La République dominicaine répond, quant à elle, que l'interprète du traité ne peut pas partir de l'hypothèse que l'expression "de manière injustifiable" doit être interprétée par *opposition* au mot "inutile"; au lieu de cela, l'exercice d'interprétation doit commencer en discernant le sens de l'expression effectivement utilisée, c'est-à-dire "de manière injustifiable".[5015]

7.2415. Nous considérons que nous devons discerner le sens approprié de l'expression "de manière injustifiable" telle qu'elle est utilisée à l'article 20, et non déterminer son sens principalement par opposition à un quelconque autre terme. Dans le même temps, nous considérons également que l'utilisation de termes identiques ou différents dans différentes dispositions des accords visés peut fournir un contexte pertinent et donner des éclaircissements sur le sens à donner à chacun de ces termes dans leurs contextes respectifs. Ainsi, l'utilisation de termes différents dans un accord visé a été interprétée comme impliquant un choix délibéré visant à exprimer des sens différents:

> Cela laisse supposer que le choix et l'utilisation de mots différents en différents endroits de l'*Accord SPS* sont délibérés et qu'on a voulu utiliser des mots différents parce que leur sens est différent. L'interprète d'un traité ne peut supposer que les

paragraphe 265, qui cite les rapports de l'Organe d'appel *CE – Bananes III (article 21:5 – Équateur II) / CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 390).

[5012] Voir plus haut la section 7.3.5.5.1.1.

[5013] Cuba fait valoir que l'expression "de manière injustifiable" peut avoir de nombreux sens différents suivant le contexte dans lequel elle est utilisée et que le sens ordinaire est seulement le début d'un exercice global d'interprétation. Voir Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 95. À cet égard, nous notons qu'aucune partie n'a affirmé que, dans la présente affaire, un sens spécial devrait être donné à cette expression. Voir l'article 33.4 de la Convention de Vienne. Par conséquent, comme nous interprétons cette expression dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'Accord sur les ADPIC, nous devons rester dans le cadre des interprétations qui correspondent au sens ordinaire. Voir l'article 31.1 de la Convention de Vienne.

[5014] Australie, première communication écrite, paragraphes 384 à 400. De l'avis de l'Australie, les termes connotent différents degrés de connexion entre des prescriptions spéciales et des objectifs légitimes. *Ibid*. En outre, le sens ordinaire de l'expression "de manière injustifiable" implique qu'il y aura normalement plus d'un résultat possible dont "le caractère juste, raisonnable ou correct peut être démontré", ou qui est "dans les limites de la raison".

[5015] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 186.

> Membres qui ont négocié et rédigé l'Accord ont procédé ainsi par simple inadvertance.[5016]

7.2416. À l'inverse, l'utilisation du même terme dans différents contextes n'implique pas nécessairement une totale identité de sens. Ainsi, l'Organe d'appel a constaté que le mot "nécessaire" "désignait des nécessités d'ordre différent, en fonction du contexte dans lequel il était employé".[5017]

7.2417. L'Organe d'appel a également souligné l'importance de donner un sens à l'utilisation de termes différents, dans divers paragraphes de l'article XX du GATT de 1994, pour exprimer le "degré de lien ou relation entre la mesure considérée et l'intérêt ou la politique d'État que l'on cherche à promouvoir ou à réaliser":

> Appliquant le principe d'interprétation fondamental selon lequel les termes d'un traité, comme l'*Accord général*, doivent être interprétés suivant leur sens ordinaire, dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but dudit traité, l'Organe d'appel relève que le rapport du Groupe spécial n'a pas tenu compte de manière adéquate des termes effectivement utilisés dans les différents paragraphes de l'article XX. En énumérant les diverses catégories d'actes gouvernementaux, lois ou réglementations que les Membres de l'OMC peuvent appliquer ou promulguer au titre de différentes politiques ou différents intérêts des États légitimes en dehors du domaine de la libéralisation des échanges, l'article XX utilise différents termes en ce qui concerne les différentes catégories:
>
> "nécessaires" – aux paragraphes a), b) et d); "essentielles" – au paragraphe j);
>
> "se rapportant à" – aux paragraphes c), e) et g); "pour la protection de" – au paragraphe f);
>
> "en exécution de" – au paragraphe h); et "comportant" – au paragraphe i).
>
> Il ne semble pas raisonnable de supposer que les Membres de l'OMC entendaient exiger, en ce qui concerne chaque catégorie, le même type ou degré de lien ou relation entre la mesure considérée et l'intérêt ou la politique d'État que l'on cherche à promouvoir ou à réaliser.[5018]

7.2418. À l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, le "type ou degré de lien ou relation entre la mesure considérée et l'intérêt ou la politique d'État que l'on cherche à promouvoir ou à réaliser", comme le dit l'Organe d'appel, est exprimé par l'utilisation de l'expression "de manière injustifiable". En d'autres termes, les Membres de l'OMC ont déterminé, s'agissant spécifiquement des prescriptions spéciales qui entravent l'usage de marques, que ces prescriptions spéciales ne devaient pas entraver cet usage "de manière injustifiable".

7.2419. Nous notons que le terme "nécessaire", en revanche, est utilisé dans un certain nombre d'autres dispositions de l'Accord sur les ADPIC, à savoir les articles 3:2, 8:1, 27:2, 39:3, 43:2, 50:5 et 73 b), ainsi qu'à l'article 11 3) de la Convention de Paris (1967) et à l'article 17 de la Convention de Berne (1971) tels qu'incorporés par référence dans l'Accord sur les ADPIC. Le terme est également utilisé aux paragraphes 1 et 3 de l'article 31*bis* de l'Accord sur les ADPIC, ainsi

---

[5016] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 164. Toutefois, nous notons aussi que cela n'exclut pas la possibilité que l'utilisation du même terme dans un contexte différent, même dans la même disposition d'un accord visé, peut avoir un sens différent dans chaque contexte. Voir, par exemple, les rapports de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 24; et *CE – Amiante*, paragraphes 88 et 89 (interprétant le terme "similaire" dans le contexte des paragraphes 2 et 4 de l'article III du GATT de 1994, et comparant le terme à un "accordéon" dont le sens s'étire et se resserre différemment dans différents contextes).

[5017] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 374, note de bas de page 745 (faisant référence à *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 161). L'Organe d'appel a noté en outre qu'"[à] une extrémité du champ sémantique, on trouve "nécessaire" dans le sens d'"indispensable"; à l'autre extrémité, on trouve "nécessaire" pris dans le sens de "favoriser"". Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 318, note de bas de page 642 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 161).

[5018] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 19.

qu'aux paragraphes 1 a) et 2 b) i) de l'Annexe de l'Accord sur les ADPIC.[5019] Le terme "inutilement" est utilisé à l'article 41:2 de l'Accord sur les ADPIC. À notre avis, ce contexte étaye l'implication du choix délibéré de l'expression distincte "de manière injustifiable" à l'article 20. Nous ne considérons pas, par conséquent, qu'il devrait être supposé que l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC est synonyme du terme "inutilement".

7.2420. Dans le même temps, nous ne considérons pas qu'il devrait être supposé que l'expression "de manière injustifiable" telle qu'elle est utilisée à l'article 20 a exactement le même sens que le terme "injustifiable" tel qu'il est utilisé dans le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994. L'Australie fait valoir que les interprétations données par l'Organe d'appel de l'expression "arbitraire ou injustifiable" figurant à l'article XX du GATT de 1994 dans les affaires *Brésil – Pneumatiques rechapés* et *CE – Produits dérivés du phoque* étayent le point de vue selon lequel, dans le contexte de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, l'usage d'une marque est entravé "de manière injustifiable" uniquement s'il n'y a pas de lien rationnel entre l'imposition des prescriptions spéciales et un objectif légitime de politique générale publique.[5020]

7.2421. Les constatations formulées dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés* invoquées par l'Australie n'étayent pas, à notre avis, son interprétation de l'expression "arbitraire et injustifiable" figurant à l'article XX du GATT de 1994. Les décisions mentionnées par l'Australie précisent que, dans le cadre de l'article XX du GATT de 1994, dans une situation où il n'y a *pas* de lien rationnel entre l'objectif de la mesure devant être justifiée et une discrimination découlant de la mesure, il devrait être constaté que cette discrimination est "injustifiable". Cette décision étaye le point de vue selon lequel, dans le contexte de l'article XX du GATT de 1994, l'existence d'un "lien rationnel" entre la discrimination devant être justifiée et l'objectif de la mesure est une condition *nécessaire* pour que cette discrimination ne soit pas jugée "injustifiable". Toutefois, il ne s'ensuit pas logiquement que, chaque fois qu'un certain degré de lien rationnel existe effectivement, cela serait toujours *suffisant* pour justifier la discrimination en cause au titre du texte introductif de l'article XX.

7.2422. Nous ne trouvons donc pas d'éléments dans ces décisions qui étayent l'idée selon laquelle, dans le contexte de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, l'expression "de manière injustifiable" devrait être interprétée comme exigeant *uniquement* l'existence d'un certain lien rationnel entre les entraves imposées à l'usage d'une marque et la raison pour laquelle elles sont imposées. Comme cela est indiqué plus haut, l'utilisation de l'expression "de manière injustifiable" exprime une prescription exigeant que les entraves à l'usage d'une marque résultant de prescriptions spéciales puissent être expliquées, et qu'il existe une justification ou une raison suffisante pour étayer l'entrave résultant de l'action ou de la mesure en cause. Dans cette mesure, nous convenons que, dans les deux dispositions, ces termes reflètent une attente d'un certain degré de "lien rationnel" entre l'action devant être expliquée (à l'article XX du GATT de 1994, une discrimination, et à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, une entrave à l'usage d'une marque) et les raisons de son adoption.[5021] Toutefois, cela n'implique pas, à notre avis, que l'existence de *tout* lien rationnel, aussi ténu soit-il, serait toujours suffisante pour étayer l'imposition de cette entrave admissible au titre de l'article 20.

7.2423. Nous devons également tenir dûment compte de l'action qui doit être justifiée, c'est-à-dire l'entrave à l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales résultant des prescriptions spéciales.

7.2424. À cet égard, la République dominicaine fait valoir que "[l]'usage d'une marque" est l'intérêt protégé par l'article 20 et que l'objectif de cette disposition est de sauvegarder "dans toute la mesure du possible" l'aptitude d'une marque à remplir sa fonction fondamentale qui consiste à distinguer des produits et des services.[5022] La République dominicaine et le Honduras font

[5019] Voir le Protocole portant amendement de l'Accord sur les ADPIC, fait le 6 décembre 2005, dans le document WT/L/641. L'amendement est entré en vigueur le 23 janvier 2017.

[5020] Voir le résumé des arguments de l'Australie aux paragraphes 7.2328 et 7.2329.

[5021] Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial *Russie – Porcins (UE)*, paragraphe 7.1321 (notant que "[d]ans un certain nombre d'affaires, l'Organe d'appel a expliqué qu'une analyse du point de savoir si une discrimination était arbitraire ou injustifiable au sens du texte introductif de l'article XX "devrait être axée sur la cause de la discrimination, ou la raison d'être avancée pour expliquer son existence"." (note de bas de page omise)).

[5022] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 145.

également référence à l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC, et au concept d'"intérêts légitimes" des titulaires de marques prévu dans cette disposition, comme contexte pertinent.[5023]

7.2425. L'article 17, intitulé "Exceptions", se lit comme suit: "Les Membres pourront prévoir des exceptions limitées aux droits conférés par une marque de fabrique ou de commerce, par exemple en ce qui concerne l'usage loyal de termes descriptifs, à condition que ces exceptions tiennent compte des intérêts légitimes du titulaire de la marque et des tiers."

7.2426. Comme le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques* l'a noté, l'article 17 "permet expressément aux Membres de prévoir des exceptions limitées aux droits conférés par une marque".[5024] Ce Groupe spécial a distingué les "intérêts légitimes" du titulaire de la marque des "droits conférés par une marque" et est convenu avec le Groupe spécial *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques* que, "[p]our donner un sens à l'expression "intérêts légitimes" dans ce contexte, cette expression [devait] être définie de la façon dont elle [était] souvent utilisée dans le discours juridique – comme une allégation normative prévoyant la protection d'intérêts qui sont "justifiables" en ce sens qu'ils sont étayés par des politiques générales publiques pertinentes ou d'autres normes sociales".[5025]

7.2427. L'article 20 ne porte pas sur l'octroi par les Membres de l'OMC d'"exceptions aux droits conférés" par une marque. Il ne fait pas non plus expressément référence à un concept d'"intérêt légitime" du titulaire de la marque qui devrait être pris en compte. Néanmoins, nous convenons que l'article 17 peut fournir un contexte pertinent pour l'interprétation de l'article 20, dans la mesure où il peut éclairer notre compréhension de la nature et de l'étendue des intérêts pertinents des titulaires de marques qui sont reconnus comme "légitimes" par l'Accord sur les ADPIC. En particulier, nous notons que le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques* a constaté que "[c]haque titulaire de marque [avait] pour intérêt légitime de préserver le caractère distinctif de sa marque, ou la capacité de la distinguer, afin qu'elle puisse remplir sa fonction. Cela comprend l'intérêt qu'a le titulaire d'une marque à utiliser sa propre marque en relation avec les produits ou les services de ses propres entreprises bénéficiant d'une autorisation."[5026]

7.2428. Ce contexte confirme, à notre avis, que pour évaluer si des entraves à l'usage d'une marque sont "injustifiables" au sens de l'article 20, nous devons tenir dûment compte de l'intérêt légitime du titulaire de la marque à faire usage de sa marque "au cours d'opérations commerciales" et de la manière dont cela est affecté par les entraves devant être justifiées. Comme le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques* l'a également indiqué, cet intérêt reflète la fonction des marques sur le marché, qui profite aux titulaires des marques ainsi qu'aux consommateurs.[5027] Par conséquent, une évaluation du caractère injustifiable des entraves au titre de l'article 20 devrait comporter un examen de la nature et de l'étendue de l'entrave à cet usage, y compris la mesure dans laquelle les marques pertinentes ne peuvent pas remplir la fonction à laquelle elles sont destinées sur le marché.

7.2429. Globalement, selon nous, l'article 20 reflète donc l'équilibre voulu par les rédacteurs de l'Accord sur les ADPIC entre l'existence d'un intérêt légitime des titulaires de marques à faire usage de leurs marques sur le marché et le droit des Membres de l'OMC d'adopter des mesures

[5023] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 257; et Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 359.

[5024] Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.647.

[5025] Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphes 7.662 et 7.663 (citant le rapport du Groupe spécial *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques*, paragraphe 7.69).

[5026] Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.664.

[5027] Le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques* a également noté que "non seulement [l'article 17] [faisait] référence aux intérêts légitimes des tiers mais il les trait[ait] également de la même façon que ceux du titulaire du droit". Il a ajouté que la fonction d'une marque consistant à distinguer les produits et les services des entreprises au cours d'opérations commerciales "[était] rempli[e] … non seulement pour le titulaire, mais aussi pour les consommateurs. Par conséquent, les tiers concernés compren[aient] les consommateurs. Les consommateurs [avaient] un intérêt légitime à pouvoir distinguer les produits et services d'une entreprise de ceux d'une autre entreprise, et d'éviter la confusion." Rapports des Groupe spéciaux *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)*, paragraphes 7.649 et 7.676; et *CE – Marques et indications géographiques (Australie),* paragraphes 7.649 et 7.675.

pour la protection de certains intérêts sociétaux qui peuvent avoir des effets défavorables sur cet usage.

7.2430. Compte tenu de ce qui précède, nous constatons qu'une détermination du point de savoir si l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales est entravé "de manière injustifiable" par des prescriptions spéciales devrait comporter un examen des facteurs suivants:

a. la nature et l'étendue de l'entrave résultant des prescriptions spéciales, en gardant à l'esprit l'intérêt légitime du titulaire de la marque à faire usage de sa marque au cours d'opérations commerciales et ainsi à permettre à la marque de remplir la fonction à laquelle elle est destinée;

b. les raisons pour lesquelles les prescriptions spéciales sont appliquées, y compris tous les intérêts sociétaux qu'elles sont censées sauvegarder; et

c. le point de savoir si ces raisons étayent suffisamment l'entrave en résultant.

7.2431. Nous ne jugeons pas nécessaire, à ce stade de notre analyse, de déterminer en outre, dans l'abstrait, comment exactement les différents intérêts en cause devraient être "soupesés et mis en balance" afin de parvenir à une conclusion sur le point de savoir s'il devrait être constaté qu'une entrave à l'usage d'une marque est "injustifiable" dans un cas donné. En fait, cette évaluation, à notre avis, devra être effectuée au cas par cas, à la lumière des circonstances particulières propres à l'affaire.

7.3.5.5.2 Question de savoir si les mesures TPP sont en soi injustifiables

7.2432. Dans la section précédente, nous avons établi ce qui était, selon nous, le critère d'examen pour la question de savoir si des prescriptions spéciales entravent "de manière injustifiable" l'usage de marques au cours d'opérations commerciales. Avant d'appliquer ce critère d'examen aux mesures TPP, nous examinons d'abord les allégations des plaignants selon lesquelles les mesures TPP sont en soi injustifiables.

7.2433. Les plaignants invoquent diverses raisons pour lesquelles ils considèrent les mesures TPP comme étant en soi injustifiables. D'une manière générale, ils estiment que les mesures TPP, de par leur nature même, ne peuvent pas être réputées comme étant justifiables au sens de l'article 20 et que le Groupe spécial n'a donc pas besoin de procéder à un examen détaillé de la mesure dans laquelle les mesures contribuent (ou non) à leurs objectifs déclarés. Ils font valoir que le Groupe spécial devrait procéder à un examen détaillé des arguments et éléments de preuve à cet égard uniquement s'il était en désaccord sur le fait que les mesures, de par leur nature même, étaient injustifiables.

7.2434. Premièrement, le Honduras et l'Indonésie font valoir qu'une prohibition de l'usage de marques dénominatives stylisées, de marques composées et de marques figuratives atteint un niveau de caractère restrictif qui ne peut pas être justifié. Deuxièmement, le Honduras, la République dominicaine, Cuba et l'Indonésie font valoir que les mesures TPP sont injustifiables car l'Australie n'a pas évalué le caractère justifiable des prescriptions en ce qui concerne des marques individuelles et leurs attributs individuels. Troisièmement, l'Indonésie fait valoir que les mesures TPP entravent de manière injustifiable l'usage de marques au cours d'opérations commerciales parce que l'Australie n'avait pas suivi son propre processus pour les adopter et, par conséquent, n'avait pas élaboré la justification même qui était exigée par l'article 20 pour les entraves concernant les marques de tabac imposées par ses mesures TPP. Quatrièmement, Cuba fait valoir, en adoptant une approche un peu différente, que les restrictions concernant les marques prévues dans les mesures TPP relèvent de la liste exemplative de mesures figurant dans la première phrase de l'article 20 et, par conséquent, sont "présumées non valables".

7.2435. Nous examinons maintenant chacune de ces allégations, l'une après l'autre.

7.3.5.5.2.1 La nature extrême de l'entrave

Principaux arguments des parties

7.2436. Le Honduras affirme que, "lorsque le caractère restrictif d'une mesure est particulièrement important et systématique", cette mesure doit être considérée comme étant injustifiable sans qu'il y ait besoin d'examiner en outre d'autres facteurs. À son avis, de par leur nature même, les mesures TPP portent atteinte aux principes fondamentaux de l'Accord sur les ADPIC et, par conséquent, ne peuvent pas être réputées comme étant justifiables au sens de l'article 20.[5028] Plus spécifiquement, le Honduras fait valoir que les restrictions TPP concernant les marques vident de sa substance la protection des marques prévue dans l'Accord sur les ADPIC. En prohibant l'usage de toutes les marques relatives au tabac, autres que celles prescrites par la Loi TPP, les mesures en cause empêchent directement ces marques de remplir leur fonction principale, qui est de distinguer les produits de différentes entreprises. Compte tenu de cela, les restrictions TPP concernant les marques sont des mesures qui restreignent les marques d'une façon particulièrement systématique et importante. Le Honduras considère que cette catégorie de mesures est, de par sa nature même, injustifiable, et, par conséquent, incompatible avec l'article 20.[5029]

7.2437. L'Indonésie fait valoir que, lorsque les mesures TPP empêchent l'usage de marques, "elles sont une "entrave" de la forme la plus extrême et, par conséquent, ne peuvent pas être justifiées à la lumière de l'objet et du but de l'Accord sur les ADPIC et du contexte de l'article 20".[5030] À son avis, "[l]es prescriptions [T]PP imposent des charges tellement extrêmes sur l'usage de marques de tabac qu'elles entraînent la dévaluation de cette propriété. Rien dans le texte ou l'objet et le but de l'Accord sur les ADPIC n'étaye une interprétation selon laquelle cette action est justifiable dans un cas quelconque. Pour cette raison, aucune autre analyse n'est nécessaire et le Groupe spécial devrait constater que les mesures [TPP] de l'Australie sont incompatibles avec l'article 20 dans la mesure où elles interdisent l'usage de marques relatives au tabac."[5031]

7.2438. L'Australie répond que les allégations du Honduras et de l'Indonésie sont fondées sur l'hypothèse erronée selon laquelle l'Accord sur les ADPIC confère au détenteur d'une marque un "droit d'usage". Elle ajoute que, "[d]ans le contexte de l'article 20, une mesure qui interdit l'usage de certains types de marques enregistrées – à supposer que ces interdictions relèvent même de l'article 20 – n'a aucun statut *a priori* parmi les types de prescriptions spéciales qu'un Membre pourrait imposer concernant l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales". Elle conclut qu'au titre de l'article 20, les Membres peuvent imposer des prescriptions spéciales concernant l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales – y compris, dans la mesure où elles sont couvertes par l'article 20, une prohibition de l'usage de marques – à condition que l'entrave en résultant ne soit pas injustifiable.[5032]

Analyse du Groupe spécial

7.2439. Nous rappelons que, plus haut, dans la section 7.3.5.3, nous avons examiné si les mesures TPP relevaient de l'article 20, dans la mesure où elles interdisaient l'usage de certaines marques sur l'emballage pour la vente au détail de tabac et sur les produits du tabac. Nous avons constaté dans ce contexte que les mesures TPP, y compris les interdictions qu'elles imposaient à l'usage de marques dénominatives stylisées, de marques composées et de marques figuratives, équivalaient à des "prescriptions spéciales" au sens de l'article 20, et qu'elles "entrav[aient]" l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales.[5033]

[5028] Honduras, première communication écrite, paragraphe 321.

[5029] Honduras, première communication écrite, paragraphes 335 et 336. Dans ce contexte, le Honduras fait également valoir que les mesures TPP constituent une restriction indifférenciée concernant toutes les marques figurant sur les produits du tabac et leur emballage, et ne s'appliquent pas sélectivement à des attributs spécifiques de marques individuelles. Voir *ibid.*, paragraphe 334. Nous examinerons plus loin, dans la section 7.3.5.5.2.2, les allégations du Honduras, de la République dominicaine, de Cuba et de l'Indonésie selon lesquelles les mesures TPP sont injustifiables en raison de l'absence d'évaluation individuelle.

[5030] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 277.

[5031] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 284.

[5032] Australie, première communication écrite, paragraphes 417 et 418.

[5033] Voir plus haut le paragraphe 7.2245.

7.2440. Le Honduras et l'Indonésie considèrent que ces prohibitions atteignent un niveau de "caractère restrictif" qui ne peut être justifié dans aucun cas, et que le Groupe spécial devrait donc les considérer injustifiables en soi.

7.2441. Nous notons qu'aux termes de l'article 20, les Membres se sont engagés à ne pas "entrav[er] de manière injustifiable par des prescriptions spéciales" l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales. Le libellé utilisé dans cette disposition n'interdit aucun type particulier de "prescriptions spéciales". En fait, il subordonne l'adoption de ces prescriptions à la condition qu'elles n'"entrav[ent] [pas] de manière injustifiable" l'usage de marques. Comme il est indiqué plus haut dans la section 7.3.5.5.1.3, l'examen de la question de savoir si l'usage d'une marque est "entravé de manière injustifiable" comportera normalement l'examen de divers éléments, y compris la nature et l'étendue de l'entrave découlant des prescriptions spéciales en cause, les raisons pour lesquelles ces prescriptions sont appliquées et le point de savoir si ces raisons les étayent suffisamment. Bien qu'une interdiction de faire usage d'une marque, de par sa nature, comporte un degré élevé d'entrave à cet usage, nous ne voyons aucune raison de supposer qu'un seuil ou un degré particulier d'entrave serait intrinsèquement "injustifiable" au titre de cette disposition. En fait, nous considérons que cela doit être évalué dans tous les cas à la lumière des circonstances, conformément au critère d'examen que nous avons identifié plus haut. Ce raisonnement est comparable, *mutatis mutandis*, au raisonnement de l'Organe d'appel dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, dans le contexte de l'article XX b) du GATT de 1994: "Comme le Groupe spécial l'a reconnu, une interdiction d'importer est "conçue pour être aussi restrictive pour le commerce que possible". Nous convenons avec le Groupe spécial qu'il peut y avoir des circonstances dans lesquelles une telle mesure peut néanmoins être nécessaire, au sens de l'article XX b)."[5034] De même, tout en reconnaissant qu'une prohibition de l'usage d'une marque comporte un degré très élevé d'entrave, nous ne considérons pas que cela ait pour résultat qu'elle n'est pas, de par sa nature, susceptible de justification au titre de l'article 20.

7.2442. Par conséquent, nous concluons que les prescriptions spéciales comportant un degré élevé d'entrave, telles que celles qui sont prévues dans les mesures TPP qui interdisent l'usage de marques dénominatives stylisées, de marques composées et de marques figuratives, ne sont pas en soi injustifiables. En fait, comme il a été indiqué plus haut, nous devons leur appliquer le même critère d'examen, que nous avons établi plus haut dans la section 7.3.5.5.1.3, qu'à d'autres prescriptions spéciales figurant dans les mesures TPP.

7.3.5.5.2.2 Question de savoir si le caractère injustifiable des prescriptions devrait être évalué en ce qui concerne les marques individuelles et leurs attributs

Principaux arguments des parties

7.2443. Le Honduras fait valoir que les restrictions imposées à l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales devraient s'appliquer aux marques individuelles, et non à toute une catégorie de marques, et doivent avoir un caractère limité.[5035] La protection des marques au titre de l'Accord sur les ADPIC est fondée sur la protection des marques individuelles, et "toute restriction en matière de marque ne doit porter que sur les attributs spécifiques de la marque qui compromettent l'objectif de politique générale d'un Membre".[5036]

7.2444. Il ajoute que "[c]'est précisément la raison pour laquelle les mots "une marque" sont utilisés au singulier dans l'article 20 ainsi que dans la plupart des autres dispositions de l'Accord".[5037] Dans sa deuxième communication écrite, le Honduras réaffirme que "[l]'emploi du singulier confirme l'approche individuelle en matière de marque, qui caractérise l'ensemble des dispositions de la section 2. Cela ne constitue pas seulement une "convention rédactionnelle", mais reflète plutôt l'approche individuelle qui s'applique à la création, au maintien des marques ainsi qu'aux moyens de les faire respecter et à leur usage".[5038]

7.2445. Selon lui, cette approche pour la réglementation de chaque marque selon ses particularités propres, au titre de l'Accord sur les ADPIC, découle du fait que les droits de marque,

[5034] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 150 et 151.
[5035] Honduras, première communication écrite, paragraphe 289.
[5036] Honduras, première communication écrite, paragraphe 309.
[5037] Honduras, première communication écrite, paragraphe 289 (souligné par le Honduras).
[5038] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 370.

en ce qui concerne l'acquisition, l'enregistrement, le maintien de la marque et les moyens de la faire respecter, sont acquis sur une base individuelle.[5039] Il précise cette idée en indiquant que "[l]e caractère distinctif d'une marque ainsi que l'admissibilité d'une marque en matière de protection, d'enregistrement et de radiation sont toujours évalués sur une base *individuelle*. L'Accord sur les ADPIC présume donc que chaque marque sera traitée selon ses particularités *individuelles* propres."[5040]

7.2446. Dans sa réfutation, le Honduras précise que "[d]e toute évidence, les Membres peuvent imposer des critères généraux auxquels les marques doivent satisfaire pour pouvoir être utilisées. L'idée avancée par le Honduras est que les marques sont examinées et approuvées sur une base individuelle et existent en tant que marques individuelles". Considérant le contexte de la section 2 et de l'article 15:2 de l'Accord sur les ADPIC, et l'article 6*quinquies* B de la Convention de Paris, l'article 20 exige une analyse des marques semblable qui soit individualisée, ou du moins non fondée sur des catégories, lorsqu'un Membre cherche à justifier une prescription spéciale qui entrave l'usage de la marque pour des raisons de politique générale publique.[5041]

7.2447. Le Honduras cherche également des éléments contextuels à l'appui dans l'article 6*quinquies* de la Convention de Paris. Dans son raisonnement, il indique que cette disposition exige que les Membres enregistrent et protègent les marques sans porter atteinte à leur forme d'origine; la protection des marques inclut, quant à elle, la capacité de faire usage d'une marque au cours d'opérations commerciales. Selon lui, la disposition laisse donc entendre que les écarts par rapport à la règle *telle quelle* en ce qui concerne l'usage ne sont autorisés que dans des cas exceptionnels et dépendront du caractère individuel de chaque marque particulière.[5042]

7.2448. De même, le Honduras cherche des éléments contextuels à l'appui dans l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC. Selon lui, cet article confirme que les exceptions aux droits qui sont conférés aux titulaires de la marque au titre de l'Accord sur les ADPIC doivent avoir un caractère "limité[]" et tenir compte des intérêts légitimes du titulaire de la marque, y compris l'usage. "En d'autres termes, une mesure dont le champ d'application est vaste et couvre, d'une manière indifférenciée, un large éventail de marques, ne peut pas être considérée comme une exception limitée. Cette mesure sera donc incompatible avec le principe fondamental de l'Accord sur les ADPIC selon lequel les restrictions à l'*usage* des marques doivent s'appliquer à des marques *individuelles* et avoir un caractère *limité*."[5043]

7.2449. Le Honduras précise qu'il "ne considère pas que l'article 17 exige nécessairement, dans chaque situation, qu'une mesure se rapporte à des marques individuelles. … En fait, ce qui importe c'est que la portée de l'exception soit "limitée[]". Faisant référence au rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, le Honduras fait valoir que, bien qu'il ait laissé entendre que des limitations au titre de l'article 17 ne devaient pas nécessairement concerner des marques individuelles, le Groupe spécial a précisé que lorsque l'exception aux droits de marque couvrait des catégories entières de marques, la mesure dans laquelle les droits de marque étaient affectés devait être quantitativement ou qualitativement limitée, et ne devait pas constituer une interdiction générale ou un autre type de restriction indifférenciée.[5044] Selon le Honduras, "l'expression "exceptions limitées" figurant à l'article 17 étaye son argument selon lequel, au titre de l'article 20, les entraves à l'usage des marques au cours d'opérations commerciales doivent avoir un caractère "limité[]" – l'entrave ne pouvant pas s'appliquer à un large éventail de marques d'une manière indifférenciée".[5045]

7.2450. La République dominicaine fait valoir que les marques et leur protection sont individualisées en ce qui concerne la teneur, l'acquisition, la jouissance des droits et les moyens de les faire respecter. De ce fait, si un Membre cherche à entraver l'usage d'une marque au moyen de prescriptions spéciales, il doit tenir dûment compte des caractéristiques individuelles de chacune

[5039] Honduras, première communication écrite, paragraphe 289.
[5040] Honduras, première communication écrite, paragraphe 309. (italique dans l'original)
[5041] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 362.
[5042] Honduras, première communication écrite, paragraphe 290.
[5043] Honduras, première communication écrite, paragraphe 291. (italique dans l'original)
[5044] Honduras, réponse à la question n° 91 du Groupe spécial (faisant référence au rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphes 7.650 et 7.654 à 7.657). Voir aussi Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 367.
[5045] Honduras, réponse à la question n° 91 du Groupe spécial, page 7.

des marques affectées. Dans le cas des prescriptions spéciales qui altèrent directement l'apparence et la teneur visuelle d'une marque, un Membre doit examiner individuellement les attributs de la marque qui doivent être modifiés pour déterminer si cette modification est justifiée par la contribution qu'elle apportera à l'objectif réglementaire poursuivi.[5046] La République dominicaine ajoute que "l'Australie était tenue, au titre de l'article 20, d'examiner individuellement les attributs de chacune des marques qui constituaient prétendument une violation, afin d'évaluer si un quelconque attribut de cette marque spécifique justifiait une entrave".[5047] Un examen individuel aurait garanti que, pour toute marque faisant l'objet d'une entrave, l'Australie "interdisait *uniquement les caractéristiques de conception spécifiques* – le cas échéant – dont il était effectivement démontré qu'elles étaient problématiques, tout en permettant que les autres caractéristiques de conception continuent d'être utilisées sans entrave".[5048]

7.2451. Selon elle, le texte de l'article 20 lui-même étaye le point de vue selon lequel les particularités individuelles d'une marque devraient être prises en compte pour évaluer le caractère justifiable parce que l'objet de l'analyse du caractère justifiable est "une marque" au singulier.[5049]

7.2452. La République dominicaine fait en outre valoir que, puisque l'objet de l'article 20 est défini par le mot "marque", l'évaluation du caractère justifiable doit tenir compte de la nature des marques et de leur protection. Elle fait valoir qu'une marque est enregistrée sur la base de ses attributs spécifiques, à l'issue d'un processus de demande individuelle de la part du titulaire et d'un processus d'évaluation et d'approbation individuelles par le Membre. Une marque est également protégée contre les atteintes et la révocation dans le cadre d'un processus individualisé dans lequel ses attributs spécifiques sont examinés.[5050]

7.2453. Faisant référence à l'article 15:1, elle explique que chaque marque est un signe composé de lettres, de chiffres, de couleurs, et/ou d'autres éléments figuratifs et/ou d'une combinaison unique de ces éléments. Chaque marque est donc différente de toutes les autres. Un signe est enregistré, en premier lieu, en tant que marque sur la base de ses attributs, à l'issue d'un processus de demande individuelle de la part du titulaire et d'un processus d'évaluation individuelle des attributs par le Membre, permettant d'aboutir à la conclusion que le signe est suffisamment unique et distinctif.[5051]

7.2454. Elle fait valoir qu'une marque est protégée contre les atteintes dans le cadre d'un processus individualisé dans lequel ses attributs sont examinés. Au titre de l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC, par exemple, la capacité du titulaire d'une marque d'empêcher l'usage de signes de tiers dépend, entre autres facteurs, de l'évaluation individualisée du degré de similitude entre la marque et le signe du tiers. Cette évaluation établit si les attributs du signe du tiers sont "identiques ou similaires" aux attributs de la marque.[5052]

7.2455. Par ailleurs, une marque enregistrée est également protégée contre l'invalidation dans le cadre d'un processus individualisé dans lequel ses attributs sont examinés. L'article 6*quinquies* B de la Convention de Paris fournit une liste exhaustive des motifs de refus ou d'invalidation autorisés en ce qui concerne l'enregistrement des marques visées par cette disposition. Au titre de cette disposition, dans le cas d'une invalidation, l'autorité doit procéder à une évaluation individuelle dans laquelle chaque marque est examinée "sur la base des circonstances qui lui sont propres".[5053]

7.2456. Pour ce qui est de la pertinence de ces dispositions, la République dominicaine fait valoir que "[b]ien que l'article 6*quinquies* B et C de la Convention de Paris réglemente l'*enregistrement* des marques et que l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC réglemente l'*usage* d'une marque, ces différences ne signifient pas que la première disposition n'a aucune pertinence contextuelle pour l'interprétation de la seconde. … [U]ne disposition constitue un contexte pertinent si elle a "une

[5046] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 394.
[5047] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 400.
[5048] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 403. (italique dans l'original)
[5049] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 386.
[5050] République dominicaine, réponse à la question n° 108 du Groupe spécial, paragraphes 127 et 128.
[5051] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 211 et 212.
[5052] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 213.
[5053] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 214 (faisant référence à Bodenhausen, texte intégral (pièce DOM-79), pages 115 et 116).

pertinence" pour l'interprétation d'une autre disposition."[5054] "Si un Membre est tenu d'examiner les attributs uniques d'une marque lorsqu'il prend une décision concernant l'enregistrement en rapport avec ces attributs (qui sont, par exemple, de nature à induire en erreur), il est "injustifiable" pour le Membre de faire abstraction de ces mêmes attributs lorsqu'il prend une décision d'une portée tout aussi vaste (voir plus vaste) concernant l'usage qui est également en rapport avec ces attributs (qui sont, par exemple, de nature à induire en erreur)."[5055]

7.2457. La République dominicaine fait en outre valoir que "[s]i un Membre maintient actuellement l'enregistrement d'une marque – et n'a pas invalidé la marque sur la base des "circonstances qui lui sont propres" au motif qu'elle était propre à induire en erreur ou par ailleurs contraire à la morale – il ne peut pas, en vertu de l'article 20, refuser l'usage de la marque en raison de ses attributs, à moins de considérer également la marque "sur la base des circonstances qui sont propres"".[5056] Elle ajoute que c'est précisément ce que l'Australie a fait, étant donné qu'elle "n'a pas refusé ou invalidé l'enregistrement de l'une quelconque des marques visées par les prescriptions [T]PP au motif qu'elles étaient propres à induire en erreur ou par ailleurs contraires à la morale (par exemple, du fait qu'elles incitaient les consommateurs à adopter un comportement délétère)".[5057]

7.2458. Selon elle, il découle également de l'expression "de manière injustifiable" que les attributs uniques des marques individuelles doivent être évalués. Pour respecter le sens fondamental du terme "justifiable", tel qu'il ressort des synonymes "rationnel, raisonnable, approprié, défendable ou légitime", un Membre ne peut pas faire abstraction de ces attributs pour décider s'il y a lieu d'entraver cette marque et de quelle manière le faire.[5058]

7.2459. La République dominicaine note que, dans sa première communication écrite, l'Australie a fait valoir que "[s]i la justification de l'imposition de prescriptions spéciales concernant l'usage d'une marque se rapport[ait] à un groupe de marques en tant que catégorie, rien dans l'article 20 n'oblige[ait] à établir une nouvelle justification par référence aux marques individuelles relevant de cette catégorie". La République dominicaine convient que, si la décision d'entraver l'usage d'une marque se rapporte à des considérations communes à toutes les marques d'une catégorie et n'a pas de lien avec les attributs d'une marque particulière, une évaluation individuelle n'est pas requise.[5059] Elle soutient en outre que l'"Australie n'exclut *pas* qu'une évaluation individuelle soit requise au titre de l'article 20 dans des situations où l'entrave se rapporte à des considérations qui *varient d'une marque individuelle à l'autre* – et ne sont pas communes à "un groupe de marques en tant que catégorie"".[5060]

7.2460. La République dominicaine considère que l'article 17 constitue un contexte pertinent pour l'article 20. Elle note que l'Australie rappelle une déclaration du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques* selon laquelle "rien dans le texte de l'article 17 n'indique qu'une analyse au cas par cas est une prescription de l'Accord sur les ADPIC". La République dominicaine fait toutefois valoir que la constatation du Groupe spécial dans ce différend étaye sa position.[5061] En particulier, elle fait valoir que la décision du Groupe spécial reposait sur le fait que l'Union européenne avait exigé une évaluation individuelle de la marque et de l'IG au moment de l'enregistrement de l'IG, qui rendait une nouvelle évaluation individuelle inutile par la suite.[5062] Elle ajoute que "[p]ar conséquent, au titre de l'article 17, une évaluation individuelle des attributs d'une marque peut être requise dans certaines circonstances. Cela est également vrai au titre de

[5054] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 219 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *Chine – Pièces automobiles*, paragraphe 151). (italique dans l'original)

[5055] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 221. Voir aussi *ibid.*, paragraphe 257.

[5056] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 222. (note de bas de page omise)

[5057] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 223.

[5058] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 224 à 226. Voir aussi *ibid.*, paragraphe 247.

[5059] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 233 (citant Australie, première communication écrite, paragraphe 411) (italique ajouté par la République dominicaine omis). Voir aussi République dominicaine, réponse à la question n° 108 du Groupe spécial, paragraphes 133 et 134.

[5060] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 234. (italique dans l'original)

[5061] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 260 (faisant référence à Australie, première communication écrite, paragraphe 411, qui fait référence au rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)*, paragraphe 7.672).

[5062] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 261.

l'article 20: bien qu'une évaluation individuelle ne soit pas toujours requise, elle peut l'être selon les circonstances."[5063]

7.2461. La République dominicaine indique qu'elle convient avec le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)* qu'un titulaire de marque a un "intérêt légitime" à faire usage de sa marque qui doit être pris en compte pour l'interprétation de l'article 20. En particulier, elle estime que l'importance de l'intérêt légitime pour l'"usage" est pertinente pour examiner la nature des marques et de leur protection, y compris la nécessité de procéder à une évaluation individuelle des entraves imposées en raison des préoccupations liées aux attributs spécifiques d'une marque.[5064] La République dominicaine souligne que son argument n'a rien à voir avec un droit d'usage mais découlent de l'interprétation du texte de l'article 20.[5065]

7.2462. La République dominicaine fait valoir que l'Australie aurait dû examiner séparément chaque caractéristique de conception individuelle d'une marque, comme la police, la taille, la couleur, la couleur de fond et la forme de la marque d'approbation figurative, en particulier lorsque ces caractéristiques étaient associées à une mise en garde sanitaire explicite de 75%.[5066] Par exemple, un Membre doit évaluer la *police* du nom de la marque pour établir si cette police particulière a les effets préjudiciables allégués (à savoir inciter les gens à fumer en les induisant en erreur ou en exerçant un attrait sur eux). Autre exemple: il doit examiner le *lettrage majuscule* et si des différences éventuelles dans le format du lettrage incitent les gens à fumer. En outre, si l'entrave vise un usage particulier (par exemple sur l'emballage pour la vente au détail), il doit également examiner *le contexte dans lequel l'usage interviendra*; les attributs de la marque, tels que la police et les majuscules, doivent être examinés à la lumière du fait que la mise en garde sanitaire est l'image dominante sur le paquet.[5067]

7.2463. La République dominicaine "convient que, si la décision d'entraver l'usage d'une marque se rapporte à des considérations communes à toutes les marques d'une catégorie et n'a pas de lien avec les attributs d'une marque particulière, une évaluation individuelle n'est pas requise".[5068] Elle fait valoir que le fait que l'Australie n'a pas procédé à une évaluation individuelle rend néanmoins les mesures TPP injustifiables.[5069] Premièrement, "[i]l n'est pas "justifiable" – rationnel, raisonnable, approprié, défendable ou légitime – pour un organisme de réglementation de tirer des conclusions concernant les effets allégués des *caractéristiques de conception d'une marque* à partir des *caractéristiques du produit* auquel la marque s'applique. Ainsi, le fait que les marques s'appliquent toutes à un produit particulier, même nocif, ne permet pas à l'organisme de réglementation de *supposer* que toutes les caractéristiques de conception de toutes ces marques ont des effets nocifs pour les consommateurs (par exemple, elles sont de nature à induire en erreur ou attrayantes)."[5070] Deuxièmement, il n'est pas justifiable d'entraver l'usage de toutes les caractéristiques de conception de toutes les marques en raison de la possibilité qu'elles puissent être attrayantes ou de nature à induire en erreur.[5071]

7.2464. Cuba fait valoir que les entraves sont "injustifiables" parce que l'emballage neutre n'est pas fondé sur une évaluation individuelle de la marque.[5072]

7.2465. L'Indonésie considère que chaque type de prescription spéciale et ses entraves connexes doivent être évalués et "justifiés" indépendamment.[5073]

7.2466. L'Indonésie fait valoir qu'il ne serait pas approprié d'utiliser des éléments de preuve pouvant étayer un type d'entrave (à savoir une limitation de l'usage de certaines couleurs) pour

[5063] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 262.
[5064] République dominicaine, réponse à la question n° 99 du Groupe spécial, paragraphes 65 à 69 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.664).
[5065] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 264.
[5066] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 406 et 407.
[5067] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 227, 228 et 230.
[5068] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 233.
[5069] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 235.
[5070] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 238 (italique dans l'original). Voir aussi *ibid*., paragraphes 236 à 239.
[5071] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 240 à 255.
[5072] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 68.
[5073] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 293.

justifier l'imposition d'un type d'entrave différent (une prescription imposant une certaine police) ou d'un éventail d'entraves générales.[5074] Elle estime que l'"Australie a supposé que *tout* élément d'une marque situé *où que ce soit* avait pour effet de persuader les gens de fumer, alors qu'ils ne le feraient pas autrement".[5075]

7.2467. Le Groupe spécial a demandé à l'Indonésie ce qu'elle pensait de la mesure dans laquelle l'effet des différents types de prescriptions, comme celles qui se rapportaient à la couleur ou à la police de caractères, pouvait être distingué de l'effet global des mesures TPP; et, dans la mesure où les éléments de preuve pouvaient ne pas permettre d'établir de distinction entre ces éléments, quelles conséquences cela aurait pour l'évaluation du caractère justifiable de ces mesures au titre de l'article 20. En réponse, l'Indonésie a fait valoir que le fait que l'"Australie [avait] supposé que chaque élément de chaque marque utilisé sur un produit du tabac ou son emballage [était] "coupable" d'inciter les gens à fumer ou d'induire les consommateurs en erreur" était suffisant pour que le Groupe spécial constate une incompatibilité avec l'article 20. Par conséquent, "[i]l n'est pas nécessaire que le Groupe spécial tente de trouver dans les données postérieures à la mise en œuvre une indication précisant les éléments que l'Australie aurait dû réglementer et ceux qu'elle n'aurait pas dû réglementer".[5076]

7.2468. L'Australie répond que le fait que les marques sont généralement acquises, enregistrées et appliquées sur une base individuelle n'est qu'une conséquence du fait que les marques doivent être propres à distinguer les produits au cours d'opérations commerciales. Il ne s'ensuit pas que toute justification de l'imposition de prescriptions spéciales concernant l'usage d'une marque doit, de la même façon, être formulée par référence aux caractéristiques des marques individuelles. L'article 20 ne traite pas de l'enregistrement des marques individuelles, mais plutôt des prescriptions spéciales qui sont imposées à l'usage des marques. Si la justification de l'imposition de prescriptions spéciales concernant l'usage d'une marque se rapporte à un groupe de marques en tant que catégorie, rien dans l'article 20 n'oblige à établir une nouvelle justification par référence aux marques individuelles relevant de cette catégorie.[5077]

7.2469. Dans sa deuxième communication écrite, elle conclut que rien dans l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC ne laisse entendre qu'il est requis de procéder à une quelconque "évaluation individualisée", en toutes circonstances. Au contraire, l'article 20 concerne simplement les mesures de politique publique susceptibles d'affecter toute une catégorie de marques qui suscitent une préoccupation de politique publique. La question de savoir si une mesure couverte par l'article 20 est ou non "injustifiable" dépendra de la justification de la mesure telle qu'elle se rapporte à la catégorie de marques affectée dans son ensemble.[5078]

7.2470. L'Australie fait valoir que les plaignants n'ont présenté aucune base interprétative pour leur assertion selon laquelle le critère "de manière injustifiable" exigeait que les Membres effectuent une évaluation individualisée des marques.[5079] En ce qui concerne l'interprétation de l'article 20 donnée par la République dominicaine sur la base des "intérêts légitimes" des titulaires de marques et des Membres de l'OMC, l'Australie répond que cette expression ne figure pas dans l'article 20, et que les plaignants n'ont donné aucune explication indiquant pourquoi le contexte fourni par l'article 17 imposerait au Groupe spécial de donner de l'article 20 une lecture incluant les prescriptions de l'article 17.[5080] Elle ajoute que "[l]a République dominicaine ne soutient pas que les prescriptions relatives à une "évaluation individuelle" (au moins dans certains cas) découlent du sens ordinaire de l'expression "de manière injustifiable", et n'a rien identifié dans le contexte de l'article 20 ou dans l'objet et le but de l'Accord sur les ADPIC qui étayerait cette prescription invoquée".[5081]

[5074] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 293.
[5075] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 316. (italique dans l'original)
[5076] Indonésie, réponse à la question n° 106 du Groupe spécial, paragraphe 31.
[5077] Australie, première communication écrite, paragraphes 410 et 411. Voir aussi Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 202.
[5078] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 204.
[5079] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 201 et 287.
[5080] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 173 et 179 (faisant référence à République dominicaine, réponse à la question n° 99 du Groupe spécial, paragraphe 69). Voir plus haut le paragraphe 7.2461 pour un résumé de la position de la République dominicaine.
[5081] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 201.

7.2471. S'agissant des arguments des plaignants concernant l'emploi des termes "une marque" au singulier dans la première phrase de l'article 20, l'Australie répond qu'ils cherchent à conférer une importance, sur le plan de l'interprétation, à ce qui n'est rien d'autre qu'une convention rédactionnelle. Elle ajoute que les termes "une marque" figurent également au singulier dans l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC, et que le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)* a pourtant estimé que rien dans le texte de cet article n'obligeait à ce que les exceptions aux droits conférés par une marque soient élaborées sur une base individuelle. Selon elle, il n'y a pas de raison pour laquelle une conclusion différente s'appliquerait dans le cas de l'article 20.[5082] Elle ajoute que la justification de l'imposition de prescriptions spéciales concernant l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales se rapportera souvent (voire d'une manière générale) à une catégorie de marques dans son ensemble, comme les produits pharmaceutiques et les produits intrinsèquement dangereux pour la santé des personnes (comme le tabac).[5083]

7.2472. S'agissant des arguments contextuels des plaignants se rapportant à l'article 17, l'Australie note que le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)* a constaté qu'il n'était pas nécessaire que toute exception aux droits conférés au titre de l'article 16 "tienne[] compte des intérêts légitimes du titulaire de la marque" sur une base individuelle. Le Groupe spécial a observé que, même si la réglementation en cause exigeait une analyse au cas par cas de l'IG au moment de l'enregistrement, "rien dans le texte de l'article 17 n'indiqu[ait] qu'une analyse au cas par cas [était] une prescription de l'Accord sur les ADPIC". À son avis, la conclusion du Groupe spécial s'applique *a fortiori* à l'interprétation de l'article 20 qui, à la différence de l'article 17, ne concerne pas les exceptions aux droits conférés au titre de l'Accord sur les ADPIC. En fait, l'article 20 est une disposition qui concerne les prescriptions spéciales que les Membres imposent à l'usage d'une marque afin de favoriser la réalisation d'objectifs de politique publique, et la justification de ces prescriptions se rapportera souvent à une catégorie de marques dans son ensemble.[5084,5085]

7.2473. L'Australie fait valoir que les plaignants cherchent également à étayer leur position en affirmant d'une manière générale que l'Accord sur les ADPIC établit un "droit d'usage". En particulier, elle fait référence aux arguments contextuels du Honduras se rapportant à l'article 6*quinquies* de la Convention de Paris. Elle répond que "l'Accord sur les ADPIC n'établit pas un "droit d'usage" qui, d'une certaine manière, obligerait à procéder à une "évaluation individuelle" de marques particulières lors de l'imposition de prescriptions spéciales concernant l'usage d'une catégorie de marques".[5086]

7.2474. L'Australie attire l'attention sur les "conséquences préoccupantes" de ce qu'elle considère comme une "approche extrême en matière d'éléments de preuve pour l'élaboration de politiques de santé publique", et conteste la plausibilité des évaluations individualisées pour chaque élément de chaque marque pour chacun des centaines d'emballages du tabac et de cigares présents sur le marché australien avant la mise en œuvre de l'emballage neutre du tabac.[5087]

7.2475. En ce qui concerne les mesures TPP en particulier, l'Australie fait valoir que, indépendamment de la question de savoir s'il a ou non un quelconque fondement juridique,

[5082] Australie, première communication écrite, paragraphe 413.
[5083] Australie, première communication écrite, paragraphe 414.
[5084] Australie, première communication écrite, paragraphe 411 (citant le rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)*, paragraphe 7.672); et deuxième communication écrite, paragraphe 202 (citant le rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)*, paragraphe 7.672).
[5085] L'Australie ajoute que, "même dans le cas où une mesure *aurait* trait aux "attributs spécifiques" des marques, il ne s'ensuit pas qu'elle est "injustifiable" en l'absence d'une "évaluation individualisée" de chaque marque qu'elle affecte. La raison d'être d'une mesure visée par l'article 20 pourrait se rapporter à toute une catégorie de marques possédant un attribut lié à l'objectif de la mesure. Par exemple, si l'objectif de la mesure était d'améliorer la lisibilité concernant l'emballage des produits pharmaceutiques, au profit des personnes âgées ou malvoyantes, une mesure pourrait prescrire que les marques des produits pharmaceutiques enregistrées avec une police cursive soient reproduites dans une police non cursive sur l'emballage du produit. La raison d'être de cette mesure se rapporterait à toute la catégorie des marques qui sont enregistrées avec une police cursive. Aucune "évaluation individualisée" des "attributs spécifiques" de chaque marque de cette catégorie ne serait exigée." Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 203. (italique dans l'original)
[5086] Australie, première communication écrite, paragraphe 412.
[5087] Australie, déclaration finale à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 2 à 16.

l'argument des plaignants concernant l'"évaluation individualisée" repose soit sur une méprise soit sur une qualification inexacte des objectifs des mesures et de la manière dont elles fonctionnent. Elle explique que "[l]'hypothèse sur laquelle repose la mesure concernant l'emballage neutre du tabac n'est pas que des "attributs spécifiques" de marques particulières augmentent l'attrait des produits du tabac, réduisent l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites ou induisent les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs de la consommation de tabac … Cette mesure repose sur l'hypothèse que l'obligation d'une apparence normalisée et neutre imposée aux emballages et aux produits du tabac minimisera la capacité des emballages et des produits du tabac d'avoir l'un quelconque de ces effets." Elle fait valoir que, conformément aux Directives de la FCTC, "l'apparence normalisée et neutre des emballages du tabac est conçue pour éliminer la possibilité que les sociétés de l'industrie du tabac utilisent l'emballage comme un moyen pour faire la publicité et la promotion du produit" et exprimer toute association positive.[5088] L'Australie ajoute que "[l]e design de l'emballage *élimine* la capacité des sociétés de l'industrie du tabac d'utiliser des caractéristiques de conception figuratives pour renforcer l'attrait de l'emballage ou pour créer une quelconque association positive avec le produit, qu'il s'agisse des notions de masculinité, de féminité, de jeunesse, de pureté ou de rapport qualité-prix, ou toute autre association qu'une société de l'industrie du tabac pourrait vouloir attacher à ce produit".[5089]

7.2476. L'Australie fait valoir que, outre le fait qu'elle empêche les sociétés de l'industrie du tabac d'utiliser l'emballage pour renforcer l'attrait des produits du tabac, l'apparence neutre du paquet remplit d'autres fonctions importantes: limiter l'aptitude du paquet à détourner l'attention des mises en garde sanitaires explicites et à atténuer le relief de ces dernières; empêcher les sociétés de l'industrie du tabac d'utiliser différentes couleurs pour créer une perception trompeuse des effets nocifs de la consommation de tabac ou pour exploiter certaines associations positives avec des couleurs particulières; et, plus généralement, dénormaliser le tabac, qui est un produit particulièrement dangereux, à savoir le seul produit de consommation licite qui tue ses consommateurs dans les conditions d'utilisation prévues.[5090]

7.2477. En résumé, l'Australie explique que "la mesure concernant l'emballage neutre du tabac ne concerne pas les "attributs spécifiques" de marques particulières".[5091]

7.2478. L'Australie soutient en outre que la République dominicaine concède qu'aucune "évaluation individualisée" n'est exigée à moins que la mesure ne concerne les "attributs spécifiques" de marques particulières.[5092] L'argument des plaignants concernant l'"évaluation individualisée" est donc dénué de fondement comme ils l'admettent eux-mêmes.[5093]

[5088] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 291. L'Australie cite le paragraphe 16 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC (Publicité en faveur du tabac, promotion et parrainage), qui dispose ce qui suit:

> L'effet de la publicité ou de la promotion sur le conditionnement peut être éliminé en exigeant un conditionnement neutre: noir et blanc ou deux autres couleurs contrastées selon les prescriptions des autorités nationales; rien d'autre qu'un nom de marque, un nom de produit et/ou de fabricant, une adresse et la quantité de produit dans le conditionnement, sans logo ni caractéristique en dehors des mises en garde sanitaires, des vignettes fiscales et d'autres informations ou marques requises par les autorités; l'utilisation de caractères de type et de dimension prescrits; et une forme, une taille et des matériels types. *Il ne doit pas y avoir de publicité ou de promotion à l'intérieur du conditionnement ou liée au conditionnement ni sur des cigarettes individuelles ou d'autres produits du tabac*.

Ibid., paragraphe 290 (italique ajouté par l'Australie). Voir aussi les Directives concernant l'article 13 de la FCTC, FCTC/COP/3(12) (pièce JE-21), annexe, paragraphe 16.

[5089] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 292. (italique dans l'original)

[5090] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 293.

[5091] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 294.

[5092] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 295 (faisant référence à République dominicaine, réponse à la question n° 108 du Groupe spécial, paragraphes 133 et 134). Les arguments de la République dominicaine sur ce point sont résumés plus haut au paragraphe 7.2459.

[5093] Australie, déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 126.

Principaux arguments des tierces parties

7.2479. Le Groupe spécial a invité les tierces parties à formuler des observations sur la mesure dans laquelle une évaluation du "caractère justifiable" des mesures TPP devrait être individualisée, par exemple marque par marque, ou prescription par prescription.[5094]

7.2480. L'Argentine répond qu'elle considère que l'évaluation du caractère justifiable des mesures TPP ne devrait pas être effectuée "prescription par prescription" mais globalement, en tenant compte des prescriptions dans leur ensemble et de leur contribution globale au but poursuivi, qui, dans le cas des mesures TPP, est de protéger la santé publique en persuadant les individus d'arrêter de fumer et en les décourageant de commencer à fumer.[5095]

7.2481. Le Brésil n'est pas convaincu que l'expression "prescriptions spéciales" figurant à l'article 20 se limiterait aux prescriptions spécifiquement applicables aux marques individuelles. L'Accord sur les ADPIC emploie les termes "une marque de fabrique ou de commerce" ou "le titulaire d'une marque de fabrique ou de commerce enregistrée" pour établir des définitions, les droits conférés, les exceptions, la durée de la protection, ainsi que des prescriptions et les conditions de la concession de licences (articles 15 à 21); cependant, cela ne signifie pas que les prescriptions horizontales affectant les marques en général ne relèveraient pas de son champ d'application. L'expression "prescriptions spéciales" figurant à l'article 20 peut donc aussi désigner des prescriptions applicables à un groupe de marques liées, et non seulement à une marque individuelle. Par conséquent, le fait que la mesure en cause est horizontale ne semble pas en lui-même constituer une preuve de violation de l'article 20.[5096]

7.2482. Le Canada répond que le texte de l'article 20 ne nécessite pas que chaque marque affectée ni chaque prescription affectant la marque soient évaluées individuellement pour déterminer si la mesure en cause est "justifiable". En particulier, l'article 20 n'exige pas qu'une mesure qui a une incidence sur une catégorie de marques (par exemple, les marques utilisées sur un groupe de produits spécifié) soit considérée comme "justifiable" uniquement dans le cas où elle a pris en compte les caractéristiques individuelles de chaque marque affectée. Le sens courant du mot "justifiable", dans son contexte, étaye cette interprétation. Cela veut dire que s'il est constaté que la prescription spéciale entrave l'usage d'une catégorie de marques, alors la justification de cette prescription concernerait logiquement toutes les marques qui relèvent de cette catégorie. L'emploi au singulier des termes "une marque" est une convention rédactionnelle, comme celle utilisée à l'article 17 et ne permet pas de penser *ipso facto* que toutes les prescriptions spéciales doivent être justifiées par référence à chaque marque individuelle affectée. En outre, le Canada considère que lorsqu'un plaignant a contesté des "prescriptions spéciales" individuelles au titre de l'article 20, il peut ensuite être approprié pour un groupe spécial de procéder à une analyse séparée de chaque prescription individuelle pour déterminer leur compatibilité avec la disposition. Cependant, lorsqu'un plaignant conteste une mesure constituée de plusieurs prescriptions, un groupe spécial peut ensuite formuler des conclusions quant au "caractère justifiable" de la mesure dans son ensemble, sur la base d'une analyse intégrée de ces prescriptions.[5097]

7.2483. L'Union européenne considère qu'une évaluation du "caractère justifiable" conformément à l'article 20 n'exige pas de procéder à une analyse individuelle, au cas par cas, en particulier dans des situations où, comme en l'espèce, les facteurs ou les préoccupations sous-tendant l'entrave à l'usage des marques sont communs à toutes les marques. Elle trouve des éléments à l'appui de cette affirmation dans le rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)*. Elle poursuit en indiquant que "l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC fait explicitement référence aux "intérêts légitimes du titulaire de la marque". Si même l'article 17 n'exige pas une analyse au cas par cas, alors l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, qui ne contient pas de

[5094] Question n° 18 posée par le Groupe spécial.
[5095] Argentine, réponse en tant que tierce partie à la question n° 18 du Groupe spécial.
[5096] Brésil, communication en tant que tierce partie, paragraphes 36 à 39.
[5097] Canada, réponse en tant que tierce partie à la question n° 18 du Groupe spécial, paragraphes 31 à 33.

référence explicite de ce type aux "intérêts légitimes du titulaire de la marque" l'exige encore moins".[5098]

7.2484. Le Japon croit comprendre que, sur les trois objectifs spécifiques des mesures contenus dans le sous-article 3 2) de la Loi TPP, il apparaît que le premier vise à décourager le tabagisme chez les fumeurs, qu'ils soient ou non parfaitement informés des effets nocifs des produits du tabac, alors qu'il apparaît que les deuxième et troisième objectifs visent à empêcher les consommateurs de méconnaître les risques des produits du tabac pour la santé. Selon lui, cela faciliterait l'analyse de la question de savoir si les mesures sont raisonnablement calibrées pour contribuer à leurs objectifs de politique générale si l'Australie expliquait, pour ce qui est du premier objectif, quel(s) aspect(s) des marques utilisées pour les produits du tabac rend(ent) ces produits attrayants pour les consommateurs, et en quoi les restrictions concernant les autres aspects de la marque sont légitimes; et, en ce qui concerne les deux derniers objectifs, quels aspects des marques conduisent les consommateurs à méconnaître la nocivité des produits.[5099]

7.2485. La Nouvelle-Zélande fait valoir que l'article 20 n'exige pas une évaluation du "caractère justifiable" des prescriptions en matière d'emballage neutre de l'Australie. Il exige en fait que les plaignants démontrent que les mesures de l'Australie imposent une entrave de manière injustifiable. Si les plaignants démontrent l'existence d'éléments *prima facie*, l'Australie est alors tenue de démontrer que ses mesures ne sont pas injustifiables. L'article 20 ne traite pas de l'enregistrement des marques individuelles, mais plutôt des prescriptions spéciales qui sont imposées à l'usage des marques. Si la justification de l'imposition de prescriptions spéciales concernant l'usage d'une marque se rapporte à un groupe de marques en tant que catégorie, rien dans l'article 20 n'oblige à établir une nouvelle justification par référence aux marques individuelles relevant de cette catégorie. La Nouvelle-Zélande note que le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)* a constaté qu'il n'était pas nécessaire que toute exception, prévue par l'article 17, aux droits conférés au titre de l'article 16 "tienne[] compte des intérêts légitimes du titulaire de la marque" sur une base individuelle, et considère que ces conclusions sont également applicables aux présents différends.[5100]

7.2486. Le Nicaragua considère que toute mesure imposant des prescriptions spécifiques visant à restreindre ou à interdire des droits de marque doit être fondée sur une évaluation individualisée de la marque particulière en question afin de déterminer si cette marque, ou tout élément de cette marque, suscite des préoccupations qui justifient la limitation de ce droit de marque.[5101]

7.2487. La Norvège fait valoir que l'avis des plaignants semble, dans une large mesure, reposer sur le fait que les droits de marque, en ce qui concerne l'acquisition, l'enregistrement et le maintien de la marque et les moyens de la faire respecter, sont acquis sur une base individuelle. Elle répond que la raison pour laquelle les marques sont généralement acquises, enregistrées et appliquées individuellement tient à ce qu'elles doivent être propres à distinguer les produits au cours d'opérations commerciales; cela ne constitue toutefois pas une base permettant d'exiger une évaluation individualisée du "caractère justifiable" dans le contexte de l'article 20. Le fait d'employer les termes "une marque" au singulier ne change rien à cela: l'emploi du singulier dans la plupart des dispositions de l'Accord plaide en faveur du fait qu'il s'agit d'un mode de rédaction et non d'un facteur d'interprétation. Le singulier est également employé à l'article 17; à cet égard, le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)* a noté que "rien dans le texte de l'article 17 n'indiqu[ait] qu'une analyse au cas par cas [était] une prescription de l'Accord sur les ADPIC." Compte tenu de cela, la Norvège estime qu'il n'y a, dans l'article 20, aucune base permettant d'exiger une évaluation individualisée du "caractère justifiable" dans les cas où les prescriptions spéciales en cause s'appliquent à un groupe de marques.[5102]

[5098] Union européenne, réponse en tant que tierce partie à la question n° 18 du Groupe spécial (faisant référence au rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)*, paragraphe 7.672).

[5099] Japon, communication en tant que tierce partie, paragraphes 30 à 32.

[5100] Nouvelle-Zélande, réponse en tant que tierce partie à la question n° 18 du Groupe spécial, pages 8 et 9 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis),* paragraphe 7.672).

[5101] Nicaragua, réponse en tant que tierce partie à la question n° 18 du Groupe spécial, page 13.

[5102] Norvège, réponse en tant que tierce partie à la question n° 18 du Groupe spécial, paragraphes 40 à 42 (citant Honduras, première communication écrite, paragraphe 289; et le rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis),* paragraphe 7.672).

7.2488. Singapour est d'avis qu'une évaluation individualisée des marques n'est pas exigée par les termes de l'Accord sur les ADPIC. S'il n'existe aucune prescription de ce type s'agissant de l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC, qui régit les exceptions aux droits conférés par une marque, *a fortiori* une telle prescription ne pourrait pas s'appliquer en ce qui concerne l'usage d'une marque, qui n'est pas un droit conféré au titre de l'Accord sur les ADPIC.[5103]

7.2489. L'Afrique du Sud fait valoir que le caractère justifiable d'une mesure doit être évalué intégralement, dans son ensemble. Différents facteurs peuvent éclairer le caractère justifiable d'une mesure; toutefois la mesure dans son ensemble ainsi que son objectif devraient être examinés dans le cadre d'un processus unique.[5104]

7.2490. La Zambie ne voit aucune justification pour les mesures TPP, compte tenu, entre autres choses, du fait que les mesures ne prennent pas en considération chaque marque individuellement.[5105]

7.2491. Le Zimbabwe fait valoir que l'Australie impose une interdiction concernant les marques sans examiner si des marques individuelles sont une cause d'augmentation des taux de tabagisme ou empêchent les fumeurs actuels de cesser de fumer. À son avis, cela est contraire au principe de l'"indépendance vis-à-vis du produit" reflété à l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC.[5106]

Analyse du Groupe spécial

7.2492. La question dont nous sommes saisis en l'espèce est de savoir si l'article 20 exige que le "caractère injustifiable" de toutes "prescriptions spéciales" imposées concernant l'usage des marques soit évalué, dans tous les cas, en ce qui concerne chaque marque individuelle et ses attributs spécifiques et si, de ce fait, les entraves imposées par les mesures TPP sont en soi "injustifiables", en ce sens qu'elles ne s'accompagnent pas d'une évaluation individuelle de ce type mais s'appliquent en fait à toutes les marques pour les produits du tabac, sans distinction.

7.2493. Conformément aux règles d'interprétation applicables, nous examinons d'abord le texte de l'article 20.[5107] Nous notons que les deux premières phrases de ce texte ne disent rien sur la question de savoir si toute prescription spéciale mentionnée dans ce texte concerne l'usage de marques individuelles ou d'une catégorie de marques, ou l'usage de marques dans des situations particulières. Le texte dispose simplement que ces prescriptions spéciales n'entraveront pas de manière injustifiable l'usage d'"une marque" au cours d'opérations commerciales.

7.2494. Comme il est indiqué plus haut, les parties sont en désaccord sur les incidences de l'utilisation des termes "une marque" au singulier dans la première phrase de l'article 20. Nous convenons avec l'Australie et un certain nombre de tierces parties que l'utilisation de ces termes au singulier est une convention rédactionnelle utilisée dans de nombreuses dispositions de l'Accord sur les ADPIC, et nous ne sommes donc pas convaincus que cet emploi, en tant que tel, implique que le caractère justifiable de toutes prescriptions spéciales doit être évalué en ce qui concerne chaque marque individuelle.[5108]

7.2495. De nombreuses dispositions de l'Accord sur les ADPIC énonçant des droits minimaux et des exceptions admissibles utilisent d'une manière semblable le singulier pour établir le niveau général de protection qui s'applique à tous les objets protégés. Par exemple, le singulier est aussi utilisé dans certaines dispositions qui déterminent la portée des exceptions admissibles concernant les droits accordés aux détenteurs de droits au titre des sections correspondantes de la Partie II de l'Accord: l'article 13, qui est applicable au droit d'auteur, fait référence à "l'œuvre" et au "détenteur du droit"; l'article 17, applicable aux marques, fait référence à "une marque"; et

[5103] Singapour, réponse en tant que tierce partie à la question n° 18 du Groupe spécial, page 11 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)*, paragraphe 7.672).
[5104] Afrique du Sud, réponse en tant que tierce partie à la question n° 18 du Groupe spécial, page 8.
[5105] Zambie, déclaration en tant que tierce partie, paragraphe 13.
[5106] Zimbabwe, communication en tant que tierce partie, paragraphe 35.
[5107] Le texte de l'article 20 est reproduit plus haut au paragraphe 7.2131.
[5108] Nous notons que l'expression "la marque" est aussi au singulier dans la deuxième phrase de l'article 20, qui permet aux Membres d'imposer une prescription exigeant que la marque identifiant l'entreprise produisant les produits ou les services soit utilisée conjointement avec la marque distinguant ces produits ou ces services.

l'article 30, applicable aux brevets, fait référence à "un brevet". Des groupes spéciaux antérieurs ont appliqué ces dispositions à des mesures qui affectaient un éventail d'objets protégés, et non à des œuvres, marques ou brevets individuels, ce qui donne à penser que l'emploi du singulier n'a pas été jugé important pour déterminer la compatibilité de ces mesures nationales avec les dispositions en question. Dans l'affaire *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, le Groupe spécial a constaté que certaines limitations nationales concernant les droits de communiquer des œuvres au public satisfaisaient aux prescriptions de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC et étaient, par conséquent, compatibles avec l'article 11*bis* 1) iii) et 11 1) ii) de la Convention de Berne (1971) tel qu'il a été incorporé dans l'Accord sur les ADPIC par l'article 9:1 de cet accord.[5109] Dans l'affaire *CE – Marques et indications géographiques*, le Groupe spécial a constaté que la réglementation intérieure qui prévoyait un régime de coexistence particulier entre les IG et les marques antérieures était incompatible avec l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC mais justifiée par l'article 17.[5110] Dans l'affaire *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques*, le Groupe spécial a constaté qu'une exception nationale aux droits exclusifs autorisant la production d'inventions brevetées aux fins d'un examen réglementaire satisfaisait aux conditions énoncées à l'article 30 et n'était donc pas incompatible avec l'article 28:1 de l'Accord sur les ADPIC.[5111]

7.2496. Compte tenu de ce qui précède, nous ne voyons rien dans le texte ou dans le contexte immédiat de l'article 20 qui étaye l'assertion des plaignants selon laquelle les prescriptions spéciales qui entravent l'usage des marques pourraient seulement être "justifiables" sur la base d'une évaluation des marques individuelles et de leurs attributs spécifiques.

7.2497. Les plaignants soulignent que les marques sont acquises, enregistrées, maintenues, invalidées et appliquées sur une base individuelle. L'Australie en convient, mais répond qu'il s'agit d'une conséquence liée au fait que les marques doivent être distinctives et qu'il ne s'ensuit pas que toutes les prescriptions spéciales concernant l'usage des marques doivent d'une manière semblable être formulées et justifiées en ce qui concerne chaque marque individuelle.

7.2498. Nous notons que la définition donnée à l'article 15:1 de l'Accord sur les ADPIC de ce qui peut constituer une marque de fabrique ou de commerce, fait référence à tout signe, ou toute combinaison de signes, "propre à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises". Nous convenons avec les plaignants qu'il est dans la nature de la protection des marques que les décisions relatives à leur admissibilité en matière de protection, d'enregistrement et d'invalidation soient prises en ce qui concerne des marques individuelles. Cela est reflété dans l'article 15, ainsi que dans le cadre de l'article 6 et 6*quinquies* de la Convention de Paris (1967). Le respect des droits conférés au titre de l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC exige un examen de la question de savoir si l'usage par un tiers d'un signe identique ou similaire à une marque enregistrée est susceptible de créer une confusion. Cette évaluation, de par sa nature même, implique de comparer le signe du tiers et la marque enregistrée en question. Toutefois, selon nous, il ne s'ensuit pas qu'il serait toujours nécessaire de formuler et d'évaluer des prescriptions spéciales au titre de l'article 20 en ce qui concerne des marques individuelles, en particulier parce que ces prescriptions régissent l'usage des marques et n'ont aucune influence sur leur admissibilité à l'enregistrement ni sur les décisions spécifiques d'enregistrer ou non une marque individuelle. De même, nous ne voyons aucune base permettant de transposer les règles concernant l'*enregistrement ou l'invalidation* de marques individuelles qui sont applicables dans les situations visées par l'article 6*quinquies* à l'interprétation de l'article 20, qui ne concerne pas l'enregistrement ou l'invalidation des marques mais leur usage.[5112]

[5109] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, paragraphe 7.1 a).

[5110] Rapports des Groupes spéciaux *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.686; et *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)*, paragraphe 7.688.

[5111] Rapport du Groupe spécial *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques*, paragraphe 7.84.

[5112] Par référence aux sections B et C de l'article 6*quinquies* de la Convention de Paris (1967), la République dominicaine fait valoir que, si un Membre n'a pas invalidé une marque spécifique au motif qu'elle était propre à induire en erreur ou par ailleurs contraire à la morale, il ne peut pas, en vertu de l'article 20, refuser l'usage de la marque en raison de ses attributs, à moins de considérer également cette marque sur la base des circonstances qui lui sont propres. République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 214 à 223. Comme l'Organe d'appel l'a expliqué, "l'article 6*quinquies* A 1) prévoit un autre moyen pour obtenir la protection de cette marque dans les autres pays de l'Union de Paris". Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 134. La section B de l'article 6*quinquies* dispose que les marques, visées par cet article, ne pourront être refusées à

7.2499. Toutes les prescriptions spéciales concernant l'*usage* des marques devraient en fait être examinées au regard des termes de l'article 20. Comme nous l'avons déjà noté, l'obligation au titre de l'article 20 est que ces prescriptions ne seront pas imposées "de manière injustifiable". Ce texte ne dit rien sur la question de savoir si ces prescriptions concernent l'usage de marques individuelles, d'une catégorie de marques, ou l'usage de marques dans des situations particulières. Nous ne voyons aucune raison de supposer que les Membres de l'OMC pourraient ne pas choisir de traiter l'usage de marques d'une manière générale, dans les limites de l'article 20 et d'autres dispositions pertinentes de l'Accord sur les ADPIC.

7.2500. La République dominicaine et l'Australie citent toutes deux le rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)* à l'appui de leurs positions respectives. Le passage pertinent est ainsi libellé:

> Le Groupe spécial observe que l'article 7, paragraphe 4, et l'article 14, paragraphe 3, du Règlement exigent bien une analyse au cas par cas au moment de prendre une décision sur l'enregistrement d'une IG et que, même s'ils n'exigent pas une telle analyse au moment de l'usage subséquent, rien dans le texte de l'article 17 n'indique qu'une analyse au cas par cas est une prescription de l'Accord sur les ADPIC.[5113]

7.2501. Comme il est indiqué plus haut, l'Australie considère que la conclusion du Groupe spécial s'applique *a fortiori* à l'interprétation de l'article 20. Pour la République dominicaine, cela implique que, au titre de l'article 20, une évaluation individuelle n'est pas toujours requise mais peut l'être selon les circonstances. Pendant les procédures, le Honduras a précisé qu'il ne considérait pas que l'article 17 exigeait nécessairement qu'une mesure se rapporte à des marques individuelles; en fait, ce qui importe c'est que la portée de l'exception soit "limitée[]"; selon lui, cela étaye son argument selon lequel au titre de l'article 20 les entraves doivent avoir un caractère "limité[]".

7.2502. Nous notons que, dans la discussion qui précède le paragraphe cité plus haut, le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)* a expliqué de quelle manière les intérêts légitimes du titulaire d'une marque antérieure étaient pris en compte lorsqu'une IG ultérieure était enregistrée au titre du Règlement des CE pertinent. Le même Groupe spécial a estimé que l'article 17 n'exigeait pas une analyse au cas par cas en ce qui concerne les exceptions aux droits conférés au titre de l'article 16, et que le nombre de marques ou de titulaires de marques affectés par une exception n'était pas déterminant pour examiner si une exception était "limitée[]" aux fins de l'article 17.[5114] Cette interprétation est compatible avec des interprétations antérieures concernant les clauses relatives à des exceptions générales semblables figurant aux articles 13 et 30.[5115]

7.2503. Nous notons que, dans des décisions antérieures concernant l'article 17[5116], le terme "limitées" n'a pas été interprété comme exigeant que les exceptions aux droits conférés soient appliquées en ce qui concerne des marques individuelles. Le fait que le terme "limitées" figurant à l'article 17 n'implique pas que les Membres soient nécessairement tenus de formuler les exceptions

---

l'enregistrement ou invalidées que dans certains cas, y compris lorsqu'elles sont contraires à la morale ou à l'ordre public et notamment de nature à tromper le public. Comme nous l'avons noté, il est dans la nature de la protection des marques que les décisions en matière d'enregistrement ou d'invalidation soient prises en ce qui concerne une marque particulière, y compris dans des situations visées par l'article 6*quinquies*. Le Honduras observe que, au titre de l'article 6*quinquies* de la Convention de Paris, les Membres sont tenus d'enregistrer et de protéger les marques "*telle[s] quelle[s]*" dans certaines circonstances. Il fait valoir que cela inclut la capacité de *faire usage* d'une marque et que les écarts par rapport à la règle "*telle quelle*" en ce qui concerne l'usage dépendront donc du caractère individuel de chaque marque particulière. Voir plus haut le paragraphe 7.2447. Dans la section 7.3 plus haut, nous avons constaté que la règle "*telle quelle*" prévue à l'article 6*quinquies* ne concernait pas la capacité de faire usage d'une marque. Par conséquent, il ne découle pas non plus de l'article 6*quinquies* que, au titre de l'article 20, la question de savoir si des prescriptions spéciales concernant l'usage ont été imposées "de manière injustifiable" doit nécessairement être évaluée en ce qui concerne chaque marque individuelle.

[5113] Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)*, paragraphe 7.672.

[5114] Voir le rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)*, paragraphes 7.650 et 7.654.

[5115] Voir les rapports des Groupes spéciaux *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur* (s'agissant de l'article 13); et *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques* (s'agissant de l'article 30).

[5116] Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphes 7.644 à 7.686.

aux droits conférés en ce qui concerne des marques individuelles étaye le point de vue selon lequel, d'une manière semblable, les Membres ne sont pas nécessairement tenus de formuler une quelconque prescription spéciale au titre de l'article 20 en ce qui concerne des marques individuelles. Nous notons en outre que le terme "limitées" est employé à l'article 17 pour qualifier les exceptions admissibles concernant les droits conférés au titre de l'article 16, alors que l'expression distincte "de manière injustifiable" est employée à l'article 20 pour qualifier les prescriptions spéciales qui peuvent être imposées à l'usage de marques.

7.2504. Ce point de vue est également compatible avec notre interprétation selon laquelle l'article 20 reflète l'équilibre voulu par les rédacteurs de l'Accord sur les ADPIC entre l'existence d'un intérêt légitime des titulaires de marques à faire usage de leurs marques sur le marché et le droit des Membres de l'OMC d'adopter des mesures pour la protection de certains intérêts sociétaux qui peuvent avoir des effets défavorables sur cet usage[5117], y compris pour des raisons de santé publique.

7.2505. Compte tenu de ce qui précède, nous constatons que l'article 20 n'exige pas que le caractère injustifiable des prescriptions spéciales au titre de cet article soit évalué par un Membre dans tous les cas en ce qui concerne des marques individuelles et leurs attributs spécifiques. La mesure dans laquelle une évaluation du caractère injustifiable d'entraves spécifiques exigera une évaluation sur la base des marques individuelles et de leurs attributs spécifiques dépendra des circonstances de l'affaire. En particulier, lorsqu'un Membre applique de telles prescriptions à une catégorie de marques ou à certains types spécifiques de situations plutôt qu'aux attributs spécifiques de marques particulières, il peut être nécessaire d'axer l'évaluation du caractère injustifiable de ces prescriptions sur leur raison d'être globale, telle qu'elle se rapporte à la raison pour laquelle ces prescriptions ont été adoptées.

7.2506. Cette interprétation est confirmée, selon nous, par l'historique de la négociation de l'article 20, qui donne une indication des types de mesures que l'article 20 était censé traiter. Les deux premiers exemples figurant sur la liste exemplative, à savoir "l'usage simultané d'une autre marque" et "l'usage sous une forme spéciale" apparaissaient déjà dans les premières propositions des parties contractantes du GATT.[5118] L'une de ces propositions incluait des exemples de politiques pertinentes appliquées par un certain nombre de pays à ce moment-là, à savoir la prescription imposant que le nom générique apparaisse conjointement au nom de la marque sur un médicament et l'usage d'une marque étrangère conjointement avec une marque nationale.[5119] Ces deux pratiques concernent des politiques appliquées à des catégories entières de marques.

7.2507. Dans les circonstances de la présente affaire, nous notons l'explication de l'Australie selon laquelle la suppression des polices de caractères stylisées, logos, emblèmes et autres images de marque pour les marques apparaissant sur l'emballage et les produits du tabac est censée empêcher l'utilisation de ces images pour communiquer des messages spécifiques à des groupes démographiques ciblés ou pour exprimer toute association positive. L'Australie explique en outre que les mesures TPP ne sont pas liées aux attributs spécifiques de marques particulières; en fait, elles reposent sur l'hypothèse que l'obligation d'une apparence normalisée et neutre imposée aux emballages et aux produits du tabac est censée minimiser la capacité des emballages et des produits du tabac d'augmenter l'attrait des produits du tabac, de réduire l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites ou d'induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs de la consommation de tabac. Nous considérons que cette approche n'est pas en soi injustifiable. En fait, comme il est indiqué plus haut, dans la mesure où les prescriptions en cause se rapportent à toute une catégorie de marques ou de signes, la meilleure façon d'aborder une évaluation de leur caractère injustifiable est d'évaluer la mesure dans laquelle cela est étayé par les raisons pour lesquelles ces prescriptions ont été adoptées. Nous examinerons donc plus avant si tel est le cas en ce qui concerne les mesures TPP dans le cadre de notre analyse figurant plus loin dans la section 7.3.5.5.3.4.

[5117] Voir plus haut le paragraphe 7.2429.

[5118] Voir, par exemple, les suggestions présentées par les États-Unis, la Suisse et l'Inde figurant dans les documents du GATT MTN.GNG/NG11/W/14/Rev.1, page 5; MTN.GNG/NG11/W/73, article 217; et MTN.GNG/NG11/W/37, paragraphe 42 iv), respectivement.

[5119] Proposition présentée par l'Inde figurant dans le document du GATT MTN.GNG/NG11/W/37, paragraphe 42 iv).

7.2508. Compte tenu de ce qui précède, nous constatons que les plaignants n'ont pas démontré que les prescriptions relatives à la marque des mesures TPP étaient en soi incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 20 au motif qu'elles ne prévoyaient pas une évaluation individuelle des marques et de leurs attributs spécifiques.

7.3.5.5.2.3 Respect des procédures réglementaires internes

Principaux arguments des parties

7.2509. L'Indonésie fait valoir que les mesures TPP entravent de manière injustifiable l'usage de marques au cours d'opérations commerciales parce que l'Australie n'avait pas suivi son propre processus pour adopter l'emballage neutre. Plus spécifiquement, elle affirme que l'une des définitions du terme "justified" (justifié) est "to show sufficient lawful reason for an act done" (exposer une raison légale suffisante pour un acte accompli). Elle ajoute que la définition du terme "lawful" (légal) est "being in harmony with the law" (être conforme à la loi).[5120] Elle allègue que l'Australie n'a pas suivi ses procédures réglementaires établies au cours de l'adoption de ses mesures TPP. Ce processus réglementaire était conçu pour déterminer, entre autres choses, si le Règlement TPP proposé était "justifié". L'Indonésie allègue que l'Australie a dû contourner son processus réglementaire parce que les pouvoirs publics n'avaient pas pu convaincre leur propre OBPR que les mesures TPP étaient justifiées. En contournant ce processus, l'Australie n'a pas élaboré la justification même qui était exigée par l'article 20 pour les entraves concernant les marques de tabac imposées par ses mesures TPP.[5121]

7.2510. L'Australie répond qu'elle a respecté pleinement ses propres processus administratifs et législatifs internes dans l'élaboration des mesures TPP. Elle ajoute que, en tout état de cause, il n'est pas juridiquement pertinent pour l'interprétation et l'application de l'article 20 de savoir si l'Australie a respecté ou non ses propres processus internes. À son avis, l'évaluation du point de savoir si des prescriptions spéciales imposées à l'usage d'une marque sont "injustifiables" dépend de la raison d'être objective de ces prescriptions spéciales, et non d'une quelconque question de respect du droit interne.[5122]

Analyse du Groupe spécial

7.2511. Plus haut, dans la section 7.3.5.5.1.3, nous avons établi le critère d'examen pour évaluer si des prescriptions spéciales entravaient "de manière injustifiable" l'usage d'une marque au sens de l'article 20. Nous n'excluons pas la possibilité que la manière dont une mesure a été élaborée et adoptée puisse éclairer l'évaluation du caractère injustifiable de "prescriptions spéciales" spécifiques au regard de ce critère. Toutefois, à notre avis, l'article 20 n'impose aucune obligation indépendante spécifique aux Membres quant à la manière dont ils devraient concevoir leurs procédures législatives internes ou la manière dont ces procédures devraient fonctionner. Le respect par un Membre de ses propres procédures réglementaires internes ne détermine pas, en soi, s'il s'est conformé à ses obligations au titre de l'article 20.

7.2512. Nous ne jugeons donc pas nécessaire d'examiner plus avant les arguments de l'Indonésie selon lesquels le non-respect par l'Australie, d'après les allégations, de ses propres procédures réglementaires internes dans le processus ayant abouti à l'adoption des mesures TPP rendrait, en lui-même et à lui seul, ces mesures incompatibles avec l'article 20.

[5120] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 295 (faisant référence au Merriam-Webster en ligne, definition de "lawful", <https://www.merriam-webster.com>, adresse consultée le 29 septembre 2014).

[5121] Indonésie, première communication écrite, paragraphes 295 à 302 (faisant référence au rapport Howell (pièce UKR-4)).

[5122] Australie, première communication écrite, paragraphe 423 et partie II.G.1. Dans la note de bas de page 603 de sa première communication écrite, l'Australie explique que le processus australien d'analyse de l'impact réglementaire permet également d'effectuer un examen après mise en œuvre (PIR) dans les circonstances où, pour une raison ou pour une autre, un exposé d'impact réglementaire (RIS) n'a pas été achevé en ce qui concerne une proposition de règlement, et doit commencer dans un délai d'un an ou deux à compter de la mise en œuvre. Le PIR est un processus semblable à celui d'un RIS. L'Australie ajoute que, conformément aux meilleures pratiques réglementaires australiennes, le processus du PIR pour les mesures TPP a commencé le 1er décembre 2014. Elle indique que "[p]ar conséquent, l'Indonésie a tout simplement tort lorsqu'elle fait valoir que l'adoption de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac n'était pas "légale" ou "conforme à la loi"".

7.2513. Nous notons que, plus haut, dans la section 2.1.2.9, nous avons décrit le processus australien d'analyse de l'impact réglementaire et la manière dont les pouvoirs publics australiens l'ont effectué en relation avec les mesures TPP, y compris en menant à bien un PIR concernant l'emballage neutre du tabac en février 2016.

7.3.5.5.2.4 Question de savoir si les entraves relevant des exemples énumérés dans la première phrase de l'article 20 sont présumées être "injustifiable[s]"

Principaux arguments des parties

7.2514. Cuba fait valoir dans sa première communication écrite que les restrictions concernant les marques prévues dans les mesures TPP relèvent de la liste exemplative de mesures figurant dans la première phrase de l'article 20 et, par conséquent, sont "présumées non valables".[5123] En d'autres termes, cette phrase énumère des mesures qui doivent être présumées enfreindre l'article 20. De l'avis de Cuba, cela est suggéré par l'utilisation de l'expression "telles que" immédiatement après l'expression "entravé de manière injustifiable par des prescriptions spéciales" et une virgule. L'énumération qui suit la virgule est une liste de prescriptions spéciales qui comportent des entraves injustifiables.[5124]

7.2515. Cuba fait valoir que cette position est étayée par le texte de l'article 20, le contexte et l'historique de la rédaction.[5125] En particulier, elle fait valoir que, comme la seconde phrase de l'article 20 dispose qu'un sous-ensemble des mesures énumérées est admissible, l'inférence appropriée est que la première phrase dispose que les mesures énumérées sont inadmissibles.[5126] À son avis, l'historique de la rédaction indique que chacune des mesures énumérées dans la première phrase a fait l'objet de demandes d'interdiction de la part de participants aux négociations du Cycle d'Uruguay indépendamment de la question de savoir si elles pouvaient satisfaire ou non à un critère du caractère justifiable; l'inclusion finale de la liste dans la première phrase donne à penser que les négociateurs ont pu parvenir à un consensus sur le fait que cet ensemble de mesures devrait être interdit, ou au moins être présumé interdit.[5127]

7.2516. Compte tenu de cela, Cuba indique qu'"une fois qu'une mesure relève de la liste exemplative, alors elle est présumée injustifiable. En d'autres termes, à moins que le groupe spécial chargé d'une affaire ait toute confiance que la mesure atteint un objectif légitime d'une manière proportionnée, il doit décider qu'elle enfreint l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC."[5128]

7.2517. L'Australie répond que "[l]es trois exemples fournis dans la première phrase de l'article 20 sont simplement des illustrations de ce qui pourrait constituer des "prescriptions spéciales", et non des illustrations de prescriptions spéciales qui sont injustifiables ou "présumées injustifiables". Cela ressort clairement de la place de ces trois exemples immédiatement après l'expression "prescriptions spéciales", introduits par les termes "telles que"."[5129]

7.2518. Avant sa première réunion avec les parties, le Groupe spécial a demandé à tous les plaignants de préciser s'ils considéraient que les situations introduites par les termes "telles que" à l'article 20 constituaient des "prescriptions spéciales concernant l'usage", ou des "entraves" ou des "entraves injustifiables".[5130]

7.2519. Le Honduras répond qu'il considère que les trois situations introduites par les termes "telles que" à l'article 20 sont des exemples de "prescriptions spéciales", ce qui ressort clairement du fait que ces trois situations suivent immédiatement les termes "such as" (telles que), dont le sens ordinaire est "of a kind or character to be indicated or suggested" (d'un genre ou caractère devant être indiqué ou suggéré). À son avis, le texte, le contexte et l'historique de la négociation

[5123] Cuba, première communication écrite, paragraphes 323 à 325.
[5124] Cuba, première communication écrite, paragraphe 326.
[5125] Cuba, première communication écrite, paragraphes 328 à 330.
[5126] Cuba, première communication écrite, paragraphe 329.
[5127] Cuba, première communication écrite, paragraphe 330.
[5128] Cuba, première communication écrite, paragraphe 331.
[5129] Australie, première communication écrite, paragraphe 422.
[5130] Question n° 39 du Groupe spécial.

de l'article 20 ne suggèrent pas qu'une "prescription spéciale" est par définition "injustifiable" au sens de cette disposition.[5131]

7.2520. La République dominicaine considère de même que la liste exemplative qui suit l'expression "telles que" ne donne pas des exemples de mesures qui comportent nécessairement des entraves injustifiables. Elle fait valoir, entre autres choses, que bien qu'il y ait une certaine ambiguïté dans les versions anglaise et espagnole du texte, le texte français suggère que les trois exemples visent des "prescriptions spéciales": la version française indique que les exemples sont des "prescriptions spéciales", car l'expression "*telles que*" (ou "*such as*") est écrite au pluriel et s'accorde avec l'expression "*prescriptions spéciales*" (ou "*special requirements*").[5132]

7.2521. L'Indonésie croit comprendre que la liste exemplative de prescriptions spéciales donne des exemples de mesures qui "entravent l'usage au cours d'opérations commerciales".[5133]

7.2522. Cuba "renvoie le Groupe spécial à la réponse donnée par le Honduras, à laquelle Cuba souscrit dans la mesure où elle considère que les exemples introduits par les termes "telles que" sont des exemples de prescriptions spéciales qui entravent l'usage de marques".[5134]

Principaux arguments des tierces parties

7.2523. Le Canada estime que les exemples énumérés ne sont pas des exemples de prescriptions spéciales "injustifiables" qui entravent l'usage d'une marque; en fait, l'obligation établit que les prescriptions énumérées, comme d'autres prescriptions semblables, ne doivent pas peser "de manière injustifiable" sur l'usage d'une marque. Les prescriptions qui entravent "de manière justifiable" la manière dont une marque peut être utilisée n'enfreignent pas l'article 20.[5135] Cette interprétation est étayée par le texte français.[5136] Elle est étayée en outre par l'historique de la négociation: l'expression "de manière injustifiable" a été insérée dans le texte (initialement entre crochets) après qu'un consensus général avait été obtenu sur la liste de "prescriptions spéciales" devant être incluses. De l'avis du Canada, cela démontre que les prescriptions figurant dans la liste n'étaient pas considérées comme étant "injustifiables", et que l'expression a été incluse pour ménager aux Membres la possibilité de justifier toute mesure potentiellement constitutive d'une infraction.[5137]

7.2524. Singapour analyse les arguments de Cuba concernant le texte de l'article 20, le contexte et l'historique de la rédaction.[5138] En particulier, elle fait valoir qu'il serait erroné d'inférer du fait que la seconde phrase de l'article 20 mentionne des prescriptions qui sont admissibles que les trois exemples énumérés dans la première phrase sont donc présumés injustifiés. De fait, on peut seulement dire de façon absolue qu'une justification n'est pas requise en ce qui concerne une mesure relevant de la seconde phrase de l'article 20.[5139] Dans ses observations au sujet de l'historique de la négociation, Singapour note que le résultat final de l'article 20 était un compromis entre des pays qui ont demandé l'interdiction de certaines mesures indépendamment de la question de savoir si elles pouvaient satisfaire ou non à un critère du caractère justifiable, ceux qui ont souhaité que la question de l'usage des marques relève de la législation nationale et d'autres qui ont proposé d'interdire certaines prescriptions spéciales à moins qu'elles ne soient pas injustifiables.[5140] Singapour estime que, à la lumière de l'historique de la négociation, l'interprétation qui reflète le mieux l'intention des rédacteurs est celle où les exemples énumérés dans la première phrase de l'article 20 sont des entraves qui ne sont pas autorisées si elles sont

[5131] Honduras, réponse à la question n° 39 du Groupe spécial, page 17.
[5132] République dominicaine, réponse à la question n° 39 du Groupe spécial, paragraphes 156, 157 et 164.
[5133] Indonésie, réponse à la question n° 39 du Groupe spécial, paragraphe 44.
[5134] Cuba, réponse à la question n° 39 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial).
[5135] Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphe 69.
[5136] Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphes 71 et 72.
[5137] Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphe 73.
[5138] Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphes 39 à 42.
[5139] Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphe 40.
[5140] Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphe 41.

injustifiables, alors que l'exemple figurant dans la seconde phrase de l'article 20 est permis parce qu'il est réputé justifiable.[5141]

Analyse du Groupe spécial

7.2525. Comme il a été indiqué précédemment, l'expression "telles que" est placée immédiatement après l'expression "prescriptions spéciales", ce qui indique que l'énumération qui suit donne des exemples de "prescriptions spéciales". Comme la République dominicaine et le Canada l'ont tous deux noté, dans la version française, l'expression "*telles que*" au pluriel fait référence à l'expression "*des prescriptions spéciales*".[5142]

7.2526. Nous constatons donc que les situations indiquées dans cette liste sont des illustrations de prescriptions spéciales, et non des exemples d'entraves qui sont présumées "injustifiables". Les prescriptions spéciales relevant de l'un des trois exemples sont donc assujetties à la même obligation que d'autres prescriptions spéciales, à savoir qu'elles n'entraveront pas de manière injustifiable l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales.

7.2527. Cette interprétation est confirmée, à notre avis, par l'historique de la négociation de l'article 20.[5143] Les projets de texte présentés pendant la première moitié de 1990 relevaient de trois catégories: ils auraient soit interdit les prescriptions spéciales qui entravent l'usage de marques, soit autorisé ces prescriptions à condition que cet usage ne soit pas entravé "de manière injustifiable", soit prévoyaient que la réglementation de toutes conditions relatives à l'usage de marques relève entièrement de la réglementation intérieure.[5144] Ces projets de textes ont formé la base des projets ultérieurs.[5145] Les négociateurs se sont finalement entendus sur la deuxième formulation qui interdit uniquement les prescriptions spéciales qui entravent "de manière injustifiable" l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales.[5146]

7.2528. Compte tenu de ce qui précède, et de notre constatation antérieure figurant au paragraphe 7.2526, nous ne jugeons pas nécessaire d'examiner plus avant, aux fins de traiter l'allégation de violation en soi formulée par Cuba, si les prescriptions spéciales qui font partie des mesures TPP relèvent de la liste exemplative figurant dans la première phrase de l'article 20.

[5141] Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphe 42.

[5142] Dans le texte français, la première phrase de l'article 20 se lit comme suit: "L'usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales ne sera pas entravé de manière injustifiable par des prescriptions spéciales, telles que l'usage simultané d'une autre marque, l'usage sous une forme spéciale, ou l'usage d'une manière qui nuise à sa capacité de distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises." Le libellé espagnol est "como por ejemplo".

[5143] Nous notons que Cuba et le Honduras, ainsi que le Canada et Singapour, analysent l'historique de la négociation de l'article 20 pour éclairer le rôle des trois exemples. Tandis que Cuba explique que chacune des mesures énumérées dans la première phrase de l'article 20 a été examinée par les négociateurs, Singapour indique que le résultat final était un compromis entre trois catégories de propositions des Parties Contractantes du GATT de 1994.

[5144] Propositions des Communautés européennes, des États-Unis, de la Suisse et du Japon, et d'un groupe de 12 pays, à savoir l'Argentine, le Brésil, le Chili, de Chine, la Colombie, Cuba, l'Égypte, l'Inde, le Nigéria, le Pérou, la Tanzanie et l'Uruguay, distribuées dans les documents du GATT MTN.GNG/NG11/W/68 (Communautés européennes), MTN.GNG/NG11/W/70 (États-Unis), MTN.GNG/NG11/W/73 (Suisse), MTN.GNG/NG11/W/74 (Japon) et MTN.GNG/NG11/W/71 (Argentine, Brésil, Chili, Chine, Colombie, Cuba, Égypte, Inde, Nigéria, Pérou, Tanzanie et Uruguay). Les propositions relatives aux prescriptions spéciales présentées aux stades antérieurs des négociations figurent dans les documents du GATT MTN.GNG/NG11/W/14 et MTN.GNG/NG11/W/14/Rev.1 (États-Unis), MTN.GNG/NG11/W/35 (Australie), MTN.GNG/NG11/W/37 (Inde), MTN.GNG/NG11/W/38 et MTN.GNG/NG11/W/38/Add.1 (Suisse), MTN.GNG/NG11/W/47 (Canada) et MTN.GNG/NG11/W/51 (Hong Kong).

[5145] Documents du GATT MTN.GNG/NG11/W/76 et MTN.TNC/W/35/Rev.1.

[5146] Voir la page 68 du Projet d'acte final de décembre 1991 reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales de l'Uruguay Round, document du GATT MTN.TNC/W/FA, connu sous le nom de "Projet Dunkel". Il n'y a pas eu d'autres modifications du texte de l'article 20 avant l'adoption de l'Accord sur les ADPIC dans le cadre des résultats du Cycle d'Uruguay.

7.3.5.5.3 Application des mesures TPP

7.3.5.5.3.1 Introduction

7.2529. Nous rappelons la constatation que nous avons formulée au paragraphe 7.2430 selon laquelle une détermination du point de savoir si l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales est entravé "de manière injustifiable" par des prescriptions spéciales devrait comporter un examen des facteurs suivants:

a. la nature et l'étendue de l'entrave résultant des prescriptions spéciales, en gardant à l'esprit l'intérêt légitime du titulaire de la marque à faire usage de sa marque au cours d'opérations commerciales et ainsi à permettre à la marque de remplir la fonction à laquelle elle est destinée;

b. les raisons pour lesquelles les prescriptions spéciales sont appliquées, y compris tous les intérêts sociétaux qu'elles sont censées sauvegarder; et

c. le point de savoir si ces raisons étayent suffisamment l'entrave en résultant.

7.2530. Nous avons également noté que la manière dont les différents intérêts en cause devraient être "soupesés et mis en balance" afin de parvenir à une conclusion sur le point de savoir s'il devrait être constaté qu'une entrave était "injustifiable" devait être déterminée au cas par cas, à la lumière des circonstances propres à l'affaire.

7.2531. Nous examinons d'abord la nature et l'étendue des entraves résultant des prescriptions relatives à la marque des mesures TPP, et ensuite les raisons pour lesquelles ces prescriptions spéciales sont appliquées. Nous examinerons ensuite si ces raisons étayent suffisamment les entraves en résultant, compte tenu de la manière dont les prescriptions spéciales se rapportent aux raisons pour lesquelles elles sont appliquées, y compris le point de savoir si elles peuvent contribuer et contribuent effectivement aux intérêts sociétaux qu'elles sont censées sauvegarder. Dans ce contexte, nous soupèserons et mettrons en balance les différents intérêts en cause pour parvenir à une conclusion sur le point de savoir s'il devrait être constaté que les entraves résultant des mesures TPP entravent "de manière injustifiable" l'usage de marques au cours d'opérations commerciales.

7.3.5.5.3.2 Nature et étendue des entraves résultant des mesures TPP

7.2532. Comme il est indiqué plus haut, nous passons maintenant à la question de savoir si les prescriptions spéciales relatives à la marque des mesures TPP entravent "de manière injustifiable" l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales. Nous examinons d'abord la nature et l'étendue des entraves à l'usage de marques résultant de ces prescriptions.

7.2533. Nous rappelons la constatation que nous avons formulée plus haut selon laquelle l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC prévoit le droit du titulaire d'une marque enregistrée d'empêcher certaines activités par les tiers non autorisés dans les conditions énoncées dans la première phrase de l'article 16:1.[5147] De plus, les Membres se sont engagés, au titre de l'article 20, à ne pas entraver de manière injustifiable par des prescriptions spéciales l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales. Plus haut, au paragraphe 7.2286, nous avons constaté que l'"usage" pertinent aux fins de l'article 20 ne se limitait pas à l'usage d'une marque dans le but spécifique de distinguer les produits et les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises. Ci-après, nous examinons les implications de ces contraintes sur le marché, à la fois sur la capacité d'une marque de distinguer des produits et des services au cours d'opérations commerciales et sur la capacité du titulaire d'une marque d'extraire une valeur économique de l'usage de sa marque.

7.2534. À ce stade, notre analyse est axée sur la nature et l'étendue des entraves à l'usage d'une marque sur le marché, pour nous permettre de bien soupeser l'incidence de ces contraintes au regard des raisons pour lesquelles les prescriptions spéciales sont appliquées, et d'examiner si ces raisons étayent suffisamment les entraves en résultant.

[5147] Paragraphe 7.1978 plus haut.

Principaux arguments des parties[5148]

7.2535. Le Honduras fait valoir que "[l]es marques sont un élément essentiel de la vie commerciale. Il est impossible d'imaginer une économie sophistiquée qui ne se caractérise pas par l'usage systématique de marques par des agents commerciaux."[5149] Il ajoute que l'usage d'une marque constitue une partie essentielle des droits et obligations juridiques prévus aux articles 15 à 21, ainsi que des politiques et des normes sous-tendant ces droits et obligations juridiques. D'un point de vue commercial, un commerçant consacrera du temps et des ressources financières à la création d'une marque uniquement s'il peut ensuite faire usage de la marque et tirer des bénéfices de cet usage.[5150] De même, d'un point de vue juridique, la notion d'"usage" est omniprésente dans le cadre juridique des ADPIC régissant les marques.[5151]

7.2536. Le Honduras ajoute que "la fonction essentielle des marques – à savoir distinguer les produits et les services du titulaire de la marque – ainsi que la protection des marques au titre de l'Accord sur les ADPIC dépendent de l'usage effectif de la marque au cours d'opérations commerciales".[5152] Il ajoute que l'origine, la qualité et d'autres caractéristiques sont au cœur de la fonction distinctive que toute marque remplit sur le marché.[5153]

7.2537. La République dominicaine fait valoir que, dans une économie de marché, la concurrence exige qu'il y ait des différences perceptibles entre des produits et services concurrents, telles que des différences de prix, de qualité et de disponibilité. Pour les biens de consommation, l'identification de la marque joue un rôle essentiel pour promouvoir une différence sur le marché. Les consommateurs sont habituellement disposés à payer un surprix pour cette garantie de la qualité, des caractéristiques et de la réputation du produit.[5154] En distinguant des produits et des services sur le marché, et en indiquant une qualité, des caractéristiques et une réputation aux consommateurs, les marques créent des possibilités de concurrence intéressantes pour les producteurs et les pays exportateurs.[5155] La République dominicaine soutient qu'elle ne peut pas accepter les efforts de l'Australie en vue d'empêcher ses producteurs de continuer à lutter avec la concurrence en faisant usage de marques et d'IG pour indiquer la qualité, les caractéristiques et la réputation supérieures de leurs produits.[5156]

7.2538. La République dominicaine ajoute que la différenciation par les marques ouvre des possibilités de concurrence en facilitant le développement de la fidélité des consommateurs, et de ce fait en maintenant la part de marché et en soutenant les surprix.[5157] Les dispositions de l'Accord sur les ADPIC concernant les marques favorisent les possibilités de concurrence en exigeant des Membres qu'ils protègent la capacité des fournisseurs de produits et de services de distinguer leurs produits de ceux d'autres fournisseurs.[5158] Afin de remplir la fonction qui consiste à distinguer des produits ou des services, un signe doit être utilisé en relation avec ces produits ou services.[5159] S'il n'est pas possible de faire usage de marques dans le commerce, les avantages qui justifient la protection internationale des marques disparaissent.[5160] L'article 20, en particulier, joue un rôle clé dans l'Accord sur les ADPIC, en tant qu'élément crucial du régime des marques dans son

[5148] Les parties n'ont pas fourni d'arguments portant spécifiquement sur la "nature et l'étendue" de l'entrave à l'usage d'une marque, sous le titre exact utilisé dans cette section, qui correspond au critère pour déterminer si l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales est entravé "de manière injustifiable" par des prescriptions spéciales que nous avons clarifié plus haut. Néanmoins, elles ont analysé de manière approfondie les incidences des prescriptions relatives à la marque des mesures TPP sur l'usage de marques au cours d'opérations commerciales. Nous notons aussi que certains des arguments échangés sur cette question recoupent leur analyse du caractère restrictif pour le commerce des mesures TPP au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC.

[5149] Honduras, première communication écrite, paragraphe 143.

[5150] Honduras, première communication écrite, paragraphes 166 et 167.

[5151] Honduras, première communication écrite, paragraphe 168. Nous avons examiné les arguments connexes concernant l'interprétation juridique des dispositions pertinentes de l'Accord sur les ADPIC dans le contexte de ces dispositions particulières.

[5152] Honduras, première communication écrite, paragraphe 272.

[5153] Honduras, réponse à la question n° 167 du Groupe spécial, page 21.

[5154] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 10 à 12.

[5155] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 16.

[5156] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 22.

[5157] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 209.

[5158] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 220.

[5159] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 225.

[5160] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 243.

ensemble, en visant à faire en sorte que, en principe tout au moins, les marques puissent remplir leur fonction fondamentale qui consiste à distinguer des produits ou des services par l'usage dans le commerce.[5161] Les mesures TPP imposent une entrave importante, par des prescriptions spéciales, sur les marques dénominatives, les marques composées et les marques figuratives.[5162]

7.2539. Cuba souligne "le rôle essentiel que jouent les marques dans toute économie, développée ou en développement, capitaliste ou socialiste, pour permettre aux consommateurs de faire des choix éclairés lorsqu'ils achètent des produits ou des services et pour créer des incitations poussant les fournisseurs à investir dans la qualité". En suscitant de l'incertitude chez le consommateur, les mesures TPP réduisent la volonté de ces derniers de récompenser les investissements de la branche de production cubaine dans la qualité en payant un surprix pour les produits cubains.[5163]

7.2540. L'Indonésie fait valoir que, comme la définition de l'expression "marque de fabrique ou de commerce" figurant à l'article 15:1 de l'Accord sur les ADPIC l'indique, la fonction principale d'une marque est de différencier les produits et les services d'une société de ceux d'une autre société. La fonction distinctive des marques permet aux clients d'identifier rapidement des produits et la qualité qui leur est associée. Elle favorise également la concurrence sur le marché en offrant aux consommateurs un moyen de différencier les produits et en incitant les titulaires des marques à maintenir la qualité que les consommateurs attendent de leurs produits. La suppression de l'emballage de marque distinctif des cigarettes réduit la volonté des consommateurs de payer pour des marques de cigarettes haut de gamme.[5164] La capacité du titulaire de la marque de faire usage de sa marque sous-tend l'aptitude à différencier des produits et à promouvoir la concurrence sur le marché. Par conséquent, l'usage est devenu une pierre angulaire de la protection des marques.[5165] L'Indonésie affirme que "[l]e but [des mesures TPP] est de détruire l'aptitude d'une marque, même légalement enregistrée, à communiquer des renseignements utiles aux consommateurs au sujet d'un produit licite".[5166]

7.2541. L'Australie répond que les mesures TPP garantissent que les fabricants de tabac peuvent continuer de distinguer leurs produits de ceux d'autres fabricants au cours d'opérations commerciales en les autorisant à utiliser le nom de la société, le nom de la marque et le nom de variante sur l'emballage pour la vente au détail de tabac. De plus, l'article 28 de la Loi TPP et d'autres éléments de la législation australienne garantissent que l'incapacité des fabricants de tabac de faire usage de certains types de marques (telles que les marques figuratives) sur les produits du tabac et leur emballage ne compromet pas leurs droits au titre de la législation australienne en ce qui concerne l'enregistrement et le respect de ces marques.[5167]

7.2542. L'Australie fait valoir que les mesures TPP restreignent l'aptitude des marques (ainsi que d'autres signes et éléments d'identification de la marque) à remplir une fonction promotionnelle en interdisant l'usage de polices de caractères, couleurs et logos non uniformisés sur l'emballage pour la vente au détail de produits du tabac.[5168] L'usage de logos, d'emblèmes ou d'autres images de marque sur l'emballage peut communiquer des messages spécifiques à des groupes démographiques ciblés.[5169] Conformément aux Directives concernant l'article 13 de la FCTC, les mesures sont conçues pour éliminer la possibilité d'utiliser l'emballage comme moyen publicitaire et promotionnel, et pour exprimer de quelconques associations positives.[5170] En outre, les mesures TPP confèrent plus de relief aux mises en garde sanitaires, en grande partie parce que l'interférence et la concurrence visuelles des images de marque sont considérablement réduites.[5171] L'élimination des caractéristiques de conception contribue également à réduire l'aptitude du paquet à induire les consommateurs en erreur.[5172]

[5161] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 344.
[5162] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 111 à 127 et 201 à 204.
[5163] Cuba, première communication écrite, paragraphes 333 et 337.
[5164] Indonésie, première communication écrite, paragraphes 132 à 136.
[5165] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 137.
[5166] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 267.
[5167] Australie, première communication écrite, paragraphe 5.
[5168] Australie, première communication écrite, paragraphe 86.
[5169] Australie, première communication écrite, paragraphe 89.
[5170] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 291 et 292.
[5171] Australie, première communication écrite, paragraphe 176.
[5172] Australie, première communication écrite, paragraphes 187 à 200.

7.2543. L'Australie fait valoir qu'est étroitement liée à la fonction distinctive (la fonction d'"identification de la source") la fonction d'indiquer que les produits portant la même marque sont fabriqués sous le contrôle de la même source commerciale et que, de ce fait, les consommateurs peuvent s'attendre à une expérience constante en ce qui concerne les produits portant cette marque (ce qui est parfois appelé la fonction de "qualité" ou de "garantie" des marques).[5173] Cependant, l'usage d'une marque pour faire la publicité et la promotion du produit protégé par la marque ne fait pas partie de la fonction distinctive d'une marque.[5174]

7.2544. Du point de vue de l'Australie, l'affirmation des plaignants selon laquelle les marques servent à distinguer des produits et des services dans le commerce du point de vue de la "qualité, des caractéristiques et de la réputation" du produit est un euphémisme dont les plaignants se sont saisis afin de décrire l'usage de marques pour faire la publicité et la promotion de produits du tabac.[5175] S'agissant de la "qualité", les mesures TPP autorisent les sociétés de l'industrie du tabac à faire usage de noms de marque et de variante protégés par une marque sur l'emballage pour la vente au détail de tabac, ce qui permet aux consommateurs de s'attendre à une expérience constante en ce qui concerne les produits du tabac portant ces marques, mais limitent l'usage de marques pour créer des perceptions "artificielles".[5176] S'agissant des "caractéristiques", les mesures TPP n'empêchent pas l'usage de marques pour communiquer des renseignements sur les caractéristiques réelles de produits du tabac, mais réduisent les possibilités des sociétés de l'industrie du tabac de faire usage d'éléments figuratifs, de couleurs, de polices de caractères stylisés et d'autres éléments de conception pour associer leurs produits à des "caractéristiques" sociales ou attitudinales (masculinité féminité, etc.) particulières ou pour exprimer d'autres associations positives qui ne sont pas des caractéristiques réelles du produit (telles que la pureté, la propreté ou la salubrité).[5177] S'agissant de la "réputation", c'est uniquement en faisant l'utilisation répétée du produit protégé par une marque que les consommateurs peuvent s'attendre à une expérience particulière en ce qui concerne les produits portant cette marque; l'Australie considère que les plaignants font probablement référence à l'usage de marques pour conférer une "réputation" sociale ou attitudinale particulière aux produits du tabac, comme dans les expressions "cette cigarette a la réputation d'être fumée par des hommes" ou "cette cigarette a la réputation d'être fumée par des gosses branchés".[5178]

7.2545. L'Australie affirme que les plaignants n'ont présenté aucun élément de preuve indiquant qu'une quelconque prescription spéciale imposée par les mesures TPP entravait l'usage de marques pour distinguer les produits du tabac d'une entreprise de ceux d'autres entreprises. De fait, les mesures TPP autorisent les sociétés de l'industrie du tabac à faire usage de noms de marque et de variante sur l'emballage pour la vente au détail de tabac afin de distinguer leurs produits de ceux d'autres entreprises.[5179]

7.2546. En réponse à la question du Groupe spécial sur le point de savoir s'il existe de quelconques éléments de preuve empiriques montrant que les consommateurs ne sont pas en mesure de distinguer les produits d'une entreprise de ceux d'autres entreprises en ce qui concerne la source commerciale de ces produits, le Honduras indique qu'il n'a connaissance d'aucune étude empirique suivant la mise en œuvre des mesures TPP montrant que, par suite des mesures, les consommateurs n'auraient pas été en mesure de distinguer les produits d'une entreprise de ceux d'autres entreprises en ce qui concerne la source commerciale de ces produits. Il souligne, toutefois, que ces données quantitatives n'aideraient aucunement le Groupe spécial à se prononcer sur les allégations au titre de l'Accord sur les ADPIC dans les présents différends, parce qu'il n'existe aucune prescription spécifique concernant le niveau de "confusion effective" chez les consommateurs ou un niveau spécifique de "caractère suffisant" pour distinguer des produits dans l'Accord sur les ADPIC.[5180]

7.2547. Le Honduras fait valoir que la question de savoir si les marques remplissent des fonctions autres que celles consistant à identifier et à distinguer la source du produit dépend des circonstances sur le marché et de la manière dont le titulaire fait usage de la marque. "Il est

[5173] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 90.
[5174] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 95.
[5175] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 98 et 118.
[5176] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 105 à 108.
[5177] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 109 à 114.
[5178] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 115 à 117.
[5179] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 121.
[5180] Honduras, réponse à la question n° 168 du Groupe spécial, page 22.

certain que, selon le produit, les marques pouvaient être utilisées "*dans* la publicité". Toutefois, cela ne signifie pas que, sur les produits du tabac, les marques sont utilisées *pour* la publicité en Australie parce que la publicité n'est pas autorisée pour les produits du tabac depuis près de 25 ans. De nos jours, les marques figurant sur les produits du tabac communiquent juste la source et la qualité aux consommateurs."[5181]

7.2548. Cuba répond qu'elle ne dispose pas d'éléments de preuve empiriques montrant que, par suite des mesures TPP, les consommateurs n'ont pas été en mesure de distinguer les produits d'une entreprise de ceux d'autres entreprises en ce qui concerne la source commerciale de ces produits. Toutefois, comme le Honduras l'a également indiqué dans sa réponse, elle considère que cela n'est pas pertinent en l'espèce.[5182]

7.2549. S'agissant du rôle d'une marque, Cuba fait valoir que les consommateurs ne paient pas un prix plus élevé pour les cigares cubains en reconnaissance de l'identité du producteur; ils paient le surprix parce qu'ils souscrivent à la proposition de la marque communiquée par une marque". Les fabricants de produits de prestige et de luxe ne consacreraient pas des fonds très substantiels pour la commercialisation et la promotion mondiale de leurs marques si elles servaient simplement à identifier un producteur. Pour les produits de luxe haut de gamme, les marques sont un moyen d'indiquer le statut et le prestige, une garantie de qualité et un moyen fondamental de différenciation du produit.[5183]

7.2550. L'Indonésie répond que, puisque le critère juridique au titre de l'Accord sur les ADPIC n'exige pas d'élément de preuve indiquant une confusion effective afin d'établir une allégation de "risque de confusion" ou de "similitude trompeuse", elle n'a pas dépensé ses ressources limitées pour recueillir des éléments de preuve sur le point de savoir si les consommateurs n'avaient pas été en mesure de distinguer les produits par suite des mesures TPP. À son avis, la question dont le Groupe spécial est saisi n'est pas de savoir s'il existe des éléments de preuve indiquant une confusion effective sur le marché australien mais plutôt de savoir i) s'il existe un risque de confusion étant donné que les consommateurs ont des souvenirs imparfaits et que les paquets de cigarettes n'ont plus tout d'éléments distinctifs; et ii) si le titulaire d'une marque figurative ou stylisée peut se protéger des atteintes aux droits sans possibilité minimale de faire usage de la marque.[5184]

7.2551. L'Indonésie fait valoir que la source commerciale n'est qu'un indicateur de la qualité, des caractéristiques et de la réputation d'un produit, et n'est pas toujours suffisante pour empêcher la confusion. À son avis, les éléments de preuve sur le marché australien montrent que les marques dénominatives figurant sur les produits du tabac ne distinguent pas adéquatement la qualité, les caractéristiques et la réputation. Spécifiquement, les mesures TPP ont conduit à une descente en gamme au détriment des produits plus chers et au profit des produits meilleur marché, ce qui montre que les distinctions entre les marques se sont affaiblies, que la fidélité des consommateurs a diminué et que la substitution entre les marques a augmenté.[5185]

7.2552. La République dominicaine fait valoir que la fonction distinctive d'une marque constitue une échelle, où chaque élément distinctif additionnel renforce le pouvoir distinctif de la marque sur cette échelle. De même, une interférence avec chaque élément additionnel réduit ce pouvoir distinctif. S'agissant des marques figuratives et composées, chaque caractéristique de conception des marques est un moyen distinct par lequel les consommateurs différencient le produit pertinent. Les caractéristiques de conception des marques sont des indices visuels puissants qui peuvent être aisément reconnus par les consommateurs. La police de caractères distinctive d'une marque dénominative apporte une contribution supplémentaire pour ce qui est de distinguer un produit concurrent d'un autre. La suppression de ces éléments de différenciation implique que la qualité, les caractéristiques et la réputation pertinentes ne sont pas communiquées adéquatement aux consommateurs, comme elles le seraient en l'absence des mesures TPP. La République dominicaine allègue que les éléments de preuve sur le marché australien montrent que les marques dénominatives figurant sur les produits du tabac ne distinguent pas adéquatement la

[5181] Honduras, déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 12. (italique dans l'original)
[5182] Cuba, réponse à la question n° 168 du Groupe spécial, page 11.
[5183] Cuba, déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 37 et 38.
[5184] Indonésie, réponse à la question n° 168 du Groupe spécial, paragraphes 32 et 34.
[5185] Indonésie, réponse à la question n° 167 du Groupe spécial, paragraphes 29 et 31.

source commerciale, la qualité, les caractéristiques et la réputation. Spécifiquement, les mesures TPP ont conduit à une descente en gamme au détriment des produits plus chers et au profit des produits meilleur marché, ce qui montre que les distinctions entre les marques se sont affaiblies, que la fidélité des consommateurs a diminué et que la substitution entre les marques a augmenté.[5186]

7.2553. La République dominicaine ajoute que les mesures TPP sont conçues, structurées et mises en œuvre de façon à éliminer la possibilité pour les producteurs de différencier leurs produits en utilisant des caractéristiques de conception telles que les marques, ainsi que la forme, la taille, le mécanisme d'ouverture du paquet et les matériaux qui le composent. Cette différenciation fidélise les consommateurs et, par voie de conséquence, augmente leur volonté de payer. Les perceptions qu'ont les consommateurs de la qualité de marques concurrentes reposent sur une combinaison i) d'avantages fonctionnels et ii) d'avantages immatériels qu'ils retirent de chaque marque. L'incidence disproportionnée sur les avantages immatériels perçus des produits haut de gamme se traduit par une moindre fidélité et une moindre volonté de payer pour les produits haut de gamme.[5187] Le professeur Steenkamp, un expert de la République dominicaine et du Honduras, explique ce qui suit dans son contre-rapport:

> Le logo, la police de caractères et la couleur de la marque, et d'autres éléments d'emballage relatifs à la marque, sont des vecteurs importants par lesquels les perceptions qu'ont les consommateurs de la qualité sont établies et maintenues (Richardson *et al*. 1994, Stokes 1985, Wells *et al*. 2007). Aribag *et al*. (2014) font valoir que l'emballage de marque est crucial pour établir et maintenir des associations positives et uniques, comme moyen de différencier la marque d'offres de produits concurrents. … Dans le cadre de l'emballage neutre, les éléments propres à une marque sont éliminés, ce qui réduit la contribution de l'identification de la marque aux avantages immatériels à la fois pour les marques haut de gamme et les marques bon marché.
>
> Les perceptions qu'ont les consommateurs de la qualité de différentes marques reposent sur une combinaison des avantages fonctionnels (par exemple, le goût, la saveur, etc.) et des avantages immatériels fournis par cette marque. Les consommateurs de marques haut de gamme perçoivent généralement des avantages fonctionnels et immatériels plus importants pour les marques haut de gamme que pour les marques bon marché. Souvent, les différences entre les marques haut de gamme et les marques bon marché sont plus importantes s'agissant des avantages immatériels que des avantages fonctionnels (Park et Srinivasan 1994), et l'emballage joue un rôle important dans l'établissement et le maintien des avantages immatériels considérables attribués aux produits haut de gamme. Ainsi, alors que les avantages immatériels diminuent à la fois pour les marques bon marché et les marques haut de gamme lorsque la différenciation diminue, la diminution des avantages immatériels pour les marques haut de gamme dépasse sensiblement la diminution des avantages immatériels pour les marques bon marché.[5188]

7.2554. La République dominicaine explique que le professeur Steenkamp a consacré une partie de son deuxième contre-rapport à préciser le sens de l'expression "avantages immatériels".[5189] Il définit la notion d'"avantages immatériels" comme suit:

> [L]a notion d'"avantage immatériel", comme je l'ai utilisée, a trait à l'avantage qui vient de ce qu'un consommateur puisse compter, avec un degré élevé de certitude, sur le fait que le produit qu'il achète a certaines qualités et/ou caractéristiques attendues. En l'occurrence, l'"avantage immatériel" découle de l'assurance – la certitude accrue – qu'un consommateur tire au sujet de la qualité et des

[5186] République dominicaine, réponses aux questions n° 167 et 168 du Groupe spécial, paragraphes 173, 181, 184 et 185.
[5187] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 933 à 936.
[5188] Contre-rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-14), paragraphes 92 et 93.
[5189] République dominicaine, réponse à la question n° 169 du Groupe spécial, paragraphe 187.

> caractéristiques du produit des caractéristiques de conception distinctives, telles que l'identification de la marque et les marques de fabrique ou de commerce.[5190]

7.2555. L'Australie répond que l'article auquel le professeur Steenkamp fait référence, Park et Srinivasan 1994, porte sur les avantages immatériels que les produits tirent des marques. Sur la base de l'examen effectué dans cet article, la valeur immatérielle fournie par les marques comporte deux éléments, à savoir i) une perception des attributs biaisée favorablement par laquelle un consommateur perçoit les attributs du produit d'une manière plus favorable qu'une mesure objective de ces attributs ne le laisserait à penser; et ii) l'élément non fondé sur les attributs qui englobe des associations avec les marques sans rapport avec les attributs des produits (par exemple, l'image masculine exprimée par "l'Homme Marlboro").[5191] L'Australie considère la définition de l'expression "avantages immatériels" donnée par le professeur Steenkamp dans son deuxième contre-rapport comme étant incompatible avec les vues qu'il a publiées antérieurement et l'utilisation de l'expression plus généralement dans les publications dans le domaine du marketing.[5192] À son avis, il ressort clairement du contexte que lorsque le professeur Steenkamp a accepté dans son contre-rapport que la suppression des éléments propres à une marque de l'emballage réduisait la contribution de l'identification de la marque aux avantages immatériels des marques haut de gamme et des marques bon marché, celui-ci faisait référence à toutes les caractéristiques immatérielles dont les marques peuvent imprégner les produits et qui sont attrayantes pour les consommateurs.[5193] L'Australie soutient que ce sont précisément ces avantages immatériels que les mesures TPP visent à limiter.[5194]

Analyse du Groupe spécial

7.2556. Nous rappelons, comme il est indiqué plus haut, en ce qui concerne l'emballage pour la vente au détail de produits du tabac, que les mesures TPP autorisent l'usage de marques dénominatives qui indiquent le nom de la marque, la raison sociale ou le nom de la société, ou le nom de variante du produit, dès lors que ces marques apparaissent sous la forme prescrite par le Règlement TPP, mais interdisent l'usage de marques dénominatives stylisées, de marques composées et de marques figuratives. S'agissant des produits du tabac, les mesures TPP interdisent l'usage de toutes les marques sur les cigarettes, et, en ce qui concerne les cigares, autorisent l'usage de marques qui indiquent le nom de la marque, la raison sociale ou le nom de la société, ou le nom de variante du produit, ainsi que le pays d'origine, dès lors que ces marques apparaissent sous la forme prescrite par le Règlement TPP.[5195]

7.2557. Les plaignants soulignent la vaste portée des interdictions prévues dans les mesures TPP en ce qui concerne l'usage sur l'emballage pour la vente au détail de tabac et sur les produits du tabac de marques figuratives, ainsi que des éléments figuratifs et stylisés de marques composées

---

[5190] Deuxième contre-rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-19), paragraphe 45. Le professeur Steenkamp résume ses vues en expliquant que les "marques haut de gamme donnent des "avantages immatériels" aux consommateurs, en offrant l'assurance que le produit acheté a les qualités et les caractéristiques matérielles attendues par le consommateur. En d'autres termes, ces avantages immatériels sont l'assurance que la marque fournira les avantages et les caractéristiques matériels promis sur la base de la réputation de la marque. Par conséquent, les avantages immatériels réduisent l'incertitude des consommateurs en ce qui concerne le choix des produits, et ces avantages sont communiqués aux consommateurs par le nom, le logo, la police de caractères et les éléments stylistiques de la marque." *Ibid*., paragraphe 6.

[5191] Australie, observations sur les réponses à la question n° 169 du Groupe spécial, paragraphe 146 (faisant référence à Park et Srinivasan 1994 (pièce AUS-619), page 272).

[5192] Australie, observations sur les réponses à la question n° 169 du Groupe spécial, paragraphes 145 à 153. L'Australie cite Kumar et Steenkamp, Private Label Strategy (pièce AUS-601), page 99:

> Les marques de fabricants offrent quelque chose d'immatériel que la plupart des labels privés n'offrent pas (encore). Elles permettent aux consommateurs de s'identifier aux valeurs dont la marque est imprégnée, et aident les consommateurs à exprimer ce qu'ils sont et la manière dont ces marques correspondent à leur mode de vie et leur image de soi. L'image de marque fait référence au lien socioémotionnel personnalisé que le consommateur a avec une marque. Que représente la marque, et est-ce que cela m'attire … Par exemple, les marques comme Marlboro, Harley-Davidson, Jack Daniels et Levi's glorifient les idéaux américains de l'Ouest, de la force et de la masculinité.

[5193] Australie, observations sur les réponses à la question n° 169 du Groupe spécial, paragraphe 154.

[5194] Australie, observations sur les réponses à la question n° 169 du Groupe spécial, paragraphe 153.

[5195] Pour de plus amples détails, voir plus haut les sections 2.1.2.3.3 et 2.1.2.4.

et dénominatives. Nous convenons que ces interdictions ont une vaste portée. Les éléments figuratifs, les combinaisons de couleurs et les combinaisons de signes font partie de la définition de l'objet de la protection au titre de l'article 15:1. Leur inclusion dans cette définition donne à penser que les rédacteurs de l'Accord sur les ADPIC ont considéré qu'il était possible de faire usage de ce contenu des marques non dénominatif pour distinguer les produits d'une entreprise de ceux d'autres entreprises. Les mesures TPP suppriment la possibilité d'appliquer des marques figuratives, ou les éléments figuratifs ou stylisés de marques composées et dénominatives, sur l'emballage pour la vente au détail de tabac et sur les produits du tabac pour distinguer les produits d'une entreprise de cette manière de ceux d'autres entreprises.

7.2558. Les mesures TPP empêchent ainsi toutes composantes non dénominatives des marques pertinentes, telles que les polices de caractères, la taille, les couleurs et l'emplacement de la marque sur le produit, ainsi que tous les autres contenus visuels distinctifs, de contribuer à distinguer les produits sur le marché. Comme il est indiqué plus haut[5196], de l'avis des plaignants, la suppression des éléments figuratifs a compromis l'aptitude des marques à indiquer la qualité, les caractéristiques et la réputation des produits du tabac aux consommateurs. La République dominicaine établit une distinction entre les avantages fonctionnels (ou matériels) et les avantages immatériels que les consommateurs tirent de chaque marque. Elle fait valoir que les mesures TPP ont une incidence disproportionnée sur les avantages immatériels perçus des produits haut de gamme. Les plaignants soulignent en outre qu'en supprimant la possibilité de différencier les produits du tabac en utilisant des caractéristiques de conception, les mesures TPP entraînent une réduction de la fidélité des consommateurs et de leur volonté de payer pour des produits haut de gamme, ce qui conduit à une descente en gamme sur le marché australien.

7.2559. Toutefois, l'Australie estime que le fonctionnement des prescriptions TPP relatives à la marque devrait être considéré dans son ensemble. Elle fait valoir que les mesures TPP garantissent que les fabricants de tabac peuvent continuer à distinguer leurs produits de ceux d'autres fabricants au cours d'opérations commerciales en les autorisant à utiliser le nom de la société, le nom de marque et le nom de variante sur l'emballage pour la vente au détail de tabac. En considérant conjointement les aspects permissifs et prohibitifs des mesures, elle allègue que les mesures TPP n'ont pas affecté la capacité des sociétés de l'industrie du tabac de faire usage de marques pour distinguer leurs produits au cours d'opérations commerciales. Elle souligne que la prohibition de l'usage d'éléments figuratifs et stylistiques vise simplement à empêcher l'usage de ces éléments à des fins promotionnelles et pour exprimer toutes associations positives, ainsi qu'à améliorer le relief des mises en garde sanitaires et à diminuer l'aptitude du paquet à induire les consommateurs en erreur.[5197]

7.2560. Nous rappelons que le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques* a expliqué ce qui suit:

> Il est possible de comprendre la fonction des marques en se reportant à l'article 15:1, qui les définit comme étant propres à distinguer les produits ou les services de certaines entreprises au cours d'opérations commerciales. Chaque titulaire de marque a pour intérêt légitime de préserver le caractère distinctif de sa marque, ou la capacité de la distinguer, afin qu'elle puisse remplir sa fonction. Cela comprend l'intérêt qu'a le titulaire d'une marque à utiliser sa propre marque en relation avec les produits ou les services de ses propres entreprises bénéficiant d'une autorisation. Le fait de tenir compte de cet intérêt légitime permettra aussi de tenir compte de l'intérêt du titulaire de la marque dans la valeur économique de sa marque qui résulte de la renommée dont elle jouit et de la qualité qu'elle dénote.[5198]

7.2561. Bien que ce passage concerne l'analyse faite par le Groupe spécial du membre de phrase "intérêts légitimes du titulaire de la marque" figurant à l'article 17, il fournit aussi des indications contextuelles utiles quant à la légitimité de préoccupations concernant les limites de l'usage de marques aux fins de l'article 20. En outre, nous reconnaissons l'importance de l'usage de marques de sorte à ce qu'elles puissent servir à distinguer des produits sur le marché.

[5196] Voir plus haut la section "Principaux arguments des parties" dans la section 7.3.5.5.3.2.
[5197] Voir plus haut la section "Principaux arguments des parties" dans la section 7.3.5.5.3.2.
[5198] Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis),* paragraphe 7.664.

7.2562. Reconnaissant la légitimité de l'intérêt qu'a le titulaire de la marque à faire usage de sa marque à diverses fins, y compris pour identifier la source de ce produit et communiquer les avantages de ce produit, qu'ils soient fonctionnels ou immatériels, nous devons examiner l'incidence des mesures TPP sur la capacité du détenteur du droit de faire usage de marques à ces diverses fins. Nous reconnaissons aussi que l'incidence de ces mesures peut varier selon les différentes fins pour lesquelles le détenteur du droit peut souhaiter faire usage de sa marque.

7.2563. Comme nous l'avons vu plus haut dans la section 7.3.5.4.2, nous considérons que l'"usage … au cours d'opérations commerciales" pertinent au titre de l'article 20 ne se limite pas à une fonction particulière des marques. Nous rappelons en particulier la constatation que nous avons formulée au paragraphe 7.2286 selon laquelle cet "usage" ne se limitait pas à l'usage d'une marque pour distinguer les produits et les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises. L'article 20 n'établit pas de distinction entre différentes fonctions que les marques peuvent remplir sur le marché. Il n'est donc pas nécessaire que nous prenions position sur la manière de qualifier ces fonctions. Comme il est indiqué plus haut, l'examen de l'"usage" pertinent aux fins de l'article 20 devrait être fondé sur le "fait" de l'usage au cours d'opérations commerciales. À notre avis, il serait inapproprié d'amalgamer l'usage effectif d'une marque avec les différentes fonctions remplies par cet usage.[5199] Ci-après, nous nous concentrerons sur les implications des prescriptions TPP relatives à la marque sur l'aptitude d'une marque à distinguer les produits et les services d'entreprises cours d'opérations commerciales et sur les façons dont le titulaire d'une marque pourrait souhaiter faire usage de sa marque sur le marché, ainsi que sur la manière dont ces prescriptions affectent les consommateurs.

7.2564. Nous notons tout d'abord que les mesures TPP autorisent les entreprises à faire usage de marques dénominatives qui indiquent le nom de la marque, la raison sociale ou le nom de la société, ou le nom de variante du produit sur l'emballage pour la vente au détail de produits du tabac aux fins de distinguer leurs produits du tabac de ceux d'autres entreprises. Les plaignants n'ont pas cherché à démontrer que les consommateurs n'avaient pas été en mesure en fait de distinguer la *source* commerciale des produits du tabac d'une entreprise de celle des produits d'autres entreprises (c'est-à-dire l'identité de la source ou du fabriquant du produit) du fait des prescriptions TPP relatives à la marque. Toutefois, comme cela est indiqué plus haut, ils font valoir que la suppression des éléments figuratifs a compromis l'aptitude des marques à indiquer la qualité, les caractéristiques et la réputation de produits du tabac individuels aux consommateurs.

7.2565. L'Australie considère que la "fonction de qualité" est étroitement liée à la "fonction d'identification de la source", et fait valoir que les mesures TPP ne diminuent pas la communication de la qualité, des caractéristiques et de la réputation du produit en ce qui concerne la constance de l'expérience et les caractéristiques réelles. L'Australie explique que les mesures TPP visent précisément à réduire les possibilités d'indiquer des perceptions artificielles et des caractéristiques ou réputations attitudinales, qu'elle qualifie de "fonction publicitaire".

7.2566. Nous rappelons nos constatations précédentes selon lesquelles l'"emballage de marque" peut agir comme un outil publicitaire ou promotionnel en ce qui concerne les produits du tabac, et que des sociétés de l'industrie du tabac, opérant sur le marché australien, ont en fait considéré que c'était le cas, même en présence de restrictions importantes concernant la publicité durant la période précédant l'entrée en vigueur des mesures TPP. C'est le cas en particulier dans un contexte réglementaire tel que celui de l'Australie, où toutes les autres formes de publicité et de promotion pour les produits du tabac sont prohibées.[5200] Le rôle important joué par les marques de fabrique ou de commerce dans l'identification de la marque et le marketing de produits a aussi été

[5199] Nous notons que l'application d'une marque sur les produits pertinents peut remplir et souvent remplit effectivement de multiples fonctions – donc, une forme d'usage qui sert à distinguer les produits d'une entreprise de ceux d'une autre entreprise peut aussi indiquer d'autres attributs au sujet des mêmes produits. En effet, les produits d'une entreprise peuvent être distingués de ceux d'une autre entreprise en partie du fait des aspects immatériels d'une marque, qui incluent divers aspects de réputation et de qualité, et d'autres caractéristiques distinctives: cela s'applique aux marques dénominatives et à l'effet de leurs associations pour le public, ainsi qu'aux marques figuratives ou aux marques composées. Il importe donc de distinguer le fait empirique de l'usage de la marque – par exemple, l'application de la marque sur des produits qui sont offerts à la vente au public – de l'éventail de fonctions qui se chevauchent que l'usage de cette marque peut remplir.

[5200] Voir plus haut "L'emballage du tabac en tant que forme de promotion ou de publicité" dans la section 7.2.5.3.5.2, en particulier les paragraphes 7.659 et 7.663.

reconnu. Ainsi, les marques de fabrique ou de commerce ont été décrites comme le "point d'ancrage juridique de l'utilisation des fonctions commerciales des marques".[5201]

7.2567. Le rôle joué dans ce contexte par les couleurs et d'autres caractéristiques de conception, dont l'usage est prohibé par les mesures TPP, a également été reconnu. Nous rappelons les constatations que nous avons formulées plus haut dans la section 7.2.5.3.5.2 selon lesquelles les éléments de preuve dont nous disposons, en particulier les déclarations émanant de l'industrie du tabac elle-même, indiquent qu'un but essentiel de l'utilisation de l'identification de la marque sur les produits du tabac, y compris l'emballage, est de générer certaines perceptions positives en relation avec le produit dans l'esprit du consommateur, y compris, comme il est indiqué plus haut, de "générer le niveau optimal de modernité, d'image juvénile et d'attrait" auprès des consommateurs.[5202] En fait, comme l'Australie l'a expliqué, le but même des mesures TPP, y compris leurs aspects relatifs à la marque, est d'empêcher que ces caractéristiques de conception créent des perceptions positives du produit et ainsi de décourager la consommation de produits du tabac par les consommateurs. De même, les mesures TPP empêchent que ces attributs de la marque soient utilisés par les titulaires des marques sur le marché comme moyen de promotion ou de différenciation du produit.

7.2568. Nous notons en particulier les divers rapports d'experts présentés par les plaignants qui décrivent en détail l'incidence attendue des mesures TPP sur la capacité de maintenir ou de créer une différenciation du produit et de la marque en ce qui concerne les produits du tabac. Le professeur Winer explique qu'une marque et ses marqueurs protégés par une marque "englobe[nt] un ensemble de valeurs et d'attributs (à la fois matériels et immatériels) différenciant utilement et de façon appropriée des produits par ailleurs très semblables".[5203] Il estime que les avantages offerts par une marque forte à l'entreprise qui en est titulaire comprennent une plus grande fidélité des consommateurs, des marges plus élevées et une expansion internationale facile.[5204] Il ajoute que la valeur d'une marque forte est particulièrement élevée pour un produit comme les cigarettes, les marques étant alors des sources clés de différenciation entre des produits qui sont par ailleurs en grande partie semblables[5205], et que l'emballage protégé par une marque est le seul moyen de communication restant pour les fabricants de cigarettes en Australie, où les possibilités publicitaires et promotionnelles ont été progressivement réduites.[5206] Le professeur Neven explique que le design de l'emballage, y compris l'usage de marques et de logos sur les paquets de cigarettes, est une forme de design du produit, qui permet aux producteurs de distinguer leurs offres de marques concurrentes et d'augmenter la valeur commerciale de leur marque.[5207] Il estime que l'emballage neutre est susceptible d'avoir un effet dommageable sur la valeur et les bénéfices de la marque des producteurs et sur la possibilité d'entrée sur le marché australien.[5208] Le professeur Steenkamp explique que "[l]e logo, la police de caractères et la couleur de la marque, et d'autres éléments d'emballage relatifs à la marque, sont des vecteurs importants par lesquels les perceptions qu'ont les consommateurs de la qualité sont établies et maintenues", et que l'"emballage de marque est crucial pour bâtir et maintenir des associations positives et uniques, comme moyen de différencier la marque d'offres de produits concurrents". Il ajoute que, dans le cadre des mesures TPP, les "éléments propres à une marque sont éliminés, ce qui réduit la contribution de l'identification de la marque aux avantages immatériels à la fois pour les marques haut de gamme et les marques bon marché".[5209]

7.2569. Nous notons qu'en interdisant l'usage des caractéristiques de conception de marques, les mesures TPP empêchent le titulaire d'une marque de faire usage de ces caractéristiques pour exprimer de quelconques messages au sujet du produit, qu'ils soient fonctionnels ou immatériels, et de tirer une quelconque valeur économique de l'usage de ces caractéristiques. Par conséquent, les mesures TPP empêchent le titulaire d'une marque d'extraire une valeur économique de quelconques caractéristiques de conception de sa marque par son usage au cours d'opérations commerciales. En principe, par conséquent, les prohibitions prévues dans les mesures TPP en ce

[5201] Rapport de l'OMPI sur les marques (pièce DOM-56), page 22.
[5202] Voir plus haut le paragraphe 7.660.
[5203] Rapport Winer (pièce UKR-9), paragraphe 14 (faisant référence à J.M. Murphy, Brand Strategy 2 (Cambridge, United Kingdom: Director Books 1990)).
[5204] Rapport Winer (pièce UKR-9), paragraphe 22.
[5205] Rapport Winer (pièce UKR-9), paragraphe 27.
[5206] Rapport Winer (pièce UKR-9), paragraphe 49.
[5207] Rapport Neven (pièce UKR-3) (RSC), page 19.
[5208] Rapport Neven (pièce UKR-3) (RSC), page 41.
[5209] Contre-rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-14), paragraphes 92 et 93.

qui concerne l'usage de marques figuratives sur l'emballage pour la vente au détail de tabac et sur les produits du tabac, ainsi que l'usage des éléments figuratifs et stylisés de marques composées et dénominatives, ont une vaste portée pour ce qui est des possibilités attendues par le titulaire de la marque d'extraire une valeur économique de l'usage de ces caractéristiques.

7.2570. Les implications pratiques de ces prohibitions sont atténuées en partie par le fait que les mesures TPP autorisent les fabricants de tabac à faire usage de marques dénominatives, y compris de noms de marque et de variante, pour distinguer leurs produits les uns des autres. Comme il est indiqué plus haut, les plaignants n'ont pas cherché à démontrer que, par suite des entraves résultant des prescriptions relatives à la marque des mesures TPP, les consommateurs n'avaient pas été en mesure en fait de distinguer les produits du tabac d'une entreprise de ceux d'autres entreprises.[5210]

7.2571. S'agissant de la capacité des titulaires des marques affectées d'extraire autrement une valeur économique de ces marques, les plaignants font valoir toutefois que les prescriptions relatives à la marque des mesures TPP, en limitant la possibilité de différenciation du produit, intensifient la concurrence par les prix et ont une incidence défavorable sur les marques haut de gamme, en particulier.[5211] Dans le contexte de notre analyse des allégations des plaignants au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, nous avons analysé les éléments de preuve qui nous ont été présentés concernant l'incidence de la réduction de la différenciation sur les prix et sur la substitution par le bas.

7.2572. S'agissant de la concurrence par les prix, les éléments de preuve empiriques qui nous ont été présentés, tant par l'Australie que par les plaignants, montrent que le prix hors taxes des produits du tabac a augmenté depuis l'introduction des mesures TPP sur la période pour laquelle nous disposons de données.[5212] De plus, les éléments de preuve qui nous ont été présentés donnent aussi à penser que les marques situées dans les segments de prix élevés ont généralement maintenu ou augmenté leurs surprix par rapport aux marques des segments meilleur marché pendant la première année qui a suivi la mise en œuvre de l'emballage neutre et qu'aucune baisse sensible n'a été enregistrée.[5213] Les éléments de preuve présentés au Groupe spécial, y compris des données fournies par les plaignants, démontrent clairement aussi que la valeur totale du marché au détail a augmenté, et non pas diminué, sur la période allant du quatrième trimestre de 2009 au troisième trimestre de 2013, malgré la réduction de la consommation de produits du tabac sur le marché australien.[5214] Globalement, les éléments de preuve empiriques qui nous ont été présentés en ce qui concerne les prix des cigarettes, la valeur totale du marché au détail ainsi que la valeur totale et le volume total des importations de cigarettes ne corroborent pas l'argument des plaignants selon lequel les mesures TPP entraîneront une intensification de la concurrence par les prix et une baisse des prix et, par conséquent, une diminution de la valeur des ventes de produits du tabac et de la valeur totale des importations.[5215] Bien que les plaignants n'aient pas démontré que les mesures TPP avaient réduit la valeur des produits du tabac importés sur le marché australien, on ne peut pas exclure que cela puisse se

[5210] Le Honduras observe ainsi qu'il n'y a pas eu d'étude empirique évaluant si les consommateurs n'avaient pas été en mesure de distinguer la source commerciale des produits du tabac d'une entreprise de celle des produits du tabac d'autres entreprises après la mise en œuvre des mesures TPP, mais il considère que ces données quantitatives n'aideraient pas le Groupe spécial à se prononcer sur les allégations au titre de l'Accord sur les ADPIC dans les présentes procédures. Voir les réponses du Honduras, de la République dominicaine, de Cuba et de l'Indonésie à la question n° 168 du Groupe spécial, qui figurent aux paragraphes 7.2546, 7.2552, 7.2548 et 7.2550, respectivement. Pour un examen connexe, voir la note de bas de page 5496. Nous notons que certains des éléments de preuve qui nous ont été présentés donnent à penser que l'incidence potentielle de l'emballage neutre sur le rappel de la marque, c'est-à-dire la capacité de reconnaître une marque, a été examinée dans certaines des études concernant l'emballage neutre et qu'il a été conclu que, "pour les jeunes fumeurs tout au moins, l'emballage neutre n'affecterait pas le rappel de la marque". Examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130 et CUB-59), section 4.6.3, page 82.

[5211] Voir plus haut les "Principaux arguments des parties" dans la section 7.3.5.5.3.2.

[5212] La période couverte par chaque série de données fournies au Groupe spécial varie selon la source. La plus grande série de données pertinentes pour ce sujet couvre la période allant de janvier 2000 à septembre 2015. Voir l'appendice E, paragraphe 12, note de bas de page 14 et figure E.5.

[5213] Voir plus haut le paragraphe 7.1215.

[5214] Voir plus haut le paragraphe 7.1216.

[5215] Voir plus haut le paragraphe 7.1218.

produire dans le futur, soit par suite de l'effet de la mesure sur la seule consommation soit par suite de cet effet combiné avec une baisse des prix.[5216]

7.2573. S'agissant de la substitution par le bas, nous avons constaté que certains éléments de preuve, il est vrai limités, indiquaient qu'il apparaissait que conjointement avec les mises en garde sanitaires explicites agrandies introduites à la même date, les mesures TPP avaient eu une incidence négative sur le rapport entre les ventes en gros des cigarettes de prix élevé et les ventes en gros des cigarettes bon marché. Dans la mesure où il y a des raisons de penser que les mesures TPP, en particulier la suppression des éléments figuratifs sur les produits du tabac et leur emballage pour la vente au détail, auront une incidence plus forte sur l'attrait des produits du tabac pour les cigarettes haut de gamme, il est raisonnable de s'attendre à ce que la réduction du rapport entre les ventes en gros de cigarettes de prix élevé et les ventes en gros de cigarettes bon marché observée depuis l'entrée en vigueur des mesures TPP résulte au moins en partie du fonctionnement attendu des mesures TPP et, plus généralement, de leur effet sur la consommation de produits du tabac. Cela pourrait être le cas lorsqu'une partie importante de la valeur des produits haut de gamme repose sur la contribution de l'identification de la marque à l'établissement et au maintien d'associations positives et uniques comme moyen de différencier ces produits des produits concurrents.[5217] Nous ne sommes pas convaincus cependant que cette diminution de la consommation et des importations de produits du tabac haut de gamme soit exclusivement le résultat d'une "descente en gamme" comme les plaignants l'indiquent, c'est-à-dire d'un transfert de la consommation/des importations des produits haut de gamme vers des produits autres que haut de gamme. Premièrement, étant donné que la consommation globale de produits du tabac a diminué, une partie au moins de la baisse de la consommation de produits du tabac haut de gamme n'a pas été remplacée par la consommation de produits autres que haut de gamme. Deuxièmement et plus généralement, ainsi qu'il est expliqué dans l'appendice E, il apparaît que les segments de prix élevés et les segments meilleur marché ont évolué sur la base de tendances distinctes, avant même la mise en œuvre des mesures TPP.[5218]

7.2574. Enfin, nous notons que l'article 28 de la Loi TPP vise à préserver la capacité du titulaire d'une marque de la protéger et de l'enregistrer, et d'en maintenir l'enregistrement.[5219] La Loi TMA vise à permettre aux pouvoirs publics australiens, si nécessaire, de remédier rapidement à toute interaction non intentionnelle entre la Loi TPP et la Loi sur les marques.[5220] S'agissant des arguments des plaignants concernant les implications des mesures TPP pour d'autres dispositions de l'Accord sur les ADPIC qu'ils ont invoquées, nous les examinons dans le contexte de notre analyse relative à ces dispositions.

7.3.5.5.3.3 Raisons de l'adoption des mesures TPP

7.2575. Nous passons maintenant à l'examen des raisons pour lesquelles les prescriptions spéciales prévues dans les mesures TPP sont appliquées, y compris tous les intérêts sociétaux qu'elles sont censées sauvegarder, de façon à nous permettre d'examiner si ces raisons étayent suffisamment les entraves en résultant à l'usage de marques au cours d'opérations commerciales.

Principaux arguments des parties

7.2576. L'Australie fait valoir que la consommation de tabac constitue la première cause mondiale de maladies et de décès évitables et a été classée comme épidémie mondiale par la FCTC. La consommation de tabac est responsable du décès de près de 6 000 000 de personnes par an, dont 600 000 non-fumeurs exposés au tabagisme passif. Il n'y a pas de seuil au-dessous duquel la consommation de tabac ou l'exposition au tabagisme passif ou à la fumée de tabac ambiante seraient sans danger. La consommation de tabac est nocive pour pratiquement chaque organe du corps.[5221]

7.2577. L'Australie indique que la nicotine est le produit chimique présent dans le tabac qui provoque la dépendance. Tous les produits du tabac contiennent des quantités importantes de

[5216] Voir plus haut le paragraphe 7.1225.
[5217] Voir plus haut le paragraphe 7.1196.
[5218] Voir plus haut le paragraphe 7.1197.
[5219] Pour de plus amples renseignements, voir plus haut la section 2.1.2.5.
[5220] Pour de plus amples renseignements, voir plus haut la section 2.1.2.8.
[5221] Australie, première communication écrite, paragraphe 23.

nicotine; les cigarettes sont particulièrement efficaces dans la distribution de nicotine. Les propriétés dépendogènes de la nicotine sont décisives dans le passage de l'expérimentation au tabagisme durable chez les fumeurs et pour le maintien du tabagisme chez la majorité des fumeurs qui souhaitent arrêter de fumer. Les statistiques indiquent que 95% de toutes les tentatives de sevrage sont infructueuses, tant est forte l'emprise de la dépendance nicotinique.[5222]

7.2578. L'Australie note que le tabac est "un produit unique, fortement dépendogène et mortel", et "le seul produit de consommation licite qui tue la moitié de ses consommateurs à long terme lorsqu'il est consommé exactement tel qu'il est conçu par le fabricant, et jusqu'à deux fumeurs australiens sur trois". Selon un avis scientifique faisant autorité, le tabagisme est la cause de nombreuses formes de cancer (poumon, larynx, lèvre, langue, bouche, pharynx, œsophage, pancréas, vessie, rein, col de l'utérus, estomac, leucémie myéloïde aigüe, cancer du foie et cancer des voies urinaires), d'accidents vasculaires cérébraux, d'artériopathies oblitérantes des membres inférieurs, de bronchopneumopathies chroniques obstructives, de plusieurs maladies cardiovasculaires graves, de toutes sortes de maladies et troubles respiratoires et d'autres types de maladies. En outre, toujours selon un avis scientifique faisant autorité, l'inhalation involontaire de tabac ("tabagisme passif") "est la cause de décès prématurés et de maladies chez des enfants et des adultes qui ne fument pas", y compris le cancer du poumon, les cardiopathies coronariennes et le syndrome de la mort subite du nourrisson (MSN). La fumée des cigares, comme celle des cigarettes, contient des produits chimiques toxiques et pouvant causer un cancer qui sont nocifs à la fois pour les fumeurs et pour les non-fumeurs. Toutefois, ces substances sont présentes en quantités beaucoup plus élevées dans la fumée des cigares. Il y a un lien de causalité entre la consommation de cigares et le cancer, les maladies cardiovasculaires et les pneumopathies chroniques.[5223]

7.2579. L'Australie explique que l'OMS estime que si les tendances actuelles se poursuivent, le nombre de décès annuels dans le monde dus à la consommation de tabac pourrait s'élever à plus de 8 millions d'ici à 2030. Cette épidémie mondiale de tabagisme affecte tous les Membres de l'OMC. L'Australie note dans que, dans leur communication d'*amici*, l'OMS et le Secrétariat de la FCTC soulignent les effets sanitaires, sociaux, environnementaux et économiques considérables de la consommation de tabac et de l'exposition à la fumée du tabac, et indiquent clairement que ces effets "ont une incidence particulièrement grave sur les pays en développement". La consommation de tabac est le seul facteur de risque commun à l'ensemble des quatre principales maladies non transmissibles (maladies cardiovasculaires, cancers, maladies respiratoires chroniques et diabète). La contribution des maladies non transmissibles à la mortalité et à la morbidité est la plus concentrée dans les pays les plus pauvres du monde. Les maladies liées au tabac ont un impact significatif sur les populations pauvres et économiquement vulnérables, et imposent des tensions sociales et économiques croissantes sur les pouvoirs publics contraints de dépenser des sommes plus importantes pour aider à faire face au coût de la morbidité causé par la consommation de tabac. L'effet de la consommation de tabac sur les pays en développement est tellement grave que les Nations Unies ont identifié la mise en œuvre de la FCTC comme un objectif de développement durable pour le Programme de développement pour l'après-2015.[5224]

7.2580. En Australie, la consommation de tabac reste l'une des premières causes de maladies et de décès prématurés évitables. Les estimations de la mortalité annuelle imputable au tabagisme en Australie depuis 2000 ont "varié d'environ 15 000 décès à environ 20 000, les différences s'expliquant par la méthode employée." Jusqu'à deux fumeurs australiens sur trois mourront prématurément d'une maladie liée au tabagisme. Les conséquences délétères de la consommation de tabac sont ressenties de manière disproportionnée par les communautés défavorisées et, en Australie, la probabilité qu'une maladie mentale soit diagnostiquée ou traitée est deux fois plus grande chez les fumeurs que chez les non-fumeurs. Le tabagisme est responsable de 12,1% du coût total de la morbidité et de 20% des décès parmi les populations aborigènes et les habitants des îles du Détroit de Torres. Bien que les taux de prévalence du tabagisme en Australie continuent de diminuer, on s'attend à ce que les coûts sociaux et économiques de la consommation de tabac en Australie, estimés à 31,5 milliards de dollars australiens en 2004,

[5222] Australie, première communication écrite, paragraphes 24 à 27.
[5223] Australie, première communication écrite, paragraphes 1 et 28 à 30.
[5224] Australie, première communication écrite, paragraphes 31 à 33 (citant OMS/FCTC, mémoire d'*amici curiae* (pièce AUS-42, (révisée)), paragraphe 5).

continuent d'augmenter car les maladies et les effets sur la santé qu'entraîne la consommation de tabac peuvent mettre plusieurs années à se manifester.[5225]

7.2581. L'Australie indique qu'en donnant effet à ses obligations au titre de la FCTC, le gouvernement australien a introduit les mesures TPP pour améliorer la santé publique des citoyens australiens. Elle ajoute que "[c]ette décision a été prise dans le contexte de l'éventail global de mesures de lutte antitabac australiennes, y compris les interdictions de publicité et de promotion, les mesures relatives aux droits d'accise, les mises en garde sanitaires explicites et les investissements dans des initiatives antitabac".[5226]

7.2582. Le Honduras allègue que le présent différend "ne porte pas sur la question de savoir si le tabagisme est dangereux ou s'il nuit à la santé de nombreux individus en Australie et dans le monde – dans les deux cas, la réponse est affirmative". Il explique qu'il a lui-même mis en œuvre des mesures globales concernant la réglementation du tabac, et partage l'objectif de l'Australie de réduire la prévalence du tabagisme et la consommation de tabac.[5227] Il ajoute que "[t]ous les Membres de l'OMC peuvent, et doivent, promouvoir leurs objectifs en matière de santé dans le cadre d'engagements juridiques acceptés à la fin du Cycle d'Uruguay".[5228] Il souligne que le Honduras est, et restera, une partie très active à la FCTC et appuie pleinement l'appel de la FCTC, tel qu'il est énoncé dans son paragraphe 4.3, à "établir et mettre en œuvre des programmes de lutte antitabac efficaces, tenant compte des facteurs culturels locaux ainsi que de facteurs sociaux, économiques, politiques et juridiques".[5229] À son avis, "[l]a question dont le Groupe spécial est saisi est celle de savoir si la simple invocation de la protection de la santé publique, sans plus, constitue une base suffisante permettant à un Membre de ne pas tenir compte de ses engagements multilatéraux contraignants".[5230]

7.2583. La République dominicaine souligne qu'elle partage l'objectif de l'Australie de réduire la prévalence du tabagisme. Elle ajoute que "[l]a nécessité d'une lutte antitabac efficace n'est … pas en question. … [L]es conséquences pour la santé et les coûts sociaux corollaires de la consommation de tabac sont considérables, et chaque gouvernement a le droit – et l'obligation – d'adopter des mesures de lutte antitabac qui améliorent la santé publique." Elle indique que, "[c]omme l'Australie, la République dominicaine attache une grande importance aux fins réglementaires de la lutte antitabac. Toutefois, les fins poursuivies ne sont pas suffisantes en soi pour justifier une intervention affectant les intérêts commerciaux et en matière de PI protégés."[5231] Elle ajoute que "[l]a République dominicaine ne conteste pas le droit de tout Membre de l'OMC de prendre des mesures de santé publique *efficaces*. [Elle] n'allèg[ue] pas non plus que le développement économique de la République dominicaine devrait se faire au détriment de la promotion de la santé publique par un autre gouvernement."[5232]

7.2584. Cuba explique que l'un des principaux objectifs de la politique de l'État et du gouvernement cubain est l'amélioration constante du niveau sanitaire et de la qualité de vie de la population cubaine, ce qui est exprimé irréfutablement dans sa Constitution, la Loi sur la santé publique et de nombreuses dispositions qui font partie de son système juridique. L'importance attachée par le gouvernement cubain à la santé publique est indéniable. L'amélioration constante de ses indicateurs de santé est un objectif permanent de la politique cubaine de santé publique. Cuba fait valoir que "chaque pays a le droit souverain et la responsabilité au premier chef de mettre en œuvre des mesures visant à préserver la santé de sa population, mais … ce faisant, il doit se conformer aux engagements contractés multilatéralement, en plus de tenir compte adéquatement des implications socioéconomiques de ces mesures pour les petites économies en développement vulnérables, avant leur mise en œuvre".[5233]

[5225] Australie, première communication écrite, paragraphes 34 et 35. Voir aussi *ibid*., paragraphe 1; et Australie, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 2 à 7.

[5226] Australie, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 8.

[5227] Honduras, première communication écrite, paragraphes 1 et 2. (souligné dans l'original)

[5228] Honduras, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 2.

[5229] Honduras, déclaration finale à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 3.

[5230] Honduras, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 2.

[5231] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 138, 139 et 143.

[5232] République dominicaine, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 4. (italique dans l'original)

[5233] Cuba, déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 2 à 4.

7.2585. L'Indonésie fait valoir que l'OMC accorde une grande latitude à ses Membres pour poursuivre des objectifs légitimes de politique générale publique tels que la prévention du tabagisme. En conséquence, aucun des plaignants ne conteste le droit de l'Australie de restreindre la publicité des produits du tabac, ni ses prescriptions en matière d'étiquetage, ses restrictions au point de vente et ses mises en garde sanitaires obligatoires, et les nombreuses autres mesures prises par l'Australie pour réduire la consommation de produits du tabac et diminuer les taux de prévalence du tabagisme à l'intérieur de ses frontières.[5234] L'Indonésie souligne que "[p]ersonne, et certainement pas le gouvernement indonésien … ne nie les effets tragiques du tabagisme. Comme l'Australie l'a rappelé au Groupe spécial à de nombreuses occasions, la consommation de tabac est la "première cause mondiale de maladies et de décès évitables, causant le décès de près de 6 000 000 de personnes par an"."[5235] Elle ajoute que "[l]es effets nocifs causés par la consommation de tabac sont quelque chose que toutes les nations devraient traiter. Toutefois, le simple fait que la consommation de tabac est mauvaise ne signifie pas que toute forme de lutte antitabac est bonne." À son avis, les mesures TPP "ne fonctionnent pas et ne justifient certainement pas la rupture radicale de l'Australie par rapport à la protection des marques et de la propriété intellectuelle en place depuis plusieurs décennies".[5236]

Analyse du Groupe spécial

7.2586. Nous rappelons que, dans le contexte de notre analyse des allégations des plaignants au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, nous avons conclu que nous considérions que l'objectif recherché par l'Australie au moyen des mesures TPP était d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits.[5237] Les prescriptions TPP relatives à la marque font partie intégrante de l'ensemble des mesures TPP, qui incluent aussi l'uniformisation d'autres éléments de l'apparence de l'emballage et des produits du tabac. Notre analyse dans le contexte de l'article 2.2 de l'Accord OTC a couvert à la fois les prescriptions relatives à la marque et d'autres prescriptions des mesures TPP. Elle est donc également pertinente pour déterminer la préoccupation de politique générale fondamentale à laquelle répondent les prescriptions relatives à la marque des mesures TPP, aux fins de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC. Par conséquent, nous considérons que, aux fins de l'article 20, la raison pour laquelle l'Australie applique les prescriptions relatives à la marque, comme partie intégrante des mesures TPP, est l'amélioration de la santé publique par la réduction de la consommation de produits du tabac et de l'exposition à ces produits.

7.2587. Nous notons que les parties sont d'accord sur l'importance de la santé publique comme préoccupation de politique générale. Elles conviennent aussi de l'importance de mesures de lutte antitabac efficaces pour réduire la charge en termes de santé publique résultant de la consommation de tabac. Nous rappelons également que l'Organe d'appel a reconnu que la protection de la vie et de la santé des personnes était une valeur "à la fois vitale et importante au plus haut point".[5238]

7.2588. S'agissant de l'Accord sur les ADPIC en particulier, nous avons noté précédemment que son article 8:1 donnait des éclaircissements sur les types d'intérêts sociétaux qui pouvaient servir de base à la justification de mesures au titre des termes spécifiques de l'article 20, et reconnaissait expressément que la santé publique était un de ces intérêts sociétaux.[5239] Le paragraphe 5 de la Déclaration de Doha nous invite à lire "chaque disposition de l'Accord sur les ADPIC" à la lumière de l'objet et du but de l'Accord tels qu'ils sont exprimés, en particulier, dans ses objectifs et principes, ce qui inclut l'article 8.[5240] Les Membres de l'OMC ont également souligné que la santé publique était une préoccupation de politique générale légitime importante au paragraphe 4 de la Déclaration de Doha.[5241]

[5234] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 6.
[5235] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 2 (faisant référence à Australie, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 3).
[5236] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphes 2 et 3. (notes de bas de page omises)
[5237] Voir plus haut le paragraphe 7.232.
[5238] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante,* paragraphe 172.
[5239] Voir plus haut le paragraphe 7.2406.
[5240] Voir plus haut le paragraphe 7.2408.
[5241] Le paragraphe 4 de la Déclaration de Doha se lit comme suit:

7.2589. Nous notons en outre l'explication de l'Australie selon laquelle la décision d'introduire les mesures TPP a été prise dans le contexte d'un éventail global de mesures de lutte antitabac, y compris des interdictions de publicité et de promotion, des droits d'accise, des mises en garde sanitaires explicites et des investissements dans des initiatives antitabac. Nous notons aussi la référence qui est faite, dans la Loi TPP et son exposé des motifs, à l'intention de l'Australie de donner effet à certaines obligations dans le cadre de la FCTC en adoptant les mesures TPP, ainsi que les explications de l'Australie quant à la façon dont les mesures TPP reflètent les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC.[5242] S'agissant des objectifs de santé publique de la FCTC, nous notons que le préambule de la FCTC reconnaît que la "propagation de l'épidémie de tabagisme est un problème mondial aux conséquences sérieuses pour la santé publique qui appelle la coopération internationale la plus large possible et la participation de tous les pays à une action internationale efficace, adaptée et globale".[5243]

7.3.5.5.3.4 Question de savoir si les raisons de l'application des prescriptions relatives à la marque des mesures TPP étayent suffisamment l'entrave en résultant

7.2590. Ayant identifié la nature et l'étendue des entraves à l'usage de marques découlant des prescriptions relatives à la marque des mesures TPP, et les raisons pour lesquelles ces prescriptions sont appliquées, nous examinons maintenant si ces raisons étayent suffisamment les entraves en résultant.

7.2591. À cette fin, nous devons évaluer les préoccupations de santé publique qui sous-tendent les prescriptions TPP relatives à la marque au regard de leurs implications sur l'usage de marques au cours d'opérations commerciales, compte tenu de la nature et de l'étendue des entraves en cause que nous avons décrites plus haut.

7.2592. Nous notons tout d'abord qu'il n'est pas contesté que les motifs pour lesquels les prescriptions spéciales concernant l'usage de marques au cours d'opérations commerciales prévues dans les mesures TPP sont appliquées répondent à un problème de santé national et mondial exceptionnellement grave impliquant un niveau élevé de maladies et de décès évitables. Le fait que ces prescriptions spéciales, dans le cadre de l'ensemble des mesures TPP et en combinaison avec d'autres mesures de lutte antitabac maintenues par l'Australie, peuvent contribuer, et contribuent effectivement, à l'objectif de l'Australie d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac, et l'exposition à ces produits, donne à penser que les raisons pour lesquelles ces prescriptions spéciales sont appliquées étayent suffisamment l'application des entraves en résultant à l'usage de marques.

7.2593. Spécifiquement, nous rappelons les constatations que nous avons formulées plus haut, sur la base des éléments de preuve qui nous ont été présentés, selon lesquelles la suppression des caractéristiques de conception sur l'emballage pour la vente au détail et les cigarettes était à même de réduire l'attrait des produits du tabac et d'accroître l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites. Il est essentiel pour cette approche que l'usage de certains éléments et signes figuratifs, y compris ceux qui font l'objet de la protection comme marques, soit restreint dans le cadre de l'uniformisation globale de l'emballage pour la vente au détail et des produits eux-mêmes (cigarettes et cigares). Cette conception globale des mesures TPP, dont les prescriptions relatives à la marque font partie intégrante, étaye la conclusion selon laquelle les raisons de leur adoption étayent suffisamment ces prescriptions, et selon laquelle celles-ci ne sont donc pas appliquées "de manière injustifiable".

Nous convenons que l'Accord sur les ADPIC n'empêche pas et ne devrait pas empêcher les Membres de prendre des mesures pour protéger la santé publique. En conséquence, tout en réitérant notre attachement à l'Accord sur les ADPIC, nous affirmons que ledit accord peut et devrait être interprété et mis en œuvre d'une manière qui appuie le droit des Membres de l'OMC de protéger la santé publique et, en particulier, de promouvoir l'accès de tous aux médicaments.

À ce sujet, nous réaffirmons le droit des Membres de l'OMC de recourir pleinement aux dispositions de l'Accord sur les ADPIC, qui ménagent une flexibilité à cet effet.

[5242] Australie, première communication écrite, paragraphes 140 et 141. Voir aussi l'exposé des motifs concernant le projet de loi TPP (pièces AUS-2 et JE-7), page 2.

[5243] FCTC (pièces AUS-44 et JE-19), préambule, deuxième considérant.

7.2594. Nous observons en outre que l'uniformité de ces éléments fait également partie intégrante de l'approche sous-tendant les mesures TPP, y compris ses prescriptions relatives à la marque. Nous rappelons que, dans le contexte de l'analyse des mesures de rechange proposées par les plaignants au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, nous avons observé que tout mécanisme de contrôle préalable impliquerait l'introduction d'un pouvoir administratif discrétionnaire et la possibilité d'autoriser certains éléments de l'emballage du tabac qui auraient des incidences contraires à l'objectif des mesures TPP.[5244] Un mécanisme de contrôle préalable introduirait une possibilité, qui n'existe pas dans le cadre des mesures TPP, d'avoir une différenciation et des éléments d'emballage qui pourraient avoir comme résultat un attrait plus grand chez les consommateurs, une probabilité d'induire en erreur ou aurait pour effet de détourner l'attention des mises en garde sanitaires explicites. Dans la mesure où cette possibilité se réaliserait dans le cadre d'un mécanisme de contrôle préalable, nous avons considéré que cela se traduirait par un moindre degré de contribution que celui qui est apporté par les mesures TPP.[5245] Ces observations étayent la prémisse australienne sous-tendant l'emballage uniformisé décrite plus haut. De par leur conception, les prescriptions TPP relatives à la marque ne sont donc pas censées viser les marques individuelles et leurs éléments spécifiques, mais contribuer, en tant que partie intégrante des mesures TPP, à une uniformisation globale de l'apparence de l'emballage du tabac et des produits du tabac. Les plaignants n'ont pas démontré que cette uniformisation des éléments dans le cadre de la conception globale des mesures TPP serait injustifiable. À la lumière de ce contexte, nous ne sommes pas convaincus que l'absence d'évaluation individualisée de marques ou d'attributs de marques individuels, en soi, rend les entraves à l'usage de marques résultant des mesures TPP "injustifiables" au titre de l'article 20.

7.2595. Nous rappelons que les Directives concernant l'article 11 de la FCTC prévoient que les parties à la FCTC "devraient envisager d'adopter des mesures visant à limiter ou interdire l'utilisation de logos, de couleurs, d'images de marque ou de textes promotionnels sur les conditionnements hormis le nom de la marque et celui du nom du produit imprimés avec des caractères normaux et dans une couleur standardisée (conditionnement neutre)".[5246] De même, les Directives concernant l'article 13 de la FCTC recommandent que les parties à la FCTC "envisage[nt] d'adopter des exigences concernant un conditionnement neutre pour éliminer l'effet de la publicité ou de la promotion sur le conditionnement".[5247] Les Directives décrivent les éléments types de l'emballage neutre comme n'incluant rien d'autre qu'un nom de marque ou de produit, sans logo ou autre caractéristique, en utilisant des caractères de type et de dimension prescrits.[5248]

7.2596. Nous notons la référence faite dans la Loi TPP et son exposé des motifs à l'intention de l'Australie de donner effet à certaines obligations dans le cadre de la FCTC par l'adoption des mesures TPP.[5249] À notre avis, l'importance des raisons de santé publique pour lesquelles les

[5244] Voir plus haut le paragraphe 7.1680.

[5245] Voir plus haut le paragraphe 7.1680.

[5246] Directives concernant l'article 11 de la FCTC, FCTC/COP/3(10) (pièce JE-20), Annexe, paragraphe 46. Ce paragraphe dispose en outre que cette limitation ou interdiction "pourrait conférer plus de relief et d'efficacité aux mises en garde sanitaires et aux messages, en empêchant que la forme de conditionnement ne détourne l'attention des consommateurs et en faisant échec aux techniques de design employées par l'industrie du tabac pour tenter de faire croire que certains produits sont moins nocifs que d'autres". *Ibid*.

[5247] Directives concernant l'article 13 de la FCTC, FCTC/COP/3(12) (pièce JE-21), Annexe, "*Recommandation*" suivant le paragraphe 17.

[5248] Le paragraphe 16 des Directives concernant l'article 13 de la FCTC dispose comme suit:

> L'effet de la publicité ou de la promotion sur le conditionnement peut être éliminé en exigeant un conditionnement neutre: noir et blanc ou deux autres couleurs contrastées selon les prescriptions des autorités nationales; rien d'autre qu'un nom de marque, un nom de produit et/ou de fabricant, une adresse et la quantité de produit dans le conditionnement, sans logo ni caractéristique en dehors des mises en garde sanitaires, des vignettes fiscales et d'autres informations ou marques requises par les autorités; l'utilisation de caractères de type et de dimension prescrits; et une forme, une taille et des matériels types. Il ne doit pas y avoir de publicité ou de promotion à l'intérieur du conditionnement ou liée au conditionnement ni sur des cigarettes individuelles ou d'autres produits du tabac.

Directives concernant l'article 13 de la FCTC, FCTC/COP/3(10) (pièce JE-21), Annexe, paragraphe 16.

[5249] Loi TPP (pièces AUS-1 et JE-1), article 3 1) b); et exposé des motifs concernant le projet de loi TPP (pièces AUS-2 et JE-7), page 2.

prescriptions spéciales relatives à la marque des mesures TPP sont appliquées est aussi renforcée par le fait que l'Australie poursuit son objectif national de santé publique en conformité avec ses engagements au titre de la FCTC, qui "a été élaborée à la suite de la mondialisation de l'épidémie de tabagisme"[5250] et a été ratifiée par 180 pays.[5251]

7.2597. Le Honduras, la République dominicaine et Cuba font valoir que le critère juridique à appliquer pour évaluer si des prescriptions spéciales entravent "de manière injustifiable" l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales devrait inclure un examen de la question de savoir si "on aurait pu déployer une mesure de rechange apportant une contribution équivalente, tout en imposant une entrave moindre, ou en n'imposant aucune entrave, à l'usage des marques".[5252] L'Australie soutient que le sens ordinaire de l'expression "de manière injustifiable" n'étaye pas l'affirmation des plaignants selon laquelle l'expression exige un examen de la question de savoir si l'entrave est la "moins restrictive" possible à la lumière des "solutions de rechange raisonnablement disponibles".[5253] Nous rappelons la constatation que nous avons formulée au paragraphe 7.2430 selon laquelle une détermination du point de savoir si l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales est entravé "de manière injustifiable" par des prescriptions spéciales devrait comporter un examen i) de la nature et de l'étendue de l'entrave résultant des prescriptions spéciales, ii) des raisons pour lesquelles les prescriptions spéciales sont appliquées, y compris tous les intérêts sociétaux qu'elles sont censées sauvegarder; et iii) du point de savoir si ces raisons étayent suffisamment l'entrave en résultant.

7.2598. À notre avis, l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20 offre une certaine latitude à un Membre pour choisir une intervention visant à répondre à un objectif de politique générale, qui peut avoir une certaine incidence sur l'usage de marques au cours d'opérations commerciales, dès lors que les raisons étayent suffisamment toute entrave en résultant. Toutefois, cela ne signifie pas que la disponibilité d'une mesure de rechange qui comporte une entrave moindre à l'usage de marques, ou qui n'en comporte aucune, ne pourrait pas éclairer une évaluation de la question de savoir si les raisons pour lesquelles les prescriptions spéciales sont appliquées étayent suffisamment l'entrave en résultant. Nous n'excluons pas la possibilité que la disponibilité d'une mesure de rechange puisse, dans les circonstances d'une affaire donnée, remettre en cause les raisons qu'un défendeur aurait données pour l'adoption d'une mesure contestée au titre de l'article 20. Cela pourrait être le cas en particulier si une solution de rechange facilement disponible conduisait à des résultats au moins équivalents en ce qui concerne l'objectif de politique générale de la mesure contestée, remettant ainsi en cause la question de savoir si les raisons indiquées étayent suffisamment toutes entraves à l'usage de marques résultant de la mesure.

7.2599. Le Honduras, la République dominicaine et Cuba font référence, dans le contexte de leurs allégations au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, aux mêmes quatre mesures qu'au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, comme constituant potentiellement des solutions de rechange valables aux prescriptions relatives à la marque des mesures TPP.[5254] Il s'agit i) d'une augmentation des taxes sur les produits du tabac; ii) d'un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat de produits du tabac; iii) d'une amélioration des campagnes de marketing social antitabac; et iv) de la création d'un mécanisme de contrôle préalable pour l'emballage du tabac. Trois de ces

[5250] FCTC (pièces AUS-44 et JE-19), avant-propos.

[5251] Voir aussi plus haut le paragraphe 2.97 et la note de bas de page 908.

[5252] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 390 (souligné omis). Le Honduras fait valoir que les mesures TPP "sont plus restrictives pour les marques que nécessaire, étant donné que … des *solutions de rechange moins restrictives pour les marques* sont disponibles pour l'Australie qui ont un effet au moins équivalent". Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 320 (pas d'italique dans l'original). Cuba fait valoir qu'une prescription spéciale devrait être considérée comme injustifiable s'"il existe des mesures de rechange qui n'entravent pas l'usage de marques (ou qui entraveraient l'usage de marques à un degré moindre) qui atteignent l'objectif légitime que l'on cherche à atteindre dans une mesure équivalente (ou plus grande)". Cuba, première communication écrite, paragraphe 319.

[5253] Australie, première communication écrite, paragraphe 397.

[5254] Honduras, première communication écrite, paragraphes 565 à 642; République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 736 à 832; et Cuba, première communication écrite, paragraphes 356 à 362. Les plaignants estiment que l'examen par le Groupe spécial de solutions de rechange moins restrictives qu'ils ont proposées est requis uniquement si, à la suite de son évaluation des éléments de preuve en l'espèce, il détermine que les restrictions TPP apportent une contribution à la réalisation de l'objectif de l'Australie. Voir Honduras, première communication écrite, paragraphe 566; République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 737; et Cuba, première communication écrite, paragraphe 356.

solutions de rechange ne comporteraient aucune entrave à l'usage de marques, tandis qu'un mécanisme de contrôle préalable comporterait également des entraves à l'usage de marques.

7.2600. Nous rappelons que nous avons analysé ces solutions de rechange en détail plus haut dans la section 7.2.5.6, dans le contexte de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Dans ce contexte, nous avons constaté, entre autres choses, qu'aucune de ces mesures de rechange ne serait à même d'apporter une contribution à l'objectif de l'Australie équivalente à celle des mesures TPP. À notre avis, cette analyse est également pertinente pour notre examen de la question de savoir si la disponibilité de ces mesures remet en cause le caractère justifiable des prescriptions relatives à la marque des mesures TPP aux fins des allégations au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC.

7.2601. À la lumière de ces constatations antérieures au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, nous concluons aux fins de notre analyse au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC que les plaignants n'ont pas montré que l'une quelconque des mesures de rechange proposées, prises séparément ou conjointement, contribuerait manifestement mieux à l'objectif de santé publique de l'Australie,fonctionnant d'une manière comparable aux mesures TPP comme partie intégrante des politiques globales de lutte antitabac de l'Australie et au niveau souhaité par celle-ci. À la lumière de notre analyse au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, nous ne sommes pas convaincus que les solutions de rechange proposées remettent en cause le caractère suffisant des raisons que l'Australie a données pour les restrictions TPP relatives à la marque, compte tenu de la contribution apportée par les mesures TPP, y compris leurs prescriptions relatives à la marque, dans le cadre de ses politiques globales de lutte antitabac, à l'objectif de l'Australie d'améliorer la santé publique.

7.2602. L'une des mesures de rechange proposées, la création d'un mécanisme de contrôle préalable, comporterait une évaluation d'éléments individuels de marques individuelles.[5255] Comme nous l'avons vu plus haut, les plaignants considèrent que l'article 20 exige cette évaluation individuelle de marques et de leurs attributs.[5256] Ils font également valoir que, même si le Groupe spécial devait ne pas être d'accord, le contrôle préalable représenterait une façon moins restrictive d'obtenir les mêmes résultats que les mesures TPP.[5257]

7.2603. Nous rappelons la constatation que nous avons formulée au paragraphe 7.2505 selon laquelle l'article 20 n'exige pas que le caractère injustifiable des prescriptions spéciales au titre de cet article soit évalué dans tous les cas en ce qui concerne des marques individuelles et leurs attributs spécifiques. S'agissant des mesures TPP en particulier, nous avons constaté plus haut au paragraphe 7.2594 que les plaignants n'avaient pas démontré que les prescriptions relatives à la marque des mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 20, au motif qu'elles ne prévoyaient pas une évaluation individuelle des marques et de leurs attributs spécifiques. Dans le contexte de notre analyse, nous avons observé que les prescriptions TPP relatives à la marque n'étaient pas conçues pour traiter les marques individuelles et leurs attributs spécifiques, mais pour contribuer, en tant que partie intégrante des mesures TPP, à la politique globale d'uniformisation de l'apparence de l'emballage et des produits.[5258] Cela est aussi censé contribuer à l'objectif des mesures TPP d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits. Nous rappelons en outre que, dans le contexte de notre analyse des allégations au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, nous avons décrit les lacunes potentielles d'un mécanisme de contrôle préalable qui introduiraient la possibilité d'une moindre réalisation de l'objectif de l'Australie d'une manière qui empêcherait l'Australie de poursuivre son objectif légitime de santé publique au niveau qu'elle considère approprié.[5259] Comme nous avons constaté que l'Australie n'était pas tenue de procéder à une évaluation individuelle des marques et de leurs attributs dans les circonstances de la présente affaire, nous ne considérons pas que la disponibilité d'un mécanisme de contrôle préalable, qui constitue essentiellement une méthode particulière de procéder à cette évaluation, remettrait en

[5255] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 799.
[5256] Voir plus haut la section "Principaux arguments des parties" dans la section 7.3.5.5.2.2.
[5257] Honduras, première communication écrite, paragraphe 625; République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 801; et Cuba, première communication écrite, paragraphe 358.
[5258] Voir plus haut le paragraphe 7.2594.
[5259] Voir plus haut la section 7.2.5.6.5.5. S'agissant des allégations au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, nous avons constaté plus haut au paragraphe 7.1715 que les plaignants n'avaient pas démontré que leur mesure de rechange proposée consistant en un mécanisme de contrôle préalable pour l'emballage du tabac apporterait une contribution équivalente à l'objectif de l'Australie, compte tenu de la nature de l'objectif et des risques que la non-réalisation entraînerait.

cause le point de savoir si les raisons de santé publique indiquées des prescriptions spéciales concernant l'usage de marques étayent suffisamment les entraves résultant des restrictions TPP relatives à la marque.

7.2604. Globalement, nous ne sommes pas convaincus que les plaignants ont démontré que l'Australie avait outrepassé la latitude dont elle disposait au titre de l'article 20 de choisir une intervention des pouvoirs publics appropriée pour répondre à ses préoccupations de santé publique en relation avec les produits du tabac, en imposant certaines prescriptions spéciales au titre des mesures TPP qui entravent l'usage de marques au cours d'opérations commerciales. Tout en reconnaissant que les marques ont une valeur économique substantielle et que les prescriptions spéciales ont une vaste portée pour ce qui est des possibilités des titulaires des marques d'extraire une valeur économique de l'usage des éléments figuratifs ou stylisés des marques, nous notons que les mesures TPP, y compris leurs restrictions concernant les marques, font partie intégrante des politiques globales de lutte antitabac de l'Australie, et sont conçues pour compléter les mesures préexistantes. Comme il est noté plus haut, le fait que les prescriptions spéciales, dans le cadre de l'ensemble des mesures TPP et en combinaison avec d'autres mesures de lutte antitabac maintenues par l'Australie, peuvent contribuer, et contribuent effectivement, à l'objectif de l'Australie d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac, et l'exposition à ces produits, donne à penser que les raisons pour lesquelles ces prescriptions spéciales sont appliquées étayent suffisamment l'application des entraves en résultant à l'usage de marques. Nous notons en outre que l'Australie, même si elle a été le premier pays à mettre en œuvre l'emballage neutre du tabac, a poursuivi son objectif national pertinent de santé publique en conformité avec les politiques multilatérales de santé publique émergentes dans le domaine de la lutte antitabac telles qu'elles ressortent de la FCTC et des travaux menés sous ses auspices, y compris les Directives concernant l'article 11 et l'article 13 de la FCTC.

7.2605. Compte tenu de ce qui précède, nous concluons que les plaignants n'ont pas démontré que les prescriptions relatives à la marque des mesures TPP entravaient de manière injustifiable l'usage de marques au cours d'opérations commerciales au sens de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC.

7.3.5.6 Conclusion générale

7.2606. Compte tenu de ce qui précède, nous constatons que les plaignants n'ont pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC.

7.3.6 Article 10*bis* de la Convention de Paris (1967), tel qu'incorporé par l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC

7.3.6.1 Introduction

7.2607. Nous allons maintenant examiner les allégations des plaignants au titre de l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967), paragraphes 1, 3 1) et 3 3), qui concerne la répression de la concurrence déloyale.

7.2608. Le paragraphe 1 de l'article 2 de l'Accord sur les ADPIC, intitulé "Conventions relatives à la propriété intellectuelle", est libellé comme suit:

> Pour ce qui est des Parties II, III et IV du présent accord, les Membres se conformeront aux articles premier à 12 et à l'article 19 de la Convention de Paris (1967).

7.2609. L'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967) est libellé comme suit:

> 1) Les pays de l'Union sont tenus d'assurer aux ressortissants de l'Union une protection effective contre la concurrence déloyale.
>
> 2) Constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale.

3) Notamment devront être interdits:

1. tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent;

2. les allégations fausses, dans l'exercice du commerce, de nature à discréditer l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent;

3. les indications ou allégations dont l'usage, dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la quantité des marchandises.

7.2610. Les plaignants allèguent que les mesures TPP sont incompatibles avec l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967).

7.2611. L'Australie demande au Groupe spécial de rejeter ces allégations dans leur intégralité.

7.2612. Les parties ne sont pas d'accord sur la question de savoir si l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967), tel qu'il est incorporé dans l'Accord sur les ADPIC par une référence figurant à l'article 2:1 de cet accord, vise à la fois les prescriptions énoncées dans les mesures TPP qui affectent l'usage des marques, IG et autres catégories de droits de propriété intellectuelle sur l'emballage pour la vente au détail de tabac et sur les produits du tabac ("prescriptions relatives à la marque") et les prescriptions qui concernent d'autres caractéristiques physiques de l'emballage pour la vente au détail de tabac et des produits du tabac ("prescriptions relatives au format"). Nous examinerons donc d'abord le champ de l'incorporation de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967) par le biais de l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC.

7.2613. Nous nous pencherons ensuite sur l'interprétation de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967), avant d'examiner les allégations des plaignants selon lesquelles les mesures TPP sont incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre des paragraphes 1, 3 1) et 3 3) de cet article tel qu'incorporé dans l'Accord sur les ADPIC.

7.3.6.2 Champ de l'incorporation de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967) par le biais de l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC

7.2614. Les plaignants considèrent que l'article 10*bis*, tel qu'il est incorporé par référence dans l'Accord sur les ADPIC par le biais de l'article 2:1 de cet accord, s'applique à la fois aux prescriptions relatives à la marque et aux prescriptions relatives au format des mesures TPP.[5260] L'Australie considère cependant que, "si l'article 10*bis* pouvait s'appliquer à la mesure concernant l'emballage neutre du tabac (contrairement au point de vue de l'Australie), il s'appliquerait uniquement en ce qui concerne les "prescriptions relatives à la marque" qui font l'objet des Parties II, III et IV de l'Accord sur les ADPIC".[5261]

7.2615. Nous examinons donc d'abord le champ d'application de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967) pris conjointement avec l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC.

7.3.6.2.1 Principaux arguments des parties

7.2616. En ce qui concerne les termes "[p]our ce qui est des Parties II, III et IV du présent accord" figurant à l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC, le Honduras et Cuba (par référence à la réponse du Honduras) notent que la Partie II couvre sept domaines des droits de propriété intellectuelle et que l'article 15:1 de l'Accord fait référence à tout "signe" propre à distinguer les produits. Ils estiment que la référence générale à "tout signe" protège les mots, logos, combinaisons de couleurs, formes et contours distinctifs, etc. Par conséquent, une forme pourrait

[5260] Honduras, réponse à la question n° 16 du Groupe spécial; République dominicaine, réponse à la question n° 16 du Groupe spécial; Cuba, réponse à la question n° 16 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial) (approuvant la réponse du Honduras à la question); et Indonésie, réponse à la question n° 16 du Groupe spécial.

[5261] Australie, réponse à la question n° 16 du Groupe spécial.

être une marque. "Les prescriptions relatives au format ont une influence réelle ou potentielle sur plusieurs catégories de droits de propriété intellectuelle visées dans la Partie II, à savoir: les marques, les dessins et modèles industriels et les brevets. Par exemple, l'emballage des cigarettes, y compris un emballage en carton pourvu d'un couvercle à rabat, a fait l'objet d'enregistrements de marques, de dessins et modèles industriels et de brevets en Australie".[5262]

7.2617. La République dominicaine et l'Indonésie sont d'avis que la référence qui est faite à l'article 2:1 à certaines parties de l'Accord sur les ADPIC ne limite pas les obligations des Membres de l'OMC au titre des articles incorporés de la Convention de Paris aux différentes formes de propriété intellectuelle mentionnées dans la Partie II de l'Accord sur les ADPIC. La République dominicaine fait valoir qu'il n'y a rien dans le texte même de l'article 10*bis* de la Convention de Paris qui limiterait le champ d'application de cet article aux actes de concurrence déloyale qui passent par l'usage des marques ou les restrictions à cet usage, ou par des limitations concernant toute autre forme spécifique de propriété intellectuelle, et ajoute que "l'article 10*bis* ne fait spécifiquement référence à aucune forme particulière de propriété intellectuelle, mais a trait en revanche à la protection contre la "concurrence déloyale" (qui, elle-même, est un type de droit de propriété intellectuelle) sous quelque forme que ce soit".[5263]

7.2618. L'Australie considère que l'article 10*bis* est incorporé dans l'Accord sur les ADPIC "[p]our ce qui est des Parties II, III et IV" de cet accord. Les Parties II, III et IV de l'Accord sur les ADPIC portent sur divers aspects des droits de propriété intellectuelle définis dans l'Accord. L'Australie fait valoir que, "si l'article 10*bis* pouvait s'appliquer à la mesure concernant l'emballage neutre du tabac (contrairement au point de vue de l'Australie), il s'appliquerait uniquement en ce qui concerne les "prescriptions relatives à la marque" qui font l'objet des Parties II, III et IV de l'Accord sur les ADPIC".[5264]

7.3.6.2.2 Analyse du Groupe spécial

7.2619. Nous rappelons que le paragraphe 1 de l'article 2 de l'Accord sur les ADPIC dispose ce qui suit:

> *Pour ce qui est des Parties II, III et IV du présent accord*, les Membres se conformeront aux articles premier à 12 et à l'article 19 de la Convention de Paris (1967). (pas d'italique dans l'original)

7.2620. Il n'est pas contesté, dans les présentes procédures, que l'incorporation résultant de l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC inclut l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967). Cependant, les parties ont des points de vue différents sur le champ de cette incorporation et sur la manière dont cela affecte l'application de cette disposition à leurs allégations concernant les mesures TPP.

7.2621. Comme indiqué plus haut, la République dominicaine et l'Indonésie considèrent que la référence qui est faite à l'article 2:1 aux Parties II, III et IV de l'Accord sur les ADPIC ne limite pas les obligations des Membres de l'OMC concernant les articles incorporés de la Convention de Paris (1967). Le Honduras et Cuba font valoir que la Partie II de l'Accord sur les ADPIC, à laquelle fait référence l'article 2:1, couvre sept domaines des droits de propriété intellectuelle et que les prescriptions TPP relatives au format ont une influence réelle ou potentielle sur plusieurs catégories de droits de propriété intellectuelle visées dans la Partie II. L'Australie, quant à elle, est d'avis que, dans la mesure où cette disposition s'applique aux mesures TPP, l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC lu conjointement avec l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967)

[5262] Honduras, réponse à la question n° 16 du Groupe spécial. Cuba indique qu'elle approuve la réponse du Honduras. Voir Cuba, réponse à la question n° 16 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial).

[5263] République dominicaine, réponse à la question n° 16 du Groupe spécial; et Indonésie, réponse à la question n° 16 du Groupe spécial. À l'appui de leur position, la République dominicaine et l'Indonésie font référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphes 320 à 341. Comme le Honduras, elles notent que certaines caractéristiques de format, comme les formes, peuvent faire l'objet d'un enregistrement en tant que marques, ou faire potentiellement l'objet d'une protection en tant que dessins ou modèles industriels, brevets ou autres formes de droits de propriété intellectuelle. Voir République dominicaine, réponse à la question n° 16 du Groupe spécial, paragraphe 78; et Indonésie, réponse à la question n° 16 du Groupe spécial, paragraphe 13.

[5264] Australie, réponse à la question n° 16 du Groupe spécial.

pourrait seulement s'appliquer aux "prescriptions [TPP] relatives à la marque" qui font l'objet des Parties II, III et IV de l'Accord sur les ADPIC.

7.2622. À l'appui de leur position, la République dominicaine et l'Indonésie se réfèrent au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*. Dans cette affaire, la question dont étaient saisis le Groupe spécial et l'Organe d'appel était la mesure dans laquelle l'incorporation de certaines dispositions de la Convention de Paris (1967) par le biais de l'article 2:1 couvrait les noms commerciaux, qui sont protégés en vertu de l'article 8 de la Convention. L'article 8 de la Convention de Paris (1967) dispose que "[l]e nom commercial sera protégé dans tous les pays de l'Union sans obligation de dépôt ou d'enregistrement, qu'il fasse ou non partie d'une marque de fabrique ou de commerce". Les noms commerciaux ne sont pas désignés dans la Partie II de l'Accord sur les ADPIC, sous un titre de section distinct, comme pouvant faire l'objet d'une protection et le texte des Parties II, III et IV n'y fait pas autrement référence.

7.2623. Le Groupe spécial chargé d'examiner cette affaire a interprété les termes "[p]our ce qui est" figurant à l'article 2:1 comme signifiant que "les Membres doivent se conformer aux articles 1er à 12 et à l'article 19 de la Convention de Paris (1967) "pour ce qui est" de ce qui est couvert par les parties de l'Accord sur les ADPIC indiquées dans cette disposition".[5265] Il a conclu que l'article 8 de la Convention de Paris (1967) était pertinent dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC dans la mesure où il pouvait avoir une incidence sur la protection des secteurs de la propriété intellectuelle couverts par l'Accord.[5266] Il a constaté en outre qu'étant donné que les noms commerciaux n'étaient pas un secteur de la propriété intellectuelle visé par l'Accord sur les ADPIC, les Membres n'avaient pas d'obligation au titre de cet accord d'en assurer la protection.[5267] L'Organe d'appel a infirmé cette constatation et constaté que les Membres de l'OMC avaient l'obligation en vertu de l'Accord sur les ADPIC d'assurer la protection des noms commerciaux, du fait de l'incorporation de l'article 8 de la Convention de Paris (1967).[5268] À son avis, l'interprétation donnée par le Groupe spécial de l'article 1:2 "pass[ait] sous silence le fait que le membre de phrase "font l'objet des sections 1 à 7 de la Partie II" vis[ait] non seulement les secteurs de la propriété intellectuelle indiqués dans chaque *titre* de section, mais d'autres *objets* également".[5269] L'Organe d'appel a désapprouvé le point de vue du Groupe spécial selon lequel les mots "pour ce qui est des" figurant à l'article 2:1 avaient pour effet de "subordonner" la portée des obligations des Membres au titre des articles de la Convention de Paris (1967) incorporés dans l'Accord sur les ADPIC, le résultat étant que les noms commerciaux n'étaient pas couverts.[5270] Il a constaté que l'article 2:1 incorporait expressément l'article 8 de la Convention de Paris (1967) dans l'Accord sur les ADPIC et que, comme l'article 8 de la Convention de Paris (1967) ne visait *que* la protection des noms commerciaux, "[a]dopter l'approche du Groupe spécial reviendrait à vider l'article 8 de la Convention de Paris (1967), tel qu'il est incorporé dans l'*Accord sur les ADPIC* aux termes de l'article 2:1 de cet accord, de tout son sens et de tout son effet".[5271]

[5265] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 8.30.

[5266] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 8.41. Le Groupe spécial a constaté que les secteurs de la propriété intellectuelle couverts par l'Accord sur les ADPIC étaient ceux qui étaient mentionnés à l'article 1:2 de l'Accord. *Ibid.*, paragraphe 8.41. Voir aussi *ibid.*, paragraphes 8.25 et 8.27.

[5267] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 8.41.

[5268] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 341.

[5269] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 335 (italique dans l'original). L'Organe d'appel a considéré que le Groupe spécial avait interprété la deuxième clause de l'article 1:2 comme s'il fallait entendre par ce membre de phrase que "la propriété intellectuelle s'entend[ait] des secteurs de la propriété intellectuelle qui figur[aient] dans les *titres* des sections 1 à 7 de la Partie II". *Ibid.*, paragraphe 335.

[5270] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 337. Si l'Organe d'appel a rejeté l'interprétation donnée par le Groupe spécial de l'expression "pour ce qui est des" figurant à l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC, il n'a donné aucune autre signification à ce terme.

[5271] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 338. Le Groupe spécial a analysé l'historique de la négociation de l'Accord sur les ADPIC et a été d'avis que cet historique confirmait son point de vue. Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphes 8.31 à 8.40. L'Organe d'appel n'a aucunement considéré que

7.2624. La décision de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits* était limitée à la question de savoir si les noms commerciaux étaient couverts par l'Accord sur les ADPIC. La mesure dans laquelle un autre objet couvert par les articles 1 à 12 de la Convention de Paris (1967) mais non expressément traité dans les Parties II, III ou IV de l'Accord sur les ADPIC est couvert par l'incorporation au titre de l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC n'a pas encore été précisée. À cet égard, nous notons que l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967) n'a été examiné qu'une seule fois auparavant dans des décisions rendues dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC, à savoir dans l'affaire *CE – Marques et indications géographiques*. Le Groupe spécial chargé d'examiner cette affaire a considéré que l'Australie, en tant que plaignant, "n'[avait] pas clairement expliqué la prémisse fondamentale de ses allégations" et a conclu que l'Australie n'avait pas fourni d'éléments *prima facie*.[5272] Il a ajouté que sa constatation "n'impliqu[ait] aucun avis sur le point de savoir si et à quels égards les articles 10*bis* et 10*ter* de la Convention de Paris (1967) [étaient] incorporés par l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC".[5273]

7.2625. Comme indiqué plus haut, l'Australie est d'avis que, dans la mesure où il pourrait s'appliquer aux mesures TPP, l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967) s'appliquerait seulement en ce qui concerne les "prescriptions relatives à la marque" qui font l'objet des Parties II, III et IV de l'Accord sur les ADPIC. Il s'agirait donc de donner aux mots "pour ce qui est des Parties II, III et IV du présent accord" figurant à l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC une lecture qui limite l'application de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967) tel qu'il est incorporé dans l'Accord sur les ADPIC aux actes de concurrence déloyale qui ont trait aux catégories de droits de propriété intellectuelle visées par ces parties de l'Accord, comme les marques.

7.2626. La question dont nous sommes saisis est donc de savoir comment les termes "[p]our ce qui est des Parties II, III et IV du présent accord" figurant à l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC affectent la portée de la prescription, établie dans le cadre de cet article, qui impose aux Membres de l'OMC de se conformer à l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967) et d'assurer une protection effective contre la concurrence déloyale, comme le prévoit cette disposition.[5274]

7.2627. L'expression "in respect of" (pour ce qui est de) est définie comme signifiant "as regards, as relates to; with reference to" (s'agissant de, en ce qui concerne; en référence à).[5275] Le sens ordinaire de cette expression, ainsi que la structure grammaticale de l'article 2:1, portent donc à croire que les Membres se conformeront aux dispositions indiquées de la Convention de Paris (1967) puisque ces dispositions concernent les Parties II, III et IV de l'Accord sur les ADPIC. Nous croyons comprendre que cette référence a trait aux objets traités dans les Parties II, III et IV, à savoir les normes de protection des droits de propriété intellectuelle, les moyens nationaux de faire respecter ces droits et l'acquisition et le maintien desdits droits de propriété intellectuelle.[5276] Le membre de phrase "[p]our ce qui est des Parties II, III et IV du présent accord" indique donc clairement que les articles de la Convention de Paris (1967) incorporés par référence peuvent concerner non seulement les normes relatives à l'existence, la portée et l'exercice des droits de propriété intellectuelle (Partie II), mais aussi les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle (Partie III) et l'acquisition et le maintien des droits de propriété intellectuelle (Partie

---

l'historique de la négociation était déterminant pour la question dont il était saisi. Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphes 339 et 340.

[5272] Voir le rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphes 7.719 à 7.728.

[5273] Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, note de bas de page 629 relative au paragraphe 7.728.

[5274] Nous notons que cette question est sans préjudice de la question distincte du champ d'application de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967), abstraction faite de l'incorporation de cet article par référence dans l'Accord sur les ADPIC. Nous notons en outre que l'article 2:2 de l'Accord sur les ADPIC dispose qu'"[a]ucune disposition des Parties I à IV du présent accord ne dérogera aux obligations que les Membres peuvent avoir les uns à l'égard des autres en vertu de la Convention de Paris …".

[5275] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "in respect of", <http://www.oed.com/view/Entry/163779?redirectedFrom=in+respect+of#eid177413195>, consultée le 2 mai 2017.

[5276] Ces sujets se retrouvent dans les titres des Parties II, III et IV, à savoir "Normes concernant l'existence, la portée et l'exercice des droits de propriété intellectuelle"; "Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle"; et "Acquisition et maintien des droits de propriété intellectuelle et procédures *inter partes* y relatives", respectivement.

IV). Les articles de la Convention de Paris (1967), quant à eux, concernent la protection de la propriété industrielle.[5277]

7.2628. Nous notons la détermination de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits* selon laquelle les mots "pour ce qui est des" figurant à l'article 2:1 n'ont *pas* pour effet de "subordonner" la portée des obligations des Membres au titre des articles de la Convention de Paris (1967) incorporés dans l'Accord sur les ADPIC, et sa conclusion selon laquelle, en conséquence, les Membres de l'OMC ont l'obligation, en vertu de l'Accord sur les ADPIC, d'assurer la protection des noms de marques conformément à l'article 8 de la Convention de Paris (1967)[5278], nonobstant le fait que ces noms ne sont pas un secteur spécifique de la propriété intellectuelle expressément indiqué ou traité dans les Parties II, III ou IV de l'Accord sur les ADPIC. Ce raisonnement porte à croire qu'il ne faudrait pas non plus supposer que l'incorporation des obligations des Membres de l'OMC concernant la concurrence déloyale conformément à l'article 10*bis* est "subordonnée" de telle sorte que sa portée serait limitée aux types d'objets expressément indiqués dans les Parties II, III ou IV de l'Accord sur les ADPIC.

7.2629. Nous notons par ailleurs que, bien que les dispositions de la Partie II de l'Accord sur les ADPIC ne réglementent pas spécifiquement les actes de concurrence déloyale, elles font expressément référence aux dispositions de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967) en traitant de certains types d'objets visés dans la Partie II. Spécifiquement, l'article 22:2 b) dispose que "[p]our ce qui est des indications géographiques, les Membres prévoiront les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'empêcher: … toute utilisation qui constitue un acte de concurrence déloyale au sens de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967)".[5279] S'agissant de la protection des renseignements non divulgués, l'article 39:1 dispose qu'"[e]n assurant une protection effective contre la concurrence déloyale conformément à l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967), les Membres protégeront les renseignements non divulgués conformément au paragraphe 2 et les données communiquées aux pouvoirs publics ou à leurs organismes conformément au paragraphe 3". Ce contexte, en particulier la référence, à l'article 39:1, à "[e]n assurant une protection effective contre la concurrence déloyale conformément à l'article 10*bis*", confirme que l'obligation d'assurer une protection effective contre la concurrence déloyale conformément à l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967) est censée être incorporée par le biais de l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC. En outre, l'article 4 du Traité sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés (1989), tel qu'incorporé dans l'Accord sur les ADPIC par une référence figurant à l'article 35 de cet accord, reconnaît la concurrence déloyale parmi diverses formes juridiques de protection dans le cadre desquelles les Membres sont libres d'exécuter leur obligation d'assurer la protection des schémas de configuration des circuits intégrés.

7.2630. Nous notons en outre que le texte de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967) lui-même ne fait pas de distinction entre les actes de concurrence déloyale qui concerneraient les marques, les IG ou d'autres secteurs spécifiques de la propriété intellectuelle et les autres actes de concurrence déloyale. Une telle distinction n'existe pas dans l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967), qui impose aux parties à la Convention d'assurer une protection effective contre la concurrence déloyale, sans autre précision. Cela donne à penser que le champ d'application de cette disposition n'est pas intrinséquement limité aux types d'objets indiqués et traités dans les Parties II, III et IV de l'Accord sur les ADPIC et aux dispositions contenues dans ces parties, mais

[5277] Les droits de propriété intellectuelle sont coutumièrement divisés en deux catégories, à savoir le droit d'auteur et la propriété industrielle. La Convention de Paris (1967), dont le titre complet est Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, concerne la protection de la propriété industrielle. Son article 1 1) est libellé comme suit: "Les pays auxquels s'applique la présente Convention sont constitués à l'état d'Union pour la protection de la propriété industrielle." Son article 1 2) définit la notion de "propriété industrielle" comme suit: "La protection de la propriété industrielle a pour objet les brevets d'invention, les modèles d'utilité, les dessins ou modèles industriels, les marques de fabrique ou de commerce, les marques de service, le nom de la marque et les indications de provenance ou appellations d'origine, ainsi que la répression de la concurrence déloyale." À l'instar des Parties II, III et IV de l'Accord sur les ADPIC, les dispositions de fond de la Convention de Paris (1967) traitent des normes de protection des droits de propriété industrielle, des moyens de faire respecter ces droits, et de leur acquisition et de leur maintien, bien que les dispositions relatives aux normes de protection et aux moyens nationaux de faire respecter les droits aient une portée moindre que les dispositions de l'Accord sur les ADPIC.

[5278] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 341.

[5279] L'expression "pour ce qui est des" est également employée dans le texte introductif de l'article 22:2, qui est le fondement d'allégations distinctes dans les présentes procédures. Voir plus loin la section 7.3.7.

englobe la répression de la concurrence déloyale en tant qu'objet de la protection de la propriété industrielle.

7.2631. Compte tenu de ce qui précède, nous constatons que, conformément à la deuxième clause de l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC, les Membres sont tenus de se conformer à l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967) et que l'expression "pour ce qui est des" figurant dans la première clause de l'article 2:1 n'a pas pour effet de subordonner la portée de l'incorporation de l'obligation, au titre de l'article 10*bis*, de couvrir uniquement les actes de concurrence déloyale qui concernent les types d'objets traités dans les Parties II, III ou IV de l'Accord sur les ADPIC.

7.2632. Nous observons en outre que les mesures contestées en l'espèce, à savoir les mesures TPP, ont des caractéristiques qui peuvent être vues comme se rapportant à divers secteurs de la propriété intellectuelle traités dans la Partie II de l'Accord sur les ADPIC. Spécifiquement, il n'est pas contesté qu'elles affectent l'usage des marques et des IG et qu'elles peuvent aussi affecter d'autres secteurs de la propriété intellectuelle, comme les dessins et modèles industriels et les brevets.[5280] Compte tenu de cela également, nous jugeons approprié de ne pas limiter notre examen de la manière dont les mesures TPP se rapportent à la protection contre la concurrence déloyale à la manière dont elles se rapportent à tout objet particulier traité dans les Parties II, III ou IV de l'Accord sur les ADPIC.

7.2633. Gardant ces déterminations initiales à l'esprit, nous examinons tout d'abord l'interprétation de l'article 10*bis*, afin d'éclairer notre évaluation des allégations des plaignants selon lesquelles les mesures TPP sont incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre des paragraphes 1[5281], 3 1)[5282] et 3 3)[5283] de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967) tel qu'il est incorporé dans l'Accord sur les ADPIC.

7.3.6.3 Interprétation de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967), tel qu'incorporé par le biais de l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC

7.3.6.3.1 Principaux arguments des parties

7.2634. Le Honduras fait valoir que l'obligation principale au titre de l'article 10*bis* consiste pour les Membres à assurer "une protection effective contre la concurrence déloyale". Selon lui, il découle de l'expression "protection effective" que les Membres de l'OMC doivent édicter des règles *de fond* juridiquement contraignantes qui prohibent les actes de concurrence déloyale et fournissent des moyens *administratifs* ou judiciaires *effectifs* par lesquels il soit possible de faire respecter cette prohibition.[5284] Le Honduras estime qu'une "intention" n'est pas un élément constitutif d'un acte de concurrence déloyale visé par l'article 10*bis*.[5285]

7.2635. Le Honduras observe que le terme "competition" (concurrence) est généralement défini comme l'action de "[s]triving for custom between rival traders in the same commodity" (des efforts déployés par des commerçants rivaux qui ont le même produit pour obtenir une clientèle) ou comme "the effort of two or more parties acting independently to secure the business of a third party by offering the most favorable terms" (l'effort de deux parties ou plus agissant indépendamment pour capter la clientèle d'une tierce partie en offrant les conditions les plus favorables).[5286] Il fait référence à la constatation du Groupe spécial *Mexique – Télécommunications* selon laquelle "le terme "concurrence", dans son acception économique, est … défini comme "rivalry in the market, striving for custom between those who have the same commodities to dispose of" (rivalité sur le marché, efforts déployés par ceux qui ont les mêmes produits à écouler

[5280] Le Honduras estime que, par exemple, l'emballage des cigarettes, y compris un emballage en carton pourvu d'un couvercle à rabat, a fait l'objet d'enregistrements de marques, de dessins et modèles industriels et de brevets en Australie. Honduras, réponse à la question n° 16 du Groupe spécial.

[5281] Allégations formulées par le Honduras, la République dominicaine et Cuba.

[5282] Allégations formulées par Cuba et l'Indonésie.

[5283] Allégations formulées par le Honduras, la République dominicaine, Cuba et l'Indonésie.

[5284] Honduras, première communication écrite, paragraphes 654 et 655. (italique dans l'original)

[5285] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 390 (faisant référence à Bodenhausen, extraits HND (pièce HND-39), page 145). Voir aussi Honduras, réponse à la question n° 19 du Groupe spécial.

[5286] Honduras, première communication écrite, paragraphe 662 (faisant référence au New Shorter Oxford English Dictionary, extraits HND (pièce HND-89), page 459; et le Merriam-Webster, dictionnaire en ligne, extraits HND (pièce HND-48), respectivement).

pour obtenir une clientèle).[5287] Le Honduras fait valoir que le sens ordinaire du terme "unfair" (déloyal) est "not equitable, unjust, not according to the rules" (non équitable, injuste, non conforme aux règles)[5288], de sorte que "[l]a "concurrence déloyale" est, par conséquent, une concurrence qui est "non équitable" ou "injuste"". Selon lui, le sens ordinaire des termes employés à l'article 10*bis* 1) et 10*bis* 2) porte à croire que l'article 10*bis* impose à un Membre de l'OMC de veiller, en ce qui concerne tous les aspects de la concurrence, à ce que des commerçants rivaux qui ont le même produit puissent déployer leurs efforts pour obtenir une clientèle dans des circonstances qui soient "équitables" et "légitimes".[5289]

7.2636. Le Honduras note que l'article 10*bis* 2) définit un acte de concurrence déloyale comme "tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale".[5290] Il interprète le terme "honest" (honnête) comme signifiant "acquired by fair means; legitimate" (acquis par des moyens loyaux; légitime)[5291] et les termes "concurrence", "loyale" et "honnête" comme exigeant qu'un participant au marché soit autorisé à choisir de faire face à la concurrence sur la base d'une différenciation des prix ou des produits.[5292] Il soutient donc que restreindre la capacité d'exprimer la différenciation des produits au moyen de marques, d'images, de couleurs et de caractéristiques de conception des produits constitue une "concurrence déloyale".[5293] Selon lui, l'incapacité de distinguer les produits ne sera pas "loyale" envers les concurrents qui ont investi du temps et des ressources pour assurer la notoriété de leur produit au prix d'efforts constants pour en améliorer la qualité et le marketing. En outre, la concurrence dans de telles circonstances ne sera pas "honnête" parce que certains opérateurs économiques pourront prétendre que leurs produits de qualité inférieure sont aussi bons que les produits de qualité supérieure d'autres producteurs. Le Honduras soutient que les articles 10*bis* 3) 1) et 10*bis* 3) 3) fournissent deux exemples proprement dits de "concurrence déloyale" et tendent tous deux à indiquer que la différenciation des produits fait partie intégrante de la "concurrence loyale".[5294]

7.2637. Le Honduras fait valoir que l'article 10*bis* 1) impose aux Membres d'assurer une protection contre tous les actes de concurrence déloyale, tandis que l'article 10*bis* 3) donne des exemples spécifiques d'actes de concurrence déloyale. Ces exemples sont simplement indicatifs et ne représentent donc pas de manière exhaustive toute la gamme des actes pouvant constituer des actes de concurrence déloyale. En conséquence, une mesure qui est incompatible avec l'un des alinéas de l'article 10*bis* 3) serait par définition incompatible avec l'article 10*bis* 1) et il serait possible qu'une mesure soit incompatible avec l'article 10*bis* 1) sans l'être avec aucun des alinéas de l'article 10*bis* 3).[5295] Le Honduras ajoute que l'article 10*bis* pourrait viser des actes autres que ceux qui entrent dans la définition de la concurrence déloyale donnée à l'article 10*bis* 2). À son avis, "l'article 10*bis* 2) fournit des exemples de deux types d'actes qui constitueraient un acte de concurrence déloyale. Il ne stipule pas que ces deux actes constitueraient l'univers tout entier de la concurrence déloyale".[5296] Il ajoute que, même si l'article 10*bis* 2) est considéré comme une définition exhaustive de la "concurrence déloyale", les actions de l'Australie entrent dans cette définition.[5297] Il observe en outre que, bien que la situation "normale" que l'article 10*bis* soumet à des disciplines soit celle d'entreprises se livrant à des actes commerciaux malhonnêtes, l'article 10*bis* soumet aussi à des disciplines l'action réglementaire des Membres de l'OMC. Il ajoute qu'"[i]l s'agit là du principal point de désaccord entre le Honduras et l'Australie (et Singapour)".[5298]

7.2638. Le Honduras fait valoir que les termes de concurrence "loyale" et "honnête" exigent que les conditions du marché ne favorisent pas un groupe de concurrents au détriment d'un autre, de

[5287] Honduras, première communication écrite, paragraphe 663 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *Mexique – Télécommunications*, paragraphe 7.230).
[5288] Honduras, première communication écrite, paragraphe 669 (faisant référence au New Shorter Oxford English Dictionary, extraits HND (pièce HND-89), page 3482).
[5289] Honduras, première communication écrite, paragraphe 669.
[5290] Honduras, première communication écrite, paragraphe 671.
[5291] Honduras, première communication écrite, paragraphe 672 (faisant référence au New Shorter Oxford English Dictionary, extraits HND (pièce HND-89), page 1255).
[5292] Honduras, première communication écrite, paragraphes 661 à 668 et 673 (faisant référence au rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-5), paragraphes 18 et 61, entre autres sources).
[5293] Honduras, première communication écrite, paragraphe 676.
[5294] Honduras, première communication écrite, paragraphes 673 à 675.
[5295] Honduras, réponse à la question n° 15 du Groupe spécial.
[5296] Honduras, réponse à la question n° 18 du Groupe spécial.
[5297] Honduras, réponse à la question n° 18 du Groupe spécial.
[5298] Honduras, réponse à la question n° 17 du Groupe spécial.

telle sorte que, dans la mesure où un concurrent se livre à des actes qui faussent structurellement la concurrence avec un ou plusieurs autres concurrents, un tel comportement violerait la prescription de concurrence "loyale" et "honnête". Il ajoute que, de la même manière, une *réglementation gouvernementale* qui fausse les conditions de concurrence en faveur de certains concurrents et au détriment d'autres est également "injuste" et "non équitable".[5299] Il ajoute que le sens précis du terme "loyal" doit être interprété dans le contexte de la disposition dans laquelle il est employé.[5300] Selon lui, aux fins du droit de l'OMC, le contexte des règles de "concurrence loyale" de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967) est la protection de la propriété industrielle telle qu'elle est définie par l'article premier 1) de cette convention. Par conséquent, toute incidence asymétrique sur les différents participants au marché résultant des mesures qui réglementent ou restreignent l'usage des droits de propriété intellectuelle est un facteur pertinent pour décider si la concurrence est "déloyale".[5301]

7.2639. En particulier, le Honduras soutient que l'article 10*bis* interdit aux Membres de l'OMC d'édicter des lois intérieures qui encourageraient les opérateurs économiques privés à agir d'une manière qui équivaudrait à de la "concurrence déloyale", ou leur prescrirait de le faire car lorsqu'un Membre "*encourage*, par ses lois et réglementations, une personne ou une entité à commettre un acte de concurrence déloyale, ou lui *prescrit* de le faire, on ne peut pas dire de ce Membre qu'il "assur[e] … une protection effective" *contre* de tels actes".[5302] Selon le Honduras, extraire les actions réglementaires des Membres de l'OMC du champ d'application de l'article 10*bis* permettrait à la réglementation intérieure de définir le concept de "concurrence déloyale" et priverait de sens les disciplines de l'article 10*bis*.[5303] Selon lui, le critère d'"honnête[té]" doit être jugé à la fois par rapport aux normes existant dans un Membre de l'OMC donné et par rapport à une norme internationale plus universellement acceptée.[5304]

7.2640. Le Honduras précise qu'il "ne fait pas valoir que *les lois ou réglementations d'un gouvernement* constituent des actes de "concurrence déloyale""; "[l]es actes de concurrence déloyale restent le fait de parties privées".[5305] Il ajoute que le scénario *typique* envisagé dans le cadre de l'article 10*bis* est celui d'actes de concurrence déloyale entrepris par des opérateurs économiques privés sans réglementation gouvernementale, mais observe que l'article 10*bis* vise aussi l'action d'agents économiques privés entreprise conformément à une action gouvernementale qui *impose* des actes de concurrence déloyale.[5306]

7.2641. Le Honduras fait référence au rapport du Groupe spécial *Mexique – Télécommunications*, dans lequel était examiné le document sur les services de télécommunication dit "Document de référence", dont la section 1.1 prescrit aux Membres de l'OMC de "maint[enir]" des "mesures appropriées … en vue d'empêcher des fournisseurs qui, seuls ou ensemble, sont un important fournisseur d'adopter ou de maintenir des pratiques anticoncurrentielles". Le Groupe spécial a constaté qu'"[i]l n'y [avait] aucune raison de supposer, et [que] rien dans le libellé ne donn[ait] à penser que le résultat souhaité … – empêcher des fournisseurs principaux d'adopter des pratiques anticoncurrentielles – devrait être entièrement subordonné à la question de savoir si les propres lois d'un Membre rendaient ces pratiques légales". De l'avis du Honduras, la même logique s'applique à l'article 10*bis* qui, par conséquent, doit être interprété, entre autres, comme restreignant les pouvoirs réglementaires des Membres de l'OMC.[5307]

[5299] Honduras, première communication écrite, paragraphes 677 et 678. (italique dans l'original) Voir aussi *ibid.*, paragraphe 670.

[5300] Honduras, première communication écrite, paragraphe 670 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Réduction à zéro (CE)*, paragraphe 7.260).

[5301] Honduras, première communication écrite, paragraphe 670.

[5302] Honduras, première communication écrite, paragraphe 657. (italique dans l'original)

[5303] Honduras, première communication écrite, paragraphes 658 à 660 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *Mexique – Télécommunications*, paragraphes 7.243 et 7.244). Voir aussi Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 392.

[5304] Honduras, première communication écrite, paragraphe 669 (faisant référence à Bodenhausen, extraits HND (pièce HND-39), page 144).

[5305] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 391. (italique dans l'original)

[5306] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 393 et 394. (italique dans l'original)

[5307] Honduras, première communication écrite, paragraphes 659 et 660 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *Mexique – Télécommunications*, paragraphes 7.243 et 7.244). Le Honduras tire en outre des enseignements des décisions passées sur le traitement des produits importés et des produits nationaux au titre de l'article III:2 et III:4 du GATT de 1994, ainsi que de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Voir Honduras, première

7.2642. Le Honduras explique que, bien qu'à son avis l'article 10*bis* restreigne le pouvoir réglementaire du gouvernement, il ne fait pas valoir que cet article impose une concurrence "illimitée", libre de toute intervention gouvernementale. Cependant, une réglementation légitime ne peut avoir qu'une incidence *accessoire* sur la concurrence, en ce sens qu'elle ne peut pas la rendre "déloyale", ni "inéquitable".[5308] Le Honduras souligne que son interprétation de l'article 10*bis* laisse aux pouvoirs publics une marge discrétionnaire suffisante pour réglementer la concurrence et signifie que toute réglementation gouvernementale qui peut avoir une incidence asymétrique sur différents producteurs et leurs offres de produits ne débouche pas sur une concurrence "déloyale".[5309] Il observe que, par exemple, une interdiction générale de la publicité n'enfreindrait pas l'article 10*bis* car son effet asymétrique sur la concurrence n'est qu'accessoire, en comparaison avec une législation qui vise délibérément et *ex ante* à avoir une incidence asymétrique.[5310]

7.2643. La République dominicaine note que l'expression "concurrence déloyale" inclut le terme "concurrence". Par conséquent, l'article 10*bis* s'applique aux actes qui ont une influence sur la "rivalité sur le marché" et sur le processus d'"efforts déployés" par des concurrents "pour obtenir une clientèle".[5311] Selon elle, l'article 10*bis* prescrit aux Membres de l'OMC de garantir une protection contre les actes de concurrence "déloyaux". Un acte est "déloyal" s'il est "non loyal ou non équitable, injuste".[5312] L'article 10*bis* 2) définit les actes de concurrence "déloyaux" comme ceux qui sont "contraire[s] aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale". Le terme "honnête", dans le contexte de la description d'une action telle qu'un "usage", qualifie quelque chose qui est "done with or expressive of truthfulness, fairness, or integrity of character or intention; free from deceit; genuine, sincere" (fait avec franchise, loyauté ou intégrité de caractère ou d'intention, ou en est l'expression; exempt de tromperie; authentique, sincère).[5313] La République dominicaine croit comprendre qu'un "acte de concurrence" qui est "contraire aux usages honnêtes" est donc un acte ayant une influence sur la relation entre les concurrents sur le marché, qui est accompli d'une manière déloyale, injuste ou dépourvue d'intégrité.[5314] L'intention de la personne qui se livre un tel acte n'est pas un élément nécessaire à une constatation de concurrence déloyale.[5315]

7.2644. La République dominicaine fait valoir que l'obligation énoncée à l'article 10*bis* 1) d'assurer *une protection effective* contre la concurrence déloyale est matériellement différente de l'obligation énoncée à l'article 10*bis* 3) d'*interdire* les trois formes de concurrence déloyale spécifiées. Ainsi, même si un Membre interdit en droit les actes privés de concurrence déloyale mentionnés à l'article 10*bis* 3), il peut néanmoins ne pas s'acquitter de ses obligations au titre de l'article 10*bis* 1) s'il n'assure pas la protection *effective* requise contre la concurrence déloyale. Par exemple, si des violations de l'interdiction n'entraînent que des sanctions mineures sans effet dissuasif, le Membre peut alors ne pas assurer une protection "effective".[5316] La République

---

communication écrite, paragraphes 679 et 680. Voir aussi Honduras, réponse aux questions n° 17 et 19 du Groupe spécial.

[5308] Honduras, première communication écrite, paragraphe 681. (italique dans l'original)

[5309] Honduras, première communication écrite, paragraphe 695.

[5310] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 395 et 396.

[5311] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 842 et 843 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *Mexique – Télécommunications*, paragraphe 7.230, qui à son tour cite la définition du terme "competition" dans *The Shorter Oxford English Dictionary*, 3ème édition (Clarendon Press, 1990), volume II, page 382). Voir aussi République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 730 et 731; et réponse à la question n° 22 du Groupe spécial.

[5312] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 845 (citant le Oxford English Dictionary en ligne, définition de "unfair, *adj.*", <http://www.oed.com/view/Entry/213174?rskey=IGEAyx&result=1&isAdvanced=false#eid>, consultée le 9 avril 2014 (pièce DOM-143)). Voir aussi République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 732.

[5313] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 845 (citant le Oxford English Dictionary en ligne, définition de "honest, *adj*. and *adv*.", <http://www.oed.com/view/Entry/88149?rskey=Tq7xuH&result=1&isAdvanced=false#eid>, adresse consultée le 9 avril 2014 (pièce DOM-145)).

[5314] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 845.

[5315] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 846 (faisant référence à Bodenhausen, texte intégral (pièce DOM-79), page 145 entre autres). Voir aussi République dominicaine, réponse à la question n° 19 du Groupe spécial; et deuxième communication écrite, paragraphes 737 à 742.

[5316] République dominicaine, réponse à la question n° 15 du Groupe spécial, paragraphe 77. (italique dans l'original)

dominicaine ajoute que le paragraphe 1 et le paragraphe 3 de l'article 10*bis* peuvent tous deux faire l'objet d'une infraction par action ou par omission de la part d'un Membre.[5317]

7.2645. En ce qui concerne l'objet et le but de l'article 10*bis*, la République dominicaine allègue que selon l'OMPI, la protection contre la concurrence déloyale a un triple objectif: 1) la protection des concurrents; 2) la protection des consommateurs; et 3) la sauvegarde de la concurrence dans l'intérêt public, et que ces objectifs jouent un rôle important dans la détermination de la "déloyauté" sur le marché.[5318] Elle ajoute que les exemples donnés à l'article 10*bis* 3) confirment aussi l'analyse de l'OMPI selon laquelle la protection contre la concurrence déloyale vise à protéger les concurrents et les consommateurs et à sauvegarder la concurrence dans l'intérêt public.[5319]

7.2646. Cuba fait valoir que l'obligation globale énoncée à l'article 10*bis* 1) est d'assurer une protection effective contre la concurrence déloyale et que la teneur de cette obligation globale est précisée par les autres dispositions de l'article 10*bis*.[5320] Elle convient avec le Honduras que l'article 10*bis* 3) présente des exemples spécifiques d'actes de concurrence déloyale et qu'une mesure qui est incompatible avec l'un des alinéas de l'article 10*bis* 3) est donc incompatible aussi avec l'article 10*bis* 1). Elle reprend à son compte l'argument du Honduras selon lequel, comme les exemples donnés à l'article 10*bis* 3) sont simplement indicatifs et ne représentent donc pas de manière exhaustive toute la gamme des actes pouvant constituer des actes de concurrence déloyale, il est possible qu'une mesure soit incompatible avec l'article 10*bis* 1) mais n'entre pas dans le cadre des exemples spécifiques donnés à l'article 10*bis* 3).[5321]

7.2647. L'Indonésie fait valoir qu'en vertu de l'article 10*bis*, les Membres de l'OMC ont une obligation générale d'assurer "une protection effective contre la concurrence déloyale". L'article 10*bis* 3) donne des exemples de trois actes qui doivent être interdits, à titre de protection minimale devant être accordée par tous les Membres. Comme l'indique le manuel de l'OMPI sur la propriété intellectuelle, ces exemples ne constituent pas une liste exhaustive, mais représentent plutôt le niveau de protection minimale que tous les États membres doivent assurer. L'Indonésie soutient donc que, pour assurer une production contre la concurrence déloyale, les Membres de l'OMC doivent au minimum assurer une protection effective contre les trois types d'actes décrits à l'article 10*bis* 3).[5322] Elle considère que le paragraphe 1 crée une obligation plus générale que le paragraphe 3 et que cette obligation inclut en outre les obligations énoncées au paragraphe 3 de l'article 10*bis*. En conséquence, si une mesure est incompatible avec l'article 10*bis* 3), elle est aussi nécessairement incompatible avec l'article 10*bis* 1); une mesure peut toutefois être incompatible avec l'article 10*bis* 1) sans l'être avec aucun des alinéas de l'article 10*bis* 3).[5323]

7.2648. Selon l'Indonésie, l'article 10*bis* 3) 1) fait référence aux actes susceptibles de causer une confusion. Il n'exige pas qu'une confusion ait effectivement eu lieu[5324], ni qu'il y ait eu intention de créer une confusion. De même, l'alinéa 3) n'exige pas qu'une fausse information ait été donnée aux consommateurs ni que la preuve soit faite que les consommateurs ont effectivement été induits en erreur sur "la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la quantité des marchandises".[5325]

7.2649. L'Indonésie ajoute que le but de l'article 10*bis* est de protéger et de promouvoir la concurrence loyale dans les échanges internationaux en protégeant les concurrents et les consommateurs et en sauvegardant la concurrence dans l'intérêt public.[5326]

[5317] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 727. Voir aussi République dominicaine, réponse à la question n° 15 a) du Groupe spécial.

[5318] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 839 (citant OMPI, Protection contre la concurrence déloyale (pièces AUS-536, DOM-139), paragraphe 33).

[5319] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 847 à 850.

[5320] Cuba, première communication écrite, paragraphe 381.

[5321] Cuba, réponse à la question n° 15 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial) (approuvant la réponse du Honduras à la question n° 15 du Groupe spécial).

[5322] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 154 (faisant référence au manuel de l'OMPI sur la propriété intellectuelle, extraits IDN (pièce IDN-43), paragraphe 2.762).

[5323] Indonésie, réponse à la question n° 15 du Groupe spécial.

[5324] Voir Indonésie, réponse à la question n° 168 du Groupe spécial.

[5325] Indonésie, première communication écrite, paragraphes 156 et 157.

[5326] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 159 (faisant référence à Wadlow, Law of Passing-Off, extraits IDN (pièce IDN-60), page 9; et au manuel de l'OMPI sur la propriété intellectuelle,

7.2650. L'Australie fait valoir que l'article 10*bis* 1) impose aux Membres d'assurer "une protection effective contre la concurrence déloyale". La "concurrence déloyale" est définie à l'article 10*bis* 2) comme étant "tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale". Le sens ordinaire du terme "act" (acte) est "a thing done; a deed" (une chose faite; une action); "the process of doing" (l'action de faire). L'emploi du terme "acte" à l'article 10*bis* 2) indique donc que la conduite pertinente est de nature particulière ou spécifique – c'est-à-dire une "chose faite" ou une "action" particulière en matière de concurrence. Cela est confirmé par les exemples de concurrence déloyale donnés à titre d'illustration à l'article 10*bis* 3) – dont chacun concerne des "actes" *particuliers*.[5327]

7.2651. L'Australie observe que les "actes" prohibés à l'article 10*bis* 2) sont "tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale". Le sens ordinaire du terme "competition" (concurrence) est "action of competing or contending with others" (action de rivaliser ou de concourir avec d'autres) ou "striving for custom between rival traders in the same commodity" (efforts déployés par des commerçants rivaux qui ont le même produit pour obtenir une clientèle).[5328]

7.2652. L'Australie indique par ailleurs le sens ordinaire du terme "honest" (honnête) comme étant, dans le contexte pertinent, "straightforward; free from fraud" (franc; exempt de fraude) ou "truthful" (sincère).[5329] Elle fait valoir qu'à l'article 10*bis* 2), ce terme est employé en liaison avec les "usages … en matière industrielle ou commerciale", plutôt qu'isolément. Bien qu'il n'y ait pas de norme internationale unique applicable à ce qui constitue un acte de concurrence contraire aux usages commerciaux "honnêtes", les exemples donnés à l'article 10*bis* 3) à titre d'illustration indiquent que l'article 10*bis* est concerné par les actes qui sont "malhonnêtes" en ce sens qu'ils ne sont pas "sincères", et chacun des alinéas 1) à 3) est un exemple d'indication *fausse* ou *de nombre à induire en erreur*. Ainsi, selon ses propres termes, l'article 10*bis* impose aux Membres d'assurer une protection effective contre des "actions particulières" de "rivalité" commerciale "malhonnête" ou "insincère" – c'est-à-dire des actes qui sont destinés à profiter à un acteur du marché en influençant les consommateurs sur la base d'indications fausses ou de nature à induire en erreur.[5330]

7.2653. L'Australie considère que le fait de ne pas interdire les actes décrits à l'article 10*bis* 3) constituerait un manquement à l'obligation énoncée à l'article 10*bis* 1). Elle ajoute que, si une mesure empêchait un Membre d'assurer une protection effective contre une conduite répondant à la définition de la "concurrence déloyale" donnée à l'article 10*bis* 2) ("tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale" – c'est-à-dire des actes commerciaux malhonnêtes impliquant des indications fallacieuses) et était de même nature et de même portée que les exemples donnés à titre d'illustration à l'article 10*bis* 3), une telle mesure serait incompatible avec l'obligation énoncée à l'article 10*bis* 1), même si la conduite pertinente ne relevait pas spécifiquement des alinéas de l'article 10*bis* 3).[5331]

7.2654. L'Australie fait valoir qu'il n'y a pas de norme internationale unique applicable à ce qui constitue un acte de concurrence contraire aux usages commerciaux "honnêtes". Elle ajoute que de tels actes peuvent inclure "indications fallacieuses, menaces de fraude, diffamation, dénigrement, débauchage d'employés, divulgation d'informations confidentielles et corruption commerciale, entre autres choses, de la part d'un concurrent".[5332] Elle observe en outre que

extraits IDN (pièce IDN-43), paragraphe 2.773). Le Groupe spécial note que les paragraphes tirés du manuel de l'OMPI sur la propriété intellectuelle ne sont pas inclus dans les extraits présentés en tant que pièce IDN-43. Les paragraphes cités ont été présentés par la République dominicaine dans le manuel de l'OMPI sur la propriété intellectuelle, texte intégral (pièce DOM-65).

[5327] Australie, première communication écrite, paragraphes 445 à 447 (faisant référence au Shorter Oxford English Dictionary, volume 1, extraits AUS, partie I (pièce AUS-243), page 22.

[5328] Australie, première communication écrite, paragraphe 447 (citant le Shorter Oxford English Dictionary, volume 1, extraits AUS, partie 1 (pièce AUS-243), page 470). L'Australie ajoute que le dernier sens de "concurrence" a été approuvé par le Groupe spécial *Mexique – Télécommunications* dans son rapport, paragraphe 7.230, ainsi que par le Honduras dans sa première communication écrite, paragraphe 663, et la République dominicaine dans sa première communication écrite, paragraphe 842.

[5329] Australie, première communication écrite, paragraphe 447 (faisant référence au Shorter Oxford English Dictionary, volume 1, extraits AUS, partie 1 (pièce AUS-243), page 1271).

[5330] Australie, première communication écrite, paragraphes 448 et 449.

[5331] Australie, réponse à la question n° 15 du Groupe spécial.

[5332] Australie, première communication écrite, paragraphe 448 et note de bas de page 623 (faisant référence à une observation de Correa sur l'Accord sur les ADPIC (pièce AUS-242), page 388).

l'article 10*bis* impose aux Membres de soumettre à des disciplines la conduite des acteurs du marché par rapport à leurs concurrents et aux consommateurs potentiels. Selon elle, les Membres ont le pouvoir discrétionnaire de mettre en œuvre cette obligation, y compris en déterminant l'éventail des actes constituant une concurrence déloyale, à condition qu'il soit donné effet à la définition donnée à l'article 10*bis* 2) et aux exemples spécifiques figurant à l'article 10*bis* 3).[5333]

7.3.6.3.2 Principaux arguments des tierces parties

7.2655. Le Canada fait valoir que le sens ordinaire des termes "acte" et "concurrence" dans le contexte de l'article 10*bis* semble indiquer que l'expression "acte de concurrence" concerne uniquement le comportement commercial des acteurs qui sont en concurrence sur le marché. Le rôle d'un État sur le marché est généralement celui d'un organe de réglementation ou d'administration dirigeant la relation entre des acteurs concurrents, et *pas* celui d'un acteur du marché étant lui-même en concurrence pour une part de marché. Lorsqu'un Membre réglemente le marché ou ses acteurs privés, ces mesures ne constituent pas des "actes de concurrence" et n'entrent pas dans le champ de la définition de la "concurrence déloyale" donnée à l'article 10*bis*. En outre, la définition de la concurrence déloyale donnée à l'article 10*bis* est liée à un *acte* de concurrence. Le texte ne dit pas qu'un acte *influant sur* la concurrence constitue une concurrence déloyale et rien n'étaye une extension du champ d'application de l'article 10*bis* à des mesures réglementaires qui ne sont pas, elles-mêmes, des *actes de concurrence*.[5334]

7.2656. Le Canada ajoute que l'argument des plaignants selon lequel un Membre ne peut pas prescrire légalement un comportement qu'il s'est engagé à empêcher et contre lequel il a promis d'assurer une protection fait suite aux affirmations de ces derniers selon lesquelles la flexibilité réglementaire d'un Membre n'est limitée que par les obligations que ce Membre assume effectivement. Dans le cas de l'article 10*bis*, l'obligation est de protéger contre la concurrence déloyale, qui est définie comme étant certains *actes de concurrence*. Si une mesure prise par un Membre ne constitue pas un tel acte, alors l'article 10*bis* ne s'applique pas et le Membre conserve par conséquent sa flexibilité réglementaire à cet égard.[5335]

7.2657. La Chine note qu'il apparaît que le principal sujet de désaccord est la définition de la "concurrence déloyale" donnée dans le cadre de l'article 10*bis* de la Convention de Paris et de l'article 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC. À son avis, il n'apparaît pas que les mesures TPP soient un acte de concurrence déloyale au sens des dispositions susmentionnées. Premièrement, notant qu'un acte de concurrence déloyale est défini à l'article 10*bis* 2) comme étant tout acte "contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale", la Chine soutient qu'"[i]l apparaît comme difficile de qualifier d'actes "contraire[s] aux usages honnêtes" les actes qui sont accomplis par des concurrents pour se conformer aux prescriptions légales".[5336] Deuxièmement, la Chine soutient que l'article 10*bis* 3) dispose que trois catégories d'actes "devront être interdits" en particulier, et que les mesures TPP n'entrent ni dans la deuxième ni dans la troisième de ces catégories, à savoir les allégations fausses et les indications ou allégations de nature à induire en erreur, ni dans la première catégorie, qui fait clairement référence aux actes d'"un concurrent".[5337]

7.2658. La Nouvelle-Zélande souscrit à l'interprétation et aux arguments de l'Australie en ce qui concerne l'article 10*bis*.[5338]

7.2659. Singapour fait valoir que la pratique des États concernant la concurrence déloyale révèle l'absence de norme internationale unique sur ce qui constitue un acte de "concurrence déloyale",

---

[5333] Australie, première communication écrite, note de bas de page 625 (faisant référence à Bodenhausen (pièces HND-39, DOM-79, IDN-61), page 144).

[5334] Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphes 24 et 25.

[5335] Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphe 26.

[5336] Chine, communication en tant que tierce partie, paragraphe 61.

[5337] La Chine ajoute qu'à titre subsidiaire, si le Groupe spécial devait interpréter le sens de l'expression "concurrence déloyale" comme englobant les mesures réglementaires d'un gouvernement et/ou leur incidence sur le marché, il lui faudrait évaluer soigneusement les faits détaillés de la cause, y compris une série de mécanismes juridiques prévus par l'Australie, de façon à déterminer si les mesures TPP obligent les acteurs du marché à se livrer à des actes de concurrence déloyale ou si l'Australie n'assure pas une protection effective contre la concurrence déloyale du fait des mesures TPP. Chine, communication en tant que tierce partie, paragraphes 57 à 62.

[5338] Nouvelle-Zélande, communication en tant que tierce partie, paragraphe 14.

et une diversité d'approches pour mettre en œuvre la norme.[5339] Cependant, certains actes doivent être considérés comme constituant une concurrence déloyale, comme l'indique l'article 10*bis* 3). Selon ses propres termes, l'article 10*bis* proscrit les actes commerciaux malhonnêtes impliquant des indications fallacieuses. Cependant, l'interprétation des plaignants selon laquelle en n'autorisant pas les concurrents à différencier leurs produits sur le marché, les mesures TPP sont contraires à l'article 10*bis* 1) est en contradiction avec la notion de ce qui constitue un acte de concurrence déloyale. En outre, cela imposerait effectivement aux gouvernements la charge indûment onéreuse de veiller à ce que toute réglementation ait une incidence égale sur tous.[5340] Singapour estime que l'article 10*bis* ne vise pas les conditions du marché en tant que telles, mais les *actes* commerciaux malhonnêtes impliquant des indications fallacieuses.[5341]

7.2660. En ce qui concerne les allégations spécifiques formulées au titre de l'article 10*bis* 3) 1) et 3) 3) – selon lesquelles, en empêchant les producteurs de différencier leurs produits du tabac, les mesures TPP imposent des actes qui sont précisément la cause de la confusion et des indications de nature à induire en erreur que l'Australie est obligée d'empêcher – Singapour note que les plaignants n'ont pas présenté d'éléments de preuve empiriques montrant que les mesures ont réellement entraîné une confusion ou ont un effet de nature à induire en erreur sur le marché australien. En revanche, elle estime que l'usage du nom de la marque, de la raison sociale ou du nom de la société avec des noms de variantes sur les emballages du tabac (qui est autorisé, ces inscriptions pouvant elles-mêmes être des marques) d'une manière uniforme et constante sur tous les emballages permet aux consommateurs de concentrer facilement leur attention sur les mots seuls qui sont employés, et de les comparer, ce qui leur permet de distinguer clairement les produits du tabac d'une entreprise de ceux d'une autre. Pour les raisons qui précèdent, Singapour ne considère pas qu'il y a violation de l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC incorporant l'article 10*bis* de la Convention de Paris.[5342]

7.2661. L'Uruguay soutient que le Groupe spécial devrait rejeter les allégations des plaignants au titre de l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC incorporant l'article 10*bis* de la Convention de Paris.[5343]

7.3.6.3.3 Analyse du Groupe spécial

7.2662. Nous rappelons qu'aux termes de l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC, "[p]our ce qui est des Parties II, III et IV du présent accord, les Membres se conformeront aux articles premier à 12 et à l'article 19 de la Convention de Paris (1967)". Nous rappelons que l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967) est libellé comme suit:

> 1) Les pays de l'Union sont tenus d'assurer aux ressortissants de l'Union une protection effective contre la concurrence déloyale.
>
> 2) Constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale.
>
> 3) Notamment devront être interdits:
>
> 1. tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent;
>
> 2. les allégations fausses, dans l'exercice du commerce, de nature à discréditer l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent;

[5339] Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphe 15 (faisant référence à OMPI, Protection contre la concurrence déloyale (pièces AUS-536, DOM-139), paragraphes 23 à 26).
[5340] Singapour ajoute qu'une telle affirmation, par exemple, remettrait en question la légalité des restrictions sur la publicité pour le tabac au motif qu'il pourrait être dit de l'interdiction qu'elle fausse les conditions de concurrence en faveur des acteurs en place sur le marché. Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphes 15 à 17.
[5341] Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphe 61.
[5342] Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphes 18 à 20.
[5343] Uruguay, communication en tant que tierce partie, paragraphe 107.

3. les indications ou allégations dont l'usage, dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la quantité des marchandises.

7.2663. Le paragraphe 1 de l'article 10*bis*, tel qu'il est incorporé dans l'Accord sur les ADPIC par une référence figurant à l'article 2:1 de l'Accord, exige ainsi que les Membres[5344] assurent aux ressortissants des Membres une protection effective contre la concurrence déloyale. Bien qu'il exige qu'une telle protection soit "effective", le paragraphe 1 ne détermine pas les moyens par lesquels les Membres doivent assurer cette protection ni ne précise ce que veut dire concurrence déloyale.

7.2664. Un "acte de concurrence déloyale" est défini au paragraphe 2 de l'article 10*bis* comme étant "tout *acte de concurrence* contraire aux *usages honnêtes* en matière industrielle ou commerciale" (pas d'italique dans l'original). Le terme "competition" (concurrence) dans le contexte du commerce est défini comme "rivalry in the market, striving for custom between those who have the same commodities to dispose of" (rivalité sur le marché, efforts déployés par ceux qui ont les mêmes produits à écouler pour obtenir une clientèle).[5345] C'est aussi la manière dont le Groupe spécial *Mexique – Télécommunications* a compris ce terme "dans son acception économique pertinente".[5346]

7.2665. Le nom "act" (acte) signifie "something done or effected; a deed" (quelque chose qui est fait ou effectué; une action).[5347] L'expression "acte de concurrence", en "matière industrielle ou commerciale", indique quelque chose qui est fait par un acteur du marché pour concurrencer d'autres acteurs du marché.

7.2666. Le sens ordinaire de l'adjectif "honest" (honnête) en liaison avec une action telle que "practice" (usage) est "done with or expressive of truthfulness, fairness, or integrity of character or intention; free from deceit; genuine, sincere" (fait avec franchise, loyauté ou intégrité de caractère ou d'intention, ou en est l'expression; exempt de tromperie, authentique, sincère).[5348] En ce qui concerne le terme "pratice" (usage), l'Organe d'appel a considéré comme pertinentes les définitions suivantes: ""habitual doing or carrying out of something; usual or customary action or performance" (fait habituel d'exécuter ou de réaliser quelque chose; action ou réalisation usuelle ou coutumière); "custom; a habit; a habitual action" (coutume, habitude, action habituelle); "action of doing something; performance, operation; method of action or working" (action d'exécuter quelque chose; réalisation, opération; méthode d'action ou de travail)".[5349] Il est probable que la manière dont les affaires commerciales sont habituellement réalisées varie d'un marché à l'autre et change au cours du temps. Prises ensemble, ces définitions portent à croire qu'un "acte de concurrence" est contraire aux "usages honnêtes" s'il est exécuté d'une manière qui est contraire à ce qui serait usuellement ou coutumièrement considéré comme sincère, loyal et exempt de tromperie au sein d'un certain marché.

7.2667. En conséquence, nous comprenons la définition d'un "acte de concurrence déloyale" donnée au paragraphe 2 comme faisant référence à quelque chose qui est fait par un acteur du

[5344] Nous interprétons la référence faite à l'article 10*bis* 1) de la Convention de Paris (1967) aux pays de l'Union de Paris dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC comme désignant les Membres de l'OMC, et la référence aux ressortissants de ces pays comme désignant les ressortissants des autres Membres de l'OMC tels que définis à l'article 1:3 de l'Accord sur les ADPIC. Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 132.

[5345] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "competition", <http://www.oed.com/view/Entry/37578?rskey=pnBSr9&result=1#eid>, consultée le 2 mai 2017.

[5346] Rapport du Groupe spécial *Mexique – Télécommunications*, paragraphe 7.230. (note de bas de page omise) Le Honduras (première communication écrite, paragraphe 663), la République dominicaine (première communication écrite, paragraphe 842) et l'Australie (première communication écrite, paragraphe 447 et note de bas de page 620) se réfèrent à cette définition du terme "concurrence".

[5347] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "act, *n.*", <http://www.oed.com/view/Entry/1888?rskey=krCUxv&result=4&isAdvanced=false#eid>, consultée le 2 mai 2017.

[5348] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "honest", <http://www.oed.com/view/Entry/88149?rskey=Q1K9kO&result=1&isAdvanced=false#eid>, consultée le 2 mai 2017.

[5349] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone (Inde)*, note de bas de page 682 relative au paragraphe 4.90 (citant le Shorter Oxford English Dictionary, 6ème édition, A. Stevenson (éd.) (Oxford University Press, 2007), volume 2, page 2311).

marché pour concurrencer d'autres acteurs du marché d'une manière qui est contraire à ce qui serait usuellement ou coutumièrement considéré comme sincère, loyal et exempt de tromperie au sein d'un certain marché.

7.2668. Le texte introductif du paragraphe 3 dispose que "*[n]otamment* devront être interdits" (pas d'italique dans l'original). La définition pertinente de "in particular" (notamment) est "[a]s one distinguished from others of a number" (d'une manière qui se distingue d'un certain nombre d'autres).[5350] Nous croyons comprendre que le paragraphe 3 est lié au paragraphe 2 de l'article 10*bis* en ceci que les actes dont se distinguent les actes mentionnés au paragraphe 3 sont d'autres actes de concurrence déloyale, telle que définie au paragraphe 2.[5351] Par conséquent, nous croyons comprendre que les types d'actes mentionnés au paragraphe 3 sont des exemples d'"acte[s] de concurrence contraire[s] aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale" et qu'il peut y avoir d'autres types d'usages commerciaux malhonnêtes qui répondent à la définition donnée au paragraphe 2, qui fait plus référence de manière plus générale à "*tout* acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale" (pas d'italique dans l'original). En outre, le texte introductif du paragraphe 3 est formulé comme une obligation contraignante concernant les types d'actes énumérés dans les alinéas du paragraphe, disposant que "[n]otamment *devront* être interdits" (pas d'italique dans l'original). Autrement dit, le paragraphe 3 impose aux Membres d'interdire les types d'usages commerciaux malhonnêtes mentionnés dans ses alinéas.[5352]

7.2669. Globalement, par conséquent, le paragraphe 1, lu conjointement avec les paragraphes 2 et 3, exige qu'un Membre, lorsqu'il s'emploie à assurer une protection effective contre les actes de concurrence déloyale, au sens du paragraphe 2, prohibe les types d'usages en matière industrielle ou commerciale qui relèvent du paragraphe 3. Conformément au paragraphe 1, la protection contre ces actes doit être "effective". Le paragraphe 1, cependant, ne dit rien quant au critère à appliquer pour déterminer quels usages industriels ou commerciaux – au-delà de ceux qui sont couverts par le paragraphe 3 – devraient être considérés comme malhonnêtes dans un Membre particulier, et contre lesquels ce Membre doit par conséquent assurer une protection effective.

7.2670. Nous notons que les parties partagent le point de vue selon lequel une mesure pourrait être incompatible avec le paragraphe 1 sans l'être avec aucun des alinéas du paragraphe 3. L'Indonésie considère que le paragraphe 1 crée une obligation plus générale que le paragraphe 3, et elle qualifie les exemples donnés au paragraphe 3 d'illustrations établissant une "protection minimale". L'Australie est d'avis qu'une mesure pourrait être incompatible avec le paragraphe 1, même si la conduite pertinente n'entre pas spécifiquement dans le cadre des alinéas du paragraphe 3, pour autant que cette conduite soit "de même nature et de même portée" que les actes mentionnés au paragraphe 3. Nous allons maintenant examiner ces questions.[5353]

7.2671. Comme nous l'avons déterminé plus haut, nous croyons comprendre que l'expression "un acte de concurrence déloyale" figurant au paragraphe 2 fait référence à quelque chose qui est fait par un acteur du marché pour concurrence d'autres acteurs du marché, d'une manière qui est contraire à ce qui serait usuellement ou coutumièrement considéré comme sincère, loyal et exempt de tromperie au sein d'un certain marché. La manière dont les affaires industrielles et commerciales sont usuellement ou coutumièrement réalisées diffère d'un marché à l'autre, de même que les perceptions de ce qui constitue des usages commerciaux "honnêtes" et les critères

[5350] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "in particular", <http://www.oed.com/view/Entry/138260?redirectedFrom=%22in+particular%22#eid31581166>, consultée le 2 mai 2017.

[5351] Dans l'affaire *Inde – Produits agricoles*, l'Organe d'appel a constaté que l'expression "en particulier" figurant dans la première phrase de l'article 6:2 de l'Accord SPS "met[tait] en évidence le lien entre" l'article 6:2 et l'obligation plus générale énoncée à l'article 6:1 de l'Accord SPS et, conjointement avec d'autres considérations, "indiqu[ait] … que, pris ensemble, l'article 6:1 et l'article 6:2 accord[aient] une place importante à la teneur de l'article 6:2 comme moyen particulier par lequel un Membre peut faire en sorte que ses mesures SPS soient "adaptées" comme l'exige l'article 6:1". Rapport de l'Organe d'appel *Inde – Produits agricoles*, paragraphe 5.133.

[5352] Nous examinons l'interprétation des termes employés aux alinéas 3 1) et 3 3) de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967) dans le contexte des allégations formulées au titre de ces alinéas. Voir plus loin les paragraphes 7.2714, 7.2750 et 7.2753.

[5353] Honduras, réponse à la question n° 15 du Groupe spécial; République dominicaine, réponse à la question n° 15 du Groupe spécial, paragraphes 72 à 76; Cuba, réponse à la question n° 15 du Groupe spécial (approuvant la réponse du Honduras à la question); Indonésie, réponse à la question n° 15 du Groupe spécial; et Australie, réponse à la question n° 15 du Groupe spécial.

permettant de le déterminer. À cet égard, nous observons qu'il peut y avoir une certaine diversité dans la manière dont les systèmes juridiques intérieurs envisagent la répression de la concurrence déloyale et dans les types d'actes qu'ils prennent en considération. Une observation de l'OMPI, présentée au Groupe spécial par le Secrétariat de l'Organisation en réponse à une demande de renseignements du Groupe spécial, indique que, bien que la plupart des pays dotés de lois spéciales sur la concurrence déloyale aient adopté des définitions qui sont identiques ou similaires à celle qui est utilisée à l'article 10*bis* 2), employant des termes tels que "usages commerciaux honnêtes", les perceptions de notions telles que les "usages honnêtes" varient:

> Il est vrai que définir la concurrence déloyale comme un ensemble d'actes contraires aux "usages honnêtes en matière commerciale", à "la bonne foi", etc., ne permet pas d'établir des normes de comportement bien claires et acceptées universellement, le sens de ces expressions étant assez flou. Le critère de la "loyauté" ou de l'"honnêteté" de la concurrence n'est rien d'autre que le reflet des conceptions sociologiques, économiques, morales et éthiques d'une société, et peut donc varier d'un pays à l'autre (et parfois même à l'intérieur d'un même pays). Ce critère est en outre susceptible d'évoluer dans le temps.[5354]

7.2672. Nous considérons que ce passage est indicatif aussi pour comprendre la définition d'un acte de concurrence déloyale donnée à l'article 10*bis* 2). À notre avis, la référence qui est faite dans cette définition aux "usages honnêtes" ne porte pas à croire qu'un unique "critère de comportement clair et universellement accepté" s'applique pour déterminer si un usage commercial est "honnête". Elle porte plutôt à croire que cette évaluation devrait être faite à la lumière de ce qui constitue des "usages honnêtes" sur le marché pertinent.

7.2673. À ce sujet, la notion d'"usages honnêtes" ressemble à une autre notion à laquelle font référence les Accords de l'OMC, à savoir la "moralité publique". Le Groupe spécial *États-Unis – Jeux* a constaté, en interprétant l'article XIV a) de l'AGCS, que "l'expression "moralité publique" désign[ait] les normes de bonne ou mauvaise conduite appliquées par une collectivité ou une nation ou en son nom".[5355] Il a également noté que "la teneur de ces concepts pour les Membres [pouvait] varier dans le temps et dans l'espace, en fonction d'une série de facteurs, y compris les valeurs sociales, culturelles, éthiques et religieuses dominantes".[5356] De même, le Groupe spécial *Chine – Publications et produits audiovisuels* a noté, en interprétant l'article XX a) du GATT de 1994, que "la teneur et la portée du concept de "moralité publique" [pouvaient] varier d'un Membre à un autre car elles dépend[aient] des valeurs sociales, culturelles, éthiques et religieuses dominantes de chaque Membre".[5357]

7.2674. Le contexte fourni par d'autres dispositions de l'Accord sur les ADPIC faisant référence à la moralité donne des indications dans le même sens. L'article 6*quinquies* de la Convention de Paris (1967) tel qu'incorporé dans l'Accord sur les ADPIC, autorise un Membre à refuser ou à invalider, dans certaines circonstances, une marque qui est "contraire[] à la morale ou à l'ordre public". Comme Bodenhausen le note, les motifs de refus ou d'invalidation d'une marque existent lorsque cette marque est contraire à la morale ou à l'ordre public "tels qu'ils sont considérés dans le pays où une protection est demandée".[5358] L'article 27:2 de l'Accord sur les ADPIC autorise les Membres à exclure de la brevetabilité les inventions "dont il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale *sur leur territoire* pour protéger l'ordre public ou la *moralité*" (pas d'italique dans l'original), laissant entendre que la nécessité d'empêcher l'exploitation commerciale pour des raisons de moralité doit être envisagée par rapport à un territoire donné.

[5354] Réponse de l'OMPI à la demande de renseignements factuels du Groupe spécial, lettre datée du 5 octobre 2015, annexe 8, Bureau international de l'OMPI, Protection contre la concurrence déloyale: analyse de la situation mondiale actuelle, Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (Genève, 1994), paragraphes 28 et 29.

[5355] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Jeux*, paragraphe 6.465. Cette interprétation n'a pas été remise en question par l'Organe d'appel. Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 299.

[5356] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Jeux*, paragraphe 6.461.

[5357] Rapport du Groupe spécial *Chine – Publications et produits audiovisuels*, paragraphe 7.763.

[5358] En ce qui concerne le concept connexe d'"ordre public", Bodenhausen ajoute qu'"[u]ne marque contraire à l'ordre public serait une marque contraire aux concepts juridiques ou sociaux fondamentaux du pays concerné". Bodenhausen, texte intégral (pièce DOM-79), page 116. Nous notons que toutes les parties aux présents différends se sont appuyées sur le Guide de la Convention de Paris dans diverses parties de leurs communications.

7.2675. Par conséquent, la notion d'"usages honnêtes" telle qu'employée dans la définition d'un acte de concurrence déloyale donnée à l'article 10*bis* 2) devrait être interprétée par référence aux normes de conduite honnête habituellement appliquées et maintenues sur le marché intérieur en cause. Ce qu'il faut considérer comme le marché concerné doit être déterminé sur la base des circonstances d'une affaire donnée. Nous notons à cet égard que le fait que ce qui est considéré comme constituant un "usage honnête" peut varier d'un Membre à l'autre ne rend pas l'obligation facultative. Si certains actes s'inscrivent objectivement dans le cadre de ce qui est considéré, au sein du marché intérieur en cause, comme "contraire aux pratiques honnêtes en matière industrielle ou commerciale", alors ils constitueront un acte de concurrence déloyale soumis à l'obligation énoncée à l'article 10*bis*.[5359]

7.2676. Cette interprétation est confirmée par les travaux préparatoires de la Convention de Paris (1967). La Convention de Paris originale de 1883 ne traitait pas de la concurrence déloyale. Celle-ci a été mentionnée pour la première fois à l'article 10*bis* de l'Acte de Bruxelles de 1900[5360] et le texte actuel a été présenté à la Conférence de révision de La Haye de 1925.[5361] La Commission de rédaction a présenté le texte final avec, entre autres, les observations suivantes:

> [O]n a jugé utile, en renforçant l'obligation prise par les pays contractants à Washington, d'établir le principe qu'il fallait atteindre la concurrence déloyale sous toutes ses formes et de donner seulement comme *un exemple minimum* les deux groupes de faits qu'on était unanimes à ranger parmi les actes de concurrence déloyale.[5362]

7.2677. Le commentaire de l'OMPI susmentionné confirme à nouveau que les trois usages énumérés au paragraphe 3 qui doivent "notamment" être interdits "ne constituent pas une liste exhaustive, mais représentent plutôt le niveau de protection minimale que tous les États membres doivent assurer".[5363]

[5359] Nous notons en outre que le Guide de la Convention de Paris de Bodenhausen fait référence aux notions d'honnêteté non seulement telles qu'elles existent dans le système juridique d'un Membre, mais aussi telles qu'elles sont établies dans les échanges internationaux: "[t]out acte de concurrence devra être considéré comme déloyal s'il est contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale. Ce critère ne se limite pas aux usages honnêtes existant dans le pays où la protection contre la concurrence déloyale est réclamée. Les autorités judiciaires ou administratives d'un tel pays devront donc également prendre en considération les usages honnêtes dans le commerce international". Bodenhausen, texte intégral (pièce DOM-79), page 150. Dans les circonstances d'une affaire donnée, les usages honnêtes établis dans les échanges internationaux, s'ils sont discernables, devraient donc aussi éclairer le sens de l'expression "tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale" figurant au paragraphe 2 de l'article 10*bis*.

[5360] L'article 10*bis* de l'Acte de Bruxelles de 1900 dispose que "[l]es ressortissants de la Convention (art. 2 et 3), jouiront, dans tous les États de l'Union, de la protection accordée aux nationaux contre la concurrence déloyale". Cette disposition, sous une forme quelque peu modifiée, est maintenant contenue dans le paragraphe 1 de l'article 10*bis*. La Conférence de Washington de 1911 a introduit les termes "assurer ... une protection effective" et l'Acte de La Haye de 1925 a remplacé "s'engagent à" par "sont tenus d'". La définition d'un acte de concurrence déloyale a été insérée au paragraphe 2 dans l'Acte de La Haye de 1925 et reste inchangée. La Conférence de La Haye de 1925 a également inséré le paragraphe 3 avec deux alinéas contenant les deux exemples qui correspondent pour l'essentiel aux actuels alinéas 1) et 2). Le troisième alinéa avec un autre exemple a été inséré dans l'Acte de Lisbonne de 1958 et reste inchangé. Voir Réponse de l'OMPI à la demande de renseignements factuels du Groupe spécial, lettre datée du 5 octobre 2015, extraits des actes de diverses conférences diplomatiques adoptant, révisant et modifiant les articles 6*bis*, 6*quinquies*, 7 et 10*bis* de la Convention de Paris (1967). Les extraits des Actes de la Convention de Paris de 1900, 1911 et 1925 proviennent des traductions en anglais de ces actes figurant dans *The Paris Convention for the Production of Industrial Property from 1883 to 1983* (OMPI, 1983).

[5361] Le rapport de la quatrième Sous-Commission de la Conférence de La Haye de 1925 a décrit les modifications susmentionnées du paragraphe 1 comme étant "*d'un effet plutôt moral*". Cela n'a pas été estimé suffisant et des efforts restaient à faire, entre autres, pour "*prévoir certaines espèces qui dans tous les cas devraient former l'objet de la protection conventionnelle*". Réponse de l'OMPI à la demande de renseignements factuels du Groupe spécial, lettre datée du 5 octobre 2015, annexe 4, extraits des actes de la Conférence de révision de La Haye (1925), rapport de la quatrième Sous-Commission, page 472. Ces actes ne sont disponibles qu'en français.

[5362] Réponse de l'OMPI à la demande de renseignements factuels du Groupe spécial, lettre datée du 5 octobre 2015, annexe 4, extraits des actes de la Conférence de révision de La Haye (1925), rapport de la Commission de rédaction, page 547.

[5363] Réponse de l'OMPI à la demande de renseignements factuels du Groupe spécial, lettre datée du 5 octobre 2015, annexe 8, Bureau international de l'OMPI, Protection contre la concurrence déloyale: analyse

7.2678. Ces éléments confirment que les usages énumérés au paragraphe 3 de l'article 10*bis* sont des exemples d'usages malhonnêtes et constituent un minimum convenu au niveau international en ce qui concerne les types d'usages malhonnêtes que les pays de l'Union de Paris doivent interdire. Cela n'enlève rien au fait que le paragraphe 2 établit le champ de la définition d'un "acte de concurrence déloyale" comme incluant "tout" acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière commerciale. Les pays de l'Union sont, par conséquent, tenus d'assurer une protection effective contre tous actes de concurrence déloyale relevant de la définition donnée au paragraphe 2. Cela doit comprendre – au minimum – les catégories d'usages mentionnées au paragraphe 3. Les travaux préparatoires mentionnés plus haut montrent clairement que, bien que les négociateurs n'aient pas entrepris d'indiquer d'autres catégories spécifiques d'usages contre lesquels tous les pays seraient tenus d'assurer une protection effective, ils ont eu l'intention de traiter la concurrence déloyale "sous toutes ses formes", et que les situations spécifiques indiquées au paragraphe 3 ont été présentées "seulement comme un exemple minimum".

7.2679. En conséquence, il est demandé aux Membres de l'OMC non seulement d'interdire les trois types spécifiques d'actes indiqués au paragraphe 3 de l'article 10*bis*, mais aussi d'assurer une protection effective contre tous les actes relevant plus généralement du paragraphe 2 de cet article. Bien qu'il soit demandé à un Membre d'interdire les types d'usages malhonnêtes en matière industrielle et commerciale énumérés au paragraphe 3, la portée des autres usages en matière industrielle et commerciale contre lesquels ce Membre est tenu d'assurer une protection effective doit être considérée dans le contexte des systèmes juridiques et des conceptions de ce qui constitue un acte contraire à ce qui serait usuellement ou coutumièrement considéré comme sincère, loyal et exempt de tromperie au sein du marché intérieur en cause.[5364]

7.2680. Nous notons par ailleurs que, comme l'ont observé la République dominicaine et l'Indonésie, la protection contre la concurrence déloyale sert à protéger les concurrents aussi bien que les consommateurs, en même temps que l'intérêt public. Nous approuvons l'analyse qui est faite dans l'observation de l'OMPI, à laquelle la République dominicaine se réfère, selon laquelle pour juger de l'"honnêteté" en matière commerciale, il faut tenir compte de tous ces facteurs.[5365] Cette approche est compatible avec l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC, intitulé "Objectifs", qui rend compte de l'intention d'établir et de maintenir un équilibre entre les objectifs sociétaux qui y sont mentionnés. En conséquence, une détermination de ce qui équivaut à un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale peut, selon les circonstances, refléter une mise en équilibre de ces intérêts.

7.2681. Nous notons en outre que cette interprétation est compatible avec le contexte pertinent de l'Accord sur les ADPIC, dans lequel l'article 10*bis* est incorporé par la référence figurant à l'article 2:1 de l'Accord. À cet égard, nous notons que les deuxième et troisième phrases de l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC disposent que "[l]es Membres pourront, sans que cela soit une obligation, mettre en œuvre dans leur législation une protection plus large que ne le prescrit le présent accord, à condition que cette protection ne contrevienne pas aux dispositions dudit accord" et que "[l]es Membres seront libres de déterminer la méthode appropriée pour mettre en œuvre les dispositions du présent accord dans le cadre de leurs propres systèmes et pratiques juridiques".

7.2682. La deuxième phrase de l'article 1:1 indique clairement que l'Accord sur les ADPIC est un accord sur des normes minimales. Comme le Groupe spécial *Chine – Droits de propriété intellectuelle* l'a noté, elle "précise que les dispositions de l'Accord ne sont que des normes

---

de la situation mondiale actuelle, Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (Genève 1994), paragraphe 21. L'Indonésie a fait référence à une déclaration similaire dans le manuel de l'OMPI sur la propriété intellectuelle, extraits IDN (pièce IDN-43), paragraphe 2.762. Voir Indonésie, première communication écrite, paragraphe 154. Bodenhausen, formulant des observations sur le paragraphe 1 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967), explique qu'"[e]n assurant une protection effective contre la concurrence déloyale, *chaque pays peut déterminer lui-même les actes* qui tombent dans cette catégorie, pour autant toutefois que les alinéas 2) et 3) de cet article soient respectés". Bodenhausen, texte intégral (pièce DOM-79), page 150. (pas d'italique dans l'original)

[5364] Notre conclusion est sans préjudice de la portée des obligations résultant des références, aux articles 22:2 b) et 39:1 de l'Accord sur les ADPIC, à l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967).

[5365] Réponse de l'OMPI à la demande de renseignements factuels du Groupe spécial, lettre datée du 5 octobre 2015, annexe 8, Bureau international de l'OMPI, Protection contre la concurrence déloyale: analyse de la situation mondiale actuelle, Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (Genève, 1994), paragraphes 33 à 37. Voir aussi OMPI Protection contre la concurrence déloyale (pièces AUS-536, DOM-139).

minimales puisqu'elles donnent aux Membres la possibilité d'appliquer une protection plus élevée à une certaine condition".[5366] En outre, la troisième phrase précise que l'Accord sur les ADPIC n'est pas censé harmoniser les législations entre les Membres. Comme l'Organe d'appel l'a observé dans l'affaire *Inde – Brevets*, "[l]es Membres sont donc libres de déterminer comment s'acquitter au mieux de leurs obligations au titre de l'*Accord sur les ADPIC* dans le cadre de leurs propres systèmes juridiques".[5367] Nous notons en outre que la troisième phrase de l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC laisse aux Membres le soin de choisir les méthodes appropriées dans le cadre de leurs propres systèmes et pratiques juridiques pour réprimer tout usage malhonnête de ce type.

7.2683. En réponse à une question du Groupe spécial, le Honduras, Cuba et l'Indonésie font valoir que l'article 10*bis* pourrait viser davantage que les "actes de concurrence déloyale" tels qu'ils sont définis dans son paragraphe 2 car l'article 10*bis* 1) prescrit une protection effective contre la "concurrence déloyale".[5368]

7.2684. L'article 10*bis* 2) définit l'expression "acte de concurrence déloyale", tandis que l'article 10*bis* 1) prescrit une protection effective contre la "concurrence déloyale". Nous ne considérons cependant pas que l'omission du mot "acte" au paragraphe 1 étende le champ d'application de l'article 10*bis* au-delà des actes de concurrence déloyale tels qu'ils sont définis au paragraphe 2. Comme indiqué plus haut, le terme "competition" (concurrence) fait référence, dans son acception économique pertinente, à "[r]ivalry in the market, striving for custom between those who have the same commodities to dispose of" (rivalité sur le marché, efforts déployés par ceux qui ont les mêmes produits à écouler pour obtenir une clientèle).[5369] Cette définition implique que la concurrence est un processus entre acteurs du marché. En faisant référence à la concurrence, l'article 10*bis* 1) prescrit donc une protection effective contre la concurrence déloyale entre acteurs du marché. Cela est souligné par les trois alinéas de l'article 10*bis* 3), qui reposent chacun sur l'hypothèse que la concurrence déloyale suppose une action de la part des acteurs du marché. Les alinéas 1 et 2 de l'article 10*bis* 3) font tous deux référence à quelque chose qui est fait à un "concurrent", ce qui implique qu'un opérateur du marché concurrent prend part à ce qui équivaut à une concurrence déloyale. De même, l'alinéa 3) de l'article 10*bis* 3) réglemente l'usage de certains types d'"indications ou allégations … dans l'exercice du commerce", impliquant que la concurrence déloyale est liée à des actions entreprises par des acteurs opérant sur le marché. Nous n'avons en outre aucune indication provenant des travaux préparatoires de l'article 10*bis* et de ses amendements ultérieurs[5370] qui laisseraient entrevoir une quelconque intention des négociateurs de traiter la question de la concurrence déloyale en relation avec quoi que ce soit d'autre que la concurrence commerciale faisant intervenir les acteurs du marché.[5371]

7.3.6.4 Question de savoir si les mesures TPP sont incompatibles avec l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967), tel qu'il est incorporé dans l'Accord sur les ADPIC

7.3.6.4.1 Introduction

7.2685. Nous examinons maintenant les allégations du Honduras, de la République dominicaine, de Cuba et de l'Indonésie selon lesquelles les mesures TPP sont incompatibles avec l'article 10*bis*.

[5366] Rapport du Groupe spécial *Chine – Droits de propriété intellectuelle*, paragraphe 7.513. La condition à laquelle le Groupe spécial fait référence est contenue dans la troisième clause de la deuxième phrase de l'article 1:1, à savoir que cette protection plus large ne doit pas contrevenir aux dispositions de l'Accord sur les ADPIC. Par exemple, une telle protection doit en règle générale être offerte aux ressortissants des autres Membres sans discrimination, conformément aux articles 3 à 5.

[5367] Rapport de l'Organe d'appel *Inde – Brevets (États-Unis)*, paragraphe 59.

[5368] Honduras, réponse à la question n° 18 du Groupe spécial; Cuba, réponse à la question n° 18 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial); et Indonésie, réponse à la question n° 18 du Groupe spécial.

[5369] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "competition", <http://www.oed.com/view/Entry/37578?rskey=b0X7t0&result=1&isAdvanced=false#eid>, consultée le 2 mai 2017.

[5370] Réponse de l'OMPI à la demande de renseignements factuels du Groupe spécial, lettre datée du 5 octobre 2015, extraits des actes de diverses conférences diplomatiques adoptant, révisant et modifiant les articles 6*bis*, 6*quinquies*, 7 et 10*bis* de la Convention de Paris.

[5371] Cela est sans préjudice de la question – non soulevée dans les présentes procédures – de savoir si, et dans quelles circonstances, d'autres entités, comme les associations de consommateurs, pourraient être considérées comme *agissant en tant qu'*agents du marché concurrents, ou se voir accorder des droits ou imposer des obligations dans le cadre des législations nationales des Membres relatives à la concurrence déloyale.

7.2686. Le Honduras allègue que les mesures TPP sont incompatibles avec:

a. l'article 10*bis* 1) parce que les restrictions concernant les marques dans le cadre de l'emballage neutre donnent lieu à une situation de "concurrence déloyale" en faussant *ex ante* et systématiquement les conditions de concurrence au détriment des produits haut de gamme et de leurs producteurs, et au profit des produits bas de gamme et de leurs producteurs[5372]; et

b. l'article 10*bis* 3) 3) parce que les mesures TPP imposent aux producteurs de formuler des "indications ou allégations" selon lesquelles tous les produits du tabac ont les mêmes propriétés et caractéristiques physiques.[5373]

7.2687. La République dominicaine allègue que les mesures TPP sont incompatibles avec:

a. l'article 10*bis* 1) parce que les mesures TPP imposent des actes qui équivalent à de la concurrence déloyale[5374]; et

b. l'article 10*bis* 3) 3) parce que les mesures TPP imposent des actes qui sont susceptibles d'induire le public en erreur sur les caractéristiques des produits du tabac.[5375]

7.2688. Cuba allègue que les mesures TPP sont incompatibles avec l'article 10*bis*, parce qu'un environnement concurrentiel dans lequel il est demandé aux fabricants rivaux de présenter leurs produits aux consommateurs d'une manière visuellement indifférenciée débouche sur une concurrence déloyale.[5376] En particulier, ces mesures sont incompatibles avec:

a. l'article 10*bis* 1) parce que les mesures TPP imposent aux concurrents d'accomplir des actes qui constituent une concurrence déloyale[5377]; et

b. l'article 10*bis* 3) 1) parce que les mesures TPP créent une confusion[5378]; et

c. l'article 10*bis* 3) 3) parce que les mesures TPP sont susceptibles d'induire les consommateurs en erreur.[5379]

7.2689. L'Indonésie allègue que les mesures TPP sont incompatibles avec:

a. l'article 10*bis* 3) 1) parce qu'il est probable que les mesures TPP créent une confusion[5380]; et

b. l'article 10*bis* 3) 3) parce que les mesures TPP sont susceptibles d'induire les consommateurs en erreur.[5381]

7.2690. Les arguments des plaignants concernant l'article 10*bis* portent sur deux aspects. Cuba fait valoir que les mesures TPP elles-mêmes constituent un acte de concurrence déloyale au motif qu'elles créent des conditions de concurrence déloyales. En outre, les plaignants font valoir que les mesures TPP obligent les acteurs du marché à se livrer à des types d'actes de concurrence déloyale contre lesquels l'Australie est obligée d'assurer une protection effective conformément au paragraphe 1, ou qu'elle doit interdire au titre du paragraphe 3 1) ou 3 2). Dans la partie qui suit, nous examinerons d'abord si les mesures TPP elles-mêmes constituent des actes de concurrence déloyale, puis si elles imposent aux acteurs du marché de se livrer à des actes de concurrence

[5372] Honduras, première communication écrite, paragraphes 20 et 938.
[5373] Honduras, première communication écrite, paragraphes 20 et 938.
[5374] République dominicaine, première communication écrite, section VI.I.2.
[5375] République dominicaine, première communication écrite, section VI.I.2.
[5376] Cuba, première communication écrite, paragraphe 382.
[5377] Cuba, première communication écrite, paragraphe 383; et deuxième communication écrite, paragraphe 145.
[5378] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 137 et 145.
[5379] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 137 et 145.
[5380] Indonésie, première communication écrite, section V.2.b.
[5381] Indonésie, première communication écrite, section V.2.c.

déloyale du type de ceux contre lesquels l'Australie est tenue d'assurer une protection conformément à l'article 10*bis*, tel qu'il est incorporé par le biais de l'article 2:1.

7.2691. En ce qui concerne l'ordre de l'analyse du deuxième ensemble d'allégations, nous rappelons que, dans notre analyse interprétative générale de l'article 10*bis*, nous avons constaté que les types d'actes mentionnés au paragraphe 3 étaient des exemples d'actes de concurrence déloyale, tels que définis au paragraphe 2.[5382] Conformément au paragraphe 3, les Membres de l'OMC sont tenus d'interdire les trois types spécifiques d'actes indiqués dans ce paragraphe. Conformément au paragraphe 1, ils doivent également assurer une protection effective contre tous les autres actes relevant plus généralement de la définition d'un acte de concurrence déloyale donnée au paragraphe 2.[5383] Nous jugeons donc approprié d'examiner d'abord les arguments qui ont trait aux types spécifiques d'actes de concurrence déloyale indiqués aux paragraphes 3 1) et 3 3), que l'Australie est obligée d'interdire, puis les arguments qui ont trait à d'autres actes de concurrence déloyale relevant plus généralement du paragraphe 2, contre lesquels l'Australie est obligée d'assurer une protection effective conformément au paragraphe 1.

7.2692. Nous examinerons donc tour à tour:

a. l'allégation de Cuba et de l'Indonésie selon laquelle les mesures TPP imposent des actes incompatibles avec le paragraphe 3 1) de l'article 10*bis*;

b. l'allégation du Honduras, de la République dominicaine, de Cuba et de l'Indonésie selon laquelle les mesures TPP imposent des actes qui sont incompatibles avec le paragraphe 3 3) de l'article 10*bis*; et

c. l'allégation du Honduras, de la République dominicaine et de Cuba selon laquelle les mesures TPP imposent des actes de concurrence déloyale incompatibles avec le paragraphe 1 de l'article 10*bis*.

7.3.6.4.2 Question de savoir si les mesures TPP elles-mêmes constituent un acte de concurrence déloyale

7.2693. Cuba fait valoir que l'"environnement concurrentiel" résultant de l'application des mesures TPP – dans lequel il est demandé à des fabricants rivaux de présenter leurs produits d'une manière visuellement indifférenciée – conduit à "une situation de "concurrence déloyale"".[5384]

7.2694. Le Honduras a d'abord fait valoir, en ce qui concerne son allégation au titre de l'article 10*bis* 1), qu'une *réglementation gouvernementale* qui faussait les conditions de concurrence en faveur de certains concurrents et au détriment d'autres était "injuste" et "non équitable", c'est-à-dire déloyale, et que l'article 10*bis* restreignait le pouvoir réglementaire du gouvernement à cet égard, dans la mesure où une réglementation avait plus qu'une incidence "accessoire" sur la concurrence, en ce sens qu'elle la rendait déloyale.[5385] En ce qui concerne son allégation au titre de l'article 10*bis* 3) 3), le Honduras a d'abord soutenu que les mesures TPP étaient incompatibles avec le paragraphe 3 3) au motif qu'elles donnaient lieu à des indications et allégations de nature à induire en erreur. À son avis, cela débouche sur une concurrence déloyale parce que les consommateurs sont induits en erreur sur la vraie nature des produits du tabac et parce que les mesures TPP ont une incidence asymétrique sur les concurrents.[5386] Le Honduras a précisé ensuite qu'il ne faisait pas valoir que les lois ou réglementations d'un gouvernement constituaient des actes de concurrence déloyale. Les actes de concurrence déloyale étaient plutôt le fait de parties privées.[5387]

[5382] Voir plus haut le paragraphe 7.2668.
[5383] Voir plus haut le paragraphe 7.2679.
[5384] Cuba, première communication écrite, paragraphe 382; et deuxième communication écrite, paragraphe 138.
[5385] Honduras, première communication écrite, paragraphes 677 à 681.
[5386] Honduras, première communication écrite, paragraphes 718 à 734.
[5387] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 391.

7.2695. La République dominicaine explique qu'elle ne fait pas valoir que les mesures TPP sont elles-mêmes des "actes" de concurrence déloyale, mais plutôt que les différents actes de concurrence déloyale en cause sont des actes privés de producteurs.[5388]

7.2696. En ce qui concerne son allégation au titre de l'article 10*bis* 3) 1), l'Indonésie a d'abord soutenu que "l'emballage neutre [était] un acte "de nature à créer une confusion" entre les produits du tabac des concurrents"[5389] parce que, selon ses allégations, l'uniformité requise de l'emballage et de la présentation des produits du tabac, entre autres, conduisait les fabricants à rivaliser sur les prix, limitait les possibilités de concurrence, ce qui entraînait, une descente en gamme, et encourageait le commerce illicite.[5390] Plus tard dans les procédures, l'Indonésie a précisé que "[l]es "actes de concurrence déloyale" n'[étaient] *pas* les actes réglementaires de l'Australie. Les actes pertinents de concurrence déloyale [étaient] les actes privés des concurrents sur le marché lorsque ceux-ci présent[aient] leurs produits concurrents dans des emballages pratiquement identiques".[5391]

7.2697. L'Australie répond qu'un acte de concurrence déloyale n'englobe pas l'environnement réglementaire dans lequel cet acte prend place.[5392]

7.2698. Nous rappelons qu'un acte de concurrence déloyale est défini au paragraphe 2 de l'article 10*bis* comme étant "tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale". Nous rappelons en outre notre interprétation, au paragraphe 7.2665, selon laquelle les termes "concurrence" et "acte de concurrence", qui font partie de la définition, indiquent, "en matière industrielle ou commerciale", que le terme "acte de concurrence" fait référence à quelque chose qui est fait par un acteur du marché pour concurrencer d'autres acteurs du marché. À notre avis, par conséquent, les lois et autres instruments qu'un Membre adopte pour réglementer le marché, ou l'environnement réglementaire global à l'intérieur duquel le marché fonctionne, n'équivalent pas en soi à des "actes de concurrence déloyale".[5393]

7.2699. Nous constatons par conséquent que les mesures TPP en elles-mêmes ne constituent pas un acte de concurrence au sens de l'article 10*bis* 2) et ne constituent donc pas non plus un acte de concurrence *déloyale* contre lequel un Membre est tenu d'assurer une protection effective au titre de l'article 10*bis* 1), y compris en interdisant tous les actes de concurrence déloyale de nature à créer une confusion au sens de l'article 10*bis* 3) 1) ou en interdisant les indications ou allégations dont l'usage, dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le public en erreur au sens de l'article 10*bis* 3) 3).

7.3.6.4.3 Question de savoir si les mesures TPP imposent aux acteurs du marché de se livrer à des actes de concurrence déloyale contre lesquels l'Australie est obligée d'assurer une protection

7.2700. Comme indiqué plus haut, tous les plaignants font valoir que les mesures TPP obligent les acteurs du marché à se livrer à des types d'actes de concurrence déloyale contre lesquels l'Australie est obligée d'assurer une protection effective conformément au paragraphe 1 (Honduras, République dominicaine et Cuba), ou qu'elle doit interdire au titre du paragraphe 3, à savoir les actes de concurrence déloyale qui créent une confusion au sens du paragraphe 3 1) (Cuba et Indonésie), ou les actes de concurrence déloyale qui équivalent à des indications ou allégations de nature à induire en erreur au sens du paragraphe 3 3) (Honduras, République dominicaine, Cuba et Indonésie).

7.2701. Nous examinerons donc d'abord si les mesures TPP obligent les acteurs du marché à se livrer à des actes de concurrence déloyale quels qu'ils soient que l'Australie est obligée d'interdire conformément au paragraphe 3 1) ou 3 3) de l'article 10*bis*, puis si ces mesures imposent d'autres

[5388] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 749.
[5389] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 167.
[5390] Indonésie, première communication écrite, paragraphes 163 et 168 à 177.
[5391] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 57.
[5392] Voir Australie, première communication écrite, paragraphes 445 à 450 et, plus haut, le résumé des arguments.
[5393] Cela est sans préjudice de la question de savoir si, et dans quelles circonstances, un Membre lui-même peut être considéré comme *agissant en tant qu'*agent du marché concurrent, ou se voir accorder des droits ou imposer des obligations dans le cadre des législations nationales des Membres relatives à la concurrence déloyale, question qui n'a pas été soulevée dans les présentes procédures.

actes de concurrence déloyale contraires au paragraphe 1.[5394] Si nous constatons qu'elles imposent bien aux acteurs du marché de se livrer à des actes de concurrence déloyale que l'Australie est obligée d'interdire au titre des paragraphes 3 1) ou 3 3), ou contre lesquels l'Australie est tenue d'assurer une protection effective conformément au paragraphe 1, nous examinerons si, en imposant ces actes, l'Australie manque à son obligation de les interdire au sens des paragraphes 3 1) et 3 3) ou d'assurer une "protection effective" contre de tels actes au sens du paragraphe 1, en violation de l'article 10*bis*.

7.3.6.4.3.1 Article 10*bis* 3) 1)

7.2702. Nous examinons maintenant si, comme l'ont allégué Cuba et l'Indonésie, les mesures TPP imposent des actes de nature à créer une confusion au sens de l'article 10*bis* 3) 1).[5395]

Principaux arguments des parties

7.2703. Cuba soutient que les mesures TPP, en éliminant tous les éléments distinctifs de l'emballage du tabac à l'exception du nom de la marque et du nom de variante, qui peuvent uniquement être imprimés selon les types et tailles de caractères prescrits, imposent des actes qui créent délibérément une confusion, en violation de l'article 10*bis* 3) 1).[5396]

7.2704. L'Indonésie fait valoir qu'à la suite des mesures TPP, l'emballage des produits du tabac et les produits eux-mêmes sont dénués de tout caractère distinctif et le produit du tabac de chaque fabricant ressemble pour l'essentiel à celui des concurrents.[5397] Elle estime que cette uniformité prescrite constitue un acte "de nature à créer une confusion" entre les offres de produits du tabac des différents concurrents.[5398] Sans les éléments distinctifs d'un produit du tabac identifié normalement par une marque, il est difficile pour les concurrents de distinguer leurs marques et pour les consommateurs de discerner une marque d'une autre. L'usage autorisé du nom de la marque sur l'emballage est insuffisant pour empêcher la confusion entre les produits du tabac, étant donné qu'il y a un certain nombre de variations similaires des noms de marques et des noms de variantes qui sont déjà enregistrées en Australie. À cet égard, les mesures TPP imposent des actes privés "de nature à créer une confusion" dans l'esprit des consommateurs.[5399]

7.2705. L'Indonésie fait valoir en outre que la confusion entre les marques créée par les mesures TPP va à l'encontre du but de l'article 10*bis* 3) 1) qui consiste à protéger les concurrents, en particulier ceux qui occupent les segments milieu de gamme et haut de gamme du marché, contre la concurrence déloyale. N'ayant plus les moyens de distinguer leurs produits de ceux de leurs concurrents, les fabricants ne sont pas incités à rivaliser sur la qualité et sont conduits à rivaliser sur le prix. Les éléments de preuve indiquant une accélération de la descente en gamme au détriment des marques haut de gamme et au profit des marques bon marché montrent que les mesures TPP limitent les possibilités de concurrence pour les producteurs de produits haut de gamme. La descente en gamme porte atteinte aux concurrents qui occupent les segments milieu de gamme et haut de gamme du marché et qui ont investi dans le développement de produits de qualité supérieure. L'Indonésie soutient qu'"[e]n somme, les mesures [T]PP de l'Australie privent les fabricants de produits du tabac de l'aptitude à établir une distinction entre leurs produits en fonction de la qualité et "banalisent" le marché du tabac".[5400] Elle ajoute que "l'Australie a cherché à faire en sorte que les fabricants *ne puissent pas* rivaliser sur les perceptions de la qualité par les consommateurs. Et, en fait, un objectif déclaré de l'emballage neutre [du tabac] était de "faire voler en éclats l'image des cigarettes en tant que bien de consommation ordinaire"."[5401]

[5394] Voir plus haut l'examen de l'ordre de l'analyse au paragraphe 7.2691.

[5395] L'Australie décrit la manière dont elle donne effet à son obligation au titre de l'article 10*bis* d'assurer une protection effective contre la concurrence déloyale dans sa première communication écrite, paragraphes 458 et 459. Pour un résumé, voir plus haut les paragraphes 7.2780 et 7.2781.

[5396] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 137, 138, 141 et 145. Voir aussi Cuba, première communication écrite, paragraphes 385 et 383.

[5397] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 162.

[5398] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 163.

[5399] Indonésie, première communication écrite, paragraphes 165 à 167; et deuxième communication écrite, paragraphe 49.

[5400] Indonésie, première communication écrite, paragraphes 168 à 174.

[5401] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 174 (italique dans l'original) (faisant référence au rapport technique 2 de la NPHT (pièces AUS-52, JE-12), page vi).

7.2706. La confusion entre les marques de produits du tabac créée par les mesures TPP porte atteinte en outre aux concurrents et au public en encourageant le commerce illicite des produits du tabac. Les fabricants de produits du tabac licites sont forcés de rivaliser avec des produits illicites meilleur marché. L'Indonésie fait valoir que "[c']est exactement le type de concurrence déloyale contre laquelle l'Australie est obligée d'assurer une protection au titre de l'article 10*bis*".[5402] Elle estime que "l'Australie n'a pas assuré une protection effective contre la concurrence déloyale en amplifiant les possibilités de concurrence offertes aux produits du tabac illicites". Elle explique qu'"[e]n réduisant le coût et la difficulté de créer des paquets de tabac de contrefaçon, en créant des économies d'échelle pour la production de contrefaçon et en exigeant que l'apparence de l'emballage du tabac reste statique dans le temps, les mesures de l'Australie concernant l'emballage neutre offrent un avantage concurrentiel important aux fabricants de produits du tabac illicites au détriment des produits licites".[5403]

7.2707. L'Indonésie fait valoir que les mesures TPP affectent le mécanisme juridique auquel peuvent avoir recours les titulaires de marques car elles font qu'il est plus difficile de démontrer que les marques dont il est allégué qu'elles portent atteinte à un droit causent une confusion. En érodant progressivement le caractère distinctif des marques par leur non-usage et en exigeant qu'elles apparaissent selon un format identique, les mesures TPP réduisent l'aptitude des titulaires de marques à intenter avec succès des poursuites pour atteinte aux droits d'une marque. Par conséquent, du fait du fonctionnement de ses mesures TPP, l'Australie n'assure pas une protection effective contre les actes de concurrence déloyale, en violation de l'article 10*bis*.[5404]

7.2708. L'Indonésie a affirmé que "l'emballage neutre [était] un acte "de nature à créer une confusion" entre les produits du tabac des concurrents".[5405] Elle a précisé que les "actes de concurrence déloyale" pertinents n'étaient *pas* les actes réglementaires de l'Australie mais les actes privés des concurrents sur le marché lorsque ceux-ci présentaient leurs produits concurrents dans des emballages pratiquement identiques.[5406]

7.2709. L'Indonésie estime que l'Australie impose l'action qu'elle est tenue d'interdire au titre de l'article 10*bis* 3) 1). Cela a créé une confusion entre les concurrents en obligeant les fabricants de tabac à vendre des produits ayant une apparence et un emballage uniformes et paraissant presque identiques à ceux de leurs concurrents.[5407] À cet égard, les mesures TPP imposent des actes privés "de nature à créer une confusion" dans l'esprit des consommateurs.[5408]

7.2710. L'Indonésie se réfère à l'article 27 de la Convention de Vienne, qui dispose qu'une partie à un traité international "ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité". Elle ajoute que, dans l'affaire *Mexique – Télécommunications*, le Groupe spécial a constaté que le Mexique avait manqué à ses obligations dans le cadre de l'OMC en prescrivant des pratiques anticoncurrentielles qu'il était obligé d'empêcher en vertu de ses engagements au titre de l'AGCS.[5409]

7.2711. L'Australie fait valoir que, selon ses propres termes, l'article 10*bis* 3) 1) interdit les actes qui "mélangent" l'établissement, les produits ou l'activité commerciale d'un acteur du marché avec ceux d'un concurrent.[5410] Pour établir l'existence d'une violation de l'article 10*bis* 3) 1), il faudrait que les plaignants démontrent que l'Australie n'a pas interdit des actes qui créent une confusion

[5402] Indonésie, première communication écrite, paragraphes 175 à 177 (faisant référence au rapport KPMG de 2013 (pièces HND-67, DOM-98, IDN-41), qui fait état d'une hausse du commerce illicite entre 2012 et 2013).
[5403] Indonésie, réponse à la question n° 23 du Groupe spécial, paragraphes 25 à 27 (faisant référence au rapport CMZ (pièce DOM/HND-2), paragraphes 58 à 61 et 79 à 84, et note de bas de page 91).
[5404] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 54.
[5405] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 167.
[5406] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 57 (italique dans l'original). Voir aussi *ibid.*, paragraphes 48 et 49.
[5407] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 178.
[5408] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 49.
[5409] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 178 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *Mexique – Télécommunications*, paragraphes 7.262 et 7.266).
[5410] Australie, première communication écrite, paragraphe 461 (faisant référence à la définition de "confuse" dans Shorter Oxford English Dictionary, volume 1, extraits AUS, partie 1 (pièce AUS-243), page 489).

entre les produits d'un acteur du marché et ceux d'un concurrent.[5411] L'Australie soutient que l'Indonésie n'a pas même tenté de démontrer qu'elle n'avait pas *interdit* de tels actes.[5412]

7.2712. L'Australie soutient que les mesures TPP ne sont pas elles-mêmes un "acte de concurrence" et qu'elles n'imposent pas non plus des "actes de concurrence". En outre, même si elles imposaient bel et bien de tels actes, l'Indonésie n'a pas démontré que les mesures TPP imposaient des actes qui "cré[aient] une confusion" entre les produits d'un acteur du marché et ceux d'un concurrent quant à la véritable source commerciale des produits.[5413] Elle n'a pas non plus démontré que les mesures avaient créé une confusion entre des produits du tabac concurrents, ni avancé d'arguments ou d'éléments de preuve pour établir comment la mesure de l'Australie *pourrait* créer une confusion entre les produits du tabac concurrents dans le contexte du marché discret de l'Australie. L'Indonésie n'a pas non plus expliqué comment, après l'achat, l'emballage et l'apparence des produits du tabac créaient une confusion entre les produits d'un producteur de tabac et ceux d'un concurrent. Du fait que les mesures TPP s'appliquent à tous les produits du tabac pour la vente au détail en Australie, il est peu plausible qu'une confusion puisse exister chez les consommateurs quant à savoir si *tous* les produits du tabac en Australie sont ceux d'un unique acteur du marché compte tenu de leur emballage et de leur apparence normalisés. Cela est peu plausible en particulier quand les mesures autorisent que l'emballage de chaque produit du tabac indique clairement le nom de la marque, la raison sociale ou le nom de la société et tout nom de variante propres au produit. L'Indonésie n'a donc pas établi *prima facie* l'existence d'une violation de l'article 10*bis* 3) 1) de la Convention de Paris.[5414]

Analyse du Groupe spécial

7.2713. L'article 10*bis* 3) désigne certains types d'actes de concurrence déloyale, qui en particulier doivent être interdits. Son alinéa 1) a trait à "tout fait quelconque *de nature à* créer une *confusion* par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un *concurrent*". (pas d'italique dans l'original)

7.2714. Le paragraphe 3 1) met donc l'accent sur les actes qui sont de nature à créer une confusion quant aux produits, à l'établissement ou à l'activité industrielle ou commerciale d'un *concurrent*.[5415] Une définition de "confusion" (confusion) est "[t]he confounding or mistaking of one for another; failure to distinguish" (le fait de confondre une chose avec une autre ou de prendre une chose pour une autre; le fait de ne pas faire de distinction).[5416] Le sens ordinaire de "confusion" laisse donc entendre que le paragraphe 3 1) fait référence à des situations dans lesquelles un acte de concurrence déloyale est de nature à aboutir à une confusion au sens de prendre un produit pour un autre ou de ne pas faire de distinction entre les produits. Une définition de "of nature" (de nature) est "of the type, form, or character of; similar to, like; equivalent to, classifiable as" (du type, de la forme ou de l'ordre de; similaire à, semblable à; équivalent à, classifiable comme).[5417] Le sens ordinaire de l'expression "de nature" laisse entendre qu'un acte de concurrence déloyale peut relever du paragraphe 3 1) s'il est "du type" des actes de concurrence déloyale qui se traduisent par une confusion au sens du paragraphe 3 1). Il découle de l'expression "de nature" qu'il n'est pas déterminant de savoir si un acte de ce type a été accompli de bonne foi.

[5411] Australie, première communication écrite, paragraphe 462.
[5412] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 47.
[5413] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 48.
[5414] Australie, première communication écrite, paragraphes 463 à 467. Voir aussi Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 50. Pour les principaux arguments des tierces parties, voir plus haut la section 7.3.6.3.2.
[5415] Le commentaire de l'OMPI décrit la pratique des États en expliquant que, "[p]our la *forme la plus élémentaire de confusion*, la question à se poser est la suivante: la marque en question ressemble-t-elle à la marque protégée au point de pouvoir créer, dans l'esprit d'un nombre important de consommateurs moyens, une confusion quant à l'*origine commerciale* des produits ou services". Réponse de l'OMPI à la demande de renseignements factuels du Groupe spécial, lettre datée du 5 octobre 2015, annexe 8, Bureau international de l'OMPI, Protection contre la concurrence déloyale: analyse de la situation mondiale actuelle, Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (Genève, 1994), paragraphe 45. (italique dans l'original)
[5416] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "confusion", <http://www.oed.com/view/Entry/39014?redirectedFrom=confusion#eid>, consultée le 2 mai 2017.
[5417] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "of (also in) the nature of", <http://www.oed.com/view/Entry/125353?redirectedFrom=of+nature#eid34910817>, consultée le 2 mai 2017.

7.2715. Nous rappelons que, comme il est indiqué plus en détail plus haut, les mesures TPP interdisent l'usage de marques dénominatives stylisées, de marques composées et de marques figuratives et autres éléments décoratifs, tant sur l'emballage pour la vente au détail de tabac que sur les produits du tabac, et normalisent l'apparence de l'emballage pour la vente au détail. Cependant, elles autorisent l'usage de marques dénominatives et de marques qui indiquent le nom de la marque, la raison sociale ou le nom de la société, ou le nom de variante du produit sur l'emballage pour la vente au détail de tabac, pour autant que ces marques apparaissent sous la forme prescrite par le Règlement TPP.[5418]

7.2716. L'Indonésie a d'abord soutenu que les mesures TPP étaient un acte de nature à créer une confusion, au sens du paragraphe 3 1), parce que, selon ses allégations, l'uniformité requise de l'emballage et de la présentation des produits du tabac, entre autres, conduisait les fabricants à rivaliser sur les prix, limitait les possibilités de concurrence, ce qui entrainait une descente en gamme, et encourageait le commerce illicite.[5419] Elle a ajouté que "la confusion entre les marques créée par les mesures TPP [allait] à l'encontre du but de l'article 10*bis* 3) 1), qui consist[ait] à protéger les concurrents", conduisant à une situation où les fabricants de tabac n'étaient pas incités à rivaliser sur la qualité et étaient conduits à rivaliser sur les prix, puisque les consommateurs n'avaient rien d'autre que le prix pour fonder leurs décisions d'achat, en l'absence du "moyen d'information" qu'était un emballage avec indication de la marque complète.[5420] Au cours de la procédure, l'Indonésie a précisé que les actes de concurrence déloyale en cause n'étaient pas les actes réglementaires de l'Australie mais les actes privés des concurrents sur le marché lorsque ceux-ci présentaient leurs produits concurrents dans des emballages pratiquement identiques.[5421] À cet égard, nous rappelons la constatation que nous avons formulée au paragraphe 7.2699, selon laquelle les mesures TPP en elles-mêmes ne constituent pas un acte de concurrence déloyale.

7.2717. L'Indonésie fait valoir en outre que les mesures TPP érodent progressivement le caractère distinctif des marques, ce qui fait qu'il est plus difficile pour les titulaires de marques de démontrer que des marques dont il est allégué qu'elles portent atteinte à un droit causent une confusion.[5422] À notre avis, cette incidence alléguée de l'environnement réglementaire est liée au fonctionnement des mesures TPP elles-mêmes en tant qu'intervention réglementaire.[5423] Compte tenu de la constatation que nous avons formulée au paragraphe 7.2699, selon laquelle les mesures TPP en elles-mêmes ne constituent pas un acte de concurrence déloyale, nous ne considérons pas qu'une telle incidence alléguée équivaille à un acte de concurrence déloyale au sens de l'article 10*bis*, y compris son paragraphe 3 1).

7.2718. En ce qui concerne les actes privés des concurrents qui, selon les allégations, sont imposés par les mesures TPP, l'Indonésie et Cuba font valoir que l'Australie a créé une confusion entre les concurrents en obligeant les fabricants de tabac à vendre des produits ayant une apparence et un emballage uniformes et paraissant presque identiques à ceux de leurs concurrents.[5424] L'Indonésie précise que les marques dénominatives elles-mêmes, en particulier lorsqu'elles sont présentées sous un format identique, sont insuffisantes pour différencier une marque d'une autre, et ajoute que l'emballage pour la vente au détail est par ailleurs dénué de toute caractéristique distinctive. Elle estime qu'à cet égard, les mesures TPP obligent à des actes privés "de nature à créer une confusion" dans l'esprit des consommateurs.[5425]

[5418] Pour de plus amples détails, voir plus haut les sections 2.1.2.3.3 et 2.1.2.4.
[5419] Indonésie, première communication écrite, paragraphes 162 à 177.
[5420] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 168.
[5421] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 57.
[5422] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 54. L'Indonésie formule cet argument dans le contexte de son allégation au titre de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967). Elle renvoie à ses arguments dans le contexte de ses allégations au titre de l'article 16:1 et 16:3 de l'Accord sur les ADPIC pour de plus amples explications. *Ibid.* Nous rappelons que nous avons examiné ces derniers arguments dans le contexte de notre analyse des allégations de l'Indonésie au titre de l'article 16:1 et 16:3 de l'Accord sur les ADPIC.
[5423] Comme nous l'avons noté plus haut, l'Indonésie a précisé qu'aux fins de ses allégations, les actes de concurrence déloyale pertinents étaient les actes privés de concurrents sur le marché. Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 57.
[5424] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 178. Voir aussi Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 137.
[5425] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 49.

7.2719. L'Australie répond que, puisque les mesures TPP s'appliquent à tous les produits du tabac pour la vente au détail, il est peu plausible qu'une confusion puisse exister chez les consommateurs quant à savoir si tous les produits du tabac en Australie sont ceux d'un unique acteur du marché compte tenu de leur emballage et de leur apparence normalisés.[5426]

7.2720. Nous ne sommes pas persuadés que Cuba et l'Indonésie aient démontré que le respect des mesures TPP par les acteurs du marché constituerait un acte de concurrence déloyale de nature à créer une confusion dans l'esprit des consommateurs au sens du paragraphe 3 1), ou que l'usage, dans les circonstances des mesures TPP, d'un nom de marque, de la raison sociale ou du nom d'une société et d'un nom de variante sous un format type sur l'emballage pour la vente au détail ne permettrait pas aux consommateurs de distinguer la source commerciale ou les produits eux-mêmes et créerait donc une confusion quant à l'établissement des concurrents ou aux produits en cause et de leurs qualités associées.

7.2721. Nous notons tout d'abord que *tous* les concurrents sur le marché australien doivent se conformer aux mêmes prescriptions concernant l'emballage et la présentation normalisés des produits du tabac pour la vente au détail et qu'ils le font dans le contexte des politiques générales de lutte antitabac appliquées de longue date par l'Australie et dans un environnement de sensibilisation du public au but global de ces politiques.[5427] Dans la mesure où la confusion en cause proviendrait du fait qu'un consommateur supposerait par erreur que tous les produits concurrents ont des caractéristiques ou une source identiques parce que leur apparence extérieure est très similaire, nous ne sommes pas persuadés qu'il en aille ainsi quand cette similitude résulte d'une intervention réglementaire ayant fait l'objet d'une publicité adéquate, dans le cadre d'une politique générale de lutte antitabac, et ne reflète pas un choix commercial de la part des acteurs du marché de présenter les produits comme ayant des caractéristiques identiques.

7.2722. Nous notons en outre que les consommateurs peuvent utiliser les renseignements autorisés par les mesures TPP par le biais du nom de la marque, du nom de variante et du pays d'origine du produit, qui restent disponibles et peuvent être vérifiés par examen au point d'achat, afin de distinguer les produits du tabac concurrents les uns des autres. Dans la mesure où des caractéristiques particulières sont en fait associées aux produits du tabac portant un nom de marque et un nom de variante spécifiques, le consommateur serait à même de s'appuyer sur l'usage de ces désignations pour établir une distinction entre ces produits et les produits concurrents sur le marché et associer les caractéristiques spécifiques perçues des différents produits à ces marques distinctes.

7.2723. Compte tenu de ce qui précède, nous ne sommes pas persuadés que les plaignants aient démontré qu'une confusion serait créée chez les consommateurs quant à l'établissement, aux produits ou à l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent, par suite de la prescription imposant de présenter les produits du tabac destinés à la vente au détail sous une forme normalisée au titre des mesures TPP. En conséquence, nous ne sommes pas non plus persuadés que le respect des prescriptions des mesures TPP par les acteurs du marché constitue un acte de concurrence déloyale de nature à créer une confusion dans l'esprit des consommateurs, au sens du paragraphe 3 1) de l'article 10*bis*.[5428]

7.2724. Nous constatons donc que Cuba et l'Indonésie n'ont pas démontré que les mesures TPP obligeaient les acteurs du marché à se livrer à des actes de concurrence déloyale de nature à créer une confusion au sens du paragraphe 3 1). Nous constatons aussi, par conséquent, qu'elles n'ont pas non plus démontré que l'Australie, en maintenant ces mesures, manquait à son obligation d'interdire ces actes, en violation du paragraphe 3 1) de l'article 10*bis*.

[5426] Australie, première communication écrite, paragraphes 463 à 467. Voir aussi Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 50.

[5427] Voir aussi les renseignements donnés plus haut dans les sections 2.1.1 et 2.2.

[5428] Nous rappelons en outre que les actes énumérés au paragraphe 3 1) sont des exemples d'actes de concurrence déloyale tels que définis au paragraphe 2. À cet égard, nous ne sommes pas persuadés que l'acte même de mettre sur le marché des produits qui sont conformes aux prescriptions réglementaires découlant des mesures TPP équivaudrait à un acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière commerciale. À cet égard, nous renvoyons à l'examen auquel nous procédons plus loin, au paragraphe 7.2792.

7.3.6.4.3.2 Article 10*bis* 3) 3)

7.2725. Nous examinons maintenant si les mesures TPP obligent les acteurs du marché à se livrer à des actes qui équivalent à des indications ou allégations de nature à induire en erreur au sens de l'article 10*bis* 3) 3), comme l'ont allégué le Honduras, la République dominicaine, Cuba et l'Indonésie.

Principaux arguments des parties

7.2726. Le Honduras observe que l'article 10*bis* 3) donne des exemples spécifiques d'actes de concurrence déloyale. Une mesure qui est incompatible avec l'un des alinéas de l'article 10*bis* 3) est par définition incompatible aussi avec l'article 10*bis* 1). Étant donné que l'article 10*bis* 1) englobe un ensemble de violations possibles plus vaste que l'article 10*bis* 3), il est possible, cependant, qu'une mesure soit incompatible avec l'article 10*bis* 1) mais n'entre pas dans le cadre des exemples spécifiques donnés à l'article 10*bis* 3).[5429]

7.2727. Le Honduras explique que cette disposition met l'accent sur le commerçant qui formule des allégations au sujet de ses propres produits. La disposition vise à protéger les consommateurs et le public en général contre le risque d'être induit en erreur au sujet des caractéristiques ou des aspects d'un produit. Parce que l'article 10*bis* 3) 3) définit un exemple proprement dit de "concurrence déloyale", il n'est pas nécessaire de montrer que les indications de nature à induire en erreur ont eu un effet défavorable sur les concurrents; en fait, l'existence de l'indication de nature à induire en erreur est, à elle seule, suffisante pour démontrer l'existence d'une "concurrence déloyale" car l'incidence correspondante sur les concurrents est irréfutablement présumée.[5430]

7.2728. Le Honduras observe que les termes "indication" ou "allégation" sont généraux et recouvrent toute forme de déclaration, d'affirmation ou d'indication qui communique toute catégorie de renseignements au sujet d'un produit (marchandise), que ce soit dans un sens absolu ou par rapport à d'autres produits sur le marché. Ces termes recouvrent aussi les omissions lorsque celles-ci créent une impression particulière dans l'esprit du consommateur. Étant donné leur large définition, ils peuvent aussi englober les impressions communiquées par l'intermédiaire du design d'un produit.[5431]

7.2729. Le sens ordinaire de "mislead" (induire en erreur) est "[l]ead astray in action or conduct; cause to have an incorrect impression or belief" (égarer dans l'action ou la conduite; donner une impression ou une idée fausse); et "lead or guide in the wrong direction" (entraîner ou orienter dans la mauvaise direction).[5432] Les mots "liable to cause" (susceptible de donner) impliquent qu'aucune preuve d'"indu[ction] en erreur" effective n'est requise, pour autant que l'indication ou l'allégation ait le *potentiel* d'induire en erreur.[5433]

7.2730. Le sens ordinaire de "course of trade" (dans l'exercice du commerce) est: au cours du processus d'échanges commerciaux. Cela englobe chaque partie du processus ou des activités par lesquels un produit est transmis du producteur au consommateur, y compris les aspects des activités postérieures à la vente relatives à une unité du produit déjà achetée.[5434] Le Honduras soutient que l'Australie ne présente aucun fondement textuel pour étayer son argument selon lequel l'"exercice du commerce" prend fin au point de vente.[5435] Les indications ou allégations qui sont formulées "dans un contexte commercial quel qu'il soit" sont visées par l'article 10*bis* et n'ont pas besoin d'être visibles au point de vente au détail pour être susceptibles d'induire le public en erreur.[5436]

[5429] Honduras, réponse à la question n° 15 du Groupe spécial.
[5430] Honduras, première communication écrite, paragraphes 701 et 702.
[5431] Honduras, première communication écrite, paragraphes 707, 708 et 711.
[5432] Honduras, première communication écrite, paragraphe 712 (faisant référence au New Shorter Oxford English Dictionary, extraits HND (pièce HND-89), page 1791).
[5433] Honduras, première communication écrite, paragraphe 714. (italique dans l'original)
[5434] Honduras, première communication écrite, paragraphes 715 et 716.
[5435] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 411.
[5436] Honduras, réponse à la question n° 20 du Groupe spécial; et deuxième communication écrite, paragraphes 411 à 414.

7.2731. Le Honduras estime que "[l]e design de l'emballage, y compris les renseignements ou symboles et signes qui sont omis, constituent des "indications ou allégations"".[5437] Dans le cadre des mesures TPP – restrictions concernant les marques et prescriptions relatives au format – les consommateurs sont induits en erreur par un emballage uniforme qui les porte à croire que tous les produits du tabac sont similaires ou identiques, et de qualité similaire ou identique. Cette opinion est erronée car tous les produits ne sont pas d'une qualité identique ou similaire.[5438] Il y a des différences démontrables sur le plan de la qualité, du goût, de la composition et des autres propriétés physiques des produits du tabac.[5439] Par conséquent, les consommateurs et le public en général sont "induits en erreur" et il y a "concurrence déloyale" au sens de l'article 10*bis* 3) 3).[5440] Le Honduras assure que l'affirmation de l'Australie selon laquelle tant que le nom de la marque apparaît sur le paquet, le consommateur ne peut pas être induit en erreur, est erronée. Le nom de la marque est sorti de son contexte normal et privé des éléments figuratifs qui font que le consommateur le reconnaît.[5441]

7.2732. Le Honduras fait valoir en outre que, parce qu'ils sont amenés à croire à tort que tous les produits du tabac sont pour l'essentiel les mêmes, les consommateurs se réfèrent de plus en plus au prix comme critère important voire unique guidant leur choix d'achat. Par conséquent, les producteurs et offreurs de produits de qualité supérieure sont désavantagés de manière disproportionnée par les mesures TPP. Cette incidence asymétrique sur les concurrents donne aussi lieu à une "concurrence déloyale" au sens de l'article 10*bis* 3) 3).[5442]

7.2733. La République dominicaine considère que l'article 10*bis* 3) donne trois exemples spécifiques d'actes visés par le concept général de "concurrence déloyale" sur lequel porte l'article 10*bis* 1). Une mesure qui est incompatible avec l'article 10*bis* 3) est nécessairement incompatible aussi avec l'article 10*bis* 1). Il est possible qu'une mesure soit incompatible avec l'article 10*bis* 1) sans l'être simultanément avec aucun des alinéas de l'article 10*bis* 3).[5443]

7.2734. La République dominicaine fait valoir que les trois objectifs de la protection contre la concurrence déloyale, à savoir protéger les consommateurs, les concurrents et l'intérêt public, sont tous apparents dans l'article 10*bis* 3) 3). Le but explicite est de protéger les consommateurs contre une prise de décisions sur la base de renseignements de nature à les induire en erreur, à leur avantage et à celui du marché et de l'intérêt public.[5444] La prescription imposant de présenter des produits du tabac concurrents dans un emballage pratiquement identique, avec des bâtonnets d'apparence pratiquement identique, est susceptible d'induire le public en erreur sur la "nature", le "mode de fabrication" et les "caractéristiques" des différents cigares et cigarettes, au sens de l'article 10*bis* 3) 3), en dépit du fait que le nom de la marque et le nom de variante restent sur les emballages. Les mesures TPP, intentionnellement, imposent que chaque produit du tabac ressemble aux produits "de moins bonne qualité", indépendamment de leur qualité réelle. Si les producteurs devaient conspirer pour induire ainsi les consommateurs en erreur en présentant des produits du tabac concurrents dans un emballage pratiquement identique, avec des bâtonnets d'apparence pratiquement identique, l'Australie serait obligée d'empêcher une telle conspiration. En imposant à une conduite qu'elle est tenue d'interdire, l'Australie enfreint l'article 10*bis* 3) 3).[5445]

7.2735. En réponse à l'Australie, la République dominicaine fait valoir que l'expression "dans l'exercice du commerce" figurant à l'article 10*bis* 3) 3) fait référence aux activités commerciales en général et n'est pas limitée dans le temps pour culminer au point de vente. Même selon la définition étroite donnée par l'Australie de cette expression, les circonstances factuelles entourant l'achat de produits du tabac en Australie ne font pas perdre de vue les mesures TPP. Là où des

[5437] Honduras, première communication écrite, paragraphe 721.
[5438] Honduras, première communication écrite, paragraphe 719.
[5439] Honduras, réponse à la question n° 20 du Groupe spécial.
[5440] Honduras, première communication écrite, paragraphes 724, 726, 729 et 730.
[5441] Honduras, réponse à la question n° 20 du Groupe spécial. Voir aussi Honduras, réponse à la question n° 87 du Groupe spécial.
[5442] Honduras, première communication écrite, paragraphes 731 à 733.
[5443] République dominicaine, réponse à la question n° 15 du Groupe spécial.
[5444] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 847 et 850. Voir aussi République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 734.
[5445] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 876 à 880 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *Mexique – Télécommunications*, paragraphes 7.241 à 7.244). Voir aussi République dominicaine, réponse à la question n° 20 du Groupe spécial, paragraphes 124 et 125.

interdictions au point de vente sont en vigueur, l'emballage reste visible par le consommateur avant que l'achat soit réalisé.[5446]

7.2736. De l'avis de la République dominicaine, le terme "marchandises" figurant à l'article 10*bis* 3) 3) recouvre à la fois les marchandises de l'entité qui formule l'indication/allégation en cause et les marchandises d'un concurrent.[5447]

7.2737. Cuba fait valoir que les mesures TPP visent précisément à créer l'impression erronée que tous les produits du tabac ont des caractéristiques et un goût équivalents parce qu'ils sont tous également nocifs pour la santé. Ces mesures imposent donc des indications qui induisent le public en erreur sur la nature et les caractéristiques des marchandises, en violation de l'article 10*bis* 3) 3).[5448]

7.2738. Cuba soutient que l'interprétation étroite donnée par l'Australie de l'expression "dans l'exercice du commerce" n'est pas étayée par la pratique internationale en matière de marques et que les protections de l'article 10*bis* continuent de s'appliquer après le point de vente.[5449]

7.2739. Cuba croit comprendre que l'Australie laisse entendre que les plaignants ont transformé l'article 10*bis* en une disposition qui empêche les Membres d'imposer des mesures ayant des répercussions sur "tout aspect de la concurrence", y compris une prohibition générale concernant la publicité, et répond que l'article 10*bis* protège contre les mesures "extrêmes", comme une prohibition de l'usage d'inscriptions et de marques sur les produits du tabac et leur emballage pour la vente au détail. Par ailleurs, il n'y a pas de lien direct entre une prohibition générale concernant la publicité, applicable également à tous les producteurs, et la concurrence déloyale. Cuba soutient que l'Australie a décrit de façon inexacte les arguments des plaignants, qui n'allèguent pas de droit positif de faire usage des marques.[5450]

7.2740. L'Indonésie fait valoir que les mesures TPP sont susceptibles d'induire les consommateurs en erreur en violation de l'article 10*bis* 3) 3). Sans les moyens d'information fournis par les marques et les autres éléments de design des emballages et des produits, les consommateurs d'Australie sont amenés à croire à tort que les différentes marques de produits du tabac partagent toutes les mêmes qualité, caractéristiques et réputation.[5451] Or il y a d'importantes différences de qualité entre les produits du tabac, y compris dans le tabac que contiennent les cigarettes vendues en Australie.[5452] Les fabricants font usage de leur emballage pour faire connaître ces différences de qualité et différencier leurs produits.[5453]

7.2741. Lorsque chaque emballage et chaque produit présent sur le marché ne peut pas être distingué de son voisin, il est probable que cela a pour effet d'induire les consommateurs en erreur. En fait, quand elle a adopté les mesures TPP, l'Australie a fait réaliser une étude afin d'"identifier la couleur de paquet qui soit la moins attractive, avec les cigarettes de la moins bonne qualité, les plus nocives pour la santé et les plus addictives". L'Indonésie fait valoir que "l'emballage neutre vise à transmettre le message selon lequel toutes les marques sont de la pire qualité, quelle qu'en soit la qualité réelle".[5454]

7.2742. En réponse à l'Australie, l'Indonésie affirme que l'expression "dans l'exercice du commerce" telle qu'elle est employée à l'alinéa 3) devrait être interprétée de façon large. Les marques transmettent des renseignements au public bien avant d'atteindre le point de vente et ne cessent pas de fournir des renseignements aux consommateurs une fois que les marchandises

[5446] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 743 et 754 à 757; et réponse à la question n° 20 du Groupe spécial.
[5447] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 744 et 745.
[5448] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 137, 141 et 145.
[5449] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 148.
[5450] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 146 et 147
[5451] Indonésie, première communication écrite, paragraphes 179 et 180 (faisant référence à Parr *et al.* 2011a (pièces AUS-117, JE-24(49)), page 9); et deuxième communication écrite, paragraphe 50.
[5452] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 51. Voir aussi Indonésie, première communication écrite, paragraphes 171 et 172.
[5453] Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 51. Voir aussi Indonésie, première communication écrite, paragraphes 158 et 171.
[5454] Indonésie, première communication écrite, paragraphes 179 et 180 (faisant référence à Parr *et al.* 2011a (pièces AUS-117, JE-24(49), page 9); et deuxième communication écrite, paragraphe 50.

correspondantes sont achetées. Le manuel de l'OMPI sur la propriété intellectuelle décrit l'expression comme désignant "chaque acte ou opération qui vise, directement ou indirectement, à acheter et vendre des produits ou des services d'une manière professionnelle, ou résulte, directement ou indirectement, de cet achat et de cette vente". L'Indonésie fait valoir que même cette définition peut être trop restrictive, car les marques dont il est fait usage en liaison avec des institutions caritatives peuvent faire l'objet d'une protection au titre de l'article 10*bis*.[5455]

7.2743. L'Indonésie estime que l'Australie impose une conduite qu'elle a le devoir d'interdire. En particulier, au moyen des mesures TPP, l'Australie impose, dans l'exercice du commerce, des prohibitions et restrictions concernant les marques qui sont susceptibles d'induire le public en erreur sur les caractéristiques des produits du tabac, ce qui est contraire à son obligation au titre de l'article 10*bis* 3) 3) d'interdire une telle conduite.[5456]

7.2744. L'Australie note qu'à la différence de l'article 10*bis* 3) 1) et de l'article 10*bis* 3) 2), l'article 10*bis* 3) 3) ne contient pas les mots "d'un concurrent" et interdit aux acteurs du marché de formuler des allégations ou affirmations de nature à induire en erreur en ce qui concerne leurs *propres* marchandises – c'est-à-dire les allégations ou affirmations d'un acteur du marché qui incitent les consommateurs à acheter ses marchandises pour motifs erronés.[5457] À son avis, selon ses propres termes, l'article 10*bis* 3) 3) impose aux Membres d'interdire à un acteur du marché de "faire connaître" "la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la quantité" de ses propres marchandises, ou de formuler des "allégations" ou "affirmations" au sujet de ces éléments qui – quand l'usage en est fait à l'occasion de l'achat ou de la vente de ces marchandises – "égareraient" le public en le faisant acheter les marchandises pour des motifs erronés.[5458]

7.2745. L'Australie affirme que, pour établir l'existence d'une violation de l'article 10*bis* 3) 3), il faudrait que les plaignants démontrent qu'elle n'a pas interdit aux acteurs du marché d'attirer les consommateurs avec des indications ou allégations sur certaines caractéristiques de leurs marchandises pendant l'achat ou la vente de celles-ci, ces indications ou allégations étant susceptibles d'induire le public en erreur.[5459] Les plaignants n'ont pas démontré que l'Australie manquait à son obligation d'interdire de tels actes de concurrence déloyale.[5460] Ils n'ont pas non plus démontré que les mesures TPP étaient elles-mêmes un "acte de concurrence" ou qu'elles imposaient des "actes de concurrence".[5461]

7.2746. L'Australie soutient qu'aucun des plaignants n'explique comment l'"induction en erreur" alléguée des consommateurs avait lieu "dans l'exercice du commerce", quand cette dernière expression est comprise comme faisant référence aux actes entrepris à l'occasion de l'achat et de la vente de marchandises à des fins lucratives, actes qui culminent au point de vente.[5462] Elle ajoute que, même si les actes de concurrence allégués imposés par les mesures TPP avaient lieu "dans l'exercice du commerce", les plaignants n'ont pas démontré que ces mesures obligeaient les fabricants de tabac à "induire en erreur" les consommateurs par le biais d'"indications" ou d'"allégations" sur "la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la quantité" de leurs marchandises. Les plaignants n'ont pas expliqué de façon convaincante en

[5455] Indonésie, réponse à la question n° 20 du Groupe spécial (citant le manuel de l'OMPI sur la propriété intellectuelle, extraits IDN (pièce IDN-43), paragraphe 2.872). Le Groupe spécial note que le paragraphe cité n'est pas inclus dans les extraits présentés en tant que pièce IDN-43. Les paragraphes mentionnés ont été présentés par la République dominicaine dans le manuel de l'OMPI sur la propriété intellectuelle, texte intégral (pièce DOM-65).

[5456] Indonésie, première communication écrite, paragraphe 181. Également en ce qui concerne cette allégation, l'Indonésie se réfère à l'article 27 de la Convention de Vienne et fait valoir que l'Australie ne peut pas se soustraire à ses obligations conventionnelles internationales en invoquant les prescriptions de son droit interne.

[5457] Australie, première communication écrite, paragraphe 470 (faisant référence à OMPI, *Introduction à la propriété intellectuelle* (pièce UKR-80), paragraphe 12.65; et OMPI, Protection contre la concurrence déloyale pièces AUS-536, DOM-139), paragraphe 64).

[5458] Australie, première communication écrite, paragraphe 471.

[5459] Australie, première communication écrite, paragraphe 472.

[5460] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 53. Pour une description par l'Australie des mécanismes juridiques aux moyens desquels les parties affectées peuvent empêcher une allégation fausse ou de nature à induire en erreur, ou obtenir réparation pour une telle allégation, voir plus loin le paragraphe 7.2780.

[5461] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 53.

[5462] Australie, première communication écrite, paragraphes 469, 311 et 473 à 475.

quoi le fait d'empêcher les fabricants de tabac de faire usage de certains signes et de certaines marques et IG constituait une "indication" ou une "allégation" au sens ordinaire de ces termes.

7.2747. L'Australie convient avec les plaignants qu'une "omission" pourrait potentiellement constituer une "indication" ou "allégation" de nature à induire en erreur. Il ne peut cependant y avoir tromperie liée à une omission que si le public, en l'absence de renseignements exprès, s'attend à ce qu'une certaine caractéristique soit présente.[5463] Les plaignants n'ont présenté aucun élément de preuve donnant à penser qu'en l'absence de certains signes, marques et IG sur les produits du tabac et leur emballage, les consommateurs ont certaines fausses attentes positives au sujet de "la nature, [du] mode de fabrication, [d]es caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou [de] la quantité [de ces] marchandises". Ils n'ont pas expliqué, par exemple, comment l'*absence* de lettres dorées, de fond rose ou de caractères italiques sur l'emballage des produits du tabac amènerait un consommateur à avoir une fausse attente au sujet des renseignements objectifs énumérés à l'article 10*bis* 3) 3) en ce qui concerne le produit correspondant.[5464]

7.2748. L'Australie soutient que les plaignants n'ont indiqué aucun aspect de l'emballage normalisé des produits du tabac conformément à la mesure australienne qui constitue une indication ou allégation positive au sujet de "la nature, [du] mode de fabrication, [d]es caractéristiques, [de] l'aptitude à l'emploi ou [de] la quantité" de ces produits qui soit fausse et pourrait *induire en erreur* les consommateurs. Elle ajoute qu'en normalisant l'emballage, la mesure *supprime* l'aptitude des signes et des marques à renforcer l'attrait des produits du tabac, à détourner l'attention des mises en garde sanitaires explicites et à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme.[5465,5466]

Analyse du Groupe spécial

7.2749. Comme indiqué plus haut, le paragraphe 3 de l'article 10*bis* énumère certains types d'actes de concurrence déloyale qui doivent en particulier être interdits. Son alinéa 3 concerne les "indications ou allégations dont l'usage, dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la quantité des marchandises".

7.2750. Alors que les alinéas 3 1) et 3 2) de l'article 10*bis* concernent la confusion avec les marchandises d'un *concurrent*, ou les fausses allégations au sujet de ces marchandises, l'alinéa 3 3) ne fait pas expressément référence aux marchandises d'un concurrent. Cela implique que cet alinéa met entre autre l'accent sur les indications et allégations qu'un participant au marché formule au sujet de ses propres marchandises.[5467] Le sens ordinaire de "mislead" (induire en erreur) est " *deceive* by giving incorrect information or a false impression" (*tromper* en donnant des informations inexactes ou une impression fausse).[5468] Il découle du terme "susceptible" que la disposition vise les allégations trompeuses qui soit ont induit le public en erreur, soit sont de

[5463] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 57 (faisant référence au manuel de l'OMPI sur la propriété intellectuelle, deuxième édition (WIPO, 2004), (WIPO IP Handbook, extraits HND) (pièce HND-40), paragraphe 2.817).

[5464] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 57.

[5465] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 58. L'Australie ajoute dans la note de bas de page 79 que les plaignants ont en outre largement passé sous silence le fait que les mesures TPP autorisent à présenter sur l'emballage du tabac toute une série de renseignements concernant les produits du tabac, y compris le nom de la marque, la raison sociale, le nom de la société, et le nom de variante. En outre, le "nom de variante" est défini de manière générale, comme suit, à l'article 4 1) de la Loi TPP:

> nom employé pour distinguer ce type de produit du tabac des autres produits du tabac qui sont fournis sous le même nom de marque, la même raison sociale ou le même nom de société, par référence à l'un ou plusieurs des aspects suivants: a) contient ou non du menthol; b) est aromatisé différemment; c) est censé différer en force; d) comporte un filtre imitant ou non le liège; e) a une longueur ou une masse différentes.

Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1).

[5466] Pour les principaux arguments des tierces parties, voir plus haut la section 7.3.6.3.2.

[5467] Cela est sans préjudice de la question de savoir si l'alinéa 3 3) vise aussi les indications et allégations formulées au sujet des marchandises des concurrents.

[5468] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "mislead", <http://www.oed.com/view/Entry/119742?redirectedFrom=mislead#eid>, consultée le 2 mai 2017. (pas d'italique dans l'original)

nature à le faire. Le terme "public" implique quant à lui une situation dans laquelle ces allégations trompeuses s'adressent au consommateur.

7.2751. Le Honduras et la République dominicaine considèrent que le paragraphe 3 3) de l'article 10*bis* vise les omissions.[5469] Le Honduras fait valoir que ce paragraphe vise les omissions lorsque celles-ci créent une impression particulière dans l'esprit du consommateur.[5470] L'Australie convient avec les plaignants qu'une "omission" pourrait potentiellement constituer une "indication" ou "allégation" de nature à induire en erreur; à son avis, cependant, il ne peut y avoir de tromperie liée à une omission que "si le public, en l'absence de renseignements exprès, s'attend à ce qu'une certaine caractéristique soit présente".[5471]

7.2752. Nous convenons avec les parties que l'omission de certains renseignements peut équivaloir à une indication ou allégation trompeuse, lorsqu'une telle omission, dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le consommateur en erreur, au sens de le tromper en lui donnant un renseignement inexact ou une impression fausse. À cet égard, nous convenons avec l'Australie qu'il pourrait y avoir tromperie si le public, en l'absence de renseignements exprès, s'attendait à ce qu'une certaine caractéristique soit présente.

7.2753. Les avis des parties divergent sur le sens de l'expression "dans l'exercice du commerce" figurant à l'alinéa 3 3) de l'article 10*bis*. L'Australie considère que cette expression fait référence aux actes entrepris à l'occasion de l'achat et de la vente de marchandises à des fins lucratives, actes qui culminent au point de vente. Les plaignants avancent des définitions plus larges et ne pensent pas qu'il y ait une quelconque limitation temporelle dans cette expression.[5472] Nous rappelons que ladite expression est employée non seulement à l'article 10*bis* 3) 3) de la Convention de Paris (1967), mais aussi dans deux autres dispositions de l'Accord sur les ADPIC qui, dans les présentes procédures, font l'objet d'allégations distinctes, à savoir les articles 16:1 et 20, ainsi qu'à l'article 24:8 de l'Accord sur les ADPIC et à l'article 10*bis* 3) 2) de la Convention de Paris (1967). Comme nous l'avons noté dans notre analyse de ces termes au regard de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, une interprétation harmonieuse exige que l'on suppose que des termes identiques ou similaires dans différentes dispositions d'un même accord ont un sens identique ou similaire, de même que l'emploi de termes différents permet de supposer que ces termes sont censés avoir un sens différent. Pour les raisons indiquées dans ce contexte, nous ne considérons pas que le texte ou le contexte de l'article 10*bis* 3) 3) étayent l'affirmation de l'Australie selon laquelle "l'exercice du commerce" culmine ou prend fin au point de vente.[5473]

7.2754. Comme indiqué plus haut, le Honduras a d'abord soutenu que les mesures TPP étaient incompatibles avec le paragraphe 3 3) au motif qu'elles donnaient lieu à des indications et allégations de nature à induire en erreur car les consommateurs étaient induits en erreur sur la vraie nature des produits du tabac et les mesures TPP avaient une incidence asymétrique sur les concurrents.[5474] Plus tard dans la procédure, le Honduras a précisé qu'il ne faisait pas valoir que les lois ou réglementations des pouvoirs publics constituaient des actes de concurrence déloyale en tant que tels. Les actes de concurrence déloyale en cause étaient plutôt ceux de parties privées.[5475] À cet égard, nous rappelons la constatation que nous avons formulée plus haut, au paragraphe 7.2699, selon laquelle les mesures TPP ne constituent pas en elles-mêmes un acte de concurrence déloyale.

7.2755. En ce qui concerne les actes équivalant à des indications de nature à induire en erreur au sens du paragraphe 3 3), les plaignants font valoir que le recours à des emballages et à de

[5469] Honduras, première communication écrite, paragraphe 708; République dominicaine, réponse à la question n° 15 du Groupe spécial; et une deuxième communication écrite, paragraphe 727 (affirmant qu'à la fois le paragraphe 1 et le paragraphe 3 de l'article 10*bis* sont susceptibles d'être enfreints par un acte ou une omission).

[5470] Honduras, première communication écrite, paragraphe 708.

[5471] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 57 (faisant référence au manuel de l'OMPI sur la propriété intellectuelle, extraits HND (pièce HND-40), paragraphe 2.817).

[5472] Voir, par exemple, Honduras, première communication écrite, paragraphes 715 et 716; République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 743 et 754 à 757; Cuba, deuxième communication écrite, paragraphe 148; et Indonésie, réponse à la question n° 20 du Groupe spécial.

[5473] Pour l'analyse de l'expression "in the course of trade" (dans l'exercice du commerce) dans le contexte de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, voir plus haut la section 7.3.5.4.1.3.

[5474] Honduras, première communication écrite, paragraphes 718 à 734.

[5475] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 391.

produits d'apparence normalisée, comme le requièrent les mesures TPP, y compris l'omission des symboles et des signes, indique à tort aux consommateurs que tous les produits du tabac ont une nature, un mode de fabrication et des caractéristiques identiques, ou sont d'une qualité similaire ou identique. Le Honduras précise que la suppression des images de marque, ainsi que l'imposition d'un design uniforme des emballages et de prescriptions relatives aux bâtonnets, inciteront les consommateurs à croire à tort que toutes les cigarettes sont pour l'essentiel les mêmes et qu'il n'y a pas de différences de qualité entre elles.[5476] La République dominicaine ajoute que les producteurs ne seraient pas autorisés à conspirer pour induire ainsi les consommateurs en erreur en présentant des produits du tabac concurrents dans un emballage pratiquement identique, avec des bâtonnets d'apparence pratiquement identique. Cuba lie en outre les effets des mesures TPP à l'allégation de "délit de substitution" au regard de la *common law*. L'Indonésie précise que, sans les moyens d'information fournis par les marques et les autres éléments de design des emballages et des produits, les consommateurs d'Australie sont amenés à croire à tort que les différentes marques de produits du tabac partagent toutes les mêmes caractéristiques.

7.2756. De l'avis de la République dominicaine, les trois objectifs de la protection contre la concurrence déloyale (à savoir, la protection des concurrents, la protection des consommateurs et la sauvegarde de la concurrence dans l'intérêt public[5477]) sont apparents dans l'article 10*bis* 3) 3), qui a pour but explicite de protéger les consommateurs contre une prise de décisions sur la base de renseignement de nature à les induire en erreur.[5478] La République dominicaine fait valoir qu'en l'absence d'indications de la marque sur l'emballage, les consommateurs fondent de plus en plus leurs achats sur le prix des produits plutôt que sur leurs qualités, leur réputation et leurs caractéristiques. Elle fait valoir en outre que les mesures TPP imposent aux producteurs de tabac d'indiquer aux consommateurs, par leur emballage, que chaque marque est, en fait, la marque "la moins attractive" et de la "moins bonne qualité", quelle qu'en soit la qualité réelle.[5479] L'Indonésie fait valoir que l'Australie a cherché, entre autres choses, à identifier la couleur de paquet qui soit la moins attractive, et que "l'emballage neutre vise à transmettre le message selon lequel toutes les marques sont de la pire qualité, quelle qu'en soit la qualité réelle".[5480]

7.2757. L'Australie répond que les plaignants n'ont présenté aucun élément de preuve donnant à penser qu'en l'absence de certains signes, marques et IG sur les produits du tabac et leur emballage, les consommateurs ont certaines fausses attentes positives au sujet de "la nature, [du] mode de fabrication, [d]es caractéristiques, [de] l'aptitude à l'emploi ou [de] la quantité [de ces] marchandises"; ils n'ont en outre indiqué aucun aspect de l'apparence normalisée de l'emballage et des produits qui constitue une indication ou allégation qui pourrait induire les consommateurs en erreur au sujet de telles propriétés de ces produits. L'Australie observe par ailleurs qu'en normalisant l'emballage, les mesures TPP suppriment l'aptitude des signes et des marques à renforcer l'attrait des produits du tabac, à détourner l'attention des mises en garde sanitaires

[5476] Honduras, première communication écrite, paragraphe 724.

[5477] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 839 et 847 (faisant référence à OMPI, Protection contre la concurrence déloyale (pièce DOM-139), paragraphe 33). Le commentaire de l'OMPI précise que la Loi sur la concurrence déloyale vise à garantir une concurrence loyale et non faussée dans l'intérêt de *toutes les parties concernées*. Une partie est toujours concernée: c'est le *commerçant* (aujourd'hui le chef d'entreprise) *honnête* et c'est évidemment la norme de comportement du commerçant qui sert de point de départ. Un usage peut fort bien être admis généralement dans un secteur d'activité donné et jugé "répréhensible" par les autres acteurs économiques. Il faut bien alors apprécier les comportements constituant l'usage par rapport à une *norme morale*. Et la morale commande, en particulier, de ne pas léser inutilement les intérêts du consommateur. Un exemple donné est l'incitation du consommateur vers des comportements nuisibles. Un usage peut aussi n'être dommageable, à première vue, ni pour les autres commerçants ni pour les consommateurs, et avoir pourtant des effets pervers sur l'*économie en général*. Le commentaire de l'OMPI conclut que "[p]our juger de l'"honnêteté" en matière commerciale, il faut tenir compte de tous ces facteurs. La notion de concurrence déloyale est d'ailleurs de plus en plus une *pondération d'intérêts*". Voir Réponse de l'OMPI à la demande de renseignements factuels du Groupe spécial, lettre datée du 5 octobre 2015, annexe 8, Bureau international de l'OMPI, Protection contre la concurrence déloyale: analyse de la situation mondiale actuelle, Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (Genève, 1994), paragraphes 33 à 37. De même, l'Indonésie fait valoir que l'article 10*bis* protège les concurrents et les consommateurs et sauvegarde la concurrence dans l'intérêt public. Indonésie, première communication écrite, paragraphe 159 (faisant référence au manuel de l'OMPI sur la protection intellectuelle, extraits IDN (pièce IDN-43), paragraphe 2.773).

[5478] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 850.

[5479] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 861.

[5480] Indonésie première communication écrite, paragraphes 179 et 180 (faisant référence à Parr *et al*. 2011a (pièces AUS-117, JE-24(49)) page 9).

explicites et à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme.[5481] Elle explique en outre que la conception de la législation TPP a été éclairée par les recherches de GfK Bluemoon, qui a procédé sur le marché à un certain nombre de phases d'expérimentation des mises en garde sanitaires explicites et de l'emballage neutre du tabac afin de déterminer la forme la plus efficace d'emballage neutre, et "a cherché à identifier un design d'emballage neutre (couleur, type de caractères, taille des caractères) qui réduirait au minimum l'attrait et l'attractivité, tout en maximisant la perception des effets nocifs et le relief des mises en garde sanitaires et explicites".[5482]

7.2758. Nous croyons comprendre que les plaignants allèguent que l'usage d'un emballage et d'une apparence uniformes des produits du tabac à des fins commerciales conformément aux mesures TPP revient à faire usage d'indications ou d'allégations qui sont, au sens du paragraphe 3 3), susceptibles d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication et les caractéristiques des différents produits du tabac présents sur le marché. En particulier, les plaignants considèrent que, sans les caractéristiques de la marque et de l'emballage, un fabricant de tabac n'est pas en mesure de faire dûment connaître les différences de caractéristiques de ses produits, ce qui amène les consommateurs à percevoir une convergence des qualités.[5483]

7.2759. Comme nous l'avons constaté plus haut[5484], nous n'excluons pas qu'une *omission* de renseignements puisse équivaloir à une indication ou allégation susceptible d'induire en erreur, lorsqu'une telle omission, dans l'exercice du commerce, trompe le consommateur en donnant des renseignements inexacts ou une impression fausse. Cependant, nous ne sommes pas persuadés que les plaignants aient démontré que l'absence d'images de marque sur l'emballage pour la vente au détail ou les produits du tabac conformément aux mesures TPP équivaut à une telle situation. En particulier, nous ne sommes pas persuadés que l'absence d'images de marque induirait les consommateurs en erreur en donnant des renseignements inexacts ou des impressions fausses, ou en suscitant à tort des attentes particulières quelles qu'elles soient dans l'esprit des consommateurs au sujet de la nature, du mode de fabrication ou des caractéristiques du produit, que celles-ci soient semblables aux caractéristiques d'autres produits correspondants sur le marché, ou différentes.

7.2760. Nous notons tout d'abord que *tous* les concurrents sur le marché australien sont tenus de se conformer aux mêmes prescriptions concernant l'emballage normalisé du tabac et qu'ils le font dans le contexte d'une politique générale appliquée de longue date et dans un environnement de sensibilisation du public à cette question.[5485] Nous ne sommes pas persuadés que la similitude globale de l'apparence extérieure des produits et de leur emballage résultant de ces prescriptions serait susceptible d'induire les consommateurs en erreur en leur faisant croire à tort que tous les produits concurrents ont des caractéristiques ou une source identiques, quand cette similitude résulte d'une intervention réglementaire ayant fait l'objet d'une publicité adéquate et ne reflète pas un choix commercial de la part des acteurs du marché.

7.2761. Nous notons en outre que les mesures TPP autorisent l'usage de marques dénominatives et de marques qui indiquent le nom de la marque, la raison sociale ou le nom de la société, ou le nom de variante du produit sur l'emballage du tabac pour la vente au détail, à condition que ces marques apparaissent sous la forme prescrite par le Règlement TPP. Ces renseignements ne sont pas, en tant que telles, susceptibles de créer des impressions fausses ou de donner des renseignements inexacts aux consommateurs. Dans la mesure où les consommateurs s'attendent

[5481] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 57 et 58.
[5482] Australie, première communication écrite, paragraphes 118 et 119 et note de bas de page 185.
[5483] Nous rappelons que, dans le contexte de son allégation au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, la République dominicaine fait valoir que les perceptions de la qualité et des marques concurrentes par les consommateurs sont fondées sur une combinaison d'"avantages fonctionnels" et d'"avantages immatériels" qu'ils retirent de chaque marque, et que l'incidence disproportionnée des mesures TPP sur les avantages immatériels perçus des produits haut de gamme se traduit par une moindre fidélité et une moindre volonté de payer pour ces produits. Dans ce contexte, l'Australie explique que les mesures TPP garantissent que les fabricants de tabac puissent continuer de distinguer leurs produits de ceux des autres fabricants au cours des opérations commerciales en les autorisant à faire usage du nom de la société, du nom de la marque et du nom de variante sur l'emballage du tabac pour la vente au détail, y compris en faisant connaître les caractéristiques des produits associées à la source commerciale. Elle fait valoir que ce sont précisément les "avantages intangibles" auxquels fait référence la République dominicaine que les mesures TPP visent à réduire. Voir plus haut la section "Principaux arguments des parties" à l'intérieur de la section 7.3.5.5.3.2.
[5484] Voir plus haut le paragraphe 7.2752.
[5485] Voir plus haut le paragraphe 7.2721.

à certaines caractéristiques des produits du tabac qui leur sont correctement communiquées par association avec l'identification de la source commerciale – qualifiée de fonction de garantie des marques dans le contexte de la loi sur les marques – les mesures TPP autorisent que cette communication passe par l'usage de noms de marques et de noms de variantes.

7.2762. Les plaignants n'ont en outre pas indiqué les allégations ou déclarations spécifiques requises par les mesures TPP qui induiraient le consommateur en erreur sur les caractéristiques ou qualités particulières des produits du tabac. Ils ont plutôt fait valoir que l'incapacité de faire usage de caractéristiques de conception distinctives autres que les noms de marques et les noms de variantes a pour effet d'induire les consommateurs en erreur en leur donnant à penser que tous les produits du tabac ont les mêmes caractéristiques et sont repoussants.

7.2763. Nous rappelons par ailleurs que les mesures TPP restreignent l'usage des caractéristiques de conception des marques afin de *diminuer* l'aptitude de l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac, par l'intermédiaire de ces caractéristiques, à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme ou de la consommation de produits du tabac.[5486] En même temps, ces mesures autorisent l'usage de noms de marques et de noms de variantes, qui permettent au consommateur d'identifier le produit en cause et de l'associer à une source particulière. Les mesures TPP fonctionnent donc d'une manière qui tient compte à la fois de l'intérêt du consommateur à ne pas être induit en erreur au sujet des effets nocifs du tabagisme, qui sont incontestés, et de son intérêt à ne pas être induit en erreur au sujet des caractéristiques du produit. Également dans ce contexte, nous ne sommes pas persuadés que l'uniformité de l'apparence de l'emballage pour la vente au détail de tabac et des produits du tabac résultant des mesures TPP, y compris la suppression des caractéristiques de conception distinctives autres que le nom de la marque et le nom de variante, ait pour effet d'induire les consommateurs en erreur.[5487]

7.2764. Nous notons en outre que le Honduras, la République dominicaine, Cuba et l'Indonésie n'ont pas cherché à démontrer que les consommateurs n'avaient en fait pas été en mesure de distinguer la source commerciale des produits du tabac d'une entreprise de celle des produits du tabac d'autres entreprises (c'est-à-dire, l'identité de la source ou du fabricant du produit) ou avaient été induits en erreur sur les caractéristiques de ces produits à la suite des mesures TPP.[5488]

[5486] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 3.2 c).

[5487] Nous rappelons en outre que les actes énumérés au paragraphe 3 1) sont des exemples d'actes de concurrence déloyale tels que définis au paragraphe 2. À cet égard, nous ne sommes pas persuadés que l'acte même de mettre sur le marché des produits qui sont conformes aux prescriptions réglementaires découlant des mesures TPP équivaudrait à un acte de concurrence contraire aux usages commerciaux honnêtes. À cet égard, nous renvoyons à l'examen auquel nous procédons plus loin, au paragraphe 7.2781.

[5488] Voir les réponses du Honduras, de la République dominicaine, de Cuba et de l'Indonésie à la question n° 168 du Groupe spécial, qui sont exposées aux paragraphes 7.2546, 7.2552, 7.2548 et 7.2550, respectivement. Dans leur réponse, le Honduras, Cuba et l'Indonésie font valoir qu'aucun élément de preuve en ce sens ne serait pertinent pour prendre une décision concernant les allégations des plaignants au titre de l'Accord sur les ADPIC car il n'y a pas de prescription spécifique concernant le niveau de la "confusion réelle" ou du "caractère suffisant" aux fins de la distinction des produits. Comme nous l'avons noté plus haut au paragraphe 7.2750, il découle du terme "susceptible" employé à l'article 10*bis* 3) 3) que la disposition vise les allégations trompeuses qui soit ont induit le public en erreur, soit sont de nature à le faire. Nous avons également noté au paragraphe 7.2761 que, dans la mesure où les consommateurs s'attendent à certaines caractéristiques des produits du tabac qui leur sont correctement communiquées par association avec l'identification de la source commerciale, les mesures TPP autorisent que cette communication passe par l'usage de noms de marques et de noms de variantes. À cet égard, l'absence de tels éléments de preuve est une considération prise en compte dans notre évaluation globale du point de savoir si les plaignants ont démontré que les mesures TPP imposent aux acteurs du marché de se livrer à des actes équivalant à des indications ou allégations de nature à induire en erreur au sens de l'article 10*bis* 3) 3). Le Honduras observe ainsi qu'il n'y a pas eu d'étude empirique évaluant si les consommateurs n'avaient pas été en mesure de distinguer la source commerciale des produits du tabac d'une entreprise de celle des produits du tabac d'autres entreprises après la mise en œuvre des mesures TPP, mais considère que ces données quantitatives n'aideraient pas le Groupe spécial à se prononcer sur les allégations au titre de l'Accord sur les ADPIC dans les présentes procédures. La République dominicaine et l'Indonésie font en outre valoir que les éléments de preuve montrent que les marques dénominatives sur les produits du tabac ne distinguent pas d'une manière adéquate la source commerciale, la qualité, les caractéristiques et la réputation, ce qui conduit à une descente en gamme. À cet égard, nous renvoyons à notre examen des éléments de preuve concernant l'effet des

7.2765. Compte tenu de ce qui précède, nous constatons que le Honduras, la République dominicaine, Cuba et l'Indonésie n'ont pas démontré que les mesures TPP obligeaient les acteurs du marché à se livrer à des actes équivalant à des indications ou allégations de nature à induire en erreur au sens de l'article 10*bis* 3) 3). Nous constatons aussi, par conséquent, que le Honduras, la République dominicaine, Cuba et l'Indonésie n'ont pas démontré que l'Australie, en maintenant ces mesures, manquait à son obligation d'interdire ces actes, en violation du paragraphe 3 3) de l'article 10*bis*.

7.3.6.4.3.3 Article 10*bis* 1)

7.2766. Nous examinons maintenant si les mesures TPP, comme l'ont allégué le Honduras, la République dominicaine et Cuba, obligent les acteurs du marché à se livrer à des actes de concurrence déloyale, hormis les situations déjà examinées dans le contexte des allégations des plaignants au titre de l'article 10*bis* 3) 1) et 10*bis* 3) 3), contre lesquels un Membre est tenu d'assurer une protection effective conformément à l'article 10*bis* 1).

Principaux arguments des parties

7.2767. Le Honduras fait valoir que les mesures TPP sont incompatibles avec l'article 10*bis* 1) parce qu'elles faussent les conditions de concurrence au profit des producteurs fournissant des produits à bas prix et au détriment de ceux qui fournissent des produits de qualité supérieure. Cela s'explique par le fait qu'à la fois les restrictions TPP concernant les marques et les restrictions concernant le format obligent les fabricants de produits du tabac à rivaliser, sur le marché australien, d'une manière qui supprime la possibilité d'obtenir ou de maintenir la différenciation des produits, ce qui, systématiquement, affecte davantage les produits haut de gamme et leurs producteurs que les produits de qualité moindre et leurs producteurs. Cette incidence directe, et profondément asymétrique, des mesures TPP de l'Australie sur la dynamique concurrentielle du marché constitue une "concurrence déloyale" sur le marché australien.[5489]

7.2768. Le Honduras précise que les mesures TPP donnent lieu à une concurrence déloyale sur le marché du tabac en deux temps. Premièrement, les mesures TPP suppriment l'identification de la marque de l'emballage, instrument essentiel de différenciation des marques. L'emballage de marque attire l'attention des consommateurs sur les marchés encombrés et agit comme un signal de qualité. Les mesures TPP obligent les producteurs de produits du tabac à ôter de l'emballage de leurs produits toute image de marque et tous caractères distinctifs, tandis que l'apparence physique des produits est normalisée au moyen de prescriptions concernant le format. En conséquence, "marques haut de gamme et marques bon marché paraîtront identiques (mis à part le nom)" et "le consommateur n'aura plus d'indications de qualité".[5490]

7.2769. Deuxièmement, une différenciation réduite des produits débouche sur un désavantage concurrentiel pour les marques haut de gamme, qui sont asymétriquement touchées en comparaison avec les marques bas de gamme, créant une concurrence déloyale.[5491] Les données relatives au marché australien confirment qu'une "descente en gamme" ou "substitution à la baisse" importante a eu lieu.[5492] "De cette manière, les [mesures TPP] faussent *systématiquement* les conditions de concurrence au détriment d'une catégorie spécifique de concurrents. Les producteurs de marques haut de gamme ne peuvent plus exercer leur activité dans des circonstances de concurrence "loyale" et "légitime"."[5493] Le Honduras ajoute que la "déloyauté" des conditions de concurrence réside au cœur des mesures TPP, dont l'objet est la conception objectivement discernables consistent à éliminer la fonction essentielle du droit de propriété intellectuelle, et n'est pas simplement l'effet accessoire d'un effort entrepris de bonne foi pour réglementer la concurrence.[5494]

---

mesures TPP sur la concurrence par les prix et la substitution par descente en gamme, plus haut aux paragraphes 7.2572 à 7.2573.

[5489] Honduras, première communication écrite, paragraphe 682.

[5490] Honduras, première communication écrite, paragraphes 684, 687 et 689 (faisant référence au rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-5), paragraphes 48 à 54, 63 et 64).

[5491] Honduras, première communication écrite, paragraphe 687.

[5492] Honduras, première communication écrite, paragraphes 691 et 692 (faisant référence au rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-5), paragraphes 55 à 60; et au rapport IPE (pièce DOM-100).

[5493] Honduras, première communication écrite, paragraphe 694. (italique dans l'original)

[5494] Honduras, première communication écrite, paragraphes 696 et 698.

7.2770. La République dominicaine considère que les actes de "concurrence déloyale" en cause sont les actes privés de producteurs qui présentent des produits du tabac dans un emballage pratiquement identique à celui des produits du tabac concurrents. Elle ne fait pas valoir que les mesures TPP sont elles-mêmes des "actes" de concurrence déloyale, ni ne fait porter ses allégations sur les "conditions du marché en tant que telles". En fait, au moyen de ses mesures TPP, l'Australie impose des actes privés de concurrence déloyale et, par conséquent, n'assure pas une protection effective contre une telle concurrence déloyale, comme l'attestent, par exemple, les conditions du marché.[5495] Un Membre de l'OMC ne peut pas imposer les actes mêmes de concurrence déloyale qu'il doit chercher à empêcher.[5496] Le droit interne d'un Membre n'excuse aucunement les manquements de ce Membre à ses obligations dans le cadre de l'OMC.[5497]

7.2771. Relativement à l'article 10*bis* 1), la République dominicaine fait valoir qu'"[e]n mettant en place sur le marché un régime dans le cadre duquel les produits concurrents sont présentés d'une manière pratiquement identique, l'Australie impose des "acte[s] de concurrence contraire[s] aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale" au sens de l'article 10*bis* de la *Convention de Paris*".[5498]

7.2772. En ce qui concerne l'incidence des mesures TPP sur les consommateurs, la République dominicaine fait valoir que la prescription selon laquelle les producteurs doivent présenter tous les produits du tabac dans un emballage pratiquement identique prive les consommateurs des indications visuelles dont ils font tous usage pour établir une distinction entre les marques concurrentes en fonction de leurs qualités, de leur réputation et de leurs caractéristiques. En l'absence d'indications de la marque sur l'emballage, les consommateurs fondent de plus en plus leurs achats sur les différences de prix. Cela conduit à une convergence des qualités et des caractéristiques perçues des marques concurrentes. Les mesures TPP imposent aux producteurs de tabac d'indiquer aux consommateurs, par leur emballage, que chaque marque est, en fait, "la moins attractive" et de la "moins bonne qualité", quelle qu'en soit la qualité réelle. Elles empêchent en outre de faire connaître aux consommateurs les différences de qualité notables sur les marchés des cigarettes et des cigares. Par conséquent, de l'avis de la République dominicaine, la prescription imposant de présenter les produits du tabac concurrents dans un emballage pratiquement identique, avec des bâtonnets d'apparence pratiquement identique, induit les consommateurs en erreur en ce qui concerne les qualités, la réputation et les caractéristiques des marques concurrentes.[5499]

7.2773. Les mesures TPP empêchent les producteurs de tabac concurrents de rivaliser pour les ventes sur le marché australien sur la base des différences dans la nature, le mode de fabrication ou les caractéristiques de leurs produits car ils sont privés de la possibilité de signaler ces différences du fait de la présentation pratiquement identique des produits du tabac. La République dominicaine fait valoir que les prescriptions sont particulièrement déloyales envers les producteurs haut de gamme qui faisaient précédemment usage de l'identification de la marque pour signaler la supériorité des qualités, de la réputation et des caractéristiques de leurs produits, et affirme que les éléments de preuve empiriques d'une descente en gamme montrent que priver les producteurs de ces indications fausse immédiatement le paysage concurrentiel, avec un glissement important du haut de gamme vers le bas de gamme.[5500] En ce qui concerne l'intérêt public, les mesures TPP font obstacle à une concurrence loyale sur le marché fondée sur la nature, les caractéristiques ou les modes de fabrication des marchandises, sapant par conséquent les bases de la structure concurrentielle du marché.[5501]

[5495] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 736 et 749; et réponse à la question n° 17 du Groupe spécial. Voir aussi République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 841 (définissant les termes "assurer", "effective" et "protection", tels qu'employés au paragraphe 1 de l'article 10*bis*); deuxième communication écrite, paragraphe 729; et réponse à la question n° 15 du Groupe spécial, paragraphe 77.

[5496] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 853 et 873.

[5497] République dominicaine, déclaration finale à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 22.

[5498] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 856.

[5499] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 858 à 869 (faisant référence au rapport Steenkamp (pièce DOM/HND-5), entre autres sources).

[5500] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 870 et 871 (faisant référence au rapport IPE (pièce DOM-100), chapitre 5).

[5501] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 872.

7.2774. Cuba estime qu'un environnement concurrentiel dans lequel il est demandé à des fabricants rivaux de présenter leurs produits d'une manière visuellement indifférenciée conduit à une situation de "concurrence déloyale".[5502] À son avis, la situation concurrentielle en Australie est "déloyale" pour quatre raisons.

7.2775. Premièrement, on ne peut pas la distinguer de la situation dans laquelle un producteur copie le "conditionnement" d'un producteur rival, c'est-à-dire l'apparence générale ou la présentation d'un produit. La seule différence est que, dans le second cas, une situation de "délit de substitution" se fait jour par suite de décisions volontaires des acteurs économiques, alors que, dans le premier cas, l'adoption d'un "conditionnement" uniforme est ordonnée par le gouvernement australien.[5503]

7.2776. Deuxièmement, la situation concurrentielle est déloyale parce que les producteurs ne peuvent pas communiquer clairement des renseignements importants aux consommateurs au sujet de leurs produits. Dans un tel environnement concurrentiel, les résultats sont arbitraires car ils ne tiennent pas pleinement compte des préférences des consommateurs ni des efforts du producteur pour améliorer et maintenir la qualité.[5504]

7.2777. Troisièmement, la situation concurrentielle est déloyale parce qu'elle vise à faire croire à tort aux consommateurs que des produits différents sont similaires. La situation qui en résulte est préjudiciable aux producteurs de produits haut de gamme et est particulièrement déloyale envers ceux qui bénéficient des IG, comme les producteurs cubains de gros cigares roulés à la main, puisque les investissements sociaux, économiques et culturels réalisés durant de nombreuses années ne seront pas récompensés.[5505]

7.2778. Quatrièmement, la situation concurrentielle est déloyale parce que les mesures TPP compromettent l'aptitude des producteurs cubains à se protéger face au commerce de contrefaçon en prohibant l'usage d'un certain nombre de sauvegardes et de dispositifs de sécurité spécifiques que Cuba a mis en place pour garantir l'authenticité de ses exportations. Du fait qu'elles empêchent d'utiliser ces sauvegardes, les mesures TPP font qu'il est plus facile pour les contrefacteurs de reconditionner les cigares cubains de contrefaçon ou des cigares non cubains comme d'authentiques cigares cubains, détournant ainsi le commerce de Cuba.[5506]

7.2779. Cuba estime que "[c]ette situation de concurrence déloyale a pour origine le fait que l'Australie impose aux acteurs privés de se conduire de la manière prescrite par les mesures TPP". En conséquence, l'Australie n'a pas respecté son obligation au titre de l'article 10*bis* de protéger les producteurs de tabac cubains contre la concurrence déloyale.[5507]

7.2780. L'Australie répond que, pour établir *prima facie* l'existence d'une violation de l'article 10*bis*, il faudrait que les plaignants démontrent qu'elle n'a pas assuré une protection effective *contre* des actes de concurrence des acteurs du marché qui sont destinés à leur profiter en influençant les consommateurs sur la base d'indications mensongères ou de nature à induire en erreur. Les plaignants ne l'ont pas fait.[5508] L'Australie observe ce qui suit:

> [Elle] donne effet à ses obligations au titre de l'article 10*bis*, correctement interprété, en prévoyant une série de mécanismes juridiques au moyen desquels les parties

[5502] Cuba, première communication écrite, paragraphes 382. (italique omis)
[5503] Cuba, première communication écrite, paragraphes 383. À l'appui de sa position, Cuba fait référence au rapport du Groupe spécial *Mexique – Télécommunications*, paragraphe 7.243. Cuba, première communication écrite, note de bas de page 428.
[5504] Cuba, première communication écrite, paragraphe 384.
[5505] Cuba, première communication écrite, paragraphe 385.
[5506] Cuba, première communication écrite, paragraphe 386. Cuba explique qu'elle exige que chaque boîte de cigares Habanos: 1) porte un autocollant sur lequel figure l'indication géographique Habanos; 2) soit marquée d'un sceau, à l'encre, qui indique la fabrique ainsi que le mois et l'année de production; et 3) soit scellée par le sceau de garantie du gouvernement cubain. Ce sceau est imprimé sur un papier synthétique hautement adhésif qui s'autodétruit s'il est trafiqué et inclut plusieurs dispositifs de sécurité. *Ibid*. Voir aussi Cuba, déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 17 et 18; et réponse à la question n° 168 du Groupe spécial.
[5507] Cuba, première communication écrite, paragraphe 388
[5508] Australie, première communication écrite, paragraphe 450.

affectées peuvent empêcher les indications fausses ou de nature à induire en erreur, ou obtenir réparation pour de telles indications, y compris:

- un droit de prendre des mesures d'exécution en cas d'atteinte aux droits d'une marque[5509];
- une interdiction générale des comportements de nature à induire en erreur ou à tromper, ou susceptible de le faire, dans les échanges ou le commerce[5510];
- une prohibition des indications fausses ou de nature à induire en erreur en relation avec la fourniture, la fourniture éventuelle ou la promotion de produits (y compris les déclarations concernant le lieu d'origine des produits)[5511];
- une prohibition des importations de produits comportant des désignations commerciales mensongères ou de nature à induire en erreur (y compris en relation avec le pays ou le lieu dans lequel les produits ont été fabriqués ou produits)[5512]; et
- une protection, régie par la *common law*, de la réputation des entreprises, par le biais du "délit de substitution", qui peut assurer une protection additionnelle contre les indications fallacieuses.[5513,5514]

7.2781. L'Australie estime que les mesures TPP n'interfèrent pas avec l'aptitude des parties intéressées à empêcher les indications fausses ou de nature à induire en erreur, ou à obtenir réparation pour de telles indications, par ces voies juridiques.[5515]

7.2782. L'Australie fait valoir que les plaignants tentent d'élargir le sens de l'expression "tout *acte* de concurrence" figurant à l'article 10*bis* 2) pour qu'elle englobe l'*environnement réglementaire* dans lequel ont lieu de tels actes. En outre, en dépit du fait que l'article 10*bis* 2) définit explicitement ce qui est "déloyal" aux fins de l'article 10*bis*, les plaignants axent leurs arguments sur le sens ordinaire du terme "déloyale" plutôt que sur celui du terme "honnêtes".[5516] L'Australie fait valoir qu'en redéfinissant la "concurrence déloyale" de cette manière, les plaignants cherchent à voir dans l'article 10*bis* 1) un droit positif de faire usage des marques pour faire la publicité et la promotion des produits, au motif que la "concurrence" en l'absence d'un tel usage est "déloyale", et à transformer l'article 10*bis* 1), qui est une de disposition imposant aux Membres de proscrire certains actes de rivalité commerciale malhonnête, en disposition qui empêche les Membres d'imposer des mesures qui touchent tout "aspect de la concurrence" quel qu'il soit, telles que les mesures qui restreignent l'usage des marques ou ont une "incidence asymétrique quelconque sur les différents participants au marché". En s'écartant du sens de l'expression "concurrence déloyale" figurant à l'article 10*bis* 2), les plaignants ne tiennent pas compte du texte même de l'article 10*bis*.[5517]

7.2783. L'Australie ajoute que, bien qu'il apparaisse que les plaignants ont admis plus tard dans la procédure que les règlements qui affectaient les *conditions générales de concurrence* ne relevaient pas de l'article 10*bis*, ils continuent d'affirmer que des éléments de preuve relatifs aux conditions générales de concurrence sur le marché australien, comme des effets de descente en gamme

[5509] (note de bas de page de l'original) *Trade Marks Act 1995,* (Cth), pièce AUS-244, articles 20, 120 1) et 170. Voir aussi l'annexe D: Protection of Trademarks and Geographical Indications in Australia.
[5510] (note de bas de page de l'original) *Competition and Consumer Act 2010* (Cth), pièce AUS-127, article 18. Voir aussi l'annexe D: Protection of Trademarks and Geographical Indications in Australia.
[5511] (note de bas de page de l'original) *Competition and Consumer Act 2010* (Cth), pièce AUS-127, article 29 1). Voir aussi l'annexe D: Protection of Trademarks and Geographical Indications in Australia.
[5512] (note de bas de page de l'original) *Commerce Trade Descriptions Act de 1905* (Cth), pièce AUS-248, article 9.
[5513] (note de bas de page de l'original) Voir l'annexe D: Protection of Trademarks and Geographical Indications in Australia.
[5514] Australie, première communication écrite, paragraphe 458.
[5515] Australie, première communication écrite, paragraphe 459.
[5516] Australie, première communication écrite, paragraphe 453.
[5517] Australie, première communication écrite, paragraphes 454 à 457 (faisant référence à Honduras, première communication écrite, paragraphes 669 et 670). Voir aussi Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 39.

allégués et des augmentations alléguées du commerce illicite, sont *révélateur* de l'existence de pratiques commerciales malhonnêtes, rendant la mesure incompatible avec l'article 10*bis* 1). En ce qui concerne ces affirmations, les plaignants n'ont pas démontré: i) qu'il existait un quelconque lien de causalité entre ces effets allégués et l'emballage neutre du tabac; et, point crucial, ii) que ces effets avaient été causés par des "actes de concurrence" imposés par la mesure et qui étaient "contraires aux usages honnêtes". S'agissant de ce dernier point, les plaignants n'ont pas démontré que la mesure obligeait les acteurs privés à se livrer à des actes de concurrence – c'est-à-dire, des actes consistant en des "efforts" déployés par des rivaux "pour obtenir une clientèle" ou des tentatives d'accroître sa part de marché en "offrant les conditions les plus favorables" – ou que ces actes de concurrence étaient "malhonnêtes" ou "insincères". Les plaignants n'ont pas présenté d'élément de preuve indiquant que les consommateurs confondraient les produits d'un fabricant de tabac avec ceux d'un autre à la suite des mesures TPP et leur affirmation selon laquelle l'emballage neutre du tabac induira les consommateurs en erreur en ce qui concerne les caractéristiques objectives des produits du tabac est une pure spéculation. L'Australie soutient que "[l]es plaignants demandent simplement au Groupe spécial de *supposer* qu'il y a une forme de malhonnêteté commerciale forcée et générale découlant de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac, et que ces actes malhonnêtes sont la cause de toute substitution de marques alléguée ou de toute augmentation alléguée du commerce illicite".[5518]

7.2784. L'Australie note que les plaignants font valoir, en s'appuyant sur le rapport du Groupe spécial *Mexique – Télécommunications*, que les mesures TPP enfreignent l'article 10*bis* en *obligeant* les acteurs du marché à se livrer à des actes de "concurrence déloyale". Elle répond que l'affaire *Mexique – Télécommunications* est inapplicable en l'espèce.[5519] Les mesures TPP n'imposent aucunement des "acte[s]" de "concurrence déloyale" au sens de l'article 10*bis* de la Convention de Paris.[5520]

7.2785. L'Australie ajoute que, même si les règlements publics qui obligent les acteurs privés à se livrer à des actes de concurrence pouvaient relever de l'article 10*bis*, les plaignants n'ont pas démontré que c'était en fait le cas des mesures TPP. L'environnement réglementaire de la vente des produits du tabac en Australie est façonné par toute une série de mesures de santé publique qui "obligent" les acteurs du marché pertinents à se conformer à des prescriptions spécifiques au cours de la fabrication, de la promotion publicitaire et de la vente de leurs produits du tabac. Cependant, aucune de ces mesures – y compris les mesures TPP – n'oblige les acteurs du marché à se livrer à des actes de "concurrence". En revanche, la conception de l'emballage neutre atteint ses objectifs de santé publique en privant *tous* les fabricants de tabac de l'aptitude à faire usage d'éléments de conception figuratifs pour renforcer l'attrait de l'emballage ou créer une quelconque association positive avec le produit. En même temps, ces mesures permettent aux consommateurs

[5518] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 60 à 62.

[5519] Dans l'affaire *Mexique – Télécommunications*, il a été constaté que le Mexique avait prescrit par la loi une conduite qu'il était spécifiquement obligé d'empêcher. Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial *Mexique – Télécommunications*, paragraphe 7.262.

[5520] Australie, première communication écrite, paragraphes 451 et 452; et deuxième communication écrite, paragraphe 40. L'Australie explique que l'analyse du Groupe spécial *Mexique – Télécommunications* doit être considérée dans le contexte de l'industrie des télécommunications, qui a une longue tradition de monopoles détenus et/ou réglementés par l'État (comme dans le cas du Mexique). Le fait que la Commission fédérale des télécommunications a imposé à Telmex (le fournisseur mexicain dominant) et à d'autres fournisseurs mexicains de conclure un arrangement sur les prix était clairement contraire à l'engagement pris par le Mexique dans son Document de référence de maintenir des mesures appropriées pour "empêcher" les fournisseurs principaux "d'adopter ou de maintenir des pratiques anticoncurrentielles". Ce critère spécifique a été reconnu explicitement par le Groupe spécial, qui a noté que les mesures en cause étaient "exceptionnelles" et que ses constations "se limit[aient] à l'interprétation des obligations dans le cadre de l'AGCS qui incomb[aient] au Mexique au titre de la section 1 de son Document de référence, en ce qui concerne les États-Unis, et en ce qui concerne les mesures anticoncurrentielles très spécifiques sur le marché pertinent des télécommunications". Rapport du Groupe spécial *Mexique – Télécommunications*, paragraphes 7.267 et 7.268. À la différence du Document de référence du Mexique, l'article 10*bis* n'est pas concerné pas le rôle du gouvernement en tant qu'organisme de réglementation. Il est concerné par le rôle du gouvernement en tant que dispensateur de protections juridiques contre les actes de concurrence déloyale sur le marché. L'instauration d'une mesure générale de santé publique comme les mesures TPP ne fait en aucune façon jouer ce dernier rôle au gouvernement et n'entre aucunement dans le champ d'application de l'article 10*bis*. Australie, deuxième communication écrite, note de bas de page 54.

de continuer à établir une distinction entre les différentes offres sur le marché par référence au nom de la marque et au nom de variante figurant sur l'emballage.[5521]

7.2786. En outre, l'Australie considère que les plaignants n'ont pas démontré que tous "actes de concurrence" allégués imposés par les mesures TPP étaient des actes de concurrence *déloyale* au sens de l'article 10 *bis* 2) – c'est-à-dire, des actes de concurrence "malhonnêtes" ou "insincères".[5522,5523]

Analyse du Groupe spécial

7.2787. L'article 10*bis* 1) impose aux Membres d'assurer aux ressortissants de Membres une protection effective contre la concurrence déloyale. Un acte de concurrence déloyale est défini au paragraphe 2 comme étant "tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale".

7.2788. Comme nous l'avons constaté plus haut au paragraphe 7.2667, nous comprenons la définition donnée au paragraphe 2 comme faisant référence à quelque chose qui est fait par un acteur du marché pour concurrencer d'autres acteurs du marché d'une manière qui est contraire à ce qui serait usuellement ou coutumièrement considéré comme sincère, loyal et exempt de tromperie au sein d'un certain marché. Dans les présents différends, le marché en cause est le marché australien.

7.2789. Nous rappelons en outre la conclusion que nous avons énoncée plus haut, au paragraphe 7.2679, selon laquelle, bien qu'un Membre doive interdire les types d'usages malhonnêtes énumérés au paragraphe 3 de l'article 10*bis*, la portée des autres usages en matière industrielle et commerciale contre lesquels ce Membre est tenu d'assurer une protection effective conformément au paragraphe 1 de ce même article doit être considérée dans le contexte des systèmes juridiques et des conceptions de ce qui constitue un acte contraire à ce qui serait usuellement ou coutumièrement considéré comme sincère, loyal et exempt de tromperie au sein du marché intérieur en cause, en l'espèce le marché australien.

7.2790. Nous rappelons que Cuba fait valoir qu'un "environnement concurrentiel" en tant que tel – en l'espèce, un environnement dans lequel il est demandé à des fabricants rivaux de présenter leurs produits d'une manière visuellement indifférenciée – peut conduire "à une situation de "concurrence déloyale"". Nous rappelons en outre qu'en ce qui concerne l'article 10*bis* 1), le Honduras a d'abord fait valoir qu'une réglementation gouvernementale qui faussait les conditions de concurrence en faveur de certains concurrents et au détriment d'autres était "injuste" et "non équitable", c'est-à-dire déloyale. Le Honduras a précisé que l'article 10*bis* restreignait le pouvoir réglementaire du gouvernement à cet égard, dans la mesure où une réglementation avait plus qu'une incidence "accessoire" sur la concurrence, en ce sens qu'elle la rendait déloyale. Plus tard dans la procédure, il a précisé qu'il ne faisait pas valoir que les lois ou réglementations d'un gouvernement constituaient des actes de concurrence déloyale, mais que ceux-ci étaient plutôt le fait de parties privées. À cet égard, nous renvoyons à la constatation que nous avons formulée plus haut figurant au paragraphe 7.2699 selon laquelle les mesures TPP en elles-mêmes ne constituent pas un acte de concurrence déloyale.

7.2791. Le Honduras fait valoir que les restrictions TPP obligent les fabricants de produits du tabac à rivaliser, sur le marché australien, d'une manière qui supprime la possibilité d'obtenir ou de maintenir la différenciation des produits, ce qui constitue, selon lui, des actes de concurrence contraires aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale.[5524] La République dominicaine fait valoir que "les actes particuliers de "concurrence déloyale" en cause dans le présent différend sont les actes privés de producteurs qui présentent des produits du tabac dans un emballage pratiquement identique à celui des produits du tabac concurrents", ce qui induit les consommateurs en erreur en ce qui concerne les qualités, la réputation et les caractéristiques des marques concurrentes. Par l'intermédiaire de la présentation imposée, les producteurs de produits du tabac donnent des indications de nature à faire croire à tort que leur propre marque ne diffère

[5521] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 41 à 43.
[5522] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 41 et 44.
[5523] Pour les principaux arguments des tierces parties, voir plus haut la section 7.3.6.3.2.
[5524] Honduras, première communication écrite, paragraphe 682.

d'aucune des marques concurrentes sur le marché.[5525] Cuba fait référence à la prescription imposant aux acteurs privés de se conduire de la manière prescrite dans le cadre des mesures TPP.[5526]

7.2792. Nous croyons comprendre que les plaignants font valoir qu'en vendant ses produits conformément aux mesures TPP dans un emballage et selon une présentation normalisés, un acteur du marché est obligé de se livrer à un acte de concurrence déloyale au sens de la définition figurant au paragraphe 2. Nous rappelons que l'obligation découlant de l'article 10*bis* 1) est d'assurer une protection effective contre les actes de concurrence qui sont "contraires aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale". Nous ne sommes pas persuadés qu'un acte qui consiste à vendre des produits conformément aux prescriptions réglementaires prévues dans les mesures TPP constitue un tel acte, ni que dans le contexte du marché australien, un tel acte soit contraire à ce qui serait usuellement ou coutumièrement considéré comme sincère, loyal et exempt de tromperie au sein du marché australien.[5527] Spécifiquement, quand les similitudes entre les emballages pour la vente au détail résultent exclusivement d'une intervention réglementaire qui est applicable également à tous les produits sur le marché, nous ne sommes pas persuadés que l'on puisse considérer que les actions entreprises par les acteurs du marché pour se conformer à ces prescriptions constituent des "actes de concurrence", dans la mesure où elles ne reflètent pas des actions que les acteurs du marché entreprennent pour rivaliser entre eux sur le marché.[5528]

7.2793. Le Honduras, la République dominicaine et Cuba font valoir en outre que les prescriptions TPP privent les producteurs de tabac concurrents de la possibilité de faire connaître les différences entre les produits, du fait de la présentation pratiquement identique des produits du tabac. À leur avis, ces prescriptions sont particulièrement déloyales envers les producteurs haut de gamme qui faisaient précédemment usage de l'identification de la marque pour signaler la supériorité de la qualité, de la réputation et des caractéristiques de leurs produits. Le Honduras et la République dominicaine ajoutent que des éléments de preuve empiriques d'une "descente en gamme" montrent que priver les producteurs de ces indications fausse immédiatement le paysage concurrentiel, avec un glissement important du haut de gamme vers le bas de gamme.[5529] À cet égard, nous rappelons les déterminations que nous avons formulées plus haut, selon lesquelles certains éléments de preuve, il est vrai limités, indiquaient qu'il apparaissait que conjointement avec la mise en garde sanitaire explicite agrandie introduite à la même date, les mesures TPP avaient eu une incidence négative sur le rapport entre les ventes en gros de cigarettes de prix élevé et les ventes en gros de cigarettes bon marché.[5530] Cependant, nous ne sommes pas persuadés que cela, en soi, démontre qu'il y a une incidence "déloyale" sur les produits haut de gamme de fait du fonctionnement de ces mesures. Dans la mesure où il y a des raisons de penser que les mesures TPP et, en particulier, la suppression des éléments figuratifs sur les produits du tabac et leur emballage pour la vente au détail, auront une incidence plus forte sur l'attrait des produits du tabac pour les cigarettes haut de gamme, il est raisonnable de s'attendre à ce que la réduction du rapport entre les ventes en gros de cigarettes de prix élevé et les ventes en gros de cigarettes bon marché observée depuis l'entrée en vigueur des mesures TPP résulte au moins en partie du fonctionnement attendu de ces mesures et, plus généralement, de leur effet sur la consommation de produits du tabac. Cela pourrait être le cas en particulier lorsqu'une partie importante de la valeur des produits haut de gamme repose sur la contribution de l'identification des marques à l'élaboration et au maintien d'associations positives et uniques comme moyen de différencier ces produits des produits concurrents.[5531] Nous ne sommes donc pas persuadés que cet effet en soi, dans les circonstances de l'espèce, soit de nature à refléter un traitement "déloyal" des produits haut de gamme, et, en particulier, qu'il équivaille à un acte de concurrence déloyale de la part d'un acteur du marché.

7.2794. Ayant à l'esprit les possibilités offertes par les mesures TPP pour différencier les produits du tabac présents sur le marché par l'usage du nom de la marque, du nom de la société et du nom de variante, nous ne considérons pas que l'obligation d'assurer une protection effective contre la

[5525] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 749 à 751.
[5526] Cuba, première communication écrite, paragraphe 382.
[5527] Voir plus haut notre examen du sens de l'expression "usages honnêtes", au paragraphe 7.2666.
[5528] Voir plus haut notre examen du sens de l'expression "actes de concurrence", au paragraphe 7.2665.
[5529] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 870 et 871 (faisant référence au Rapport IPE (pièce DOM-100), chapitre 5.
[5530] Paragraphe 7.1196 plus haut.
[5531] Paragraphe 7.1196 plus haut. Pour de plus amples détails, voir plus haut la section 7.2.5.4.2.3.

concurrence déloyale conformément à l'article 10*bis* 1) puisse être considérée comme imposant à l'Australie d'autoriser les producteurs de tabac concurrents à utiliser l'identification des marques pour signaler ces qualités additionnelles. En particulier, comme indiqué plus haut, nous ne sommes pas persuadés que les plaignants aient démontré que les mesures étaient susceptibles de créer une confusion dans l'esprit du consommateur ou de l'induire en erreur sur l'origine ou les caractéristiques des produits. À cet égard, nous rappelons en outre que les emballages et les produits d'apparence normalisée imposés par les mesures TPP, y compris la prohibition de l'usage des éléments figuratifs et stylistiques des marques, ont spécifiquement pour objet de *diminuer* l'aptitude du paquet à induire les consommateurs en erreur en ce qui concerne les effets nocifs des produits du tabac.[5532] Conformément à l'article 3 2) de la Loi TPP, cela est censé contribuer à l'amélioration de la santé publique.[5533]

7.2795. Compte tenu de ce qui précède, nous constatons que le Honduras, la République dominicaine et Cuba n'ont pas démontré que les mesures TPP imposaient aux acteurs du marché de se livrer aux actes de concurrence déloyale contre lesquels l'Australie est tenue d'assurer une protection effective conformément au paragraphe 1 de l'article 10*bis*. Par conséquent, nous concluons qu'ils n'ont pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec l'article 10*bis* 1).[5534]

7.3.6.4.4 Conclusion générale

7.2796. Compte tenu de ce qui précède, nous constatons que les plaignants n'ont pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967).

7.3.7 Article 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC

7.3.7.1 Introduction

7.2797. Nous passons maintenant aux allégations des plaignants relatives aux dispositions de l'Accord sur les ADPIC qui concernent la protection des IG, sujet qui est traité dans la section 3 de la partie II de l'Accord, aux articles 22 à 24. Nous examinerons d'abord les allégations au titre de l'article 22:2 b), puis nous passerons aux allégations au titre de l'article 24:3.

7.2798. L'article 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC, qui fait partie de l'article 22 intitulé "Protection des indications géographiques", est libellé comme suit:

> 2. Pour ce qui est des indications géographiques, les Membres prévoiront les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'empêcher:
>
> ...
>
> b) toute utilisation qui constitue un acte de concurrence déloyale au sens de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967).

[5532] Loi TPP (pièce AUS-1, JE-1), article 3 2) c).

[5533] Nous rappelons que, dans le contexte de notre analyse des allégations des plaignants au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC et de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, nous avons conclu que nous considérions que l'objectif recherché par l'Australie au moyen des mesures TPP était d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation des produits du tabac et l'exposition à ces produits.

[5534] En ce qui concerne les actes dont il est allégué qu'ils sont de nature à créer une confusion ou qu'ils impliquent des indications ou allégations susceptibles d'induire le public en erreur au sens des paragraphes 3 1) et 3 3) de l'article 10*bis*, nous rappelons que le Honduras, la République dominicaine, Cuba et l'Indonésie ont formulé des arguments additionnels dans le contexte de leurs allégations au titre de ces paragraphes, que nous avons examinés plus haut.

7.2799. Le Honduras, la République dominicaine, Cuba (par référence)[5535] et l'Indonésie (par référence)[5536] allèguent que les mesures TPP sont incompatibles avec l'article 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC.

7.2800. L'Australie demande au Groupe spécial de rejeter ces allégations dans leur intégralité.

7.3.7.2 Principaux arguments des parties

7.2801. Le Honduras estime que l'Australie contrevient à l'article 22:2 b) parce qu'elle ne prévoit pas les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'empêcher, en ce qui concerne les indications géographiques, une utilisation qui constitue un acte de concurrence déloyale au sens de l'article 10*bis* 3) 3) de la Convention de Paris.[5537]

7.2802. Le Honduras considère que l'emploi des mots "toute" et "[p]our ce qui est des" est de la plus haute importance. L'article 22:2 b) exige qu'une partie intéressée dispose des moyens juridiques d'empêcher tout ensemble de circonstances impliquant tout type d'utilisation liée aux IG qui se traduirait par une concurrence déloyale. De l'avis du Honduras, l'article 22:2 b) n'exige pas que les circonstances déloyales résultent de l'utilisation "d'"une IG, par exemple l'utilisation d'une IG existante appartenant à une autre partie. Lorsque les rédacteurs de l'Accord sur les ADPIC ont voulu faire référence à l'"utilisation d'"un droit de propriété intellectuelle, ils l'ont fait explicitement.[5538] Le Honduras ajoute que la référence faite à l'article 22:2 b) à l'utilisation "[p]our ce qui est des" IG doit signifier quelque chose de différent de l'utilisation "des" IG. À son avis, l'expression "[p]our ce qui est des" désigne un ensemble d'utilisations plus large. Par conséquent, toute circonstance relative à l'utilisation, "[p]our ce qui est des" IG, qui a une incidence sur la concurrence et se traduit par une concurrence déloyale au sens de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967) doit faire l'objet des mesures correctives juridiques que les parties intéressées peuvent demander dans le cadre du système juridique d'un Membre de l'OMC.[5539]

[5535] Voir plus haut la note de bas de page 4062. Il est à noter que l'Ukraine n'a pas formulé d'allégation au titre de l'article 22:2 b) et que l'Indonésie, quant à elle, soutient les arguments présentés par la République dominicaine et l'Ukraine. Le 14 octobre 2015, le Groupe spécial a demandé à Cuba de répondre aux questions qu'il lui avait adressées le 11 mai 2015 (question n° 138 du Groupe spécial, faisant référence aux questions pertinentes parmi les questions n° 1 à 84 du Groupe spécial). Cuba a répondu à ces questions le 28 octobre 2015 au début de la deuxième réunion du Groupe spécial avec les parties. Elle a répondu à la question n° 55 du Groupe spécial qu'"[à] la lumière du paragraphe 9 des procédures de travail du Groupe spécial, Cuba incorporait par référence les arguments et éléments de preuve présentés aux paragraphes 772 à 782, 785 et 786 de la première communication écrite du Honduras et aux paragraphes 418 à 423 de la deuxième communication écrite du Honduras et s'en prévalait". Quant à la question de savoir quels paragraphes de l'article 10*bis* de la Convention de Paris sont pertinents pour son allégation au titre de l'article 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC, elle a répondu qu'elle approuvait à la fois les réponses du Honduras et celles de la République dominicaine. Cuba, réponse à la question n° 50 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial). Pour ce qui est de ses autres réponses concernant l'article 22:2 b), Cuba a fourni ses propres réponses (questions n° 44, 56, 109, 173 et 178 du Groupe spécial) ou a approuvé les réponses du Honduras (question n° 52 du Groupe spécial) ou de la République dominicaine (question n° 45 du Groupe spécial), ou à la fois les réponses du Honduras et celles de la République dominicaine (questions n° 47, 49 et 50 du Groupe spécial).

[5536] Dans sa première communication écrite, l'Indonésie indique qu'elle "sout[enait] les arguments présentés par la République dominicaine et l'Ukraine en ce qui concerne … les articles 22:2 b) et 24:3 …". Indonésie, première communication écrite, paragraphe 462. En réponse à une question du Groupe spécial, elle précise que la référence à l'Ukraine, qui n'a formulé aucune allégation au titre de l'article 22:2 b), était une erreur typographique. En revanche, "l'Indonésie soutient les allégations de la République dominicaine, du Honduras et de Cuba". Indonésie, réponse à la question n° 57 du Groupe spécial. Il est à noter que Cuba, quant à elle, approuve les arguments de la République dominicaine, du Honduras, de l'Indonésie et de l'Ukraine au titre de l'article 22:2 b). En réponse aux questions du Groupe spécial, l'Indonésie précise qu'elle soutient les allégations juridiques formulées par les autres plaignants "sans invoquer aucun fait additionnel ni avancer aucun argument supplémentaire en ce qui concerne les indications géographiques". Indonésie, réponse aux questions n° 43 à 52 du Groupe spécial.

[5537] Honduras, première communication écrite, paragraphe 938; et déclaration finale à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 13. En réponse à une question du Groupe spécial, le Honduras explique que son "allégation … au titre de l'article 22:2 b) consiste à dire que les mesures concernant l'emballage neutre sont contraires à l'article 22:2 b) parce qu'elles donnent lieu à une "concurrence déloyale" en ce qui concerne les indications géographiques, en particulier au sens de l'article 10*bis* 1) (tel qu'il est précisé par l'article 10*bis* 2)) et 10*bis* 3) iii)". Honduras, réponse à la question n° 50 du Groupe spécial.

[5538] Honduras, première communication écrite, paragraphe 775.

[5539] Honduras, première communication écrite, paragraphes 776 et 777.

7.2803. Rappelant l'interprétation de la notion de concurrence déloyale qu'il a donnée dans le cadre de son allégation concernant l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967), le Honduras ajoute que l'article 10*bis* – et la prescription de concurrence loyale qui y est énoncée – sont enfreints lorsque les opérateurs commerciaux concurrents ne sont pas en mesure de différencier leur offre de produits sur le marché, que cette incidence est asymétrique en ceci qu'elle produit sur certains concurrents des effets plus importants que sur d'autres et que ce résultat est un objectif voulu de la mesure plutôt qu'un effet accessoire.[5540]

7.2804. S'agissant de l'argument de l'Australie selon lequel l'article 22:2 b) concerne la prévention de certains actes imputables à un tiers plutôt que les mesures réglementaires du gouvernement, le Honduras renvoie à ses arguments relatifs à son allégation au titre de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967).[5541]

7.2805. Le Honduras estime que l'article 22:2 b) impose aux Membres de l'OMC de prévoir les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'empêcher certains actes, ce qui logiquement empêche aussi les Membres de l'OMC d'imposer ces actes au moyen de leurs lois intérieures.[5542] À cet égard, il renvoie à ses arguments concernant l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967).[5543]

7.2806. En ce qui concerne l'usage qui, selon l'article 10*bis* 3) 3), constitue un acte de concurrence déloyale que l'Australie n'a, de l'avis du Honduras, pas empêché, ce dernier formule les principaux arguments suivants.[5544]

7.2807. Premièrement, le Honduras fait valoir que l'Australie impose un emballage des produits du tabac essentiellement uniforme et n'autorise pas le titulaire d'une IG à apposer cette indication sur l'emballage du tabac. Par conséquent, l'Australie réglemente l'utilisation des IG de telle sorte qu'une IG – autre que le pays d'origine – ne peut pas être utilisée.[5545] En réponse à la description faite par l'Australie de la manière dont les mesures TPP fonctionnent en relation avec les IG[5546], le Honduras fait valoir que l'ensemble des "indications" susceptibles d'être protégées en tant qu'IG est donc beaucoup plus large que ce que l'Australie autorise à apposer sur un emballage neutre. Par exemple, une IG qui ne fait pas partie d'un nom commercial ou d'un nom de variante, ou qui est une combinaison d'éléments graphiques ou textuels, ne peut pas être affichée sur l'emballage. Selon le Honduras, la mesure de l'Australie n'est pas sauvée par le fait qu'elle prévoit la possibilité résiduelle d'afficher un petit sous-ensemble potentiel d'IG, alors qu'elle exclut la plupart des autres.[5547]

7.2808. Deuxièmement, le Honduras fait valoir que ces limitations sévères concernant l'utilisation des IG se traduisent par une inaptitude des titulaires à faire connaître, par l'intermédiaire de leurs IG les différences de qualité, de goût et d'autres caractéristiques physiques à leurs consommateurs et au public en général. Par conséquent, les consommateurs de produits du tabac auront l'impression erronée que tous les produits du tabac de toutes origines géographiques sont les mêmes et ont les mêmes caractéristiques. Cette perception, et son incidence sur la concurrence, ne sont pas "loyales", parce qu'elles désavantagent les titulaires d'IG existantes qui ont investi du temps et des ressources pour mettre en place ces indications.[5548]

7.2809. Troisièmement, le Honduras fait valoir que cette perception est déloyale envers les *futurs* titulaires d'IG potentielles, parce que ceux-ci ne pourront pas créer et établir des IG sur le marché australien, en exploitant ainsi leur avantage concurrentiel potentiel. En particulier, il a étudié au cours des dernières années le potentiel de certaines de ses IG, comme par exemple "Copán". Or, les mesures TPP suppriment la possibilité d'établir une telle IG. Selon lui, cela équivaut à un déni des conditions de concurrence loyale et cela fausse, *ex ante*, les conditions de concurrence en

[5540] Honduras, première communication écrite, paragraphe 779.
[5541] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 422.
[5542] Honduras, première communication écrite, paragraphe 778.
[5543] Honduras, première communication écrite, paragraphe 778.
[5544] Honduras, première communication écrite, titre précédant les paragraphes 780 à 786.
[5545] Honduras, première communication écrite, paragraphe 781.
[5546] Australie, première communication écrite, paragraphe 483.
[5547] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 418.
[5548] Honduras, première communication écrite, paragraphe 782. Voir aussi Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 416 et 420.

faveur des producteurs qui n'ont pas créé d'IG et qui soit n'ont pas l'intention soit sont structurellement incapables, d'en créer et d'en faire usage.[5549]

7.2810. Le Honduras ajoute que l'article 22:2 b) soumet à des disciplines, par l'intermédiaire de l'article 10*bis* de la Convention de Paris, non seulement l'acte qui consiste à utiliser une IG existante, mais aussi l'*aptitude* à utiliser tout mot ou signe ou toute présentation commerciale qui a une incidence sur l'acquisition, l'existence ou le maintien d'une IG.[5550]

7.2811. En réponse à l'affirmation de l'Australie selon laquelle les allégations des plaignants se fondent sur la lecture d'un "droit de faire usage" dans l'article 22:2 b), où un tel droit n'existe pas[5551], le Honduras précise qu'il ne postule pas un "droit de faire usage".[5552] En fait, son argument est fondé sur une analyse du texte de l'article 22:2 b) et de l'article 10*bis*.[5553] Les restrictions que l'Australie a imposées "[p]our ce qui est des" IG – à savoir, limiter la manière dont ces IG peuvent être affichées et imposer une présentation commerciale uniforme – non seulement n'empêchent pas mais imposent en fait une situation dans laquelle l'effet combiné des actes d'acteurs privés fait naître des conditions de concurrence déloyale. L'apparence uniforme de tous les emballages "[p]our ce qui est des" IG se traduit pas des "indications ou allégations" qui donnent aux consommateurs de produits du tabac l'impression erronée que tous les produits du tabac de toutes origines géographiques sont les mêmes et ont les mêmes caractéristiques.[5554] Cette perception, et son incidence sur la concurrence, ne sont pas "loyales", parce qu'elles désavantagent les titulaires d'IG existantes qui ont investi du temps et des ressources pour établir ces indications et les futurs titulaires d'IG potentielles, qui ne pourront pas créer et établir des IG sur le marché australien.[5555]

7.2812. La République dominicaine explique que la différenciation par les marques et les IG ouvre des perspectives de concurrence en facilitant la fidélisation de la clientèle et, partant, en maintenant la part de marché et en accréditant les surprix. L'interférence avec l'usage des marques et des IG fausse les conditions de concurrence au détriment des produits de marque, en particulier les produits haut de gamme.[5556] La République dominicaine estime que, bien que les mesures TPP autorisent l'affichage d'un nom commercial et d'un nom de variante sur l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac selon un format prescrit, elles interdisent l'usage de tout aspect d'une marque ou d'une IG qui comporte des caractéristiques de conception. Or, ce sont ces caractéristiques de conception qui sont considérées comme des "informateurs sur les valeurs de la marque plus efficaces et plus efficients que les mots correspondants".[5557] Comme les marques, les IG sont utilisées dans le commerce pour distinguer certains produits d'autres, bien que la base d'une telle distinction se limite à l'origine géographique des produits et aux qualités qui découlent de cette origine.[5558] Sans l'aptitude à faire usage des marques ou des IG dans le commerce, les avantages qui justifient la protection internationale de ces marques et IG disparaissent.[5559]

7.2813. La République dominicaine observe que dans son sens ordinaire, le mot "indication" employé dans la définition d'une IG donnée à l'article 22:1 désigne quelque chose qui indique ou suggère, comme un *signe*. Par conséquent, il est clair que les IG, telles que définies à l'article 22:1, peuvent comprendre des mots ainsi que des éléments de conception.[5560]

7.2814. S'agissant de l'article 22:2 b), la République dominicaine observe que l'expression "[i]n respect of" (pour ce qui est de) signifie "as regards" (s'agissant de), "as relates to" (en ce qui concerne), "with reference to" (en référence à), "by reason of" (en raison de), "because of" (à

[5549] Honduras, première communication écrite, paragraphes 782 à 784. Voir aussi Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 420.
[5550] Honduras, réponse à la question n° 49 du Groupe spécial.
[5551] Australie, première communication écrite, paragraphes 484 et 485.
[5552] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 419.
[5553] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 421.
[5554] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 419.
[5555] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 420.
[5556] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 208 à 211.
[5557] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 212 (citant le rapport Winer (pièce UKR-9), paragraphe 16).
[5558] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 226.
[5559] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 243.
[5560] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 889.

cause de), ou "on account of" (du fait de).[5561] Quant à l'expression "toute utilisation", selon la République dominicaine, elle n'est pas limitée à l'utilisation d'un type particulier d'indication ou de signe. Donc, l'utilisation potentiellement problématique soumise à une discipline par l'article 22:2 b) est l'utilisation de *toute* indication ou de *tout* signe (que ce signe ou cette indication soient eux-mêmes une IG ou non) en ce qui concerne les IG, ou en raison de celles-ci, et non simplement l'utilisation *des* IG elles-mêmes, comme le soutient l'Australie.[5562]

7.2815. En ce qui concerne la relation entre l'article 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC et l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967), tel qu'incorporé dans l'Accord sur les ADPIC, la République dominicaine fait valoir que, bien que les obligations au titre de l'article 10*bis* soient l'assurance d'une protection effective contre la concurrence déloyale (article 10*bis* 1)) et l'interdiction de trois formes de concurrence déloyale spécifiées (article 10*bis* 3)), le texte introductif de l'article 22:2 établit, pour les IG, la prescription supplémentaire imposant de prévoir "les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées" d'empêcher la concurrence déloyale, c'est-à-dire accorder un droit d'action privé. Selon elle, aucun droit d'action privé de ce type n'est spécifié à l'article 10*bis* lui-même.[5563]

7.2816. La République dominicaine explique que son analyse concernant l'article 22:2 b) repose en grande partie sur l'analyse étroitement apparentée qu'elle a réalisée en ce qui concerne l'article 10*bis* 1) et 10*bis* 3) 3) de la Convention de Paris.[5564] En particulier, elle rappelle qu'aux fins de l'article 10*bis*, un acte peut constituer un acte de concurrence déloyale, que l'acte "déloyal" soit accompli volontairement ou qu'il soit imposé par la loi.[5565]

7.2817. La République dominicaine observe que les actes de "concurrence contraire[s] aux usages honnêtes" en ce qui concerne les IG peuvent être des actes qui induisent en erreur sur l'origine géographique d'un produit, ou qui englobent l'usage de signes susceptibles d'induire le public en erreur quant aux "caractéristiques" ou à la "nature" d'un produit qui sont associées à une IG.[5566] Elle ajoute que, conformément à l'article 22:2 b), lorsqu'une IG s'applique en ce qui concerne un produit, les Membres de l'OMC sont, par conséquent, tenus de donner aux parties intéressées les moyens juridiques d'empêcher les acteurs privés de se livrer à des actes de concurrence déloyale liés à l'origine du produit. De tels actes de concurrence déloyale comprennent les actes qui réduisent la capacité de compréhension des consommateurs concernant les qualités, la réputation ou les autres caractéristiques attendues d'un produit dont la dénomination d'origine est protégée.[5567]

7.2818. Faisant référence à une de ses IG, la République dominicaine soutient que l'incapacité d'utiliser et de mettre en valeur l'IG "Cigarro Dominicano" sur le marché australien met les consommateurs dans l'impossibilité d'apprendre à lier ce signe à la réputation des cigares de haute qualité pour lesquels la République dominicaine est connue dans le monde entier.[5568] Elle ajoute que d'autres producteurs souffrent d'une concurrence déloyale sur le marché du fait de leur incapacité d'utiliser leurs IG et de la perte de capacité de faire connaître les différences de qualité qui découlent de cette origine géographique qui en résulte.[5569]

7.2819. La République dominicaine explique que les paragraphes 2 et 3 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris sont tous deux pertinents pour son allégation au titre de l'article 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC. L'article 22:2 b) fait référence à "toute utilisation qui constitue un acte de concurrence déloyale au sens de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967)". En renvoyant

[5561] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 774 (faisant référence au Oxford English Dictionary en ligne, définition de "respect, *n.*", <http://www.oed.com/view/Entry/163779?rskey=uWPnla&result=1&isAdvanced=false&print>, consultée le 9 septembre 2015 (pièce DOM-331)).
[5562] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 774.
[5563] République dominicaine, réponse à la question n° 49 du Groupe spécial.
[5564] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 881.
[5565] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 762. Voir aussi République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 903.
[5566] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 894. Voir aussi République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 762.
[5567] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 895. Voir aussi République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 763.
[5568] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 885.
[5569] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 886.

aux "acte[s] de concurrence déloyale" au sens de l'article 10*bis*, en général, l'article 22:2 b) met en jeu l'article 10*bis* 2), qui porte sur les actes de concurrence qui constituent des actes de concurrence déloyale, ainsi que l'article 10*bis* 3), qui recense des types particuliers d'actes de concurrence déloyale. Aux fins des allégations spécifiques de la République dominicaine au titre de l'article 22:2 b), l'article 10*bis* 3) 3) décrit le type particulier d'actes de concurrence déloyale visés par les mesures TPP.[5570]

7.2820. La République dominicaine fait valoir qu'en interdisant l'affichage des IG sur l'emballage et les produits du tabac, l'Australie impose des actes qui équivalent à une concurrence déloyale. En imposant une conduite que l'Australie est tenue d'interdire, les mesures TPP sont contraires aux obligations de cette dernière au titre de l'article 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC, lu conjointement avec l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967).[5571] La République dominicaine ajoute qu'à son avis, lorsqu'un Membre oblige les producteurs à présenter des produits sans faire usage des IG, il leur impose des "acte[s] de concurrence contraire[s] aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale" au sens de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967).[5572] Selon elle, de telles actions sont particulièrement "déloyales" car elles ont pour effet de porter préjudice à une classe de producteurs (ceux qui ont créé des IG) au profit d'une classe de producteurs différente (ceux qui ne l'ont pas fait).[5573] La République dominicaine soutient que la présentation obligatoire des cigares sans IG contribue à induire les consommateurs en erreur car ceux-ci seront généralement amenés à croire à tort que l'origine géographique du produit ne fait aucune différence pour la qualité ou les caractéristiques des produits.[5574] En outre, les concurrents ne pourront pas exiger un surprix pour les produits haut de gamme qui, autrement, porteraient une étiquette avec des IG.[5575]

7.2821. La République dominicaine estime qu'avec l'usage obligatoire de l'emballage neutre et l'interdiction d'utiliser des IG, les concurrents sont obligés d'utiliser des "indications ou allégations … [qui], dans l'exercice du commerce, [sont] susceptible[s] d'induire le public en erreur sur la nature … [ou] les caractéristiques" des produits du tabac, au sens de l'article 10*bis* 3) 3) de la Convention de Paris (1967). Par conséquent, l'Australie manque à son obligation de "prévoir[] les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées" d'empêcher les utilisations de désignations ou de présentations sur l'emballage qui constituent un tel acte de concurrence déloyale.[5576]

7.2822. Répondant à l'argument de l'Australie selon lequel les mesures TPP n'interdisent pas l'usage des IG, la République dominicaine réplique que les exceptions limitées à la prohibition de cet usage n'affaiblissent pas ses arguments, qui concernent la concurrence déloyale résultant des restrictions portant sur l'utilisation des IG dans le cadre des mesures TPP, et non une interdiction concernant l'utilisation des IG.[5577] Elle ajoute que l'usage obligatoire des noms de pays sur les produits du tabac exacerbe en fait la violation de l'article 22:2 b).[5578] En exigeant de tous les producteurs de cigares qu'ils identifient leurs produits en indiquant uniquement le pays de fabrication et non les éléments additionnels associés aux IG, les mesures TPP imposent l'usage

[5570] République dominicaine, réponse à la question n° 50 du Groupe spécial, paragraphes 223 et 224. La République dominicaine fait valoir, autrement dit, que "lorsqu'un Membre oblige les producteurs à présenter des produits sans faire usage des indications géographiques, il leur impose des "acte[s] de concurrence contraire[s] aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale", au sens de l'article 10*bis* de la *Convention de Paris*. La présentation obligatoire des cigares sans IG contribue à induire les consommateurs en erreur". République dominicaine, réponse à la question n° 177 du Groupe spécial, paragraphe 215 (italique dans l'original). Voir aussi République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 779.

[5571] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 912.

[5572] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 903.

[5573] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 904.

[5574] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 905. Voir aussi République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 883; et deuxième communication écrite, paragraphe 778.

[5575] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 908. Voir aussi République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 778 et 779.

[5576] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 780. Voir aussi République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 906 et 912.

[5577] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 768 (répondant à un argument formulé par l'Australie dans sa première communication écrite, paragraphe 483). Voir aussi République dominicaine, réponse à la question n° 47 du Groupe spécial.

[5578] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 769 et 779.

d'indications qui sont, entre autres choses, susceptibles d'induire en erreur sur les caractéristiques différentes de produits différents provenant du même pays.[5579]

7.2823. En réponse à l'Australie, la République dominicaine précise qu'elle n'affirme pas que l'article 22:2 b) établit un droit de faire usage des IG. En revanche, l'article 22:2 b) confère aux parties intéressées un droit, en ce qui concerne les IG, d'empêcher les utilisations par des tiers qui constituent des actes de concurrence déloyale.[5580]

7.2824. Cuba souscrit aux arguments du Honduras et de la République dominicaine et les incorpore par référence.[5581]

7.2825. Cuba observe que son allégation au titre de l'article 22:2 b) "porte sur les indications géographiques en général, ainsi que sur l'indication géographique spécifique "Habanos"." À son avis, la distinction entre les IG en général et les IG spécifiques n'est pas pertinente dans le contexte de l'article 22:2 b).[5582] Cuba fait valoir que, comme les marques cubaines de la classe 34 et l'IG Habanos, le sceau de garantie du gouvernement cubain est protégé par les lois relatives aux marques et à la concurrence déloyale sur les marchés d'exportation. Elle observe que ce sceau contient "des éléments graphiques ou des indications géographiques indirectes", comme la représentation graphique du blason national cubain et l'image de champs de tabac cubains, dans laquelle on peut voir l'arbre national, le palmier royal. Cuba estime que le sceau "peut être considéré comme une indication géographique puisque sa fonction est de garantir l'authenticité et l'origine cubaine". Pour ces raisons, elle considère que son allégation au titre de l'article 22:2 b) porte aussi sur le sceau de garantie du gouvernement cubain.[5583]

7.2826. Cuba estime que l'article 20 1) et 20 2) de la Loi TPP impose une prohibition générale concernant l'affichage de toutes les "indications" et "marques" sur les emballages pour la vente au détail, à moins qu'elles relèvent des trois exceptions prévues à l'article 20 3), qui concernent i) un "nom de … marque, [une] raison sociale ou [un] nom de … société" et un "nom de variante" (tels que définis à l'article 4 1) de la Loi TPP); ii) les "prescriptions législatives pertinentes"; ou iii) "toute autre marque ou indication autorisée par le Règlement". Les prescriptions concernant l'affichage du "nom de la marque, [de] la raison sociale, [du] nom de la société" et du "nom de variante", comme l'énoncent les articles 20 3) a) et 21 de la Loi TPP et la section 2.4 du Règlement TPP, ont pour effet que les marques ne peuvent uniquement être affichées sur l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac dans la mesure où elles satisfont à ces prescriptions concernant les caractères, la police, la casse, la couleur, l'emplacement et la taille maximale. L'article 21 4) de la Loi TPP dispose que toutes les "prescriptions législatives pertinentes", autres que les mises en garde sanitaires, doivent être conformes au Règlement TPP. En ce qui concerne les "autre[s] marque[s] ou indication[s] autorisée[s] par le Règlement", la section 2.3 du Règlement TPP autorise l'affichage de huit catégories de renseignements.[5584] S'agissant des cigares, le Règlement TPP exige qu'ils ne portent qu'une seule bague, impose l'emploi d'une couleur uniforme pour ces bagues et autorise qu'elles affichent i) un nom de marque, une raison sociale ou un nom de société, ii) un nom de variante et iii) des renseignements sur le pays d'origine; un code alphanumérique peut également être conservé sur la bague de cigare. Les mesures TPP exigent que ces signes et renseignements soient présentés sur les bagues de cigare selon des caractères, une police, une couleur et un emplacement uniformes, et ne dépassent pas une taille maximale.[5585]

[5579] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 770. Voir aussi République dominicaine, réponse à la question n° 54 du Groupe spécial, paragraphe 240.

[5580] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 771 (répondant à un argument formulé par l'Australie dans sa première communication écrite, paragraphe 484).

[5581] Pour des détails, voir plus haut la note de bas de page 5543.

[5582] Cuba, réponse à la question n° 45 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial).

[5583] Cuba, réponse à la question n° 56 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial). Cette réponse, présentée par Cuba le 28 octobre 2015, faisait suite à la question n° 138 du Groupe spécial du 14 octobre 2015 dans laquelle celui-ci demandait à Cuba de répondre aux questions qu'il lui avait adressées le 11 mai 2015. En réponse à la question n° 87 du Groupe spécial, Cuba affirme que le sceau de garantie du gouvernement cubain est aussi une marque.

[5584] Cuba, première communication écrite, paragraphes 51 à 54 et note de bas de page 32.

[5585] Cuba, première communication écrite, paragraphe 64.

7.2827. Cuba fait valoir que l'IG Habanos ne relève pas de l'exception énoncée à l'article 20 3) a) de la Loi TPP (pour le nom de la marque, la raison sociale, le nom de la société ou le nom de variante) car les IG sont différentes des "noms de marques" du fait qu'elles désignent une origine géographique plutôt qu'une source d'approvisionnement particulière. Même si le texte "Habanos D.O.P." devait être accepté en tant que nom de marque, les exportateurs cubains ne seraient pas autorisés à en faire usage avec un autre nom de marque tel que "Cohiba" ou "Partagas" sur l'emballage pour la vente au détail. En effet, les seuls renseignements pertinents au sujet des gros cigares cubains roulés à la main qui puissent figurer sur l'emballage pour la vente au détail sont une indication selon laquelle les cigares sont "Fabriqué[s] à Cuba" et une indication selon laquelle l'emballage contient des cigares roulés à la main.[5586]

7.2828. Cuba fait valoir en outre qu'il y a une différence considérable entre les renseignements transmis aux consommateurs par l'IG Habanos et les renseignements transmis par le nom de la société Habanos S.A. Les cigares exportés par Habanos S.A. ne peuvent pas tous être inclus dans l'IG Habanos, qui est réservée aux meilleurs cigares cubains répondant à des normes de qualité strictes.[5587] Même s'il était possible de mentionner "Habanos S.A." sur l'emballage, et Cuba affirme que ce n'est pas le cas[5588], ce libellé couvrirait une catégorie beaucoup plus large que celle des cigares qui peuvent être inclus dans l'IG Habanos. Il en va de même de la mention "Fabriqué à Cuba", qui serait applicable à tous les cigares cubains. Le texte qui apparaît actuellement sur les cigares vendus sous emballage neutre en Australie (c'est-à-dire, une référence à la Pacific Cigar Company et les mentions "Fabriqué à Cuba" et "roulé à la main") ne peut pas transmettre les mêmes renseignements sur l'origine et la qualité que l'IG Habanos. Par contre, la combinaison de ces termes fait référence à un groupe de cigares beaucoup plus vaste que celui des cigares qui peuvent être inclus dans l'IG Habanos.[5589]

7.2829. L'Indonésie soutient les arguments avancés par les autres plaignants.[5590] Répondant à l'argument de l'Uruguay selon lequel l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC est pertinent pour l'interprétation de l'article 22:2 b) et selon lequel la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle doivent promouvoir le bien-être social et économique, et non pas le contraire[5591], elle ajoute qu'il y a plusieurs questions relatives au bien-être social et économique en jeu dans le présent différend. Elle fait valoir que les implications économiques du fait d'autoriser l'Australie à imposer un marché générique sur la base du critère d'examen le moins rigoureux qui soit disponible dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC – un simple "lien rationnel" avec un objectif légitime – auraient de vastes conséquences négatives pour le bien-être économique des Membres de l'OMC, y compris les pays les moins avancés.[5592]

7.2830. L'Australie fait valoir que le sens ordinaire du terme "prevent" (empêcher) est "stop, hinder, avoid" (arrêter, entraver, éviter) ou "forestall or thwart" (prévenir ou contrecarrer).[5593] Le sens ordinaire du terme "use" (utiliser) est "make use of (a thing), esp. for a particular end or purpose; utilize, turn to account" (faire usage de (quelque chose) à une fin ou pour des besoins

[5586] Cuba, première communication écrite, paragraphes 68 à 71. Cuba ajoute que IG Habanos ne relève pas des exceptions énoncées aux articles 20 3) b) et 20 3) c) de la Loi TPP, puisqu'il n'y a pas de prescriptions législatives imposant l'affichage des IG et que le Règlement TPP n'autorise pas séparément cet affichage. De même, elle fait valoir que le sceau de garantie du gouvernement cubain ne relève pas de la liste limitée d'exceptions dressée à l'article 20 3) de la Loi TPP parce que ce sceau n'est pas un nom de marque, une raison sociale, un nom de société ou un nom de variante, qu'il n'y a pas de prescription législative imposant l'usage du sceau sur l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac et que le Règlement TPP n'autorise pas séparément cet usage sur l'emballage pour la vente au détail. L'usage du sceau sur l'emballage pour la vente au détail est en outre interdit au motif que ce sceau équivaut à un élément apposé prohibé.

[5587] Cuba, réponse à la question n° 189 du Groupe spécial.

[5588] Cuba souligne qu'au lieu du nom de la société "Habanos S.A.", c'est le nom de la société "Pacific Cigar Company" qui apparaît sur l'emballage neutre en Australie, comme étant le nom de la société responsable de la mise du produit sur le marché australien (qui, selon Cuba, doit être domiciliée en Australie conformément à la législation australienne applicable). Cuba, réponse à la question n° 189 du Groupe spécial.

[5589] Cuba, réponse à la question n° 189 du Groupe spécial.

[5590] Indonésie, réponse aux questions n° 43 à 52 du Groupe spécial. Pour de plus amples détails, voir plus haut la note de bas de page 5544.

[5591] Uruguay, communication en tant que tierce partie, paragraphe 57.

[5592] Indonésie, réponse à la question n° 109 du Groupe spécial.

[5593] Australie, première communication écrite, paragraphe 479 (faisant référence au Shorter Oxford English Dictionary, volume 2, extraits AUS (pièce AUS-245), page 2341).

particuliers; mettre à profit, valoriser).[5594] L'Australie ajoute que l'objet dont l'"utilisation" doit être "empêch[ée]" aux termes de l'article 22:2 b) est constitué par les "indications géographiques", ainsi qu'il ressort du contexte fourni par l'article 22:2 lui-même – à savoir, "[p]our ce qui est des indications géographiques".[5595] Elle fait référence à la décision du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, qui a rejeté l'affirmation selon laquelle "l'obligation énoncée à l'article 22:2 de l'Accord sur les ADPIC … ne se limite pas aux actes destinés à protéger les IG, mais elle s'étend à toute situation qui concerne les IG".[5596] Elle observe que selon ses propres termes, l'article 22:2 b) oblige les Membres à prévoir les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'"arrêter" ou de "prévenir" tout "acte consistant à utiliser" une IG qui constitue "un acte de concurrence déloyale" au regard de l'article 10*bis* de la Convention de Paris.[5597]

7.2831. En ce qui concerne la pertinence de l'interprétation de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967) pour interpréter l'article 22:2 b), l'Australie renvoie à ses arguments relatifs aux allégations des plaignants au titre de l'article 10*bis*, lu conjointement avec l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC. En particulier, elle rappelle qu'elle a démontré que l'expression "concurrence déloyale" faisait référence à "tout acte de concurrence qui est contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale" et visait une conduite qui est destinée à profiter à un acteur du marché en influençant les consommateurs sur la base d'indications mensongères ou malhonnêtes.[5598]

7.2832. De l'avis de l'Australie, l'article 22:2 b) prescrit par conséquent aux Membres de prévoir les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'empêcher des tiers d'utiliser une IG de façon mensongère ou malhonnête pour inciter les consommateurs à acheter des produits qui, en fait, ne sont pas identifiés par cette IG.[5599] Selon l'Australie, la protection prévue à l'article 22:2 b) est négative par nature, conformément à l'interprétation selon laquelle l'Accord sur les ADPIC ne prévoit généralement pas l'octroi de droits positifs pour exploiter ou utiliser un certain objet, mais prévoit plutôt l'octroi de droits négatifs pour empêcher certains actes.[5600] Par conséquent, pour établir *prima facie* l'existence d'une violation de l'article 22:2 b), il faudrait que les plaignants démontrent que l'Australie n'a pas prévu les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'empêcher l'utilisation mensongère ou malhonnête d'une IG par un tiers.[5601]

7.2833. S'agissant de la manière dont les mesures TPP fonctionnent en relation avec les IG, l'Australie explique que ces mesures autorisent l'usage d'IG sur l'emballage des produits du tabac, ainsi que sur la bague des cigares individuels, si ces indications sont: i) une partie du nom de la marque ou du nom de variante du produit; ou ii) le nom du pays d'origine du produit. Par ailleurs, les IG sont autorisées sur l'emballage des produits du tabac si elles désignent le lieu d'emballage.

[5594] Australie, première communication écrite, paragraphe 479 (faisant référence au Shorter Oxford English Dictionary, volume 2, extraits AUS (pièce AUS-245), page 3485).

[5595] L'Australie ajoute que "[c]ette interprétation est en outre compatible avec le contexte plus large de la disposition. Par exemple, l'article 22:4 précise que la protection visée à l'article 22:1, 22:2 et 22:3 est "applicable *contre une indication géographique* qui, bien qu'elle soit littéralement exacte, n'en constituerait pas moins une indication mensongère pour le public"." Australie, première communication écrite, paragraphe 479. (italique dans l'original)

[5596] Australie, réponse à la question n° 175 du Groupe spécial (citant le rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.712: "lue dans son contexte, l'obligation énoncée à l'article 22:2 de prévoir certains moyens juridiques "pour ce qui est des" IG, est une obligation de prévoir la protection des IG. L'allégation de l'Australie ne semble pas concerner la protection des IG, mais bien la protection d'un autre objet contre la protection des IG. Elle ne révèle donc pas une cause d'action au titre de l'article 22:2". Le Groupe spécial comprend que les citations proviennent du paragrapahe 7.714 du rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie*))).

[5597] Australie, première communication écrite, paragraphe 480.

[5598] Australie, première communication écrite, paragraphe 480 (faisant référence au paragraphe 499 de cette communication).

[5599] Australie, première communication écrite, paragraphe 481.

[5600] Australie, première communication écrite, paragraphe 481 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques*, paragraphe 7.246, et ajoutant en outre que cette interprétation de l'article 22:2 b) est compatible avec les observations de l'OMPI et les points de vue de commentateurs respectés).

[5601] Australie, première communication écrite, paragraphe 482.

Donc, l'Australie soutient que, contrairement à ce qu'affirment les plaignants, les mesures TPP n'ont pas pour effet d'interdire l'affichage des IG sur les emballages et les produits du tabac.[5602]

7.2834. L'Australie fait valoir que les allégations des plaignants au titre de l'article 22:2 b) sont une fois de plus fondées sur la lecture d'un "droit de faire usage" dans une disposition de l'Accord sur les ADPIC dans laquelle un tel droit n'existe pas.[5603] Selon elle, les plaignants tentent d'insérer dans l'article 22:2 b) un droit positif des parties intéressées de faire usage des IG pour faire la publicité et la promotion de leurs produits du tabac auprès des consommateurs et du public en général, au motif que le fait de ne pas faire usage d'une IG de cette manière entraîne une concurrence qui est "déloyale".[5604] L'Australie rappelle que lors de son examen des allégations des plaignants au titre de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967), elle a déjà établi que les allégations de "déloyauté" formulées par les plaignants étaient exclues de la définition de la "concurrence déloyale" au sens de l'article 10*bis*.[5605]

7.2835. L'Australie fait valoir en outre que les plaignants soutiennent que l'article 22:2 b) interdit aux Membres d'imposer des restrictions sur ce "droit" positif allégué "de faire usage".[5606] À son avis, les arguments des plaignants ne sont absolument pas étayés par le texte de l'article 22:2 b).[5607] Selon elle, le Honduras et la République dominicaine font fondamentalement abstraction de la nature négative de la protection prévue par l'article 22:2 b), et du fait que cette protection est accordée aux *parties intéressées* pour *empêcher* une utilisation mensongère ou malhonnête des IG par des *tiers*. Le refus d'un Membre d'*autoriser* l'usage sans restriction des IG par les parties intéressées n'est pas une violation de cette disposition.[5608]

7.2836. L'Australie affirme avoir démontré, lorsqu'elle a répondu aux allégations formulées par les plaignants au titre de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967), lu conjointement avec l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC, qu'elle satisfaisait à ses obligations au titre de l'article 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC, correctement interprété.[5609] Elle fait valoir que les mécanismes juridiques au moyen desquels les parties affectées peuvent empêcher les actes de concurrence déloyale en Australie, ou y obtenir réparation pour ces actes, donnent aux parties intéressées les moyens juridiques d'empêcher l'utilisation mensongère ou malhonnête des IG par des tiers. Le fonctionnement de ces mécanismes juridiques n'est aucunement affecté par les mesures TPP.[5610] L'Australie ajoute que, même si l'article 22:2 b) était interprété comme imposant aux Membres de prévoir les moyens juridiques d'empêcher l'utilisation de signes et d'indications (et non seulement d'IG), les mécanismes juridiques au moyen desquels l'Australie assure une protection contre la concurrence déloyale ne se limitent pas aux IG et couvriraient aussi l'utilisation d'autres signes et indications. Les mesures TPP de l'Australie n'interfèrent pas avec l'aptitude des parties intéressées à empêcher les indications fausses ou de nature à induire en erreur, ou à obtenir réparation pour de telles indications, par ces voies juridiques.[5611]

7.3.7.3 Principaux arguments des tierces parties

7.2837. La Chine fait valoir que les mesures TPP n'apparaissent pas comme contraires à l'article 22:2 b). Premièrement, ce qui doit être empêché au titre de l'article 22:2 b) c'est toute utilisation qui constitue un acte de concurrence déloyale au sens de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967). Dans la mesure où les mesures TPP ne sont pas un acte de concurrence déloyale au sens de l'article 10*bis*, elles ne relèvent pas de l'article 22:2 b). Deuxièmement, l'article 22:2 b) impose aux Membres de prévoir "les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées"

[5602] Australie, première communication écrite, paragraphe 483 (faisant référence à République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 912). Voir aussi Australie, réponse à la question n° 59 du Groupe spécial.
[5603] Australie, première communication écrite, paragraphe 484.
[5604] Australie, première communication écrite, paragraphe 484.
[5605] Australie, première communication écrite, au paragraphe 484, note de bas de page 677 (faisant référence aux paragraphes 454 à 457 de cette communication).
[5606] Australie, première communication écrite, paragraphe 484.
[5607] Australie, première communication écrite, paragraphe 485.
[5608] Australie, première communication écrite, paragraphe 485.
[5609] Australie, première communication écrite, paragraphe 486 (faisant référence au paragraphe 458 de cette communication).
[5610] Australie, première communication écrite, paragraphe 487.
[5611] Australie, réponse à la question n° 175 du Groupe spécial, paragraphe 140. Voir aussi Australie, réponse à la question n° 178 du Groupe spécial.

d'empêcher "toute utilisation" qui constitue un acte de concurrence déloyale. Dans la mesure où les parties intéressées disposent, en vertu de la législation australienne, des moyens juridiques d'empêcher l'utilisation mensongère, malhonnête ou illégale des IG par des tiers, ou d'obtenir réparation pour une telle utilisation, et où le fonctionnement de ces mécanismes n'est pas affecté par les mesures TPP, les plaignants n'ont pas établi *prima facie* que l'Australie agissait d'une manière incompatible avec l'article 22:2 b).[5612]

7.2838. La Nouvelle-Zélande indique qu'elle souscrit à l'interprétation donnée par l'Australie de l'article 22:2 b), ainsi qu'à ses arguments au sujet de cet article, et demande au Groupe spécial de rejeter les allégations pertinentes des plaignants.[5613]

7.2839. Singapour fait valoir que, dans le présent contexte, la question est de savoir si l'Australie a prévu les moyens juridiques d'empêcher les actes proscrits en vertu de l'article 22:2 b). Si le titulaire d'une IG est en mesure d'empêcher les actes proscrits en ayant recours aux moyens juridiques prévus par l'Australie dans le cadre de son système juridique et de sa pratique du droit, il n'y a pas violation de l'article 22:2 b).[5614] Notant l'affirmation du Honduras selon laquelle l'obligation de prévoir les moyens juridiques d'empêcher certains actes doit, par voie de conséquence, empêcher aussi les Membres d'imposer ces actes au moyen de leurs lois intérieures, Singapour observe que, même en supposant, pour les besoins de l'argumentation, qu'une telle inférence puisse être faite, les mesures TPP n'imposent pas des actes de concurrence déloyale pour les mêmes raisons que celles qu'elle a mentionnées en ce qui concerne les allégations formulées au titre de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967), lu conjointement avec l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC.[5615] Premièrement, s'agissant de l'allégation selon laquelle les mesures TPP sont déloyales à cause de leur incidence asymétrique sur certains concurrents du marché par rapport à d'autres, due à l'impossibilité de différencier les produits sur le marché, Singapour estime que l'article 10*bis* ne vise pas les conditions du marché en tant que telles, mais les actes commerciaux malhonnêtes impliquant des indications fallacieuses.[5616] Deuxièmement, les mesures TPP n'imposent pas des actes qui induisent les consommateurs en erreur quant à la nature ou aux caractéristiques des produits du tabac.[5617] Faisant référence à l'explication par l'Australie de la manière dont les mesures TPP fonctionnent en relation avec les IG, Singapour note que l'aptitude à distinguer les produits du tabac de différentes entreprises n'est pas réduite à néant pas les mesures TPP, grâce à l'usage du nom de la marque, de la raison sociale ou du nom de la société, avec des noms de variantes, sur l'emballage. Elle observe qu'en l'espèce, l'Australie a en outre mis en avant le fait que les mesures TPP autorisent l'usage d'IG sur l'emballage des produits du tabac, ainsi que sur la bague des cigares individuels, si ces indications sont: i) une partie du nom de la marque ou du nom de variante du produit; ou ii) le nom du pays d'origine du produit; par ailleurs, les IG sont autorisées sur l'emballage des produits du tabac si elles désignent le lieu d'emballage.[5618]

7.2840. L'Uruguay fait valoir que le droit conféré en vertu de l'article 22:2 b) est défini comme un droit négatif pour protéger les IG contre l'utilisation par des tiers. Selon lui, les limitations sont fondées sur une mesure de politique générale de santé publique reconnue dans les Accords de l'OMC et recommandée par la FCTC.[5619]

7.2841. L'Uruguay ajoute que l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC est pertinent pour l'interprétation de l'article 22:2 b). À son avis, l'article 7 signifie que la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle doivent promouvoir le bien-être social et économique, et non le contraire. Les politiques de lutte antitabac favorisent le bien-être social et économique face à un problème de santé publique qui mobilise des ressources substantielles sous forme de traitements médicaux et à l'occasion de décès prématurés, et dont le coût est très élevé pour l'ensemble de la société. Pour cette raison, elles représentent également une politique économique sensée.[5620]

[5612] Chine, communication en tant que tierce partie, paragraphe 63.
[5613] Nouvelle-Zélande, communication en tant que tierce partie, paragraphes 14, 15 et 124.
[5614] Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphe 60.
[5615] Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphe 60.
[5616] Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphe 61.
[5617] Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphe 62.
[5618] Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphe 62 (faisant référence à Australie, première communication écrite, paragraphe 483).
[5619] Uruguay, communication en tant que tierce partie, paragraphe 56.
[5620] Uruguay, communication en tant que tierce partie, paragraphe 57.

7.2842. Le Zimbabwe fait valoir qu'en violation de l'article 22:2 b), les mesures TPP ne prévoient aucun moyen d'empêcher l'utilisation des IG.[5621] Il ajoute que les IG sont d'importants indicateurs de l'origine géographique des produits et de la qualité, de la réputation ou des caractéristiques qui peuvent être attribuées essentiellement à l'origine de ces produits. En outre, à l'instar des marques, les IG sont importantes pour permettre aux consommateurs d'établir une distinction entre les produits. Le Zimbabwe fait valoir que les mesures TPP empêchent d'utiliser une IG dénominative autre que le nom du pays, au détriment des producteurs et des consommateurs.[5622]

7.3.7.4 Analyse du Groupe spécial

7.2843. Nous rappelons que l'article 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC, qui fait partie de l'article 22 intitulé "Protection des indications géographiques", est libellé comme suit:

> 2. Pour ce qui est des indications géographiques, les Membres prévoiront les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'empêcher:
>
> …
>
> b) toute utilisation qui constitue un acte de concurrence déloyale au sens de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967).

7.2844. Le texte introductif du paragraphe 2 de l'article 22 établit une obligation qui s'applique "*[p]our ce qui est des indications géographiques*" (pas d'italique dans l'original). Le sens ordinaire de l'expression "in respect of" (pour ce qui est de) est "as regards, as relates to; with reference to" (s'agissant de, en ce qui concerne; en référence à).[5623] À l'article 22:2, cette référence vise expressément et exclusivement une catégorie particulière de droits de propriété intellectuelle, à savoir les "indications géographiques", dont la protection est l'unique objet de l'article 22 de l'Accord sur les ADPIC. L'article 22:1 définit les "indications géographiques", aux fins de l'Accord sur les ADPIC, comme étant:

> des indications qui servent à identifier un produit comme étant originaire du territoire d'un Membre, ou d'une région ou localité de ce territoire, dans les cas où une qualité, réputation ou autre caractéristique déterminée du produit peut être attribuée essentiellement à cette origine géographique.

7.2845. En ce qui concerne la portée de l'obligation découlant de l'article 22:2, dans le cadre de la partie II de l'Accord, le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)* a constaté en conséquence que "lue dans son contexte, l'obligation énoncée à l'article 22:2 de prévoir certains moyens juridiques "pour ce qui est des" IG, [était] une obligation de prévoir la protection des IG".[5624]

7.2846. Le texte introductif de l'article 22:2 impose aux Membres de prévoir, pour ce qui est des IG, "les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'*empêcher*" (pas d'italique dans l'original) certaines utilisations des IG qui sont spécifiées aux alinéas a) et b). L'alinéa b) de l'article 22:2, en particulier, impose aux Membres de prévoir, pour ce qui est des IG, les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'empêcher "toute utilisation qui constitue un acte de concurrence déloyale au sens de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967)".

7.2847. Nous rappelons que le paragraphe 2 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967) définit un acte de concurrence déloyale comme étant "tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale". Le libellé de cette définition est

---

[5621] Zimbabwe, communication en tant que tierce partie, paragraphe 43.
[5622] Zimbabwe, communication en tant que tierce partie, paragraphe 43.
[5623] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "in respect of", <http://www.oed.com/view/Entry/163779?redirectedFrom=in+respect+of#eid177413195>, consultée le 2 mai 2017.
[5624] Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.714. (note de bas de page omise) Voir aussi plus haut la note de bas de page 5604. Nous notons que les parties ont nuancé quelque peu différemment leurs interprétations respectives du sens de l'expression "pour ce qui est de". Voir plus haut les résumés des principaux arguments du Honduras, de la République dominicaine et de l'Australie aux paragraphes 7.2802, 7.2813 et 7.2830.

suffisamment général pour englober les pratiques malhonnêtes en matière industrielle et commerciale qui se rapportent aux IG.

7.2848. En ce qui concerne les types d'usages pour ce qui est IG, qui peuvent constituer un acte de concurrence déloyale, nous renvoyons à notre analyse interprétative générale de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967), tel qu'incorporé par le biais de l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC.[5625] Nous rappelons que nous avons conclu que l'article 10*bis*, tel qu'incorporé dans l'Accord sur les ADPIC, imposait à un Membre d'assurer une protection effective contre la concurrence déloyale. Nous avons également constaté que bien qu'il soit demandé à un Membre d'interdire les types d'actes de concurrence déloyale énumérés au paragraphe 3 de l'article 10*bis*, la portée des usages en matière industrielle et commerciale contre lesquels ce Membre est tenu d'assurer une protection effective doit être considérée dans le contexte du système juridique et des conceptions de ce qui constitue un acte contraire à ce qui serait usuellement ou coutumièrement considéré comme sincère, loyal et exempt de tromperie au sein du marché intérieur en cause.[5626]

7.2849. Alors que l'article 10*bis* impose aux Membres d'assurer une protection effective contre la concurrence déloyale, il ne dit rien des moyens juridiques spécifiques que les Membres peuvent choisir pour assurer cette protection effective, si ce n'est qu'il prescrit d'interdire les actes particuliers de concurrence déloyale indiqués dans son paragraphe 3.[5627] Comme il a été noté[5628], l'article 10*bis* doit aussi être lu dans le contexte de l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC, qui dispose que "[l]es Membres seront libres de déterminer la méthode appropriée pour mettre en œuvre les dispositions du présent accord dans le cadre de leurs propres systèmes et pratiques juridiques". Cela laisse à chaque Membre le soin de choisir les méthodes appropriées dans le cadre de son propre système et de ses propres pratiques juridiques pour réprimer tout usage malhonnête de ce type. Cependant, le texte introductif de l'article 22:2 de l'Accord sur les ADPIC, lu conjointement avec l'alinéa b) de ce même article, impose spécifiquement aux Membres de prévoir, pour ce qui est des IG, "*les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'empêcher*" toute utilisation qui constitue un acte de concurrence déloyale au sens de l'article 10*bis*. Comme l'observe la République dominicaine, l'article 10*bis* lui-même n'impose pas spécifiquement à un Membre qui met en œuvre ses dispositions d'accorder aux parties intéressées un tel droit d'action privé dans le cadre de sa législation intérieure. En outre, les termes "toute utilisation" précisent que l'obligation porte spécifiquement sur la prévention de certaines *utilisations* des IG, à savoir toutes celles qui constitueraient un acte de concurrence déloyale.

7.2850. Ayant à l'esprit cette interprétation générale de l'obligation découlant de l'article 22:2 b), nous examinons les arguments des plaignants selon lesquels les mesures TPP sont incompatibles avec cette disposition.

7.2851. Leurs allégations concernent l'incidence des mesures TPP, pour ce qui est des IG, sur tous les produits du tabac.[5629] À titre préliminaire, nous examinons donc d'abord comment les mesures TPP fonctionnent en relation avec l'usage d'IG sur les produits du tabac et leur emballage pour la vente au détail.

7.2852. Comme indiqué plus haut[5630], les marques et les IG sont actuellement protégées en Australie en vertu de la Loi TMA. Conformément à la Loi TMA, un signe qui constitue une IG est

[5625] Voir plus haut la section 7.3.6.3.3.

[5626] Voir plus haut le paragraphe 7.2679. À cet égard, nous notons que le Honduras et la République dominicaine ont appuyé leurs allégations relatives à l'alinéa b) de l'article 22:2 sur leurs arguments concernant leurs allégations distinctes au titre de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967). L'Australie fait aussi référence aux arguments qu'elle a présentés en réponse à ces allégations relatives à l'article 10*bis*.

[5627] Le paragraphe 1 de l'article 10*bis* exige que la protection soit "effective" et l'article 10*ter* 1) de la Convention de Paris (1967) ajoute que "[l]es pays de l'Union s'engagent à assurer aux ressortissants des autres pays de l'Union des *recours légaux appropriés* pour réprimer efficacement tous les actes visés aux articles 9, 10 et 10*bis*". (pas d'italique dans l'original)

[5628] Voir plus haut les paragraphes 7.2681 et 7.2682.

[5629] Honduras, réponse à la question n° 44 du Groupe spécial; République dominicaine, réponse à la question n° 44 du Groupe spécial; et Indonésie, réponse à la question n° 44 du Groupe spécial. Le Honduras et la République dominicaine ajoutent que, dans la réalité commerciale, la pertinence des IG est plus probable pour les gros cigares roulés à la main que pour les autres produits du tabac. Cuba observe qu'elle a axé ses allégations sur les gros cigares roulés à la main.

[5630] Voir plus haut la section 2.3.

susceptible d'être enregistré comme marque.[5631] Dans la mesure où les IG sont enregistrées comme marques en Australie, elles le sont généralement comme marques de certification. Les marques collectives peuvent aussi assurer la protection des signes qui constituent des IG en Australie. Comme pour d'autres marques enregistrées, le titulaire d'une marque de certification ou d'une marque collective enregistrée peut engager une action pour atteinte aux droits contre l'usage non autorisé d'un signe par des tiers. L'Australie maintient également une protection des marques et des IG dans d'autres domaines du droit australien, y compris au titre des mesures générales de protection des consommateurs visant les indications trompeuses. La Loi CCA établit une interdiction générale des comportements trompeurs ou de nature à induire en erreur dans les échanges ou le commerce. Dans le cadre de la Loi CTD, l'Australie interdit en outre l'importation de tout produit comportant une désignation commerciale mensongère. Elle maintient également une protection, régie par la *common law*, de la réputation des entreprises, par le biais du délit de substitution, qui peut assurer une protection additionnelle contre les indications fallacieuses. Ni les marques ni les IG ne sont protégées en soi par le biais de ce délit, bien qu'elles puissent avoir une valeur probante quant à l'existence de la réputation d'un commerçant sur le marché pertinent et au préjudice causé.[5632]

7.2853. Comme il est également indiqué plus haut[5633], les mesures TPP réglementent l'apparence des marques et des inscriptions[5634] sur les produits du tabac et leur emballage pour la vente au détail. S'agissant de la manière dont les mesures TPP fonctionnent en relation avec les IG, l'Australie observe que ces mesures autorisent l'utilisation d'IG sur l'emballage des produits du tabac, ainsi que sur la bague des cigares individuels, si ces indications sont: i) une partie du nom de la marque ou du nom de variante du produit; ou ii) le nom du pays d'origine du produit. Par ailleurs, les IG sont autorisées sur l'emballage des produits du tabac si elles désignent le lieu d'emballage.[5635] Elles ne sont pas autorisées sur l'emballage dans les autres cas.[5636] Le Honduras observe que les mesures TPP interdisent l'affichage d'une IG consistant en un signe non dénominatif; ou consistant entièrement en un terme non topographique (qui n'est pas non plus le nom de la marque ou le nom de variante) ou un nom topographique autre que celui du pays d'origine (et qui n'est pas non plus le nom de la marque ou le nom de variante).[5637] La République dominicaine croit comprendre que les mesures TPP interdisent l'affichage sur les emballages et les produits du tabac de toutes indications autres que dénominatives (à savoir, les IG figuratives) et de tous mots considérés comme une IG dans la mesure où ils i) ne font pas partie du nom de la marque ou du nom de variante et ii) consistent en autre chose qu'un nom de pays. Les mesures TPP restreignent en outre l'usage des IG qui consistent à la fois en des mots et des images (à l'instar des marques "composées") en n'autorisant pas l'usage de telles images; elles restreignent aussi l'usage des mots considérés comme des IG et qui peuvent être utilisés en tant que noms de marques ou noms de variantes, ou simplement constituer le nom du pays, en raison des

[5631] Par exemple, l'IG "Habanos" est enregistrée comme une marque en Australie depuis le 16 avril 2010. Voir plus loin le paragraphe 7.2944.

[5632] Pour de plus amples détails, voir plus haut la section 2.3.

[5633] Voir plus haut les sections 2.1.2.3.3 et 2.1.2.4.

[5634] La définition du terme "inscription" figurant à l'article 4 de la Loi TPP se lit comme suit: "a) inclut (sans limitation) les lignes, lettres, numéros, symboles, illustrations ou images quels qu'ils soient; mais b) (sauf dans les cas où elle fait référence à une marque) n'inclut pas de marque". Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1).

[5635] Australie, première communication écrite, paragraphe 483. L'Australie ajoute que la règle TPP 2.3.1 c) autorise un message de "*désignation commerciale*" sur les emballages primaire et secondaire et que la règle TPP 2.3.4 impose la forme d'un tel message. Voir le Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règles 2.3.1 et 2.3.4. Une "désignation commerciale" doit apparaître sur les produits importés conformément au Règlement CI et doit inclure le nom du pays dans lequel le produit a été fabriqué ou produit et une description exacte du produit. Voir le Règlement CI (pièces AUS-251, DOM-155, CUB-1), règles 7 et 8. Voir aussi la Loi CTD (pièce AUS-248); et Australie, première communication écrite, paragraphe 483, note de bas de page 675. L'Australie note que l'emploi des noms de pays sur les produits du tabac est une prescription contenue dans une autre législation qui est antérieure à l'introduction des mesures TPP, et que celles-ci imposent simplement la forme sous laquelle de tels renseignements apparaissent. Australie, observations sur la réponse de la République dominicaine aux questions n° 174 et 177 du Groupe spécial.

[5636] Australie, réponse à la question n° 59 du Groupe spécial.

[5637] Honduras, réponse à la question n° 47 du Groupe spécial.

prescriptions TPP relatives au format.[5638] Cuba et l'Indonésie approuvent les explications ci-dessus du Honduras et de la République dominicaine.[5639]

7.2854. Nous croyons comprendre que les parties conviennent que les mesures TPP interdisent l'usage de tous éléments stylisés ou figuratifs contenus dans une IG, ou de tout signe figuratif constituant une IG, sur l'emballage pour la vente au détail de tabac et sur les produits du tabac. Nous croyons comprendre en outre qu'elles conviennent que les mesures TPP autorisent l'usage d'un mot constituant une IG sur l'emballage pour la vente au détail du tabac et sur les bagues de cigare dans la mesure où ce mot fait partie du nom de la marque, de la raison sociale ou du nom de la société, ou du nom de variante du produit du tabac[5640], à condition qu'il apparaisse sous la forme prescrite par le Règlement TPP. Nous notons que ni l'article 4 ni l'article 20 3) de la Loi TPP ne définissent le terme "nom de la marque".[5641] En particulier, en autorisant l'usage du "nom de la marque", la Loi TPP, telle qu'elle est libellée, ne fait pas de différence entre les noms de marques qui sont composés soit de mots simples, soit de mots multiples, ou selon que ce ou ces mots sont protégés ou non en tant que marque, IG ou les deux, ou ne sont protégés par aucune forme de droit de propriété intellectuelle en Australie. Nous notons par ailleurs que la définition du "nom de variante" donnée à l'article 4 1) de la Loi TPP est étroite et qu'il est probable que la plupart des IG ne répondent pas à cette définition.[5642] Lorsqu'une IG est la même que le nom du pays d'origine du produit, son utilisation est aussi autorisée, sous la forme prescrite par les mesures TPP, sur l'emballage pour la vente au détail du tabac[5643] et sur les bagues de cigare.[5644]

7.2855. Cuba précise qu'en ce qui concerne les produits visés par son allégation au titre de l'article 22:2 b), elle considère que les mesures TPP prohibent dans certains cas et restreignent dans d'autres l'usage des IG selon leur type. Elle affirme cependant que, dans le cas spécifique de l'IG "Habanos", la prohibition est totale.[5645] Elle estime que cela est dû au fait que l'IG "Habanos" n'entre pas dans le cadre des usages des marques et inscriptions autorisés en vertu de l'article 20 3) a) de la Loi TPP en tant que noms commerciaux, raisons sociales, noms de société ou noms de variantes car les IG diffèrent des "noms de marques" du fait qu'elles désignent une origine

[5638] République dominicaine, réponse à la question n° 47 du Groupe spécial.

[5639] Cuba et Indonésie, réponses à la question n° 47 du Groupe spécial. Cuba fait valoir néanmoins que l'affichage de l'IG spécifique "Habanos" est prohibé. Pour l'examen de ce point, voir plus loin le paragraphe 7.2855.

[5640] Article 20 3) a) de la Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1) et règle 3.2.1 3) a) du Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2).

[5641] Alors que la Loi TPP ne définit pas le terme "nom de marque", nous notons que le Règlement CI dispose que "[d]ans le présent règlement, sauf dans les cas où l'intention contraire est évidente: … la *marque* inclut les inscriptions, formules, noms, mots, lettres, chiffres ou symboles quels qu'ils soient et toute combinaison consistant en deux de ces éléments ou plus". Règlement CI (pièces AUS-251, DOM-155, CUB-1), article 5 1). (italique dans l'original)

[5642] L'article 4 1) de la Loi TPP définit le "nom de variante" comme suit: "le *nom de variante* d'un produit du tabac s'entend du nom employé pour distinguer ce type de produit du tabac des autres produits du tabac qui sont fournis sous le même nom de marque, la même raison sociale ou le même nom de société, par référence à l'un ou plusieurs des aspects suivants: a) contient ou non du menthol; b) est aromatisé différemment; c) est censé différer en force; d) comporte un filtre imitant ou non le liège; e) a une longueur ou une masse différentes".

[5643] La Loi TPP autorise que les "prescriptions législatives pertinentes" (article 20 3) b)) apparaissent sur l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac, à condition qu'elles soient conformes à toutes prescriptions imposées par le règlement (article 21 4)). L'article 4 de la Loi TPP définit les "prescriptions législatives pertinentes" comme incluant une "désignation commerciale" qui, à son tour, est définie comme étant "toute désignation commerciale qui doit apparaître sur l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac en vertu d'un règlement établi en vertu de la *Loi de 1905 sur le commerce (Désignations commerciales)*". Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1). Voir aussi les règles 2.3.1 c) et 2.3.4 du Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2). Le Règlement CI, qui, selon ses propres termes, a été "établi dans le cadre de la Loi de 1905 sur le commerce (Désignations commerciales)", impose que "la désignation commerciale contienne, en caractères apparents et lisibles: i) le nom du pays dans lequel les marchandises ont été fabriquées ou produites". Cette prescription s'applique spécifiquement aux "cigares, cigarettes, tabac manufacturé, papiers à cigarettes et tubes à cigarettes", prohibant l'importation de ces produits en Australie "à moins qu'une désignation commerciale s'applique à ces marchandises conformément au présent règlement". Règlement CI (pièces AUS-251, DOM-155, CUB-1), page de couverture et règles 8 c) i) et 7 1) n). Voir aussi la Loi CTD (pièce AUS-248), article 7 1).

[5644] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 3.2.1 3) b).

[5645] Cuba, réponse à la question n° 47 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial).

géographique plutôt qu'une source d'approvisionnement particulière.[5646] Cuba ajoute que, même si le texte "Habanos D.O.P." devait être accepté comme nom de marque, les exportateurs cubains ne seraient pas autorisés à en faire usage avec un autre nom de la marque tel que "Cohiba" ou "Partagas".[5647] Le Honduras ajoute que, dans la mesure où une IG est entièrement ou en partie seulement "de même portée" que le nom de la marque ou le nom de variante, son affichage peut être restreint.[5648]

7.2856. Nous notons qu'il n'est pas contesté que les mesures TPP prohibent l'affichage de l'étiquette correspondant à l'IG "Habanos", avec ses éléments figuratifs tels qu'ils sont décrits plus loin dans la figure 20.[5649] Nous ne sommes pas persuadés, cependant, que Cuba ait établi que les mesures TPP prohibent l'emploi du mot "Habanos" dans la mesure où ce mot fait partie du nom de la marque.[5650] Comme nous l'avons noté plus haut, ni l'article 4 ni l'article 20 3) de la Loi TPP ne définissent l'expression "nom de marque"[5651] et la Loi TPP, telle qu'elle est libellée, ne précise pas quel mot ou quels mots un concurrent peut choisir comme nom de marque. À cet égard, les parties n'ont pas établi comment, selon elles, les mesures TPP restreignaient la liberté d'un concurrent de choisir quel nom utiliser comme nom de marque pour ses produits, ni quelles pouvaient être les conséquences de ces mesures dans des situations où un mot constitutif d'une IG était utilisé entièrement ou partiellement en conjonction avec un autre mot utilisé comme nom de marque. En particulier, nous n'avons pas devant nous d'élément de preuve indiquant que l'expression "nom de marque" devrait être interprétée dans le cadre de la législation intérieure australienne comme excluant les combinaisons de mots. Nous notons à cet égard que, bien que la Loi TPP ne définisse pas l'expression "nom de marque", le Règlement de 1940 sur le commerce (importations) (Cth) ("Règlement CI") dispose que "[d]ans le présent règlement, sauf dans les cas où l'intention contraire est évidente: … la *marque* inclut les inscriptions, formules, noms, mots,

[5646] Cuba, première communication écrite, paragraphes 68 à 71. Nous notons que l'indication "Habanos" est enregistrée en tant que marque composée en Australie. Voir Cuba, première communication écrite, annexe 1, partie 1, point 19. Voir aussi plus loin le paragraphe 7.2944. Cuba ne conteste pas que les mots contenus dans une marque composée peuvent être utilisés comme noms de marques dans le cadre des mesures TPP. Voir, par exemple, Cuba, première communication écrite, paragraphe 307.

[5647] Cuba, première communication écrite, paragraphes 68 à 71. Nous notons que, dans sa réponse à la question n° 44 du Groupe spécial, Cuba fait référence à "Cohiba" à titre d'exemple d'IG des producteurs de tabac cubains. Elle ne conteste cependant pas que l'indication "Cohiba" peut être utilisée comme nom de marque dans le cadre des mesures TPP. Dans sa réponse aux questions n° 87 et 167 du Groupe spécial et au paragraphe 31 de ses observations sur la réponse de l'Australie aux questions n° 166, 170 et 204 du Groupe spécial, Cuba fait référence à "Cohiba" en tant que marque. Elle mentionne "Cohiba" et "Partagas" comme marques cubaines de la classe 34 dans sa première communication écrite, annexe 1, partie 1, point 6 et points 32 et 33, respectivement.

[5648] Honduras, réponse à la question n° 47 du Groupe spécial.

[5649] Nous notons une certaine variabilité dans l'emploi de la terminologie par les parties. Cuba allègue également que les mesures TPP sont contraires à l'article IX:4 du GATT de 1994 parce qu'"elles prohibent l'usage de l'*indication géographique Habanos*". Cuba, première communication écrite, paragraphe 427 (pas d'italique dans l'original). Dans ce contexte, elle explique que "[l']*indication géographique Habanos est une "étiquette" ou une "inscription"*". Cuba, première communication écrite, paragraphe 420 (pas d'italique dans l'original). Dans sa réponse, l'Australie explique qu'elle croit comprendre que Cuba fait valoir que "l'*étiquette "Habanos"* ne peut plus être apposée". Australie, première communication écrite, paragraphe 744 (pas d'italique dans l'original). Dans ce contexte, l'Australie fait référence indifféremment à la "prohibition de l'usage de l'*étiquette "Habanos"*" (Australie, première communication écrite, paragraphe 753; et deuxième communication écrite, paragraphe 581) (pas d'italique dans l'original); à la "suppression de l'*indication "Habanos"*" (Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 594) (pas d'italique dans l'original); et à la "prohibition de l'usage de l'indication "Habanos"" (Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 588). Elle précise que "[l']usage de l'indication "Habanos" est prohibé sur l'emballage du tabac si elle ne fait pas partie du nom de la marque, de la raison sociale ou du nom de la société, ou du nom de variante du produit". Australie, deuxième communication écrite, note de bas de page 644. Nous croyons comprendre que ces références faites par l'Australie à la prohibition de l'"étiquette" ou de l'"indication" "Habanos" renvoient à l'IG composée "Habanos", ou à l'étiquette Habanos, y compris ses éléments figuratifs, tels qu'ils sont présentés plus loin dans la figure 20, ne contredisant donc pas la position de l'Australie selon laquelle les mesures TPP n'interdisent pas l'usage du mot "Habanos" si celui-ci fait partie du nom de la marque.

[5650] Cuba se demande en outre si le nom de la société "Habanos S.A." peut ou non être affiché sur les emballages et les produits du tabac. Elle ajoute que, même s'il était possible de mentionner ce nom de société, celui-ci couvrirait une catégorie de cigares plus large que l'IG Habanos. Cuba, réponse à la question n° 189 du Groupe spécial.

[5651] Voir plus haut le paragraphe 7.2854.

lettres, chiffres ou symboles quels qu'ils soient et toute combinaison consistant en deux de ces éléments ou plus".[5652]

7.3.7.4.1 Question de savoir si les mesures TPP équivalent à une concurrence déloyale en créant des conditions de concurrence déloyale pour ce qui est des IG

7.2857. Dans le contexte de son allégation au titre de l'article 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC, le Honduras s'est référé à l'interprétation de la notion de concurrence déloyale qu'il a donnée dans le cadre de ses allégations séparées concernant l'article 10*bis*, tel qu'incorporé dans l'Accord sur les ADPIC, et a fait valoir que l'article 10*bis* pouvait être enfreint du fait de l'incidence asymétrique d'une réglementation des pouvoirs publics sur des concurrents et que l'Australie avait manqué à ses obligations au titre de l'article 22:2 b) parce que, entre autres choses, les mesures TPP faussaient les conditions de concurrence.[5653] Toutefois, il a précisé qu'il ne faisait pas valoir que les lois ou réglementations des pouvoirs publics constituaient des actes de concurrence déloyale, mais plutôt que les actes de concurrence déloyale pertinents demeuraient ceux de parties privées.[5654]

7.2858. À cet égard, nous rappelons que, dans le contexte de notre analyse au titre de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967), tel qu'incorporé par le biais de l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC, nous avons déterminé qu'un acte de concurrence déloyale était défini à l'article 10*bis* 2) comme désignant "tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale". Comme nous l'avons expliqué, nous interprétons les termes "concurrence" et "acte de concurrence", dans le contexte de l'expression "matière industrielle ou commerciale", comme désignant quelque chose qui est fait par un acteur du marché pour concurrencer d'autres acteurs du marché.[5655] L'expression "acte de concurrence" ne comprend donc pas, à notre avis, les lois et autres instruments qu'un Membre adopte pour réglementer le marché, ni l'environnement réglementaire global dans lequel le marché fonctionne.[5656] Nous avons également constaté, de ce fait, que les mesures TPP en elles-mêmes ne constituaient pas un acte de concurrence déloyale au sens de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967).[5657] Conformément à cette constatation, nous constatons aussi que le membre de phrase "un acte de concurrence déloyale au sens de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967)" figurant à l'article 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC ne comprend pas les lois et autres instruments qu'un Membre adopte pour réglementer le marché, ni l'environnement réglementaire global dans lequel le marché fonctionne. Les mesures TPP en elles-mêmes ne constituent donc pas "un acte de concurrence déloyale" visé à l'article 22:2 b).

7.2859. Le Honduras a aussi fait valoir que l'Australie ne prévoyait pas les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'empêcher une utilisation qui constituait un acte de concurrence déloyale au sens de l'article 10*bis* 3) 3), entre autres choses car, conformément aux mesures TPP, les IG existantes ne pouvaient pas être utilisées et les futurs titulaires d'IG potentielles ne pouvaient pas créer et établir des IG.[5658] De même, la République dominicaine a fait valoir que les producteurs souffraient d'une concurrence déloyale sur le marché du fait de leur incapacité d'utiliser leurs IG.[5659] L'Australie a répondu que la protection prévue à l'article 22:2 b) était négative par nature et ne prévoyait pas l'octroi d'un droit positif d'utiliser une IG.[5660] En réponse, la République dominicaine a précisé qu'elle n'affirmait pas que l'article 22:2 b) établissait un droit d'utiliser des IG; en revanche, l'article 22:2 b) confère aux parties intéressées un droit, en ce qui concerne les IG, d'empêcher les utilisations par des tiers qui constituent des actes de concurrence déloyale.[5661] De même, le Honduras a précisé qu'il ne postulait pas un "droit de faire usage". Il fait plutôt valoir que l'apparence uniforme des emballages exigée par les mesures TPP donne aux consommateurs l'impression erronée que tous les produits du tabac de toutes origines

[5652] Règlement CI (pièce AUS-251), article 5 1). (italique dans l'original; caractères gras omis)
[5653] Voir plus haut les paragraphes 7.2802 à 7.2804.
[5654] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 391.
[5655] Voir plus haut le paragraphe 7.2665.
[5656] Voir plus haut le paragraphe 7.2698. Cela est sans préjudice de la question de savoir dans quelles circonstances un Membre lui-même peut être considéré comme participant à la concurrence en tant qu'acteur du marché sur le marché, une question qui n'a pas été soulevée dans les présents différends.
[5657] Voir plus haut le paragraphe 7.2699.
[5658] Honduras, première communication écrite, paragraphes 781 et 782.
[5659] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 886.
[5660] Australie, première communication écrite, paragraphe 481.
[5661] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 771.

géographiques sont les mêmes et ont les mêmes caractéristiques[5662], et que cette perception, et son incidence sur la concurrence, ne sont pas "loyales", parce qu'elles désavantagent les titulaires d'IG existantes qui ont investi du temps et des ressources pour établir ces IG et les futurs titulaires d'IG potentielles, qui ne pourront pas créer et établir des IG sur le marché australien.[5663]

7.2860. Nous convenons avec les parties que l'article 22:2 b) oblige les Membres à prévoir, en ce qui concerne les IG, les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'empêcher les utilisations par des tiers qui constituent des actes de concurrence déloyale. Nous rappelons que le texte introductif de l'article 22:2 impose aux Membres de prévoir, pour ce qui est des IG, "les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'*empêcher*" (pas d'italique dans l'original) certaines utilisations des IG qui sont spécifiées aux alinéas a) et b). Le sens ordinaire du verbe "prevent" (empêcher) est "to preclude, stop, or hinder" (exclure, arrêter ou entraver), ou "to stop, keep, or hinder (a person or thing) *from* doing something" (*faire en sorte* d'arrêter ou d'entraver l'action (d'une personne ou d'une chose)).[5664] Les Membres sont donc tenus de prévoir, conformément à l'article 22:2 b), les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'"empêcher", c'est-à-dire d'arrêter ou d'entraver, en ce qui concerne les IG, toute utilisation qui constitue un acte de concurrence déloyale au sens de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967). Par conséquent, l'article 22:2 b) ne confère pas aux parties intéressées un droit ou un pouvoir positif d'utiliser des IG.

7.2861. Comme il a été noté plus haut, le Honduras fait valoir que les mesures TPP entraînent une perception, et une incidence connexe sur la concurrence, au détriment des titulaires d'IG existantes et de futures IG potentielles, qui ne sont pas "loyales".[5665] Cet argument est axé sur les mesures TPP elles-mêmes en tant qu'intervention réglementaire, et sur la question de savoir si l'environnement réglementaire qui en résulte peut être considéré comme déloyal, plutôt que sur des actes de concurrence accomplis par des acteurs du marché. Comme il est indiqué plus haut, le Honduras a précisé toutefois qu'il ne faisait pas valoir que les lois ou réglementations des pouvoirs publics constituaient des actes de concurrence déloyale. En fait, les actes de concurrence déloyale pertinents demeurent ceux de parties privées.[5666] Nous rappelons que nous avons constaté plus haut que les mesures TPP en elles-mêmes ne constituaient pas un "acte de concurrence déloyale" visé à l'article 22:2 b).[5667] Par conséquent, nous n'examinons pas plus avant si les mesures TPP elles-mêmes en tant qu'intervention réglementaire, ou l'environnement réglementaire résultant des restrictions imposées par les mesures en ce qui concerne l'utilisation des IG et de leurs éléments figuratifs, sont "loyaux".

7.3.7.4.2 Question de savoir si les mesures TPP imposent des actes aux participants au marché, en ce qui concerne les IG, qui constituent des actes de concurrence déloyale que l'Australie est obligée d'interdire

7.2862. Les plaignants font valoir que les mesures TPP obligent les participants au marché à se livrer aux types d'actes de concurrence déloyale énumérés à l'article 10*bis* 3) 3) de la Convention de Paris (1967).[5668] Ils allèguent que, ce faisant, l'Australie manque à ses obligations au titre de l'article 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC, conjointement avec l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967). Nous notons que les arguments des plaignants selon lesquels l'Australie ne prévoit pas, conformément à l'article 22:2 b), les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'empêcher toute utilisation qui constitue un type d'acte de concurrence déloyale énuméré à l'article 10*bis* 3) 3) sont analogues aux arguments qu'ils ont formulés pour leurs allégations au titre de l'article 10*bis* 3) 3) lui-même, sauf que les arguments sont axés

[5662] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 419.
[5663] Voir plus haut les paragraphes 7.2807 à 7.2811.
[5664] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "prevent", <http://www.oed.com/view/Entry/151073?rskey=CZwcU6&result=2#eid>, consultée le 2 mai 2017. (italique dans l'original)
[5665] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 420.
[5666] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 391.
[5667] Voir plus haut le paragraphe 7.2699.
[5668] Nous notons que le Honduras et la République dominicaine ne contestent pas les moyens juridiques préexistants par lesquels l'Australie a mis en œuvre ses obligations au titre de l'article 10*bis*. L'Australie a résumé la façon dont elle donne effet à ses obligations au titre de l'article 10*bis* dans sa première communication écrite, aux paragraphes 458 et 459. Voir aussi plus haut les paragraphes 2.89 à 2.93 décrivant les mesures générales de protection des consommateurs visant les indications de nature à induire en erreur en Australie.

spécifiquement sur toute utilisation, en ce qui concerne les IG, qui constitue un acte de concurrence déloyale.

7.2863. Nous examinerons d'abord si les mesures TPP obligent les acteurs du marché à se livrer, en ce qui concerne les IG, à des actes de concurrence déloyale quels qu'ils soient au sens de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967), en relation avec lesquels l'Australie est obligée, conformément à l'article 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC, de prévoir les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées de les empêcher. Si nous constatons que les mesures TPP obligent effectivement les acteurs du marché à se livrer, en ce qui concerne les IG, à de tels actes de concurrence déloyale, nous examinerons alors si, en imposant ces actes, l'Australie manque à son obligation de prévoir les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées de les empêcher, en violation de l'article 22:2 b).

7.2864. Le Honduras fait valoir que les restrictions TPP portant sur l'utilisation des IG, c'est-à-dire les restrictions portant sur la manière dont elles peuvent être affichées et la présentation commerciale uniforme – non seulement n'empêchent pas mais imposent une situation dans laquelle l'effet combiné des actes d'acteurs privés fait naître des conditions de concurrence déloyales.[5669] La République dominicaine fait valoir qu'avec l'usage obligatoire de l'emballage neutre et l'interdiction d'utiliser des IG, les concurrents sont obligés d'utiliser des indications qui sont susceptibles d'induire le public en erreur sur la nature ou les caractéristiques des produits du tabac.[5670] À son avis, les consommateurs seront généralement amenés à croire à tort que l'origine géographique du produit ne fait aucune différence pour la qualité ou les caractéristiques des produits, et les concurrents ne pourront pas exiger un surprix pour les produits haut de gamme qui, autrement, porteraient une étiquette avec des IG.[5671] La République dominicaine ajoute que les exceptions limitées à la prohibition de l'utilisation des IG n'affaiblissent pas ses arguments, qui concernent la concurrence déloyale résultant des restrictions portant sur l'utilisation des IG dans le cadre des mesures TPP.[5672] L'Australie répond que les arguments des plaignants ne sont pas étayés par le texte de l'article 22:2 b), et font abstraction à la fois de la nature négative de la protection prévue à l'article 22:2 b) et du fait que cette protection est accordée aux parties intéressées pour empêcher une utilisation mensongère ou malhonnêtes des IG par des tiers; le refus d'un Membre d'autoriser l'utilisation sans restriction des IG par les parties intéressées n'est pas une violation de cette disposition.[5673]

7.2865. Nous croyons comprendre que, en substance, les plaignants allèguent que l'acte de vendre un produit du tabac conformément aux mesures TPP équivaut à un acte de concurrence déloyale au titre de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967), en particulier à une indication ou allégation de nature à induire en erreur au sens de son paragraphe 3 3), en ce sens qu'un acteur du marché, en vendant un tel produit conformément aux restrictions TPP sur l'utilisation des IG dans le cadre de l'emballage et de la présentation du produit uniformes exigés par les mesures TPP, avancera, au moins dans certains cas, une indication ou une allégation susceptible d'induire le public en erreur sur l'origine géographique de ce produit ou sur les caractéristiques du produit qui peuvent être attribuées à cette origine géographique.

7.2866. Les plaignants n'ont identifié aucune indication ou allégation spécifique exigée par les mesures TPP en ce qui concerne les IG qui serait susceptible d'induire le public en erreur au sens de l'article 10*bis* 3) 3). Comme nous l'avons constaté dans le contexte de notre analyse au titre de l'article 10*bis* 3) 3)[5674], nous n'excluons pas que l'*omission* de renseignements puisse équivaloir à une indication ou une allégation susceptible d'induire en erreur, dans les cas où cette omission, au cours d'opérations commerciales, trompe le consommateur en donnant des renseignements inexacts ou une impression fausse. Cependant, nous ne sommes pas persuadés que les plaignants aient démontré que l'absence d'IG ou de ses éléments figuratifs sur l'emballage pour la vente au détail ou les produits du tabac du fait des mesures TPP équivaudrait à une indication ou une allégation susceptible d'induire les consommateurs en erreur au sens de l'article 10*bis* 3) 3). En particulier, nous ne sommes pas persuadés que cette absence induirait les consommateurs en

[5669] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 419.
[5670] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 780.
[5671] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 908. Voir aussi République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 778 et 779.
[5672] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 768. Voir aussi République dominicaine, réponse à la question n° 47 du Groupe spécial.
[5673] Australie, première communication écrite, paragraphes 484 et 485.
[5674] Voir plus haut le paragraphe 7.2752.

erreur en donnant des renseignements inexacts ou des impressions fausses, ou en suscitant à tort des attentes particulières, quelles qu'elles soient dans l'esprit des consommateurs au sujet de la nature, du mode de fabrication ou des caractéristiques du produit, que celles-ci soient semblables aux caractéristiques d'autres produits similaires sur le marché, ou différentes.

7.2867. Nous rappelons à cet égard que, comme il est indiqué plus haut[5675], les mesures TPP autorisent l'usage d'un terme constituant une IG sur l'emballage pour la vente au détail de tabac et sur les bagues de cigare dans la mesure où ce terme fait partie du nom de la marque, de la raison sociale ou du nom de la société, à condition que l'IG apparaisse sous la forme prescrite par le Règlement TPP. L'utilisation d'une IG comme nom de marque, ou comme raison sociale ou nom de la société, dans le cadre des restrictions TPP permet donc aux concurrents d'identifier l'origine géographique du produit du tabac, ce qui permet aussi aux consommateurs de l'associer à une qualité, réputation ou autres caractéristiques déterminées qui peuvent être attribuées essentiellement à son origine géographique. En outre, les plaignants n'ont pas cherché à démontrer que les consommateurs, du fait des restrictions TPP portant sur l'utilisation des IG, avaient en fait été induits en erreur, ou n'avaient pas pu identifier l'origine géographique du produit, y compris les caractéristiques qui pouvaient être attribuées essentiellement à cette origine.

7.2868. Nous notons également que *tous* les concurrents sur le marché australien sont tenus de se conformer aux mêmes prescriptions concernant l'emballage normalisé du tabac et qu'ils le font dans le contexte d'une politique globale de longue date et dans un environnement de sensibilisation du public à cette question.[5676] Nous ne sommes pas persuadés que la similitude de l'apparence extérieure des produits et de leur emballage serait susceptible d'induire le consommateur en erreur en lui faisant croire à tort que tous les produits du tabac concurrents ont des caractéristiques ou une origine identiques, quand cette similitude résulte d'une intervention réglementaire ayant fait l'objet d'une publicité adéquate et ne reflète pas un choix commercial de la part des acteurs du marché de présenter les produits comme ayant des caractéristiques identiques. Les limitations imposées concernant l'affichage et l'accès physique à ces produits donnent à penser, en outre, que lorsqu'ils prennent une décision d'achat, les consommateurs se référeraient normalement à d'autres sources de renseignements sur le produit et ne se fieraient pas entièrement à l'emballage ou à la bague appliquée au produit lui-même.

7.2869. Compte tenu de ce qui précède, nous ne sommes pas persuadés que les plaignants aient démontré que le public serait susceptible d'être induit en erreur sur les caractéristiques des produits au sens de l'article 10*bis* 3) 3), en ce qui concerne les IG, par suite de la prescription imposant de présenter les produits du tabac destinés à la vente au détail sous une forme normalisée au titre des mesures TPP. En conséquence, nous ne sommes pas non plus persuadés que les actions entreprises par les acteurs du marché pour respecter les prescriptions réglementaires des mesures TPP constituent des actes de concurrence déloyale équivalant à des indications ou des allégations dont l'utilisation est susceptible d'induire le public en erreur au sens de l'article 10*bis* 3) 3) en ce qui concerne les IG.[5677]

7.2870. Nous constatons donc que les plaignants n'ont pas démontré que les mesures TPP obligeaient les acteurs du marché à se livrer à des actes de concurrence déloyale qui équivaudraient à des indications ou des allégations de nature à induire en erreur au sens du

[5675] Voir plus haut le paragraphe 7.2854.
[5676] Voir plus haut le paragraphe 7.2721.
[5677] Comme nous l'avons également observé plus haut au paragraphe 7.2763 dans le contexte de l'article 10*bis* 3) 3), l'un des objets des mesures TPP est la suppression des caractéristiques de conception de la marque afin de diminuer l'aptitude de l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac, par l'intermédiaire de ces caractéristiques, à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme ou de la consommation de produits du tabac. En même temps, ces mesures autorisent l'usage de noms de marques et de noms de variantes, et du pays d'origine, qui permettent au consommateur d'identifier le produit en cause et de l'associer à une origine particulière. Les mesures fonctionnent donc d'une manière qui tient compte à la fois de l'intérêt du consommateur à ne pas être induit en erreur au sujet des effets nocifs du tabagisme, qui sont incontestés, et de son intérêt à ne pas être induit en erreur au sujet des caractéristiques du produit. Également dans ce contexte, nous ne sommes pas persuadés que l'uniformité de l'apparence de l'emballage pour la vente au détail de tabac et des produits du tabac résultant des mesures TPP, y compris la suppression des caractéristiques de conception distinctives autres que le nom de marque et le nom de variante, ait pour effet d'induire les consommateurs en erreur en ce qui concerne les IG.

paragraphe 3 3) de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967) en ce qui concerne les IG.[5678] Nous constatons donc également que les plaignants n'ont pas démontré que l'Australie, en maintenant ces mesures, ne prévoyait pas les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'empêcher ces actes, en ce qui concerne les IG, en violation de l'article 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC.

7.2871. Nous notons que les parties ont présenté des arguments concernant le champ de la définition d'une IG figurant à l'article 22:1 de l'Accord sur les ADPIC, y compris l'argument de Cuba selon lequel le sceau de garantie du gouvernement cubain pouvait être considéré comme une IG. Compte tenu des constatations que nous avons formulées plus haut aux paragraphes 7.2860 et 7.2870, nous ne jugeons pas nécessaire d'examiner les arguments des parties concernant le champ de la définition d'une IG et le point de savoir si le sceau de garantie du gouvernement cubain est protégé en tant qu'IG en Australie.

7.3.7.5 Conclusion

7.2872. Compte tenu de ce qui précède, nous constatons que les plaignants n'ont pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC.

7.3.8 Article 24:3 de l'Accord sur les ADPIC

7.2873. Nous passons maintenant aux allégations des plaignants au titre de l'article 24:3 de l'Accord sur les ADPIC. Cet article est libellé comme suit:

> Lorsqu'il mettra en œuvre la présente section, un Membre ne diminuera pas la protection des indications géographiques qui existait dans ce Membre immédiatement avant la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC.[5679]

7.2874. Le Honduras, la République dominicaine, Cuba et l'Indonésie (par référence)[5680] allèguent que les mesures TPP sont incompatibles avec l'article 24:3 de l'Accord sur les ADPIC. Plus particulièrement, le Honduras et la République dominicaine font valoir que les mesures TPP sont incompatibles avec l'article 24:3 parce qu'elles diminuent la protection accordée aux IG qui existait en Australie immédiatement avant le 1er janvier 1995.[5681] Cuba fait valoir que les mesures TPP sont incompatibles avec l'article 24:3 parce qu'elles diminuent le niveau de protection que l'Australie accordait à l'IG "Habanos" en privant les exportateurs cubains de l'aptitude à apposer cette IG sur les exportations de gros cigares roulés à la main à compter du 1er décembre 2012.[5682]

7.2875. L'Australie demande au Groupe spécial de rejeter ces allégations dans leur intégralité.

[5678] Nous rappelons en outre que les actes énumérés au paragraphe 3 3) sont des exemples d'actes de concurrence déloyale tels que définis au paragraphe 2 de l'article 10*bis*. À cet égard, comme cela est indiqué plus haut au paragraphe 7.2792, nous ne sommes pas persuadés que l'acte même de mettre sur le marché des produits qui sont conformes aux prescriptions réglementaires prévues dans les mesures TPP équivaudrait à un acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière commerciale.

[5679] L'expression "la présente section" fait référence à la section 3, intitulée "Indications géographiques".

[5680] Dans sa première communication écrite, l'Indonésie indique qu'elle "soutient les arguments présentés par la République dominicaine et l'Ukraine en ce qui concerne … les articles 22:2 b) et 24.3 …". Indonésie, première communication écrite, paragraphe 462. En réponse à une question du Groupe spécial, elle précise que la référence à l'Ukraine, qui n'a formulé aucune allégation au titre de l'article 24:3, était une erreur typographique. En revanche, "l'Indonésie soutient les allégations de la République dominicaine, du Honduras et de Cuba". Indonésie, réponse à la question n° 57 du Groupe spécial. En réponse aux questions du Groupe spécial, l'Indonésie précise qu'elle soutient les allégations juridiques formulées par les autres plaignants "sans invoquer aucun fait additionnel ni avancer aucun argument supplémentaire en ce qui concerne les indications géographiques". Indonésie, réponse aux questions n° 43 à 52 du Groupe spécial.

[5681] Honduras, première communication écrite, paragraphe 938; et déclaration finale à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 15. Voir aussi République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 932.

[5682] Cuba, première communication écrite, paragraphe 365.

7.3.8.1 Principaux arguments des parties

7.2876. Le Honduras fait valoir que la définition d'une IG figurant à l'article 22:1 de l'Accord sur les ADPIC ne se limite pas aux mots et peut, en principe, inclure tout ce qui identifie un produit comme étant originaire d'un territoire particulier ou d'une région ou localité particulière. Par conséquent, le terme "indication" inclut les éléments de conception, les logos, les symboles, les images et éventuellement les couleurs. Même un mot qui n'est pas *a priori* un nom topographique peut constituer une IG. La question de savoir si un signe ou un mot donné fonctionne comme une IG relève de la législation nationale et de la perception des consommateurs. Le maintien de l'utilisation des IG et le renforcement qui en découle aux yeux du consommateur sont essentiels pour assurer une protection efficace.[5683]

7.2877. Le Honduras estime que l'article 24:3 est une disposition relative au *statu quo*, dont le but est d'empêcher les Membres de l'OMC de réduire le niveau de protection qu'ils offraient aux IG avant la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC, lorsque ce niveau dépasse la norme minimale de protection prévue par l'Accord sur les ADPIC.[5684]

7.2878. Le Honduras fait valoir que le sens du membre de phrase introductif "[l]orsqu'il mettra en œuvre la présente section" est que "toute mesure qui a une incidence sur les indications géographiques ou sur le système de protection des indications géographiques affecte la "mise en œuvre" de la section 3 relative à la protection des indications géographiques".[5685] Il ajoute que le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques* a apporté des éclaircissements sur le sens précis de ce membre de phrase.[5686]

7.2879. Le Honduras fait valoir que le terme "protection" fait référence à la "défense ou au "soutien", à l'"assistance" ou à l'acte d'"assurer la sécurité" que les Membres de l'OMC prévoient pour les IG dans leurs lois intérieures.[5687] À son avis, la note de bas de page 3 relative à l'Accord sur les ADPIC fournit le contexte permettant de comprendre le terme "protection" employé à l'article 24:3. Le Honduras fait valoir que, selon la note de bas de page 3, "le terme "protection" englobe les questions concernant l'"existence", l'"acquisition" et le "maintien" des droits de propriété intellectuelle. Autrement dit, l'usage de termes géographiques pour créer une IG, ainsi que le maintien de cette indication géographique une fois qu'elle aura été établie, font partie de la "protection" accordée aux indications géographiques par l'organisme de réglementation."[5688]

7.2880. Selon le Honduras, il découle du membre de phrase "qui existait dans ce Membre immédiatement avant la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC" et de ses versions anglaise et espagnole, que ce que les Membres de l'OMC ne peuvent pas diminuer c'est le niveau de protection des IG en général, et pas simplement la protection d'IG spécifiques. À cet égard, le Honduras s'inscrit en faux contre les conclusions du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)* selon lesquelles l'article 24:3 impose aux Membres de l'OMC de ne pas revenir sur la protection des IG particulières qui existait avant 1995, plutôt que sur le système de protection dans son ensemble.[5689]

7.2881. À l'appui de cette position, le Honduras fait valoir que l'expression "qui existait" est grammaticalement liée au terme "protection" et non au terme "indications géographiques". Deuxièmement, selon lui, lorsque les rédacteurs ont voulu faire référence à des "indications géographiques particulières", ils l'ont fait explicitement, par exemple à l'article 24:4, qui fait référence à "une indication géographique particulière d'un autre Membre identifiant des vins ou des spiritueux". Troisièmement, il soutient que le "raisonnement plus large, reposant sur des considérations de politique générale", du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)* est erroné.[5690] À cet égard, il fait valoir que l'effet combiné des normes

[5683] Honduras, première communication écrite, paragraphes 740 à 743.
[5684] Honduras, première communication écrite, paragraphe 738.
[5685] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 430.
[5686] Honduras, Réponse à la question n° 180 du Groupe spécial (faisant référence au rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphes 7.631 et 7.632).
[5687] Honduras, première communication écrite, paragraphe 759.
[5688] Honduras, première communication écrite, paragraphe 760.
[5689] Honduras, première communication écrite, paragraphes 744 à 746.
[5690] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 434 et 435. À cet égard, le Honduras fait référence au rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie),* paragraphes 7.634 et 7.635. Voir aussi Honduras, première communication écrite, paragraphes 747 à 755.

minimales de protection applicables aux IG et de l'obligation relative au statu quo "implique *précisément* que les Membres n'ont *pas* un droit automatique ou inconditionnel de "mettre en œuvre les mêmes normes minimales de protection que les autres membres"".[5691] Il ajoute qu'il ne voit rien de contestable *a priori*, en termes de politique générale dans le fait d'exiger d'un Membre qu'il maintienne le niveau de protection des IG qui existait avant 1995, lorsque celui-ci dépassait la norme minimale requise par l'Accord sur les ADPIC.[5692] Quatrièmement, en ce qui concerne la référence faite par le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques* à l'emploi du terme "système" à l'article 14:4 de l'Accord sur les ADPIC, le Honduras fait valoir que le "système" mentionné à l'article 14:4 "représente un *cadre ou mécanisme normatif qualitativement différent* destiné à sauvegarder les droits d'un détenteur de droits de propriété intellectuelle" et que, de même, le "système" mentionné à l'article 27:3 b) est "un autre "système" qualitativement différent" qui contraste avec le système ordinaire des brevets.[5693] Enfin, la décision de ce groupe spécial "aurait en outre pour effet hautement contestable de privilégier les indications géographiques des pays développés".[5694]

7.2882. Le Honduras observe que l'Australie protège les IG (autres que celles qui concernent les vins) dans le cadre de sa législation générale relative aux usages commerciaux de nature à induire en erreur ou à tromper. Il note que, dans un document déposé auprès du Conseil des ADPIC en 1999, "l'Australie décrivait les moyens juridiques dont disposaient les parties intéressées, dans le cadre de la législation australienne qui existait alors, *pour prévenir* un usage de nature à induire en erreur quant au lieu d'origine d'un produit" et ajoute que "[c]ette déclaration porte à croire qu'avant janvier 1995, la législation australienne protégeait les indications géographiques *en autorisant* leurs titulaires" à utiliser et à maintenir les indications déjà établies pour leurs produits; à utiliser une indication dénominative ou non dénominative de manière à créer des IG en apposant ces indications sur le produit; à se prévaloir de mesures correctives juridiques contre l'usage de nature à induire en erreur, par d'autres producteurs, de désignations laissant supposer que le produit est originaire d'un autre endroit; et à obtenir une marque dite de certification.[5695]

7.2883. Le Honduras soutient que les mesures TPP ont diminué la protection susmentionnée qui existait immédiatement avant l'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC le 1er janvier 1995 car il n'est plus possible pour le titulaire/bénéficiaire d'une IG i) d'utiliser, de créer et de maintenir une IG dénominative autre que le nom d'un pays; ii) d'utiliser, de créer et de maintenir une IG non dénominative; et iii) de joindre à un produit du tabac une marque de certification enregistrée contenant une IG.[5696]

7.2884. En réponse à l'argument de l'Australie selon lequel il n'y avait pas de "droit de faire usage" protégé dans la législation australienne en relation avec les IG avant le 1er janvier 1995, le Honduras soutient que l'Australie fonde cet argument sur une distorsion de l'argumentation hondurienne en prétendant qu'il allègue un "droit de faire usage" d'une marque ou d'une indication géographique.[5697] Il ajoute que "l'Australie fabrique un épouvantail, puis entreprend de le détruire. La question n'est pas de savoir si un "droit de faire usage" d'une IG existait avant 1995. Elle est de savoir ce que signifie le terme "*protection*" à l'article 24:3, et quel type et quel degré de "protection" étaient offerts aux indications géographiques dans la législation australienne avant 1995". Le Honduras ajoute que "[c]ompte tenu de la note de bas de page 3 de l'Accord sur les ADPIC, le terme "protection" devrait être interprété comme englobant l'aptitude à utiliser des inscriptions distinctives pour accéder au statut d'IG. En outre, le terme "protection" fait référence à l'aptitude à faire respecter effectivement les droits d'empêcher l'utilisation de nature à induire en erreur ou d'autres utilisations d'indications qui réduisent la force du droit de propriété intellectuelle".[5698] Le Honduras soutient que l'Australie ne nie pas qu'avant 1995, une IG pouvait être utilisée sur les produits du tabac tant sous forme dénominative que non dénominative. En effet, l'aptitude à utiliser des IG faisait donc partie du système de protection de ces IG avant 1995. Cette aptitude n'existe plus pour les IG relatives au tabac depuis le 1er décembre 2012.[5699] Le Honduras ajoute que, depuis le 1er décembre 2012, cependant, le niveau de protection a été réduit

[5691] Honduras, première communication écrite, paragraphe 752
[5692] Honduras, première communication écrite, paragraphe 755.
[5693] Honduras, première communication écrite, paragraphe 756. (italique dans l'original)
[5694] Honduras, première communication écrite, paragraphe 757.
[5695] Honduras, première communication écrite, paragraphes 765 à 767. (pas d'italique dans l'original)
[5696] Honduras, première communication écrite, paragraphes 768 à 771.
[5697] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 436.
[5698] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 437.
[5699] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 438.

en deçà du niveau d'avant 1995 car aucune nouvelle IG ne peut être créée et les IG existantes ne peuvent pas être maintenues au niveau de solidité déterminé par leur titulaire. Le pouvoir du titulaire d'une IG de faire respecter cette indication est donc largement inférieur aujourd'hui à ce qu'il était avant 1995.[5700]

7.2885. Par ailleurs, le Honduras note que l'Australie s'appuie sur le fait que les IG peuvent aussi être protégées en tant que marques. Il soutient que "l'Australie ne reconnaît pas que l'article 20 [de la Loi TM] prévoit le droit exclusif de "faire usage de la marque", y compris une marque contenant une IG. Ce droit de "faire usage de la marque" existait dans la législation intérieure avant 1995 et faisait en outre partie du système de protection des IG. Il n'est plus protégé aujourd'hui pour les IG relatives au tabac, en violation de l'article 24:3 de l'Accord sur les ADPIC".[5701]

7.2886. La République dominicaine estime que l'article 24:3 est une disposition relative au statu quo qui restreint le droit d'un Membre de réduire la protection des IG qui existait dans ce Membre avant la date à laquelle l'Accord sur l'OMC est entré en vigueur, c'est-à-dire le 1er janvier 1995.[5702]

7.2887. La République dominicaine fait valoir que le membre de phrase introductif "[l]orsqu'il mettra en œuvre la présente section" fait référence à tout acte ou omission qui affecte la mise en œuvre d'une disposition de la section 3, qui renferme les articles 22 à 24 de l'Accord sur les ADPIC, ainsi que les protections additionnelles concernant les indications géographiques. À son avis, cela couvre les moyens par lesquels un Membre donne plein effet à ces dispositions, ainsi que tout acte ou omission par lequel un Membre ne donne pas ce plein effet, en totalité ou en partie.[5703] La République dominicaine ajoute que, dans l'affaire *CE – Marques et indications géographiques*, les Communautés européennes ont fait valoir que l'article 24:3 prévoyait une exception à leurs obligations au titre de l'article 16:1 en ce qui concernait les marques de fabrique ou de commerce, dans la mesure où il y avait un conflit entre l'article 16:1 et l'obligation de maintenir le niveau de protection des IG qui existait au moment de l'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC. En réponse, les États-Unis avaient fait valoir que l'article 24:3 ne créait pas d'exception à l'obligation de mettre en œuvre les sections de l'Accord sur les ADPIC autres que la section 3. C'est dans ce contexte que le Groupe spécial, notant que l'article 16:1 faisait partie de la section 2, a constaté que l'article 24:3 "ne s'appliqu[ait] pas aux mesures adoptées pour mettre en œuvre des dispositions ne figurant pas dans la section 3".[5704]

7.2888. La République dominicaine fait valoir que, dans le présent contexte, le terme "protection" fait référence à la sauvegarde des IG. À son avis, la note de bas de page 3 de l'Accord sur les ADPIC, qui fait partie de ce contexte, prévoit que le mot "protection" englobe "les questions concernant l'acquisition, la portée, le maintien des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter". Elle fait valoir que, par conséquent, il est interdit à un Membre de réduire ou de diminuer la portée des droits relatifs aux IG, ainsi que l'aptitude des parties intéressées à acquérir, à maintenir et à faire respecter ces droits, dans le système juridique intérieur de ce Membre, par rapport à la situation immédiatement antérieure au 1er janvier 1995.[5705]

7.2889. La République dominicaine ajoute que le sens du terme "protection" doit être interprété compte tenu du contexte de l'article 22 de l'Accord sur les ADPIC. Se référant à la définition d'une IG donnée à l'article 22:1, elle fait valoir que, pour que les consommateurs apprennent à établir un lien entre a) l'indication, b) l'IG et c) la "qualité, réputation ou autre caractéristique déterminée" qui "peut être attribuée essentiellement" à cette origine, ces producteurs doivent faire suffisamment usage de ces indications en relation avec les produits qui leur sont associés. L'aptitude des producteurs à établir et à maintenir les liens entre a), b) et c), de sorte qu'une indication puisse correspondre à la définition d'une IG, est essentielle à la protection des IG sur le plan de l'acquisition, de la portée, du maintien de ces droits et des moyens de les faire respecter. Si l'aptitude à faire usage est diminuée ou supprimée, la protection accordée aux indications est

[5700] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 439.
[5701] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 440. (note de bas de page omise)
[5702] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 914.
[5703] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 798.
[5704] République dominicaine, réponse à la question n° 51 du Groupe spécial, paragraphe 232 (faisant référence aux rapports des Groupes spéciaux *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)*, paragraphe 7.632; et *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.632).
[5705] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 916 et 917.

également diminuée. La République dominicaine ajoute que "[p]our dire les choses clairement, [elle] ne fait pas valoir que l'article 22:1 de l'*Accord sur les ADPIC*, lui-même, impose à tous les Membres d'octroyer aux parties intéressées un droit affirmatif d'établir ou de maintenir, par l'usage, des indications géographiques sur leur territoire". En revanche, elle fait valoir que le membre de phrase "protection des indications géographiques qui existait" figurant à l'article 24:3 exempte au bénéfice de l'antériorité le niveau de protection des IG assuré par un Membre avant le 1er janvier 1995, y compris la portée, le maintien de ces indications, les moyens de les faire respecter et l'aptitude à les acquérir, par leur usage. Les restrictions ou les prohibitions de l'usage des IG sur les produits "diminu[ent]" cette "protection" des IG. Donc, selon l'interprétation appropriée de l'article 24:3, toutes les IG, qu'elles aient existé ou non avant 1995, doivent bénéficier au moins du niveau de protection qui existait dans le système juridique du Membre avant l'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC. La République dominicaine ajoute que "[c]ela pourrait s'étendre, le cas échéant dans un Membre donné avant 1995, à l'aptitude des indications à devenir dès le début des indications géographiques (c'est-à-dire l'acquisition) et de maintenir et faire respecter leur statut d'indications géographiques, par l'usage".[5706]

7.2890. De l'avis de la République dominicaine, le membre de phrase "protection des indications géographiques" fait référence au niveau global de protection des IG qui "existait" dans le système juridique du Membre avant 1995. Bien qu'il y ait une certaine ambiguïté dans le texte anglais de la disposition, les versions espagnole et française, qui font également foi, lèvent cette ambiguïté. Spécifiquement, le verbe "existed", considéré dans les versions espagnole et française de l'Accord sur les ADPIC, qui font également foi, est au singulier et s'accorde avec le mot "protection", qui est au singulier, par opposition à l'expression au pluriel "indications géographiques". Par conséquent, l'obligation s'applique au niveau de "protection" qui existait dans le système juridique intérieur avant le 1er janvier 1995, et pas à la protection des "indications géographiques" particulières qui existaient avant cette date.[5707] La République dominicaine ajoute que, quand les rédacteurs de l'Accord ont voulu viser uniquement les IG particulières, par opposition aux systèmes de protection, ils ont su comment l'indiquer clairement.[5708] À son avis, il est raisonnable et logique que les rédacteurs n'aient pas voulu que les Membres se servent de l'application des obligations découlant de l'Accord sur les ADPIC aux IG comme moyen d'abaisser le niveau général de protection de ces indications.[5709] En outre, la République dominicaine soutient qu'une interprétation de l'article 24:3 qui serait axée sur l'exemption au bénéfice de l'antériorité des IG particulières, plutôt que sur le niveau général de protection de ces indications dans un Membre donné, favoriserait les IG des pays développés, au détriment de celles des pays en développement[5710]; cela déboucherait sur un traitement discriminatoire des IG de certains pays par rapport à celles d'autres pays, ce qui constituerait un manquement *de facto* à l'obligation de traitement NPF au titre de l'article 4 de l'Accord sur les ADPIC.[5711]

7.2891. La République dominicaine observe qu'en Australie, avant 1995, les parties intéressées pouvaient utiliser librement des IG sur les produits du tabac, y compris les paquets et les bâtonnets, afin d'acquérir, de maintenir et, finalement, de faire respecter ces indications. Il n'y avait pas de restriction spécifique concernant cet usage en Australie. En outre, les parties intéressées pouvaient empêcher que d'autres fassent usage de signes susceptibles d'induire le public en erreur quant à l'origine géographique des produits, soit en engageant des poursuites pour délit de substitution, soit conformément aux dispositions de la partie V de la Loi australienne de 1974 sur les pratiques commerciales. De plus, dans certaines situations, les parties intéressées pouvaient aussi protéger les IG en Australie, avant 1995, par voie d'enregistrement en tant que marques de certification.[5712]

7.2892. La République dominicaine soutient que les mesures TPP ont considérablement diminué la protection des IG en empêchant leur usage sur les paquets de tabac ou les bâtonnets (à une petite exception près pour les noms de pays sur les bagues de cigare et sur le côté des paquets de cigarettes). Spécifiquement, avant le 1er janvier 1995 (et avant la mise en œuvre de la Loi TPP),

[5706] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 919 à 922. (souligné dans l'original; notes de bas de page omises)
[5707] République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 918. (notes de bas de page omises)
[5708] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 791.
[5709] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 793.
[5710] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 795.
[5711] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 796.
[5712] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 925 à 927.

les producteurs de tabac pouvaient élaborer et maintenir des IG (y compris, mais non exclusivement, les IG protégées en tant que marques de certification) en Australie en les utilisant sur leurs emballages et leurs bâtonnets. Or, dans le cadre des mesures TPP, cet usage est prohibé ou, dans le cas du nom du pays d'origine, fortement restreint. La République dominicaine estime qu'en autorisant une utilisation illimitée des IG, au sens de l'article 22:1, sur les produits du tabac avant 1995, l'Australie avait accordé un niveau de protection qui permettait aux indications d'acquérir, de maintenir et, finalement, de faire respecter leur statut en tant qu'IG. Par contre lorsque l'Australie a prohibé et fortement restreint l'utilisation des IG sur les produits du tabac au moyen des mesures TPP (à une petite exception près), elle a fortement diminué cette "protection", puisque les parties intéressées ne sont plus en mesure d'utiliser des d'indications d'une manière qui permette à celles-ci d'acquérir, de maintenir ou de faire respecter leur statut en tant qu'IG.[5713]

7.2893. À propos de l'argument de l'Australie selon lequel "[i]l n'y a pas actuellement, et il n'y avait pas au moment de l'entrée en vigueur de l'Accord sur les ADPIC, de droit d'utiliser une indication géographique protégé par la législation australienne"[5714], la République dominicaine observe que, "[s']il apparaît que l'Australie a raison de dire qu'au moment de l'entrée en vigueur de l'*Accord sur les ADPIC*, il n'y avait pas de "droit" formel "de faire usage" des IG codifié dans la législation australienne, cela ne constitue pas un moyen de défense pour ce qui est de la violation de l'article 24:3 de l'*Accord sur les ADPIC* par l'Australie". Elle ajoute qu'"il apparaît cependant que l'Australie fait valoir que la "protection" dans le contexte de l'article 24:3 se limite à quelque chose qui est un "droit légal protégé" formel dans un Membre et que l'article 24:3 ne peut pas inclure une protection qui pourrait apparaître ou prendre forme par des moyens moins formels, y compris les libertés du marché". La République dominicaine ajoute que "[l]a question de savoir si cet usage était juridiquement garanti, ou simplement autorisé, en Australie ne change rien aux fins de l'article 24:3, car ledit usage était le moyen par lequel les IG sur les produits du tabac étaient précédemment acquises ou maintenues et jouissaient ainsi d'un niveau de "protection" élevé".[5715] Elle soutient que l'Australie établit une "fausse distinction" entre la liberté du marché et le droit d'utiliser, et fait valoir qu'"[i]l importe peu que cette protection des IG ait été rendue possible par un "droit de faire usage" ou par une "liberté du marché"".[5716]

7.2894. Cuba allègue que l'Australie ne s'est pas conformée à l'article 24:3 car elle a diminué le niveau de protection qu'elle accorde à l'IG Habanos.[5717] Elle fait valoir que l'IG Habanos répond à la définition d'une IG donnée à l'article 22:1 de l'Accord sur les ADPIC.[5718] Cette définition ne limite pas la protection des IG aux seuls désignations ou éléments verbaux ou dénominatifs, mais s'applique aussi aux images ou à toutes autres IG qui "servent à identifier un produit comme étant originaire du territoire d'un Membre, ou d'une région ou localité de ce territoire, dans les cas où une qualité, réputation ou autre caractéristique déterminée du produit peut être attribuée essentiellement à cette origine géographique". Il peut s'agir de signes tels que la désignation d'origine Habanos et son design, le sceau de garantie du gouvernement cubain[5719] et les IG des fabricants de tabac cubains, y compris Cohiba[5720], Hoyo de Monterrey, Cabanas, Cuaba, San Cristobal de la Habana, dont les éléments graphiques ou dénominatifs constituent des indicateurs de l'origine et font connaître la singularité et les caractéristiques du produit qui sont dues à cette origine.[5721]

[5713] République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 928 à 930. Voir aussi République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 807 et 808.
[5714] Australie, première communication écrite, paragraphe 502.
[5715] République dominicaine, réponse à la question n° 48 du Groupe spécial.
[5716] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 804 et 805.
[5717] Cuba, première communication écrite, paragraphes 365 et 378.
[5718] Cuba, première communication écrite, paragraphe 366.
[5719] En réponse à la question n° 87 du Groupe spécial, Cuba affirme que le sceau de garantie du gouvernement cubain est aussi une marque.
[5720] Dans sa réponse aux questions n° 87 et 167 du Groupe spécial et au paragraphe 31 de ses observations sur la réponse de l'Australie aux questions n° 166, 170 et 204 du Groupe spécial, Cuba fait référence à "Cohiba" en tant que marque. Dans sa réponse à la question n° 44 du Groupe spécial, elle fait référence à "l'image d'une tête d'Indien de la marque Cohiba" comme exemple d'"éléments graphiques ou [d']indications géographiques indirectes".
[5721] Cuba, réponse à la question n° 44 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial).

7.2895. Cuba fait valoir que le sens ordinaire des mots "[l]orsqu'il mettra en œuvre la présente section" dans les trois langues officielles de l'OMC confirme que toute mesure affectant la mise en œuvre ou l'application de la protection des IG relève de l'article 24:3.[5722]

7.2896. Cuba fait valoir que "[l]'aptitude à utiliser une indication géographique à l'intérieur du territoire du Membre de l'OMC est un élément nécessaire de l'analyse de la question de savoir si cette IG est "*protégée*" à l'intérieur de ce territoire". Elle fait valoir en outre que, pour évaluer la "protection" d'une IG particulière dans un système juridique, il faut se demander à la fois si les détenteurs de cette IG peuvent empêcher que des tiers en fassent usage sans autorisation et si l'IG peut être utilisées pour désigner des produits protégés dans ce système juridique. Cuba soutient qu'"il serait incongru d'affirmer qu'une indication géographique est protégée à l'intérieur du territoire d'un Membre de l'OMC si elle n'est pas utilisée, et ne peut pas l'être, à l'intérieur de ce territoire par ceux qui en sont détenteurs ou bénéficiaires". Elle ajoute que sa conclusion est compatible avec le sens ordinaire du terme "protéger" et est étayée par la note de bas de page 3 de l'Accord sur les ADPIC, qui indique que "les questions concernant l'exercice des droits de propriété intellectuelle" sont pertinentes pour toute évaluation du niveau de "protection" des droits de propriété intellectuelle.[5723] Elle observe que, "[d']une manière générale, protection signifie "droit de faire usage" d'un nom géographique".[5724]

7.2897. Cuba fait valoir que "l'article 24:3 impose un statu quo en ce qui concerne tous les mécanismes juridiques de protection des IG antérieurs à 1995".[5725]

7.2898. Cuba observe que "[l]a situation de fait en ce qui concerne l'IG Habanos est qu'immédiatement avant le 1er janvier 1995, les exportateurs cubains pouvaient utiliser cette indication géographique sous sa forme originale sur l'emballage des gros cigares roulés à la main vendus sur le marché australien. Or, du fait de la pleine mise en œuvre des mesures [T]PP le 1er décembre 2012, ils ne sont plus en mesure d'utiliser cette indication géographique (sous sa forme originale ou même sous une forme modifiée) sur les boîtes de gros cigares roulés à la main vendues sur le marché australien".[5726]

7.2899. Cuba fait valoir que cela implique que l'Australie a diminué le niveau de protection qu'elle accorde à l'IG Habanos par rapport au niveau qu'elle accordait à l'intérieur de son territoire avant le 1er janvier 1995. Elle ajoute qu'avant le 1er janvier 1995, l'IG Habanos bénéficiait de la "liberté d'utiliser tout mot ou élément en association avec la fourniture de biens ou de services" prévue par la *common law*.[5727]

7.2900. Cuba précise en outre que le terme "Habanos" s'est forgé d'une réputation qui est en droit de bénéficier de la protection prévue par la *common law* contre le délit de substitution en Australie, et fait valoir que l'incapacité d'utiliser l'IG Habanos pour les gros cigares roulés à la main à cause des mesures TPP fragilisera inévitablement la réputation de cette IG en Australie et entraînera par conséquent une réduction ou une limitation du champ d'une action en justice effective pour délit de substitution en cas d'appropriation abusive ou frauduleuse de l'IG Habanos par un tiers pour d'autres produits. À la longue, l'IG Habanos perdra sa réputation et donc la protection de la *common law*. Par conséquent, les mesures TPP diminueront inévitablement la protection dont jouissait l'IG Habanos avant le 1er janvier 1995, enfreignant ainsi l'article 24:3 de l'Accord sur les ADPIC.[5728]

7.2901. Cuba conclut que l'Australie a diminué le niveau de protection qu'elle accorde à l'IG Habanos en privant les exportateurs cubains de l'aptitude à apposer cette IG sur les exportations

[5722] Cuba, réponse à la question n° 179 du Groupe spécial.
[5723] Cuba, première communication écrite, paragraphes 370 à 372. (italique dans l'original)
[5724] Cuba, première communication écrite, paragraphe 373 (faisant référence à Audier, Protection des IG (pièce CUB-49), page 7).
[5725] Cuba, réponse à la question n° 46 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial).
[5726] Cuba, première communication écrite, paragraphe 374. Voir aussi *ibid.*, paragraphes 368 et 369 (faisant référence aux paragraphes 66 à 71).
[5727] Cuba, première communication écrite, paragraphes 375 et 376 (faisant référence à JTI c. Commonwealth (pièces AUS-500, CUB-50), paragraphes 76 et 77 (par le juge Gummow)).
[5728] Cuba, réponse aux questions n° 43 et 44 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial).

de gros cigares roulés à la main.[5729] Elle ajoute qu'en ce qui concerne l'article 24:3, les mesures TPP réduisent la protection des IG associées aux cigares cubains haut de gamme en empêchant l'usage d'identificateurs du produit par l'origine géographique qui confère à ce produit ses caractéristiques et qualités spécifiques, du fait de l'exclusion des éléments graphiques ou des IG indirectes, comme la représentation graphique du blason national cubain ou du palmier royal, qui figurent sur le sceau de garantie du gouvernement cubain, l'image des champs de tabac de Pinar del Rio de la marque Vegas Robaina ou l'image d'une tête d'Indien de la marque Cohiba, qui pouvaient toutes être utilisées même avant l'entrée en vigueur de l'Accord sur les ADPIC.[5730]

7.2902. L'Australie observe que la définition d'une IG donnée à l'article 22:1 de l'Accord sur les ADPIC n'est pas contestée dans les présentes procédures. En particulier, elle ne conteste pas la position du Honduras selon laquelle un nom "non topographique" peut répondre à cette définition. Il ne s'agit toutefois pas là d'une considération pertinente puisque l'argument de l'Australie selon lequel les allégations des plaignants au titre de l'article 24:3 doivent être jugées sans fondement ne dépend pas de la question de savoir si les IG pertinentes sont ou non "topographiques".[5731]

7.2903. L'Australie fait valoir que le champ d'application de l'article 24:3 est limité par le membre de phrase introductif "[l]orsqu'il mettra en œuvre la présente section". Comme l'a noté le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, cela signifie que l'article 24:3 "ne s'applique pas aux mesures adoptées pour mettre en œuvre des dispositions ne figurant pas dans la section 3".[5732] De l'avis de l'Australie, une mesure adoptée pour mettre en œuvre la section 3 de la partie II de l'Accord sur les ADPIC serait une mesure qui "prévoi[t] les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'empêcher" l'utilisation d'une IG de la manière décrite à l'article 22. Au moment de l'entrée en vigueur de l'Accord sur les ADPIC, au titre de la législation australienne, les IG étaient principalement protégées contre les conduites de nature à induire en erreur ou les actes de concurrence déloyale par des règles du droit législatif et de la *common law* relatives à la protection des consommateurs. Afin de mettre en œuvre l'Accord sur les ADPIC, l'Australie a promulgué la Loi TM, dont l'article 61 met spécifiquement en œuvre les obligations de l'Australie concernant les IG, dans la mesure où la législation existante n'y pourvoyait pas déjà. À la différence de l'article 61 de la Loi TM, les mesures TPP n'ont pas pour but de "prévoir[] les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'empêcher" l'utilisation d'une IG dans les circonstances décrites à l'article 22 de l'Accord sur les ADPIC. En conséquence, l'Australie estime que l'article 24:3 est inapplicable en ce qui concerne les mesures TPP.[5733]

7.2904. Même si le Groupe spécial devait conclure que l'article 24:3 est néanmoins applicable, l'Australie fait valoir que les plaignants n'ont pas démontré que le niveau de protection des IG *particulières* avait été diminué en vertu des mesures TPP. Elle note que le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)* a expliqué que la référence qui est faite dans la disposition à "la protection des indications géographiques qui existait dans ce Membre immédiatement avant la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC" doit être comprise comme une référence à la situation de la protection des IG *particulières* avant le 1er janvier 1995.[5734]

7.2905. L'Australie fait valoir que les protections qui ne peuvent pas être "diminuées" aux fins de l'article 24:3 sont celles qui "existai[ent] dans ce Membre immédiatement avant" le 1er janvier 1995. Ces protections peuvent être plus importantes que le niveau minimal de protection que les Membres sont tenus d'accorder aux IG en vertu de l'Accord sur les ADPIC. L'Australie convient que, si un Membre protégeait un droit d'utiliser une IG particulière avant le 1er janvier 1995, alors il ne serait pas autorisé à diminuer la protection de cette IG en en prohibant l'utilisation lors de la mise en œuvre de la section 3 de la partie II de l'Accord sur les ADPIC. Elle ajoute que les plaignants n'ont cependant pas démontré que telles étaient les circonstances que le

[5729] Cuba, première communication écrite, paragraphe 378.
[5730] Cuba, réponse à la question n° 44 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial).
[5731] Australie, réponse à la question n° 58 du Groupe spécial.
[5732] Australie, première communication écrite, paragraphe 489 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.632).
[5733] Australie, première communication écrite, paragraphe 493.
[5734] Australie, première communication écrite, paragraphes 494 et 490 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.636).

Groupe spécial devait prendre en considération en relation avec les allégations des plaignants au titre de l'article 24:3.[5735]

7.2906. L'Australie observe que seule Cuba a identifié une IG spécifique, à savoir "Habanos" (marque enregistrée 1356832), et a allégué que le niveau de protection accordé pour cette IG avait été diminué par les mesures TPP. Elle répond que "[l']indication géographique "Habanos" est enregistrée en tant que marque en Australie depuis le 16 avril 2010 et n'était donc pas "protégée" sur le marché australien en tant que marque en vertu de la Loi sur les marques avant cette date".[5736]

7.2907. L'Australie observe en outre que, dans la mesure où le terme "Habanos" avait une réputation en Australie avant 1995, il aurait été protégé contre les conduites de nature à induire en erreur ou les actes de concurrence déloyale en vertu de la *common law* par le biais du délit de substitution et par des protections des consommateurs prévus par le droit législatif. Ces protections prévues par le droit législatif et la *common law* n'ont pas été diminuées par la mise en œuvre des mesures TPP.[5737] L'Australie ajoute que, "[d]ans la mesure où Cuba est en mesure de prouver que le terme "Habanos" était en droit de bénéficier de protections quelles qu'elles soient prévues par la *common law* ou le droit législatif en Australie avant le 1er janvier 1995, ces protections n'ont pas été diminuées par la mise en œuvre de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac".[5738] En conséquence, l'Australie affirme que l'allégation de Cuba selon laquelle les mesures TPP ont diminué la "protection" qu'elle accorde à l'IG "Habanos" par rapport à celle qui existait avant le 1er janvier 1995 est sans fondement.[5739]

7.2908. L'Australie fait valoir que ni la République dominicaine ni le Honduras n'allèguent que le niveau de protection des IG particulières a été diminué du fait des mesures TPP. C'est parce que les plaignants ne sont pas d'accord avec le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)* qu'une telle démonstration est nécessaire. En fait, les plaignants soutiennent que l'analyse appropriée au titre de l'article 24:3 se rapporte à un "système de protection dans un Membre" et non aux IG particulières. L'Australie fait valoir que, pour les raisons exposées par le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, l'interprétation de l'article 24:3 par les plaignants est erronée. Une disposition relative au statu quo qui ne s'applique qu'aux IG spécifiques qui étaient protégées dans un Membre avant l'entrée en vigueur de l'Accord sur les ADPIC est différente à la fois dans son but et dans son effet d'une disposition qui s'applique à l'ensemble du système de protection d'un Membre. Exclure la diminution de la protection accordée aux IG existantes a pour but de protéger les droits de propriété existants et de faire en sorte que les normes minimales instaurées par l'Accord sur les ADPIC n'aient pas pour conséquence imprévue d'éliminer les protections déjà accordées par un système national pour ces IG. Par contre, une disposition relative au statu quo qui porte sur l'ensemble d'un système de protection aurait pour effet de créer un double système de protection des IG, dans lequel les Membres qui accordaient auparavant un système de protection des IG seraient tenus à perpétuité de maintenir un niveau de protection plus élevé que les normes minimales prévues dans l'Accord sur les ADPIC. L'Australie estime que cela n'a pas pu être l'intention des rédacteurs.[5740]

7.2909. Même si le Groupe spécial devait convenir avec les plaignants que la référence à "la protection des indications géographiques" faite à l'article 24:3 est une référence au "système de protection" d'un Membre, l'Australie soutient que les plaignants n'ont néanmoins pas établi d'éléments *prima facie* concernant leur *propre* interprétation du champ d'application de l'article 24:3. Pour étayer leur allégation selon laquelle, en prohibant l'utilisation d'IG sur l'emballage des produits du tabac, l'Australie a diminué le niveau de protection accordé aux IG, il faudrait que les plaignants démontrent qu'avant le 1er janvier 1995, il y avait un "droit de faire usage" protégé dans la législation australienne en relation avec les IG. L'Australie affirme que les

[5735] Australie, réponse à la question n° 43 du Groupe spécial.
[5736] Australie, première communication écrite, paragraphe 494.
[5737] Australie, première communication écrite, paragraphe 494.
[5738] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 71. (notes de bas de page omises)
[5739] Australie, première communication écrite, paragraphe 494.
[5740] Australie, première communication écrite, paragraphes 496 et 497.

plaignants ne l'ont pas fait car aucun "droit de faire usage" de ce type n'était protégé avant l'entrée en vigueur de l'Accord sur les ADPIC.[5741]

7.2910. L'Australie fait valoir que "[l]es plaignants confondent l'*aptitude* à utiliser une indication géographique conformément à la législation australienne avec le *droit* d'utiliser une indication géographique conformément à la législation australienne". Elle note que, par exemple, la République dominicaine fait valoir qu'"[e]n Australie, avant 1995, les parties intéressées pouvaient utiliser librement des IG sur les produits du tabac, y compris les paquets et les bâtonnets, afin d'acquérir, de maintenir et, finalement, de faire respecter ces IG". L'Australie soutient que ce à quoi la République dominicaine fait référence est une liberté générale du marché et non un droit légal protégé.[5742]

7.2911. L'Australie explique que, au titre de la législation australienne, les IG sont principalement protégées par le système des marques, ainsi que par des règles du droit législatif et de la *common law* relatives à la protection des consommateurs. Il n'y a pas actuellement, et il n'y avait pas au moment de l'entrée en vigueur de l'Accord sur les ADPIC, de droit d'utiliser une indication géographique protégé par la législation australienne. "En fait, selon la [Loi TM], si une IG avait été enregistrée en tant que marque, alors le détenteur de cette IG avait des droits négatifs d'*empêcher* certaines utilisations et d'obtenir des mesures correctives en cas d'atteinte aux droits.[5743] Ces droits ont continué d'exister en Australie après l'adoption de l'Accord sur les ADPIC, conformément aux prescriptions énoncées à l'article 22, et ils continuent d'exister aujourd'hui après l'instauration [des mesures TPP]."[5744] L'Australie fait valoir que, compte tenu du fait que la protection accordée aux IG au titre de la législation australienne avant le 1er janvier 1995 n'incluait pas la protection d'un "droit de faire usage" d'une IG, l'article 24:3 n'est pas pertinent pour l'examen des mesures TPP de l'Australie par le Groupe spécial.

7.2912. Répondant au Honduras[5745], l'Australie explique que les IG peuvent bénéficier d'une protection du droit législatif par l'intermédiaire de la protection accordée aux marques de certification en vertu de la Loi TM. Les articles 171 et 20 1) de cette loi accordent aux titulaires de marques enregistrées et de marques de certification, respectivement, une *exclusivité d'usage* dont le respect est assuré au moyen du droit d'engager une action pour atteinte aux droits par des tiers. Ces droits sont des *droits négatifs d'exclusion* – il n'est *pas* accordé aux titulaires d'une marque enregistrée ou d'une marque de certification enregistrée le droit de faire usage de sa marque en Australie. L'aptitude à faire usage d'une marque est une liberté du marché et non un droit protégé en Australie. Dans l'affaire *JTI c. Commonwealth*, la Cour suprême australienne a récemment affirmé que, de par leur nature, les droits accordés en Australie aux titulaires de marques (tant en vertu de la *common law* qu'en vertu du droit législatif) étaient des droits *négatifs* d'exclusion. Par exemple, le juge Crennan a affirmé que "[l]e droit exclusif de faire usage d'une marque [était] un droit négatif d'exclure les autres de cet usage". Ces droits négatifs d'empêcher l'atteinte aux droits trouvent leur expression dans la première mesure législative australienne prévoyant l'enregistrement des marques et dans chacune des suivantes.[5746]

7.3.8.2 Principaux arguments des tierces parties

7.2913. L'Argentine fait valoir que l'analyse grammaticale de l'article 24:3 de la version espagnole de l'Accord sur les ADPIC révèle que le but de l'obligation de ne pas diminuer la protection est "*la protección de las indicaciones geográficas que existía en él inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor del acuerdo sobre la OMC*". Dans cette analyse, "*protección*" est le noyau et "*de las indicaciones geográficas …*" le déterminant indirect. En conséquence, l'Argentine n'est pas

[5741] Australie, première communication écrite, paragraphes 499 et 500 (faisant référence à l'annexe D de la première communication écrite de l'Australie).
[5742] Australie, première communication écrite, paragraphe 501 (faisant référence à République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 925). (italique dans l'original; note de bas de page omise)
[5743] (note de bas de page de l'original) *Trade Marks Act 1995* (Cth), pièce AUS-244, article 20 et partie 12, sous-articles 120 à 130.
[5744] Australie, première communication écrite, paragraphe 502. (italique dans l'original)
[5745] Voir plus haut le paragraphe 7.2885.
[5746] Australie, réponse à la question n° 184 du Groupe spécial (faisant référence à l'affaire *JTI c. Commonwealth* (pièces AUS-500, CUB-50), pages 728 et 729, paragraphe 248). Pour de plus amples renseignements au sujet de la nature des droits accordés en vertu de la Loi sur les marques, l'Australie renvoie à la section D de l'annexe D de sa première communication écrite.

d'accord avec l'Australie et pense que le but de l'obligation de ne pas diminuer la protection concerne la protection des IG en général. Elle comprend que la version anglaise de l'Accord puisse donner lieu à de une "ambiguïté" en ceci que la clause subordonnée relative "that existed" pourrait se rapporter soit à "la protection des indications géographiques", soit aux "indications géographiques" prises individuellement. Cependant, le texte espagnol ne laisse pas place au doute: si l'intention avait été de faire référence aux "indications géographiques", le texte dirait "*que existían*" plutôt que "*que existía*", ce qui indique clairement que la situation générale de la protection des IG est l'objet de l'obligation de ne pas diminuer la protection. Cette interprétation est corroborée par la version française de l'article.[5747]

7.2914. L'Argentine comprend qu'indépendamment du cadre juridique établissant la protection – qu'il s'agisse de ce que l'Australie appelle "liberté générale du marché" ou du système de protection des IG prévu par la Loi TM –, l'article 24:3 de l'Accord sur les ADPIC établit une obligation de ne pas diminuer la protection des IG à partir de la date qui y est mentionnée.[5748]

7.2915. La Chine fait valoir que l'article 24:3 concerne le niveau de protection plus élevé des IG qui préexistait dans ce Membre. À supposer que la protection des IG prévue dans la section 3 de la partie II de l'Accord sur les ADPIC concerne uniquement des droits négatifs, c'est-à-dire les droits d'empêcher l'usage illégal des IG par des tiers, il ne s'ensuit pas nécessairement que la protection préexistante de ces indications dans un Membre se limite à des droits négatifs. Dans la mesure où la protection préexistante dans un Membre inclut le droit d'utiliser des IG, ce Membre n'est pas autorisé à diminuer la protection en prohibant l'utilisation de ces indications.[5749]

7.2916. La Nouvelle-Zélande indique qu'elle souscrit à l'interprétation et aux arguments de l'Australie en ce qui concerne l'article 24:3 et demande au Groupe spécial de rejeter les allégations des plaignants au titre de cet article.[5750]

7.2917. Singapour fait valoir qu'il n'y a infraction à l'article 24:3 que lorsqu'une IG qui existait en Australie avant le 1er janvier 1995 jouit maintenant dans ce même pays d'une protection plus faible qu'avant cette date. Seule Cuba a identifié une IG spécifique, à savoir "Habanos", dont il est allégué qu'elle bénéficie d'une protection diminuée du fait de l'adoption des mesures TPP; et même dans ce cas, la marque "Habanos" était enregistrée en Australie depuis le 16 avril 2010, soit bien après la date limite du 1er janvier 1995 mentionnée à l'article 24:3. En ne démontrant pas l'existence d'une IG en Australie avant le 1er janvier 1995, les plaignants n'ont pas satisfait à la prescription temporelle énoncée à l'article 24:3.

7.2918. Singapour ajoute que, s'il devait être considéré que l'article 24:3 s'applique au niveau de protection des IG qui existait dans un Membre avant le 1er janvier 1995, alors l'enquête devrait nécessairement porter sur la protection qui existait en Australie au moment pertinent. Dans la mesure où aucun droit d'usage de ce type n'existait dans la législation australienne avant le 1er janvier 1995, la protection des IG en Australie n'a pas été diminuée par les mesures TPP et il n'y aurait pas de violation de l'article 24:3.[5751]

7.2919. L'Uruguay fait valoir qu'il n'a pas connaissance d'une IG concernant les cigarettes dont l'utilisation serait effectivement affectée. L'incidence sur les IG figurant sur les autres produits du tabac est presque dénuée de pertinence et il n'a pas été montré que ces indications avaient été affectées. Les mesures TPP n'empêchent pas l'utilisation des IG. Les limitations sont fondées sur une mesure de politique générale de santé publique reconnue dans les Accords de l'OMC et recommandée par la FCTC.[5752]

7.2920. Le Zimbabwe fait valoir qu'en violation de l'article 24:3, les mesures TPP diminuent la protection des IG qui existait en Australie avant l'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC. Il

[5747] Argentine, communication en tant que tierce partie, paragraphes 29 à 31.
[5748] Argentine, communication en tant que tierce partie, paragraphe 34.
[5749] Chine, communication en tant que tierce partie, paragraphe 66.
[5750] Nouvelle-Zélande, communication en tant que tierce partie, paragraphes 14, 15 et 124.
[5751] Singapour, communication en tant que tierce partie, paragraphes 65 et 66.
[5752] Uruguay, communication en tant que tierce partie, paragraphes 56 et 57; et déclaration en tant que tierce partie, paragraphe 18.

soutient que les mesures TPP empêchent d'utiliser une IG dénominative autre que le nom du pays, au détriment des producteurs et des consommateurs.[5753]

7.3.8.3 Analyse du Groupe spécial

7.2921. Nous commençons notre analyse en évaluant le champ d'application de l'article 24:3 compte tenu de deux questions d'interprétation soulevées par les parties. La première question est le sens du membre de phrase introductif "[l]orsqu'il mettra en œuvre la présente section", compte tenu de l'argument de l'Australie selon lequel les mesures TPP ne sont pas visées par l'obligation découlant de l'article 24:3 au motif qu'elles n'ont pas été adoptées aux fins de prévoir les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'empêcher certains actes concernant les IG. La deuxième question consiste à déterminer si l'obligation découlant de l'article 24:3 concerne la protection des IG particulières ou le système de protection des IG. Nous examinerons ensuite les arguments des parties concernant la législation intérieure australienne et la question de savoir si la protection accordée dans le cadre de cette législation, dans la mesure où elle est pertinente pour les allégations au titre de l'article 24:3, a été diminuée du fait des mesures TPP.

7.3.8.3.1 Question de savoir si les mesures TPP sont visées par l'article 24:3

7.2922. Nous rappelons que l'article 24:3 de l'Accord sur les ADPIC est libellé comme suit:

> Lorsqu'il mettra en œuvre la présente section, un Membre ne diminuera pas la protection des indications géographiques qui existait dans ce Membre immédiatement avant la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC.

7.2923. Comme il est dit plus haut, de l'avis de l'Australie, l'article 24:3 vise uniquement une mesure qui "prévoi[t] les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'empêcher" l'utilisation d'une IG de la manière décrite à l'article 22; par conséquent, l'obligation ne vise pas les mesures TPP puisque celles-ci n'ont pas été adoptées à cette fin. De l'avis des plaignants, ce membre de phrase vise toute mesure qui affecte la protection des IG.

7.2924. L'article 24:3 apparaît dans la section 3 de la partie II de l'Accord sur les ADPIC, intitulée "Indications géographiques", qui comprend les articles 22 à 24. Selon ses termes exprès, l'obligation énoncée à l'article 24:3 a trait à la mise en œuvre de "la présente section". Cette référence n'est donc pas limitée aux mesures qui mettent en œuvre l'obligation spécifique de "prévoir[] les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'empêcher" l'utilisation d'une IG au sens de l'article 22:2. En fait, elle a trait à la mise en œuvre des dispositions de la section 3 de la partie II dans son ensemble, à savoir les articles 22 à 24.

7.2925. Les constatations pertinentes consignées dans les rapports du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques* auxquelles font référence les parties sont compatibles avec cette conclusion. Ce Groupe spécial a constaté que la portée de l'obligation découlant de l'article 24:3 était limitée par le membre de phrase introductif "[l]orsqu'il mettra en œuvre la présente section"[5754] et que l'article 24:3 ne s'appliquait pas aux mesures adoptées pour mettre en œuvre des dispositions *ne figurant pas* dans la section 3.[5755] Spécifiquement, la question examinée par ce Groupe spécial en ce qui concerne la portée de l'obligation énoncée à l'article 24:3 était de savoir si cet article imposait une exception à l'obligation d'accorder des droits de marque au titre de l'article 16:1.[5756] L'interprétation du Groupe spécial mentionnée ci-dessus doit être comprise

[5753] Zimbabwe, communication en tant que tierce partie, paragraphe 43.
[5754] Rapports du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)*, paragraphe 7.632; et *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.632.
[5755] Rapports du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)*, paragraphe 7.632; et *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.632.
[5756] Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)*, paragraphe 7.627. Dans ce différend, les États-Unis et l'Australie ont allégué, entre autres choses, que le Règlement (CE) n° 2081/92 du Conseil, du 14 juillet 1992, relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des denrées alimentaires (le "Règlement") était incompatible avec l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC parce qu'il ne garantissait pas que le titulaire d'une marque puisse empêcher les usages d'IG qui auraient entraîné un risque de confusion avec une marque antérieure. Le Règlement prévoyait une "coexistence" entre une indication géographique enregistrée conformément à ses dispositions et une marque antérieure, ce qui permettait à cette IG et à la marque antérieure d'être utilisées simultanément dans une certaine mesure. Les Communautés européennes ont fait

dans ce contexte, qui indique en l'occurrence que l'article 24:3 ne s'applique pas aux mesures destinées à mettre en œuvre les dispositions des sections de la partie II de l'Accord sur les ADPIC autres que la section 3; en particulier, l'article 24:3 ne prévoit pas de limitations aux droits conférés au titulaire d'une marque enregistrée conformément à l'article 16, qui relève de la section 2 de l'Accord. Les constatations de ce Groupe spécial n'étayent donc pas la position de l'Australie selon laquelle l'article 24:3 vise uniquement une mesure qui prévoit les moyens juridiques permettant aux parties intéressées d'empêcher l'utilisation d'une IG au sens de l'article 22:2, à l'exclusion des mesures qui mettent en œuvre d'autres dispositions de la section 3 de l'Accord sur les ADPIC.

7.2926. Compte tenu de ce qui précède, nous constatons que l'obligation énoncée à l'article 24:3 s'applique à une mesure qui met en œuvre l'une quelconque des dispositions de la section 3 de la partie II de l'Accord sur les ADPIC. En conséquence, l'application de cette obligation n'est pas limitée aux mesures qui mettent en œuvre l'obligation de prévoir les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'empêcher l'utilisation d'une IG au sens de l'article 22:2. Nous n'excluons donc pas l'applicabilité de l'article 24:3 aux mesures TPP au motif que ces mesures n'ont pas été adoptées aux fins de la mise en œuvre de l'obligation découlant de l'article 22:2.

7.3.8.3.2 Question de savoir si l'obligation concerne les différentes IG particulières ou le système de protection

7.2927. Les parties conviennent que, comme l'a déterminé le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques*, l'expression "ne diminuera pas" indique que l'article 24:3 de l'Accord sur les ADPIC est une disposition relative au statu quo et qu'elle est impérative.[5757] Cependant, elles ne s'accordent pas sur la question de savoir si l'obligation découlant de l'article 24:3 fait référence au système de protection des IG que prévoyait la législation intérieure australienne immédiatement avant le 1er janvier 1995 ou à la protection des IG particulières qui étaient protégées par la législation intérieure australienne à cette date.

7.2928. Comme nous l'avons précisé plus haut, les plaignants font valoir que l'obligation concerne le système de protection, tandis que l'Australie considère qu'elle concerne la protection des IG particulières. À l'appui de sa position, l'Australie se réfère aux constatations du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques*. Le Honduras et la République dominicaine désapprouvent ces constatations.

7.2929. Dans ce différend, les États-Unis[5758] et l'Australie[5759] ont été d'avis que l'article 24:3 s'appliquait aux IG particulières, alors que les Communautés européennes ont considéré qu'il s'appliquait au niveau général de protection. La partie pertinente de l'analyse du Groupe spécial est libellée comme suit:

> S'agissant du sens ordinaire des termes employés dans le reste de la disposition, le verbe principal est "ne diminuera pas". Cela indique qu'il s'agit d'une disposition relative au statu quo, et qu'elle est impérative. Les parties ne sont pas d'accord sur le sens de l'objet de ce verbe, qui est le membre de phrase "la protection des indications géographiques" ainsi que le nuance la disposition relative finale. Dans la version anglaise du texte, ce membre de phrase pourrait faire référence soit à "la protection des IG" dans leur ensemble, soit à "la protection" d'IG particulières. Dans les versions

valoir que l'article 24:3 de l'Accord sur les ADPIC leur imposait de maintenir une telle coexistence. C'est dans ce contexte que le Groupe spécial a déterminé que la portée de l'obligation découlant de l'article 24:3 ne s'étendait pas aux mesures adoptées pour mettre en œuvre des dispositions autres que celles de la section 3 de la partie II. Le Groupe spécial a constaté en outre que, bien qu'autorisant l'enregistrement d'une IG même lorsqu'elle donnait lieu à un conflit avec la marque antérieure, le Règlement était suffisamment limité pour être considéré comme une "exception limitée" aux droits afférents aux marques. Il a conclu qu'"en ce qui concerne la coexistence d'IG avec des marques antérieures, le Règlement [était] incompatible avec l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC mais que, sur la base des éléments de preuve qui lui [avaient] été présentés, cela [était] justifié au regard de l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC".

[5757] Rapports du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)*, paragraphe 7.633; et *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.633.

[5758] Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)*, paragraphe 7.627.

[5759] Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.627.

française et espagnole, qui font également foi, le verbe "existait" dans la disposition relative est au singulier, ce qui indique que la "protection des indications géographiques" doit être interprétée comme un tout. Dans les trois versions, on ne voit pas bien si cela fait référence au cadre juridique ou au système de protection dans un Membre qui existait immédiatement avant le 1er janvier 1995, ou à la situation de la protection des IG dans un Membre qui existait à ce moment-là pour ce qui était des droits individuels qui étaient protégés.

Si l'article 24:3 faisait référence à un système de protection dans un Membre, cela aurait deux conséquences importantes. Premièrement, en tant que disposition impérative, cet article empêcherait un Membre ayant un système qui accordait un niveau de protection plus élevé que celui qui est prévu par l'Accord sur les ADPIC de mettre en œuvre les mêmes normes minimales de protection que les autres Membres, même s'il voulait le faire. Par exemple, dans les Communautés européennes, l'article 14 du Règlement est entré en vigueur en 1993 mais a été modifié en avril 2003 en ce qui concerne les droits de marque acquis par l'usage. Dans la mesure où ces modifications diminuaient le niveau de protection général des IG assujetties au système des Communautés européennes, elles seraient incompatibles avec l'article 24:3.

Deuxièmement, une disposition relative au statu quo pour un système de protection exclurait à perpétuité du champ d'application de la section 3 non seulement les droits individuels déjà en vigueur dans le cadre de ce système à la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC, mais également les droits accordés par la suite dans le cadre de ce système. Ce serait une exclusion radicale qui croîtrait, au lieu de diminuer en importance, car un nombre croissant d'IG étaient protégées au titre de la législation antérieure. Le Groupe spécial hésite à constater l'existence d'une telle exclusion en l'absence de libellé clair à cet effet, et aucun libellé à cet effet n'a été porté à son attention. À cet égard, il convient de noter que l'Accord sur les ADPIC contient *effectivement* une exclusion pour un type de système (en ce qui concerne les phonogrammes) à l'article 14:4, mais elle est facultative, elle fait clairement référence à un "système" et elle fait l'objet d'une clause conditionnelle en cas d'abus. L'article 24:3 ne contient aucun de ces éléments.

Pour ces raisons, le Groupe spécial interprète le membre de phrase "la protection des indications géographiques qui existait dans ce Membre immédiatement avant la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC" comme signifiant la situation de la protection des IG immédiatement avant le 1er janvier 1995, pour ce qui est des IG particulières qui étaient protégées à ce moment-là. Dans le présent différend, les parties s'accordent à penser qu'aucune IG n'était enregistrée au titre du Règlement avant le 1er janvier 1995.[5760]

7.2930. Le Honduras, la République dominicaine et Cuba désapprouvent ces conclusions.

7.2931. En ce qui concerne le texte de l'article 24:3, tout en reconnaissant qu'il y a une certaine ambiguïté dans le texte anglais de la disposition, le Honduras et la République dominicaine font valoir que les versions française et espagnole, qui font également foi, lèvent cette ambiguïté. À cet égard, nous sommes d'accord avec l'analyse du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques*, mentionnée plus haut, dont la conclusion était que, dans les trois versions, on ne voyait toujours pas bien si la "protection des indications géographiques" faisait référence au cadre juridique ou au système de protection qui existait dans un Membre immédiatement avant le 1er janvier 1995, ou à la situation de la protection des indications géographiques qui existait dans un Membre à ce moment-là pour ce qui était des droits individuels qui étaient protégés.

7.2932. S'agissant du contexte, le Honduras et la République dominicaine font valoir que, lorsque les rédacteurs ont voulu faire référence à des IG particulières, ils l'ont fait explicitement; par exemple, l'article 24:4 fait référence à "une indication géographique particulière".[5761] Le Honduras

[5760] Rapports du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques*, paragraphes 7.633 à 7.636. (italique dans l'original; notes de bas de page omises)

[5761] Honduras, première communication écrite, paragraphe 749. Voir aussi République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 791.

ajoute que l'emploi du terme "système" aux articles 14:4 et 27:3 b) ne donne pas d'indication contextuelle contraire car, à son avis, ce terme fait référence dans les deux cas à des cadres normatifs qualitativement différents.[5762] Nous ne sommes pas persuadés, cependant, qu'il découle nécessairement de l'absence de référence expresse à la protection des IG "particulières" à l'article 24:3 que cet article doit être interprété comme faisant référence à un "système" de protection des IG. Comme le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques*[5763], nous notons que, lorsque l'Accord sur les ADPIC exclut un type de système à l'article 14:4, le terme "système" est employé. À l'article 65:5, une autre disposition relative au statu quo imposait à un Membre qui bénéficiait de certaines périodes de transition de faire en sorte que "les modifications apportées à ses lois, réglementations et pratiques … n'aient pas pour effet de rendre celles-ci moins compatibles avec les dispositions du présent accord". La compatibilité des modifications apportées aux lois, réglementations et pratiques d'un Membre avec les dispositions de l'Accord sur les ADPIC aurait normalement trait au niveau de protection disponible dans le cadre de ces lois, règlements et pratiques plutôt qu'à la protection d'une œuvre protégée par le droit d'auteur, d'un brevet, d'une marque, d'une IG ou d'un autre objet de protection de la propriété intellectuelle pris individuellement.

7.2933. En ce qui concerne l'objet et le but de cette disposition, nous convenons avec l'Australie que le but de l'article 24:3, en tant que disposition relative au statu quo, est de garantir qu'en donnant effet à ses obligations au titre de la section 3 d'assurer la protection des IG, un Membre ne porte pas atteinte aux droits de propriété préexistants sur des IG particulières qui étaient protégées dans ce Membre avant l'entrée en vigueur de l'Accord sur les ADPIC.[5764] Ce but est aussi compatible avec celui des paragraphes 4 à 8 suivants de l'article 24, qui sont censés sauvegarder l'exploitation continue, dans certaines circonstances, d'IG, de marques, de termes usuels et de noms de personnes antérieurs spécifiques. Nous considérons que le but de tous ces paragraphes est de préserver les intérêts dans ces objets spécifiques préexistants, y compris les droits de propriété et les intérêts dans leur exploitation continue. Ce but nous porte à croire que, lue dans son contexte, l'obligation découlant de l'article 24:3 devrait être interprétée comme ayant trait à la préservation d'intérêts protégés spécifiques qui existaient déjà au moment de l'entrée en vigueur de l'Accord sur les ADPIC.

7.2934. Une telle lecture est en outre compatible avec une interprétation harmonieuse des diverses parties de l'Accord sur les ADPIC prises dans leur ensemble.[5765] En particulier, nous devons rechercher une interprétation qui concilie les obligations d'un Membre afférentes aux IG relevant de la section 3 avec les obligations afférentes aux marques relevant de la section 2 de la partie II, ainsi que de toutes autres dispositions de l'Accord sur les ADPIC.

7.2935. À cet égard, nous notons que la situation examinée par le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques* dans ses constatations mentionnées plus haut appelle l'attention sur un conflit potentiel entre la section 2 et la section 3 dans une situation où la mise en conformité du système préexistant de protection des IG d'un Membre avec les obligations de ce dernier en matière de marques au titre de la section 2 imposerait de diminuer la protection des IG dans le cadre de ce système. Comme ce Groupe spécial l'a expliqué, interpréter l'article 24:3 comme faisant référence à un système préexistant de protection des IG dans leur ensemble – plutôt qu'à la protection préexistante des IG particulières préexistantes – pourrait effectivement empêcher ce Membre de respecter ses obligations en matière de marques au titre de la section 2. Si, au fil du temps, les parties intéressées cherchaient à protéger un nombre croissant d'IG dans le cadre de ce système appliqué antérieurement par ce Membre, le conflit avec l'obligation de ce dernier de protéger les marques antérieures serait exacerbé. En revanche, en préservant la protection des IG particulières qui étaient déjà protégées avant l'entrée en vigueur de l'Accord sur les ADPIC, l'interprétation adoptée par le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques* évite un conflit potentiel avec les autres obligations d'un Membre au titre de cet accord tout en restant conforme au but du paragraphe 3 et des paragraphes suivants de l'article 24, qui, à nos yeux, sont censés sauvegarder les intérêts dans l'objet préexistant, y compris les droits de propriété antérieurs et les intérêts dans leur exploitation continue.

[5762] Honduras, première communication écrite, paragraphe 756.
[5763] Rapports du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques*, paragraphe 7.635.
[5764] Australie, première communication écrite, paragraphe 496.
[5765] Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Produits laitiers*, paragraphe 81. Voir aussi, en ce qui concerne l'Accord sur les ADPIC, le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, note de bas de page 49.

7.2936. Compte tenu de ce qui précède, nous constatons que le membre de phrase "la protection des indications géographiques qui existait dans ce Membre immédiatement avant la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC" s'entend de la situation de la protection des IG immédiatement avant le 1er janvier 1995 en ce qui concerne les IG particulières qui étaient protégées à ce moment dans un Membre particulier.

7.3.8.3.3 Question de savoir si l'Australie a diminué la protection des IG par le biais des mesures TPP

7.2937. Nous passons maintenant à la question de savoir si, en adoptant les mesures TPP, l'Australie a diminué la protection des IG qui existait en Australie immédiatement avant le 1er janvier 1995.

7.2938. Comme il est dit plus haut, les plaignants allèguent que les restrictions TPP concernant l'utilisation des IG sur les produits du tabac et leur emballage ont diminué cette protection. Nous croyons comprendre que les plaignants n'affirment pas qu'en vertu de l'article 22 de l'Accord sur les ADPIC, les Membres seraient tenus d'accorder un droit d'utiliser une IG.[5766] En fait, ils allèguent que la protection des IG que prévoyait la législation intérieure australienne immédiatement avant le 1er janvier 1995 impliquait le droit ou la faculté d'utiliser une IG et que c'est cet élément de la protection intérieure qui a été diminué du fait des restrictions sur l'utilisation des IG qui résultent des mesures TPP. L'Australie convient que, si un Membre protégeait un droit d'utilisation concernant une IG particulière dans le cadre de sa législation intérieure avant le 1er janvier 1995, il ne serait pas autorisé à diminuer la protection de cette IG en en prohibant l'utilisation lors de la mise en œuvre de la section 3 de l'Accord sur les ADPIC. Elle conteste cependant l'affirmation selon laquelle un quelconque droit d'utilisation de ce type existait dans le cadre de sa législation intérieure à cette date.[5767]

7.2939. Pour examiner les allégations des plaignants, nous devons nous pencher sur la protection des IG telle qu'elle existait dans le cadre de la législation australienne avant le 1er janvier 1995, et sur la question de savoir si cette protection a été diminuée du fait du fonctionnement des mesures TPP en relation avec les IG. Pour éclairer cette évaluation, nous décrivons d'abord la base de la protection des IG en Australie et le fonctionnement des mesures TPP en relation avec les IG.

7.2940. Comme indiqué plus haut plus en détail[5768], les marques et les IG sont actuellement protégées en Australie en vertu de la Loi TM. L'Australie explique qu'elle a adopté cette loi pour mettre en œuvre ses obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC et que l'article 61 de ladite loi met spécifiquement en œuvre les obligations concernant les IG, dans la mesure où la législation existante n'y pourvoit pas déjà.[5769] En vertu de la Loi TM, un signe qui constitue une IG est susceptible d'être enregistré comme marque. Dans la mesure où les IG sont enregistrées comme marques en Australie, elles le sont généralement comme marques de certification. Les marques collectives peuvent aussi assurer la protection des signes qui constituent des IG en Australie. Comme pour d'autres marques enregistrée, le titulaire d'une marque de certification ou d'une marque collective enregistrées peut engager une action pour atteinte aux droits contre l'usage non autorisé d'un signe par des tiers. L'Australie maintient également une protection des marques et des IG dans d'autres domaines du droit australien, y compris au titre des mesures générales de protection des consommateurs visant les indications trompeuses. La Loi CCA établit une interdiction générale des comportements trompeurs ou de nature à induire en erreur dans les

[5766] Voir Honduras, deuxième communication écrite, paragraphes 419 et 421; et République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 771. Bien qu'elle fasse valoir que pour déterminer si une IG peut être utilisée, il est nécessaire d'analyser si elle est protégée dans un Membre (Cuba, première communication écrite, paragraphe 370), dans le contexte de son allégation au titre de l'article 22:2 b), Cuba incorpore spécifiquement l'argument du Honduras selon lequel celui-ci ne postule pas un droit d'utiliser une IG. Voir Cuba, réponse à la question n° 55 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial) (incorporant les arguments formulés par le Honduras dans sa deuxième communication écrite, paragraphes 419 et 421). À cet égard, nous rappelons la constatation que nous avons formulée plus haut au paragraphe 7.2860 selon laquelle, conformément à l'article 22:2 b), l'obligation faite aux Membres est de prévoir les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'empêcher, en ce qui concerne les IG, toute utilisation qui constitue un acte de concurrence déloyale; cet article ne confère pas aux parties intéressées un droit ou un pouvoir positif d'utiliser des IG.

[5767] Australie, réponse à la question n° 43 du Groupe spécial.

[5768] Voir plus haut la section 2.3.

[5769] Australie, première communication écrite, paragraphe 493.

échanges ou le commerce. Dans le cadre de la Loi CTD, l'Australie interdit en outre l'importation de tout produit comportant une désignation commerciale mensongère. Elle maintient également une protection, régie par la *common law*, de la réputation des entreprises, par le biais du délit de "substitution", qui peut assurer une protection additionnelle contre les indications fallacieuses. Ni les marques ni les IG ne sont protégées en soi par le biais de ce délit, bien qu'elles puissent avoir une valeur probante quant à l'existence de la réputation d'un commerçant sur le marché pertinent et au préjudice causé.[5770]

7.2941. Nous rappelons que, comme nous l'avons expliqué plus haut[5771], les mesures TPP réglementent l'apparence des marques et des inscriptions[5772] sur l'emballage pour la vente au détail et sur les produits du tabac. Les mesures TPP interdisent l'usage sur les produits du tabac et leurs emballages pour la vente au détail de tous éléments stylisés ou figuratifs contenus dans une IG et de tout signe figuratif constituant une IG. Elles autorisent l'usage d'un mot constituant une IG sur l'emballage pour la vente au détail du tabac et sur les bagues de cigare dans la mesure où ce mot fait partie du nom de la marque, de la raison sociale ou du nom de la société, ou du nom de variante du produit[5773], à condition qu'il apparaisse sous la forme prescrite par le Règlement TPP. Nous notons que ni l'article 4 ni l'article 20 3) de la Loi TPP ne définissent le terme "nom de marque"[5774]; en particulier, en autorisant l'usage du "nom de la marque", la Loi TPP, telle qu'elle est libellée, ne fait pas de différence entre les noms de marques qui sont composés de mots simples ou multiples, ou selon que ce ou ces mots sont protégés ou non en tant que marque, qu'IG ou les deux, ou ne sont protégés par aucune forme de droit de propriété intellectuelle en Australie. Nous notons par ailleurs que la définition du "nom de variante" donnée à l'article 4.1 de la Loi TPP est étroite et qu'il est probable que la plupart des IG ne répondent pas à cette définition.[5775] Lorsqu'une IG est la même que le nom du pays d'origine du produit, son utilisation est aussi autorisée, sous la forme prescrite par les mesures TPP, sur l'emballage pour la vente au détail du tabac[5776] et sur les bagues de cigare.[5777]

7.2942. Nous rappelons la constatation que nous avons formulée plus haut selon laquelle le membre de phrase "la protection des indications géographiques qui existait dans ce Membre immédiatement avant la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC" figurant à l'article 24:3 s'entend de la situation de la protection des IG immédiatement avant le 1er janvier 1995 en ce qui concerne les IG particulières qui étaient protégées à ce moment dans un Membre particulier.

7.2943. Comme l'observe l'Australie[5778], seule Cuba a identifié une IG spécifique, à savoir "Habanos", dont elle allègue qu'elle était protégée en Australie immédiatement avant le 1er janvier 1995. Cuba explique que le terme "Habanos" permet d'identifier les cigares roulés à la main originaires de Cuba qui ont été produits selon des normes spécifiques et dont la qualité et la réputation sont imputables à leur origine géographique.[5779] Elle fait valoir que le terme "Habanos" a bénéficié de la protection qui existait alors pour les IG en Australie, que cette protection a, depuis, été diminuée du fait des mesures TPP et que l'Australie n'a donc pas respecté l'article

[5770] Pour des plus amples détails, voir plus haut la section 2.3.

[5771] Voir plus haut les sections 2.1.2.3.3 et 2.1.2.4. Voir aussi plus haut notre examen aux paragraphes 7.2854 à 7.2856.

[5772]La définition du terme "inscription" figurant à l'article 4 de la Loi TPP se lit comme suit: "a) inclut (sans limitation) les lignes, lettres, numéros, symboles, illustrations ou images quels qu'ils soient; mais b) (sauf dans les cas où elle fait référence à une marque) n'inclut pas de marque". Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1).

[5773] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 20 3) a); et Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 3.2.1 3) a).

[5774]Alors que la Loi TPP ne définit pas le terme "nom de marque", nous notons que le Règlement CI dispose que "[d]ans le présent règlement, sauf dans les cas où l'intention contraire est évidente: … la ***marque*** inclut les inscriptions, formules, noms, mots, lettres, chiffres ou symboles quels qu'ils soient et toute combinaison consistant en deux de ces éléments ou plus". Règlement CI (pièces AUS-251, DOM-155, CUB-1), article 5 1) (caractères gras dans l'original).

[5775] Voir plus haut la note de bas de page 5650 pour la définition du "nom de variante" telle qu'elle figure dans la Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 4.1.

[5776] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règles 2.3.1 c) et 2.3.4.

[5777] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 3.2.1.3 b).

[5778] Australie, première communication écrite, paragraphe 494.

[5779] Cuba, première communication écrite, paragraphe 367.

24:3.[5780] Nous examinons par conséquent si la protection dont jouit le terme "Habanos" en tant qu'IG en Australie a été diminuée depuis le 1er janvier 1995.

7.2944. L'Australie observe que l'IG "Habanos" est enregistrée en tant que marque en Australie depuis le 16 avril 2010 (marque enregistrée 1356832) et n'était donc pas protégée en tant que marque en vertu de la Loi TM avant cette date.[5781] Cuba ne conteste pas cette date d'enregistrement de l'IG "Habanos" en tant que marque.[5782] Dans la mesure où "Habanos" n'était pas protégé en tant que marque en Australie avant le 1er janvier 1995, l'article 24:3 ne s'applique pas à la protection dont il jouit actuellement en Australie du fait de son enregistrement en tant que marque le 16 avril 2010.[5783]

7.2945. L'Australie ajoute que, dans la mesure où Cuba est en mesure de prouver que le terme "Habanos" était en droit de bénéficier de protections quelles qu'elles soient prévues par la *common law* ou le droit législatif en Australie avant le 1er janvier 1995, ces protections n'ont pas été diminuées par la mise en œuvre des mesures TPP.[5784]

7.2946. L'allégation de Cuba concernant l'IG "Habanos" soulève deux questions. La première est de savoir si la protection dont toute IG (y compris, dans la mesure où il était alors protégé, le terme "Habanos") aurait pu jouir en vertu de la *common law* ou du droit législatif immédiatement avant le 1er janvier 1995 a été diminuée du fait des mesures TPP. Cette évaluation supposerait

[5780] Cuba allègue que l'Australie n'a pas respecté l'article 24:3 parce qu'elle a diminué le niveau de protection de l'IG "Habanos". Cuba, première communication écrite, paragraphes 365 et 378. En réponse à la question n° 44 du Groupe spécial, Cuba fait valoir que la définition d'une IG donnée à l'article 22:1 couvre, outre le terme "Habanos", le sceau de garantie du gouvernement cubain et les IG des fabricants de tabac cubains, y compris "Cohiba", "Hoyo de Monterrey", "Cabanas", "Cuaba" et "San Cristobal de La Habana". Elle fait aussi référence à des éléments graphiques, comme la représentation graphique du blason national cubain, le palmier royal, etc., qui figurent sur le sceau de garantie du gouvernement cubain, l'image des champs de tabac de Pinar del Rio de la marque Vegas Robaina et l'image d'une tête d'Indien de la marque Cohiba. Cuba n'allègue cependant pas que ces IG existaient en Australie le 1er janvier 1995. Dans sa réponse à la question n° 46 du Groupe spécial, elle fait uniquement référence à l'IG "Habanos". Elle mentionne "Cohiba", "Cuaba", "Hoyo de Monterrey" et "San Cristobal de La Habana" en tant que marques cubaines de la classe 34 dans sa première communication écrite, annexe 1, partie 1, points 6; 7 et 8; 20; et 44, respectivement.

En réponse à la question n° 46 posée par le Groupe spécial en vue d'obtenir des éclaircissements sur toute IG particulière que les plaignants jugent pertinente pour leurs allégations au titre de l'article 24:3, le Honduras, la République dominicaine et l'Indonésie (par référence à sa réponse à la question n° 44 du Groupe spécial) confirment que leurs allégations au titre de cette disposition concernent le niveau global de protection des IG plutôt que la protection d'IG spécifiques.

[5781] Australie, première communication écrite, paragraphe 494.

[5782] Cuba fait référence au même enregistrement de "Habanos" en tant que marque composée dans sa première communication écrite, annexe 1, partie 1, point 19.

[5783] Nous notons que, bien que le Honduras n'ait identifié aucune IG spécifique qui ait été protégée en tant que marque en Australie avant 1995, il avance des arguments concernant la protection des IG en tant que marques en Australie. Il soutient que l'article 20 de la Loi TM australienne prévoit un droit exclusif de faire usage d'une marque, y compris une marque contenant une IG, et que ce droit d'usage a été diminué pour les IG relatives au tabac. Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 440. L'Australie répond que les articles 171 et 20 1) de la Loi TM accordent aux titulaires de marques enregistrées et de marques de certification, respectivement, une exclusivité d'usage, dont le respect est assuré au moyen du droit d'engager une action pour atteinte aux droits par des tiers. Elle explique, en faisant référence à un arrêt de la Cour suprême australienne dans l'affaire JTI c. Commonwealth, que la nature des droits accordés en Australie aux titulaires de marques tant en vertu de la *common law* qu'en vertu du droit législatif sont des droits négatifs d'exclusion. Australie, réponse à la question n° 184 du Groupe spécial. Nous notons que le Groupe spécial *États-Unis – Réduction à zéro (CE)*, rappelant que de précédents groupes spéciaux et l'Organe d'appel avaient traité les questions portant sur la teneur et l'interprétation de la législation intérieure comme des questions de fait, a noté qu'"[u]n aspect de ce principe [était] la nécessité pour un tribunal international de prendre en compte les décisions des tribunaux internes concernant le sens du droit interne". Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Réduction à zéro (CE)*, paragraphe 7.53. Dans les présents différends, le Honduras n'a pas démontré que, contrairement aux explications de l'Australie et au récent arrêt de la Cour suprême australienne, le titulaire d'une marque aurait disposé, avant le 1er janvier 1995, d'un droit positif de faire usage de sa marque en Australie. Nous notons en outre qu'un plaignant, à savoir l'Indonésie, fait référence à l'Australie comme étant "un marché sans droit positif de faire usage d'une marque". Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 89. Compte tenu de ce qui précède, nous notons par conséquent que, même si les plaignants avaient identifié une IG qui était protégée en tant que marque en Australie avant le 1er janvier 1995, les mesures TPP n'auraient pas pu diminuer la protection de cette IG en violation de l'article 24:3 pour ce qui est d'un droit de faire usage d'une marque dont le Honduras n'a pas montré qu'il existait dans la législation australienne avant le 1er janvier 1995.

[5784] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 71.

d'établir, dans la mesure où cela est nécessaire, ce qu'était la protection à cette date et ce qu'elle est à l'heure actuelle dans la législation intérieure australienne pertinente, et de comparer les deux. La deuxième question est de savoir si nous avons devant nous des éléments de preuve suffisants pour conclure que le terme "Habanos" était en fait protégé en Australie en tant qu'IG immédiatement avant cette date et était donc en droit de bénéficier de cette protection.

7.2947. Nous examinons d'abord si la protection dont jouissaient les IG en vertu du droit législatif ou de la *common law* en Australie immédiatement avant le 1er janvier 1995 a diminué du fait des mesures TPP, en supposant, pour les besoins du débat, que le terme "Habanos" était protégé en tant qu'IG en vertu de ces instruments. Si nous concluons que la protection des IG a été diminuée au regard de ces protections prévues par le droit législatif et la *common law*, nous aborderons alors la deuxième question, qui est de savoir si le terme "Habanos" était en fait protégé en Australie en tant qu'IG à cette date.

7.2948. Nous rappelons que les allégations du Honduras, de la République dominicaine et de l'Indonésie au titre de l'article 24:3 concernent le niveau global de protection des IG plutôt que la protection des IG spécifiques quelles qu'elles soient. Ces allégations font cependant double emploi avec l'allégation de Cuba concernant l'IG "Habanos", dans la mesure où le succès de cette allégation dépend de la question de savoir si le niveau global de la protection des IG prévue par le droit législatif et la *common law* en Australie (et, par voie de conséquence, la protection accordée au terme "Habanos" en vertu de ces instruments) a été diminué du fait des mesures TPP.[5785] En examinant l'allégation de Cuba, nous prendrons donc en considération les arguments de tous les plaignants concernant la protection globale des IG prévue par le droit législatif et la *common law* d'Australie, avant le 1er janvier 1995, ainsi que les réponses de l'Australie.

7.2949. Cuba fait valoir que "l'aptitude à utiliser" une IG est un élément nécessaire de l'analyse de la question de savoir si cette IG est "protégée"[5786] et que "protection signifie "droit de faire usage" d'un nom géographique".[5787] Elle affirme qu'immédiatement avant le 1er janvier 1995, les exportateurs cubains pouvaient utiliser l'IG "Habanos" sous sa forme originale sur l'emballage des gros cigares roulés à la main vendus sur le marché australien, mais que du fait des mesures TPP, ils ne sont plus en mesure d'utiliser cette IG (sous sa forme originale ou sous une forme modifiée) sur les boîtes de gros cigares roulés à la main vendues sur le marché australien. Cuba allègue qu'avant 1995, l'IG "Habanos" bénéficiait de la liberté d'utiliser tout mot ou élément en association avec la fourniture de biens ou de services prévue par la *common law*.[5788] L'Australie répond qu'aucune protection prévue par la *common law* et le droit législatif dont l'IG "Habanos" aurait pu bénéficier avant cette date n'a été diminuée par la mise en œuvre des mesures TPP. En particulier, il n'y a pas actuellement, et il n'y avait pas alors, de droit d'utiliser une IG protégé par la législation australienne. De l'avis de l'Australie, les plaignants confondent l'aptitude à utiliser une IG conformément à la législation australienne avec le droit d'utiliser une IG conformément à la législation australienne.[5789] L'Australie ajoute que, dans l'affaire *JTI c. Commonwealth*, la Cour suprême australienne a récemment affirmé que de par leur nature, les droits accordés en Australie aux titulaires de marques (tant en vertu de la *common law* qu'en vertu du droit législatif) étaient des droits *négatifs* d'exclusion.[5790]

7.2950. L'Australie a adopté sa Loi TM de 1995 pour mettre en œuvre ses obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC en ce qui concerne les IG dans la mesure où la législation existante n'y

[5785] Nous notons que, normalement, la protection dont peut bénéficier une IG particulière en vertu de la législation intérieure est accordée au moyen d'un système global de protection des IG qui suppose de déterminer le champ des droits accordés aux IG protégées, ainsi que la nature et l'ampleur des exceptions à ces droits. Dans la mesure où une IG particulière était protégée à un stade quelconque en vertu d'un tel système général de protection, toute diminution de la protection accordée à cette IG particulière résulterait généralement d'un ajustement plus large de ce système global de protection. Par conséquent, dans la pratique, la question de savoir si la protection d'une IG particulière a été diminuée dépend normalement du point de savoir si la protection accordée aux IG en vertu d'un tel système juridique a été diminuée.

[5786] Cuba, première communication écrite, paragraphe 370.

[5787] Cuba, première communication écrite, paragraphe 373 (faisant référence à Audier, Protection des IG (pièce CUB-49), page 7). Dans le passage cité, Audier décrit la protection des noms géographiques en France et dans les CE, indiquant que "[d']une manière générale, protection signifie "droit de faire usage" d'un nom géographique, avec pour conséquence qu'il est parfois interdit d'en faire usage".

[5788] Cuba, première communication écrite, paragraphes 374 à 376.

[5789] Australie, première communication écrite, paragraphe 501.

[5790] Australie, réponse à la question n° 184 du Groupe spécial, paragraphe 166 (faisant référence à l'affaire *JTI c. Commonwealth* (pièces AUS-500, CUB-50), paragraphe 248 (juge Crennan)).

pourvoyait pas déjà.[5791] Avant 1995, les IG bénéficiaient déjà des mesures correctives prévues par les lois du droit législatif relatives à la protection des consommateurs et la *common law*. Nous croyons comprendre que ces mesures correctives juridiques ont pour effet de traiter diverses formes d'indications de nature à induire en erreur qui peuvent inclure l'utilisation abusive d'IG.[5792] Étant donné que ces lois et ces mesures correctives juridiques visent de diverses façons à supprimer les indications de nature à induire en erreur, du point de vue des consommateurs, et à empêcher l'appropriation indue du fonds de commerce d'un négociant, nous croyons comprendre qu'ils ne précisent pas comment les termes peuvent ou devraient être employés légitimement en tant que condition de protection contre l'utilisation abusive. Cuba n'a indiqué aucun texte de loi particulier en vertu duquel, avant 1995, la partie intéressée par l'IG "Habanos" aurait eu un droit ou un pouvoir juridiquement reconnu d'utiliser cette IG. Nous croyons plutôt comprendre que Cuba affirme qu'un tel droit tire son origine de la *common law*, étant donné qu'il reconnaît la "liberté de d'utiliser tout mot ou élément en association avec la fourniture de biens ou de services".[5793] Cuba n'a cependant pas expliqué comment une telle liberté d'utiliser tout mot ou élément équivaudrait à un droit ou un pouvoir juridiquement protégé d'utiliser un tel mot ou élément sans aucune des restrictions imposées dans d'autres lois applicables. Elle n'a donc pas démontré qu'en vertu des protections prévues par le droit législatif ou la *common law* avant 1995, les parties intéressées auraient disposé, en ce qui concerne les IG, d'un droit juridiquement protégé d'utiliser leurs IG. Même à supposer, pour les besoins de l'argumentation, que les mesures correctives contre les indications de nature à induire en erreur prévues par le droit législatif ou la *common law* auraient été applicables en ce qui concerne l'IG "Habanos" immédiatement avant le 1er janvier 1995, Cuba n'a pas démontré que ses exportateurs auraient disposé en Australie d'un droit juridiquement protégé d'utiliser à cette date l'IG "Habanos" sous sa forme originale sur l'emballage des gros cigares roulés à la main. Même si les exportateurs cubains avaient pu utiliser sur le marché, à cette date, de l'IG "Habanos" sans enfreindre les lois applicables, cette capacité ne peut pas être assimilée à un droit positif, juridiquement reconnu, d'utiliser l'IG conformément à la législation australienne.[5794]

7.2951. Le Honduras estime que la question n'est pas de savoir si un "*droit de faire usage*" d'une IG existait dans la législation nationale australienne avant 1995.[5795] Il fait valoir, au lieu de cela, que le terme "protection" figurant à l'article 24:3 devrait être lu à la lumière de la note de bas de page 3 de l'Accord sur les ADPIC de façon à englober, entre autres choses, l'aptitude à utiliser des inscriptions distinctives pour accéder au statut d'IG, ainsi que l'aptitude à faire respecter effectivement les droits d'empêcher l'utilisation de nature à induire en erreur ou d'autres utilisations d'indications qui réduisent la force des droits de propriété intellectuelle.[5796] Le Honduras ajoute que l'aptitude à utiliser des IG faisait partie du système de protection de ces IG avant 1995.[5797] Il soutient que "[d]epuis le 1er décembre 2012, cependant, le niveau de protection a été réduit en deçà du niveau d'avant 1995 car aucune nouvelle IG ne peut être créée et les IG existantes ne peuvent pas être maintenues au niveau de solidité déterminé par leur titulaire".[5798]

7.2952. Nous rappelons que nous avons constaté au paragraphe 7.2950 que Cuba n'avait pas démontré qu'en vertu des protections prévues par le droit législatif ou la *common law* applicables aux IG en Australie avant 1995, les parties intéressées auraient disposé, en ce qui concerne les IG, d'un droit juridiquement protégé d'utiliser leurs IG. À notre avis, le Honduras n'a pas

[5791] Australie, première communication écrite, paragraphe 493.

[5792] Voir plus haut les paragraphes 2.89 à 2.93.

[5793] Cuba, première communication écrite, paragraphe 376 (faisant référence à l'affaire *JTI c. Commonwealth* (pièces AUS-500, CUB-50), paragraphe 76 (juge Gummow)). Nous notons que le membre de phrase cité par Cuba est précédé par le membre de phrase "en l'absence de prohibitions énoncées ailleurs dans la *common law* ou dans la loi". Au paragraphe 76 de cet arrêt, le juge Gummow note avec approbation l'affirmation formulée par le Solicitor General du Queensland dans sa communication orale, selon laquelle "en l'absence de prohibitions énoncées ailleurs dans la *common law* ou dans la loi, il y [a] dans la *common law* une liberté d'utiliser tout mot ou élément en association avec la fourniture de biens ou de services". Le Solicitor General a estimé ensuite que "cette liberté prévue par la *common law* n'était pas de nature exclusive".

[5794] Autrement dit, le champ de la protection juridique accordée aux IG en Australie dans le cadre des lois et recours juridiques applicables à la date pertinente ne peut pas être assimilé à un droit juridique d'utiliser une IG de quelque manière que ce soit.

[5795] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 437. Le Honduras a d'abord fait valoir qu'avant le 1er janvier 1995, la législation australienne protégeait les IG en autorisant leurs titulaires à les utiliser. Honduras, première communication écrite, paragraphe 767.

[5796] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 437.

[5797] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 438.

[5798] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 439.

suffisamment expliqué comment l'aptitude d'utiliser une IG équivaudrait à un droit protégé et n'a pas démontré qu'en vertu de ces protections prévues par le droit législatif ou la *common law* applicables aux IG avant 1995, les parties intéressées auraient eu, en ce qui concerne les IG, l'aptitude juridiquement protégée d'utiliser leurs IG, qui entrerait donc dans le champ du terme "protection" au sens de l'article 24:3 de l'Accord sur les ADPIC.

7.2953. Nous notons par ailleurs que le Honduras fait aussi valoir que, compte tenu de la note de bas de page 3 de l'Accord sur les ADPIC, le terme "protection" figurant à l'article 24:3 devrait être interprété comme englobant l'aptitude à utiliser des inscriptions distinctives pour accéder au statut d'IG.[5799] Nous notons que, selon ses propres termes, la note de bas de page 3 définit le terme "protection" aux fins des obligations en matière de traitement national et de traitement NPF au titre des articles 3 et 4 de l'Accord sur les ADPIC.[5800] À notre avis, cette définition, qui est pertinente pour interpréter la portée des obligations internationales découlant de l'Accord sur les ADPIC, ne donne pas d'indication sur l'évaluation factuelle de l'état de la législation intérieure australienne telle qu'elle existait avant l'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC. Elle n'étaye donc pas l'interprétation selon laquelle l'aptitude à utiliser une IG sur le marché australien serait un droit juridiquement protégé dans la législation australienne.

7.2954. La République dominicaine fait valoir que l'Australie établit une "fausse distinction" entre une liberté du marché et le droit d'utilisation. Elle observe qu'immédiatement avant l'entrée en vigueur de l'Accord sur les ADPIC, il n'y avait pas de ""droit" formel "de faire usage"" des IG dans le cadre de la législation australienne, mais fait valoir que cela ne constitue pas un moyen de défense pour ce qui est de la violation alléguée de l'article 24:3 par l'Australie. La République dominicaine soutient qu'il importe peu que cette protection des IG ait été rendue possible par un "droit de faire usage" ou par une "liberté du marché".[5801] Elle n'a cependant pas démontré que les libertés générales du marché auxquelles elle fait référence, dans le cadre de laquelle les agents du marché qui étaient titulaires d'IG ont exercé leur activité au sein du marché australien avant 1995, équivalaient à des droits ou des pouvoirs juridiquement protégés par la législation australienne à cette date.[5802]

7.2955. Cuba avance un autre argument relatif à la protection prévue par la *common law* australienne contre le délit de substitution. Elle estime que le terme "Habanos" s'est forgé une réputation qui est en droit de bénéficier de la protection prévue par la *common law* contre ce délit. Elle fait valoir que "l'incapacité d'utiliser l'IG "Habanos" pour les gros cigares roulés à la main" fragilisera progressivement la réputation de cette IG en Australie et entraînera par conséquent une réduction ou une limitation du champ d'une action en justice effective pour délit de substitution. Elle soutient que les mesures TPP diminueront donc inévitablement la protection dont l'IG "Habanos" jouissait avant le 1er janvier 1995 et sont donc contraires à l'article 24:3 de l'Accord sur les ADPIC.[5803] L'Australie réplique qu'aucun aspect des mesures TPP, y compris les aspects

[5799] Honduras, deuxième communication écrite, paragraphe 437.

[5800] La note de bas de page 3 de l'Accord sur les ADPIC est libellée comme suit: "Aux fins des articles 3 et 4, la "protection" englobera les questions concernant l'existence, l'acquisition, la portée, le maintien des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter ainsi que les questions concernant l'exercice des droits de propriété intellectuelle dont le présent accord traite expressément". Le Groupe spécial *Indonésie – Automobiles* a expliqué que, "[c]omme il ressort clairement de la note de bas de page relative à l'article 3 de l'Accord sur les ADPIC, la règle du traitement national énoncée dans cet article ne s'applique pas à l'exercice des droits de propriété intellectuelle d'une manière générale mais uniquement aux "questions concernant l'exercice des droits de propriété intellectuelle dont le présent accord traite expressément"". Rapport du Groupe spécial *Indonésie – Automobiles*, paragraphe 14.275.

[5801] République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 804 et 805; et réponse à la question n° 48 du Groupe spécial.

[5802] Nous notons que l'Accord sur les ADPIC lui-même établit une distinction entre les règlements relatifs à la propriété intellectuelle et les autres domaines de réglementation. Comme l'a noté le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques*, les principes énoncés à l'article 8 de l'Accord sur les ADPIC "reflètent le fait que l'Accord sur les ADPIC ne prévoit généralement pas l'octroi de droits positifs pour exploiter ou utiliser un certain objet, mais prévoit plutôt l'octroi de droits négatifs pour empêcher certains actes. Cette caractéristique fondamentale de la protection de la propriété intellectuelle donne par essence aux Membres la liberté de poursuivre des objectifs légitimes de la politique générale publique puisque bon nombre des mesures visant à atteindre de tels objectifs ne relèvent pas des droits de propriété intellectuelle et ne nécessitent pas une exception au titre de l'Accord sur les ADPIC". Rapports du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)*, paragraphe 7.210; et *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.246.

[5803] Cuba, réponse à la question n° 43 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial).

prohibitifs des mesures, n'interfère avec le fonctionnement d'une action pour délit de substitution prévue par la *common law*. Elle ajoute que les gouvernements ne sont pas obligés de créer ou d'autoriser les conditions de marché qui donnent lieu à une action pour délit de substitution.[5804]

7.2956. Nous croyons comprendre que Cuba ne fait pas valoir que l'action pour délit de substitution prévue par la *common law* australienne aurait en tant que telle été systématiquement affaiblie du fait des mesures TPP. Cuba fait plutôt valoir que "l'incapacité d'utiliser l'IG Habanos pour les gros cigares roulés à la main" fragilise "inévitablement" la réputation de cette IG, rendant donc plus difficile l'engagement d'une action pour délit de substitution en ce qui concerne cette IG spécifique. Nous rappelons que l'obligation qui découle pour chaque Membre de l'article 24:3 est de ne pas diminuer "la protection des indications géographiques qui existait dans ce Membre immédiatement avant la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC", membre de phrase dont nous avons constaté, au paragraphe 7.2936, qu'il faisait référence à la situation de la protection des IG immédiatement avant le 1er janvier 1995 en ce qui concerne les IG particulières qui étaient protégées à ce moment dans un Membre particulier. Dans la mesure où le terme "Habanos" était protégé en tant qu'IG en Australie avant 1995, il aurait bénéficié des mesures correctives prévues par les lois du droit législatif relatives à la protection des consommateurs et la *common law* qui traitent diverses formes d'indications de nature à induire en erreur pouvant inclure l'utilisation abusive d'IG.[5805] Les plaignants n'ont pas montré qu'une telle protection aurait été diminuée, en général ou spécifiquement, en ce qui concerne le terme "Habanos". En particulier, à supposer que de telles mesures correctives juridiques étaient disponibles pour l'IG "Habanos" avant 1995, Cuba n'a pas démontré qu'elles allaient de pair avec un pouvoir juridiquement protégé d'utiliser l'IG "Habanos" afin de maintenir la force de sa protection contre le délit de substitution. Nous croyons comprendre que la manière dont une partie intéressée utilise son IG dans le cadre de le réglementation du marché applicable pour maintenir la réputation de cette IG ne fait pas partie de la protection juridique que l'Australie acorde en vertu de cet instrument juridique interne et n'est donc pas visée par le terme "protection" figurant à l'article 24:3. Nous constatons, par conséquent, que l'Australie n'est pas obligée, conformément à l'article 24:3, de créer, d'autoriser ou de maintenir les conditions de marché qui peuvent donner lieu à une action pour délit de substitution.

7.2957. Compte tenu des éléments de preuve qui nous ont été présentés, nous constatons que les plaignants n'ont pas démontré que la protection dont les IG jouissaient immédiatement avant le 1er janvier 1995 dans le droit australien, y compris au titre des mesures générales de protection des consommateurs visant les indications trompeuses ou du délit de substitution prévu par la *common law*, a été diminuée du fait des mesures TPP.

7.2958. Compte tenu de cette constatation, nous ne jugeons pas nécessaire d'examiner la question de savoir si nous avons devant nous des éléments de preuve suffisants pour conclure que le terme "Habanos" était protégé en tant qu'IG en Australie immédiatement avant le 1er janvier 1995 au sens de l'article 24:3.

7.3.8.4 Conclusion

7.2959. À la lumière de l'analyse qui précède, nous constatons que les plaignants n'ont pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 24:3 de l'Accord sur les ADPIC.

7.4 Article IX:4 du GATT de 1994

7.2960. L'article IX:4 du GATT de 1994 dispose ce qui suit:

> En ce qui concerne le marquage des produits importés, les lois et règlements des Membres seront tels qu'il sera possible de s'y conformer sans occasionner de dommage grave aux produits, ni réduire substantiellement leur valeur, ni accroître indûment leur prix de revient.[5806]

[5804] Australie, réponse à la question n° 185 du Groupe spécial.
[5805] Voir plus haut les paragraphes 2.89 à 2.93.
[5806] Conformément au paragraphe 1 a) du GATT de 1994:

7.2961. Cuba, seul plaignant à formuler cette allégation, fait valoir que les mesures TPP sont contraires à l'article IX:4 du GATT de 1994. L'Australie rejette l'allégation de Cuba et soutient que les mesures TPP ne sont pas incompatibles avec l'article IX:4 et seraient, en tout état de cause, justifiées par l'article XX b) du GATT de 1994.

7.4.1 Principaux arguments des parties[5807]

7.2962. Sur la base du sens ordinaire des termes "marque" et "origine", Cuba fait valoir que les mesures TPP, dans la mesure où elles limitent l'utilisation de l'IG Habanos (et des IG en général), sont des mesures qui affectent les "marques" et, par extension, le "marquage" des produits du tabac.[5808] Elle ajoute que les produits du tabac fabriqués en Australie n'étant associés à aucune IG, les restrictions imposées par l'Australie sur l'affichage d'IG sur l'emballage des produits du tabac ne peuvent s'appliquer qu'aux produits importés. Elle soutient qu'en conséquence, la prohibition appliquée par l'Australie à l'affichage des IG est une mesure qui porte exclusivement sur le marquage des "produits importés" et, par conséquent, relève de l'article IX:4 du GATT de 1994.[5809] Selon Cuba, les mesures TPP sont contraires à l'article IX:4 du GATT de 1994 parce qu'elles réduisent substantiellement la valeur des gros cigares cubains roulés à la main en interdisant que l'IG Habanos et le sceau de garantie du gouvernement cubain[5810] soient apposés sur l'emballage des produits du tabac en provenance de Cuba.[5811]

7.2963. Cuba ne conteste pas que les mesures TPP permettent d'indiquer le pays d'origine (par exemple "Fabriqué à Cuba") sur les gros cigares cubains roulés à la main.[5812] Son allégation se rapporte à ce qu'elle décrit comme une prohibition de l'IG Habanos et du sceau de garantie du gouvernement cubain au titre des mesures TPP. Selon Cuba, l'hypothèse selon laquelle les IG sont, en règle générale, associées à des surprix a été cautionnée dans la recherche universitaire et par des organismes faisant autorité comme l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO). De la même façon, Cuba fait valoir qu'une prohibition concernant l'affichage d'une IG existante limite l'aptitude des exportateurs à pratiquer un surprix et est susceptible de réduire la valeur des produits affectés par rapport à ce qu'elle serait autrement.[5813] Elle ajoute que la prohibition imposée par l'Australie à l'affichage de l'IG Habanos et du sceau de garantie du gouvernement cubain[5814] sera inévitablement une source d'incertitude pour les consommateurs quant à l'authenticité des produits qu'ils achètent[5815] et qu'il est probable que cette incertitude des consommateurs sera particulièrement forte dans des circonstances où une IG qui a été utilisée

---

> L'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (le "GATT de 1994") comprendra: a) les dispositions de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, en date du 30 octobre 1947, annexé à l'Acte final adopté à la clôture de la deuxième session de la Commission préparatoire de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et l'emploi (à l'exclusion du Protocole d'application provisoire), tel qu'il a été rectifié, amendé ou modifié par les dispositions des instruments juridiques qui sont entrés en vigueur avant la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC.

Le paragraphe 2 a) du GATT de 1994 comprend la note explicative suivante: "Dans les dispositions du GATT de 1994, l'expression "partie contractante" sera réputée s'entendre d'un "Membre"."

[5807] Les arguments plus détaillés des parties sont disponibles dans les résumés analytiques de ces dernières, à l'annexe B.

[5808] Cuba, première communication écrite, paragraphe 420.

[5809] Cuba, première communication écrite, paragraphe 421.

[5810] Cuba, réponse à la question n° 79 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial).

[5811] Cuba, première communication écrite, paragraphe 419; et réponse à la question n° 138 du Groupe spécial.

[5812] Selon Cuba, "[e]n effet, les seuls renseignements pertinents au sujet des gros cigares cubains roulés à la main qui puissent figurer sur l'emballage pour la vente au détail sont une indication selon laquelle les cigares sont "Fabriqué[s] à Cuba" et une indication selon laquelle l'emballage contient des cigares roulés à la main. Aucune autre information ne peut être fournie au consommateur". Cuba, première communication écrite, paragraphe 71 (notes de bas de page omises) (faisant référence au Règlement CI (pièces AUS-251, DOM-155, CUB-1), règle 8 c) i), lu avec le Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 2.3.4, et au Règlement CI (pièces AUS-251, DOM-155, CUB-1), règle 8 c) ii) (exigeant une "désignation exacte")). Voir aussi Cuba, réponse à la question n° 189 du Groupe spécial.

[5813] Cuba, première communication écrite, paragraphe 423.

[5814] Cuba, réponse à la question n° 79 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial).

[5815] Cuba, première communication écrite, paragraphe 425.

pendant des décennies est soudainement retirée du marché.[5816] Selon Cuba, il s'ensuit qu'une prohibition de l'affichage de l'IG Habanos et du sceau de garantie du gouvernement cubain[5817] aura pour effet de à réduire la valeur des gros cigares cubains roulés à la main (par rapport à la valeur qu'ils auraient si l'IG Habanos pouvait être affichée sur leur emballage pour la vente au détail).[5818]

7.2964. L'Australie fait valoir que l'allégation de Cuba est "dénuée de fondement"[5819] pour trois raisons. Premièrement, Cuba n'a pas démontré que l'article IX du GATT de 1994 s'appliquait au marquage des produits en général. En particulier, elle n'a pas démontré que le marquage indiquant l'origine faisait référence à "quelque chose de plus restrictif" que le pays d'origine, comme "la fabrique ou la région d'origine".[5820] Deuxièmement, Cuba n'a pas montré que l'article IX s'appliquait aussi aux prohibitions concernant l'utsage de certains marquages, et pas seulement aux prescriptions relatives à l'apposition de marques d'origine sur les produits importés.[5821] Troisièmement, Cuba n'a pas démontré que la valeur des gros cigares cubains roulés à la main avait été "substantiellement réduite" du fait des mesures TPP.[5822] L'Australie ajoute que l'article IX ne donne pas à un Membre le droit d'appliquer un marquage particulier à un produit pour la seule raison que ce Membre considère que cette inscription l'autorisera à augmenter le prix qu'il demande pour le produit.[5823] Elle estime que l'argument de Cuba, s'il était accepté, conduirait à ce que l'article IX:4 du GATT de 1994 crée un "droit d'utiliser" des IG. Dans des circonstances où l'Accord sur les ADPIC ne confère pas un tel "droit d'utiliser", il est irrecevable que l'article IX:4, qui ne mentionne même pas les IG, crée un tel droit. En particulier, si toutes les IG permettaient de pratiquer un surprix, comme Cuba le soutient, alors toute prohibition concernant l'utilisation d'une IG réduirait, selon Cuba, la valeur du produit et enfreindrait l'article IX:4.[5824]

7.2965. L'Australie ajoute que, bien que Cuba déclare que son allégation au titre de l'article IX:4 s'étend aussi au sceau de garantie du gouvernement cubain, elle n'a formulé aucun argument ni présenté aucun élément de preuve pour étayer cette allégation et n'a pas fourni d'éléments *prima facie* s'y rapportant.[5825] Selon elle, Cuba ne présente pas d'élément de preuve ni d'argument pour démontrer que l'incapacité d'utiliser le sceau de garantie du gouvernement cubain, et en particulier les images figurant sur ce sceau, a entraîné une réduction substantielle de la valeur des gros cigares cubains roulés à la main. L'ensemble des arguments de Cuba portent sur l'incapacité de celle-ci d'utiliser l'inscription "Habanos" et sur l'incidence alléguée de cette incapacité sur la valeur des gros cigares cubains roulés à la main. La seule mention du sceau de garantie du gouvernement cubain dans le contexte de l'article IX:4 est une réponse à une question du Groupe spécial, dans laquelle Cuba dit simplement que son allégation s'étend à ce sceau.[5826] L'Australie ajoute que Cuba n'explique pas pourquoi le sceau de garantie du gouvernement cubain relève des disciplines de l'article IX:4, si ce n'est en affirmant qu'il contient des "IG indirectes" ("*indicaciones geograficas indirectas*") sous forme d'images du blason cubain, de champs de tabac cubains et de l'arbre national de Cuba, le palmier royal. Selon elle, l'inscription "Cuba", qui est incluse dans le sceau de garantie du gouvernement cubain, est autorisée sur les cigares présentés dans un emballage neutre et n'apparaît pas comme faisant l'objet de la plainte cubaine. Il apparaît plutôt que la plainte de Cuba est que certaines images, comme les palmiers, ne sont plus autorisées sur ses emballages. Or il est clair que les disciplines de l'article IX ne s'étendent pas aux inscriptions graphiques simplement parce qu'elles peuvent être les symboles d'un pays particulier.[5827]

7.2966. Si le Groupe spécial devait décider que Cuba a néanmoins prouvé l'existence d'une violation de l'article IX:4 du GATT de 1994, l'Australie fait valoir que les mesures TPP sont

[5816] Cuba, première communication écrite, paragraphe 426.
[5817] Cuba, réponse à la question n° 79 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial).
[5818] Cuba, première communication écrite, paragraphe 426.
[5819] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 573.
[5820] Australie, première communication écrite, paragraphes 750 à 752.
[5821] Australie, première communication écrite, paragraphes 745 à 749.
[5822] Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 579 à 585.
[5823] Australie, première communication écrite, paragraphe 749.
[5824] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 582.
[5825] Australie, observations sur les réponses des plaignants aux questions n° 192, 194 et 195 du Groupe spécial et la note de bas de page 315.
[5826] Australie, observations sur les réponses de Cuba aux questions n° 187 à 191 et 193 du Groupe spécial.
[5827] Australie, observations sur les réponses de Cuba aux questions n° 187 à 191 et 193 du Groupe spécial.

justifiées par l'exception prévue à l'article XX b) du GATT de 1994 car elles sont nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes.[5828] À l'appui de ce moyen de défense conditionnel, elle renvoie à ses arguments au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC.[5829]

7.2967. Cuba conteste que son allégation au titre de l'article IX:4 soit "dénuée de fondement"[5830] ou que les mesures TPP soient finalement justifiées par l'exception prévue à l'article XX b) du GATT de 1994[5831], comme l'avance l'Australie. À cet égard, elle renvoie à ses arguments au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, signalant que la charge de la preuve au titre de l'article XX b) incombe à l'Australie malgré la similitude entre les critères juridiques énoncés dans les deux dispositions.[5832]

7.4.2 Principaux arguments des tierces parties[5833]

7.2968. Le Canada estime que Cuba présente de manière erronée la nature de l'obligation découlant de l'article IX:4.[5834] Ce sont uniquement les marques d'origine, et non l'univers du marquage des produits, qui font l'objet des disciplines de l'article IX:4.[5835] Selon lui, le membre de phrase "il sera possible de s'y conformer" figurant à l'article IX:4 est l'élément d'application essentiel de la disposition. Il illustre le but de l'article IX:4, qui est de soumettre à une discipline la manière dont la conformité avec un règlement relatif au marquage peut être prescrite.[5836] Étant donné que l'article IX:4 n'impose pas de discipline pour ce qui est de savoir si ou dans quelle mesure les Membres peuvent exiger de tels marquages sur les produits importés[5837], selon le Canada, une prohibition ou une restriction portant sur l'usage d'une marque d'origine n'est pas contraire à l'article IX:4.[5838]

7.2969. La Chine fait valoir que les Membres n'ont pas un pouvoir discrétionnaire illimité d'adopter des mesures de santé publique. Selon elle, des mesures de santé publique qui peuvent être incompatibles avec les dispositions du GATT de 1994, comme l'article IX:4, peuvent être justifiées au regard de l'article XX b) du GATT de 1994.[5839]

7.2970. Examinant l'application concomitante de l'Accord OTC et de l'Accord sur les ADPIC, l'Union européenne fait valoir que le marquage indiquant l'origine est quelque chose qui n'est pas mentionné expressément dans la définition d'un règlement technique figurant dans l'Accord OTC, alors que le marquage indiquant l'origine et les questions d'origine sont spécifiquement régies par l'article IX du GATT et par l'Accord sur les règles d'origine, respectivement.[5840]

7.2971. La Nouvelle-Zélande demande au Groupe spécial de rejeter l'allégation formulée par Cuba au titre de l'article IX:4 du GATT.[5841]

7.4.3 Analyse du Groupe spécial

7.2972. L'allégation formulée par Cuba au titre de l'article IX:4 du GATT de 1994 porte sur le traitement, dans le cadre des mesures TPP, de deux signes spécifiques: i) le signe que Cuba décrit comme étant l'IG Habanos; et ii) le sceau de garantie du gouvernement cubain. Cuba fait valoir que les mesures TPP, dans la mesure où elles limitent l'utilisation de ces signes, affectent le "marquage des produits importés" au sens de l'article IX:4 et "rédui[sent] substantiellement [la] valeur" des gros cigares cubains roulés à la main, en violation de l'article IX:4.

[5828] Australie, première communication écrite, paragraphes 754 à 760.
[5829] Australie, première communication écrite, paragraphes 754 à 761, en particulier les paragraphes 757 et 758.
[5830] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 396 à 400.
[5831] Cuba, deuxième communication écrite, paragraphes 401 à 413.
[5832] Cuba, réponse à la question n° 132 du Groupe spécial.
[5833] Les résumés analytiques des arguments des tierces parties figurent à l'annexe C.
[5834] Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphe 103.
[5835] Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphe 104.
[5836] Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphe 105.
[5837] Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphe 105.
[5838] Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphe 108.
[5839] Chine, communication en tant que tierce partie, paragraphe 7.
[5840] Union européenne, communication en tant que tierce partie, paragraphe 44.
[5841] Nouvelle-Zélande, communication en tant que tierce partie, paragraphe 124.

7.2973. Nous jugeons utile d'examiner d'abord en quoi consistent les deux signes spécifiques invoqués par Cuba et de faire la lumière sur la manière dont les mesures TPP affectent l'utilisation de ces signes.[5842]

7.4.3.1 Signe Habanos et sceau de garantie du gouvernement cubain

7.2974. Cuba décrit le signe Habanos comme suit:

> Par suite des efforts de Cuba pour protéger et promouvoir son industrie du cigare et ses exportations de cigares, le terme "*Habanos*", qui est devenu mondialement connu, désigne les gros cigares de qualité supérieure roulés à la main de provenance cubaine. Le terme lui-même tire son origine du nom de la ville de La Havane (ou *Habana*, en espagnol), de laquelle les cigares cubains sont exportés depuis des siècles. "*Habano*" (ou "*Habanos*" au pluriel) signifie simplement provenant de *Habana*.[5843]

7.2975. À ce propos, le signe suivant est enregistré en Australie en tant que marque composée:

Figure 18: Marque composée Habanos enregistrée en Australie



Source: Cuba, première communication écrite, annexe 1, partie 1, point n° 19.

7.2976. En outre, Cuba indique que le 27 décembre 1967, dans le cadre de l'"Arrangement de Lisbonne concernant la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international" (Arrangement de Lisbonne), elle a enregistré le terme "Habanos Denominacion de Origen Protegida (D.O.P.)".[5844] Elle appelle cela l'"IG Habanos".[5845]

7.2977. Cuba explique par ailleurs qu'en 1994, Corporación Habanos S.A. a commencé d'appliquer, dans le coin supérieur de ses boîtes de gros cigares roulés à la main, "l'IG Habanos, sous forme d'étiquette", affichant une marque composée colorée constituée du mot "Habanos" et d'une image de chevrons formant une feuille[5846], c'est-à-dire une étiquette contenant la marque composée Habanos enregistrée en Australie susmentionnée:

Figure 19: Étiquette Habanos appliquée dans le coin supérieur des boîtes de gros cigares cubains roulés à la main à partir de 1994



Source: Cuba, première communication écrite, annexe 1, partie 2, page 5.

7.2978. Cuba ajoute qu'en 2004, cette étiquette a été modifiée, comme le montre la figure 20 ci-dessous[5847], de façon à contenir à la fois la marque composée décrite plus haut et le terme "Denominación de Origen Protegida (D.O.P.)" enregistré dans le cadre de l'Arrangement de Lisbonne:

[5842] Ce faisant, nous n'établissons pas de détermination sur la question de savoir si, et le cas échéant, comment, ce que Cuba décrit comme "l'IG Habanos" est protégé en tant qu'IG en Australie et nous appellerons cette indication le "signe Habanos". Nous n'établissons pas non plus de détermination sur le point de savoir si le sceau de garantie du gouvernement cubain est protégé en tant qu'IG en Australie.

[5843] Cuba, première communication écrite, annexe 1, partie 2, paragraphe 1.

[5844] Cuba, première communication écrite, annexe 1, partie 2, paragraphe 3.

[5845] Cuba, première communication écrite, annexe 1, partie 2, paragraphe 3.

[5846] Cuba, première communication écrite, annexe 1, partie 2, paragraphe 5.

[5847] Cuba, première communication écrite, annexe 1, partie 2, paragraphe 6.

Figure 20: Étiquette Habanos appliquée dans le coin supérieur des boîtes de gros cigares cubains roulés à la main depuis 2004



Source: Cuba, première communication écrite, paragraphe 67, illustration 4.

7.2979. Cuba appelle cette étiquette "l'étiquette d'IG Habanos"[5848] et la définit aussi comme étant l'"IG Habanos".[5849]

7.2980. En réponse à une question du Groupe spécial, Cuba a confirmé que son allégation portait aussi sur le sceau de garantie du gouvernement cubain, dans la mesure où l'utilisation de ce sceau était aussi prohibée par les mesures TPP.[5850] Le sceau de garantie du gouvernement cubain est représenté dans la figure suivante:

Figure 21: Sceau de garantie du gouvernement cubain



Source: Cuba, première communication écrite, paragraphe 67, illustration 3.

7.2981. Cuba décrit la fonction du sceau de garantie du gouvernement cubain comme étant de garantir l'authenticité et l'origine cubaine.[5851] En particulier:

> Ce sceau donne une garantie de provenance et d'authenticité aux consommateurs et permet aux exportateurs cubains d'assurer un suivi et d'identifier la source. Il contient des éléments graphiques ou des indications géographiques indirectes comme la représentation graphique du blason national cubain et l'image de champs de tabac cubains, dans laquelle on peut voir l'arbre national, le palmier royal.[5852]

7.2982. Cuba ajoute que le sceau de garantie du gouvernement cubain est apposé à Cuba sur les boîtes de cigares cubains originaux et qu'il incorpore des fonctions de sécurité telles qu'un hologramme et un code-barres unique pour la localisation et le suivi de chaque boîte de cigares. Ayant une fonction d'autodestruction et ne pouvant être apposé à nouveau une fois brisé, le sceau de garantie du gouvernement cubain peut indiquer aux consommateurs s'il y a eu une tentative

[5848] Cuba, première communication écrite, annexe 1, partie 2, paragraphe 6.
[5849] Cuba, première communication écrite, paragraphe 68 et illustration 4. Comme il a été noté, Cuba appelle aussi l'enregistrement du terme "Habanos" dans le cadre de l'Arrangement de Lisbonne "IG Habanos".
[5850] Cuba, réponse à la question n° 79 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial).
[5851] Cuba, réponse à la question n° 56 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial).
[5852] Cuba, réponses aux questions n° 56 (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial) et 79 du Groupe spécial.

d'ouvrir la boîte avant sa vente au détail. Autrement dit, un sceau de garantie du gouvernement cubain intact garantit que la boîte sur laquelle il est apposé n'a été ouverte ou trafiquée à aucun moment entre son départ de la fabrique à Cuba et sa réception par le consommateur au point de vente.[5853]

7.2983. Cuba allègue de façon générale que le sceau de garantie du gouvernement cubain est "protégé par les lois relatives aux marques et à la concurrence déloyale sur les marchés d'exportation".[5854] Cependant, elle ne donne aucune autre indication pour ce qui est de savoir s'il est protégé en Australie en tant que marque, IG ou autre.

7.4.3.2 Incidence des mesures TPP sur l'utilisation du signe Habanos et du sceau de garantie du gouvernement cubain

7.2984. Cuba fait valoir que, du fait des mesures TPP, les exportateurs de cigares cubains ne peuvent apposer ni ce qu'elle décrit comme l'"IG Habanos"[5855], ni le sceau de garantie du gouvernement cubain, sur leurs boîtes de cigares vendues en Australie.[5856] Elle ajoute que les seuls renseignements pertinents au sujet des gros cigares cubains roulés à la main qui puissent figurer sur l'emballage pour la vente au détail sont une indication selon laquelle les cigares sont "Fabriqué[s] à Cuba" et une indication selon laquelle l'emballage contient des cigares roulés à la main.[5857]

7.2985. Nous croyons comprendre que, du fait des mesures TPP, le signe Habanos et le sceau de garantie du gouvernement cubain ne peuvent pas apparaître sous leur forme composée décrite plus haut sur les boîtes de cigares cubains ou sur les cigares vendus en Australie. La Loi TPP prohibe toutes les inscriptions[5858] et marques sur les produits du tabac[5859] et leur emballage[5860] et les exceptions à cette prohibition générale ne couvrent pas les signes composés.[5861] Le signe Habanos ou le sceau de garantie du gouvernement cubain ne peuvent pas non plus être apposés en tant qu'étiquettes physiques sur les boîtes de cigares cubains, étant donné la prohibition des éléments apposés sur les emballages du tabac et les exceptions limitées à cette prohibition.[5862]

7.2986. En ce qui concerne les éléments dénominatifs et non figuratifs du signe Habanos et du sceau de garantie du gouvernement cubain, nous renvoyons à notre analyse précédente au titre de l'article 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC. Nous avons noté qu'alors que la Loi TPP ne définissait pas le terme "nom de marque", le Règlement CI disposait que "[d]ans le présent règlement, sauf dans les cas où l'intention contraire est évidente: … la *marque* inclut les inscriptions, formules, noms, mots, lettres, chiffres ou symboles quels qu'ils soient et toute combinaison consistant en deux de ces éléments ou plus".[5863] Nous avons conclu que nous n'étions pas persuadés que Cuba ait établi que les mesures TPP prohibaient l'emploi du mot "Habanos"

[5853] Cuba, réponse à la question n° 173 du Groupe spécial.
[5854] Cuba, première communication écrite, paragraphe 21; deuxième communication écrite, paragraphe 23; et réponse à la question n° 56 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial).
[5855] Voir plus haut les paragraphes 7.2976, 7.2978 et 7.2979.
[5856] Cuba, première communication écrite, paragraphes 66 à 70.
[5857] Cuba, première communication écrite, paragraphe 71 (faisant référence au Règlement CI (pièces AUS-251, DOM-155, CUB-1), règle 8 c) i), lu avec le Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 2.3.4, et au Règlement CI (pièces AUS-251, DOM-155, CUB-1), règle 8 c) ii) (exigeant une "désignation exacte")).
[5858] La Loi TPP définit l'"inscription" comme étant un concept qui "a) inclut (sans limitation) les lignes, lettres, numéros, symboles, illustrations ou images quels qu'ils soient; mais b) (sauf dans le cas où elle fait référence à une marque) n'inclut pas de marque". Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 4 1), définition du terme "inscription".
[5859] Voir la Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 26.
[5860] Voir la Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), articles 20 1) et 2).
[5861] Voir la Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), articles 20 3) et 21 1). Voir le Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), sections 2.3, 2.4 et 3.2.
[5862] La Loi TPP définit un élément apposé comme étant "toute chose apposée sur l'emballage (au sens ordinaire du mot) ou jointe à celui-ci d'une autre manière, à l'exclusion du revêtement intérieur d'un paquet de cigarettes si ce revêtement est conforme aux prescriptions de la présente loi". Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 4 1), définition du terme "élément apposé". Selon la Loi TPP, "[l']emballage pour la vente au détail des produits du tabac (au sens de l'un quelconque des paragraphes a) à d) de la définition de l'emballage pour la vente au détail) ne doit comporter aucun élément inséré ou apposé, hormis ce qui est permis par le Règlement". Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 23. Voir aussi le Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), section 2.6.
[5863] Règlement CI (pièces AUS-251, DOM-155, CUB-1), article 5 1).

dans la mesure où ce mot pouvait faire partie du nom de la marque.[5864] Pour les mêmes raisons, nous constatons que Cuba n'a pas établi que d'autres éléments dénominatifs de ce qu'elle décrit comme l'"IG Habanos", par exemple "D.O.P.", ou du sceau de garantie du gouvernement cubain, par exemple le mot "Cuba", ne pouvaient pas apparaître en tant que partie du nom de la marque.

7.2987. Nous notons en outre qu'il n'est pas contesté qu'une indication du pays d'origine des produits du tabac visés par les mesures TPP est "une prescription contenue dans une autre législation qui est antérieure à l'introduction de la mesure relative à l'emballage neutre du tabac" et que "[l]a mesure relative à l'emballage neutre du tabac impose simplement la forme sous laquelle un tel renseignement apparaît".[5865]

7.2988. Comme l'a expliqué l'Australie, "la règle TPP 2.3.1 c) autorise un message de "désignation commerciale" sur les emballages primaire et secondaire et la règle TPP 2.3.4 impose la forme d'un tel message".[5866] Aux fins de l'emballage neutre du tabac, la Loi TPP définit une "désignation commerciale" comme étant "toute désignation commerciale qui doit apparaître sur l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac en vertu des règles établies dans le cadre de la *Loi de 1905 sur le commerce (Désignations commerciales)*".[5867] Par ailleurs, le Règlement CI de l'Australie, qui, selon ses propres termes, a été "établi dans le cadre de la *Loi de 1905 sur le commerce (Désignations commerciales)*"[5868], impose que "la désignation commerciale contienne, en caractères apparents et lisibles: i) le nom du pays dans lequel les marchandises ont été fabriquées ou produites".[5869] Selon le Règlement CI, cette prescription s'applique spécifiquement aux "cigares, cigarettes, tabac manufacturé, papiers à cigarettes et tubes à cigarettes", prohibant l'importation de ces produits en Australie "à moins qu'une désignation commerciale s'applique à ces marchandises conformément au présent règlement".[5870]

7.2989. La définition que la Loi TPP donne d'une "prescription législative pertinente"[5871] englobe une "désignation commerciale" qui "peut apparaître sur l'emballage pour la vente au détail de produits du tabac"[5872], à condition qu'elle soit "conforme à toute prescription imposée par le Règlement [TPP]".[5873] Le Règlement TPP stipule qu'une telle prescription législative, à son tour, ne peut pas être occultée par d'autres éléments apparaissant sur l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac.[5874]

7.2990. En résumé, la Loi TPP autorise que l'indication du pays d'origine, par exemple sous la forme "Fabriqué à Cuba", figure sur l'emballage pour la vente au détail du tabac (avec le nom de la marque et le nom de variante) et délimite la manière dont cette indication peut figurer. En outre, en ce qui concerne les cigares, le Règlement TPP stipule que le nom du pays dans lequel le cigare a été fabriqué ou produit peut apparaître une fois sur la bague du cigare, en une police et une couleur spécifiques.[5875]

7.2991. Ayant apporté des éclaircissements sur le fonctionnement des mesures TPP en ce qui concerne les signes qui font l'objet de l'allégation de Cuba ainsi que l'indication "Fabriqué à Cuba",

---

[5864] Voir plus haut le paragraphe 7.2856.

[5865] Australie, observations sur les réponses de la République dominicaine aux questions n° 174 et 177 du Groupe spécial. En particulier, selon l'Australie, "[u]ne "désignation commerciale" doit apparaître sur les produits importés conformément au Règlement de 1940 sur le commerce (Importations) (Cth) et doit inclure le nom du pays dans lequel le produit a été fabriqué ou produit et une description exacte du produit (voir le Règlement de 1940 sur le commerce (Importations) (Cth) pièce AUS-251, règles 7 et 8). Voir aussi la Loi de 1905 sur les désignations commerciales (Cth) pièce AUS-248". Australie, première communication écrite, paragraphe 483, note de bas de page 675.

[5866] Australie, première communication écrite, paragraphe 483, note de bas de page 675 (faisant référence au Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règles 2.3.1 et 2.3.4).

[5867] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 4 1).

[5868] Règlement CI (pièces AUS-251, DOM-155, CUB-1), page de couverture.

[5869] Règlement CI (pièces AUS-251, DOM-155, CUB-1), règle 8 c) i).

[5870] Règlement CI (pièces AUS-251, DOM-155, CUB-1), règle 7 1) n). Voir aussi la Loi CTD (pièce AUS-248), article 7 1).

[5871] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 4 1).

[5872] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 20 3) b).

[5873] Loi TPP (pièces AUS-1, JE-1), article 21 4).

[5874] Voir le Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règle 2.3.1 5) a), 2.4.2 3) d), 2.4.3 1) a), 2.4.4 2) a) et 2.6.3 3).

[5875] Règlement TPP (pièces AUS-3, JE-2), règles 3.2.1 3) b) et 3.2.1 5).

nous examinons maintenant l'allégation de Cuba selon laquelle les mesures TPP sont contraires à l'article IX:4 du GATT de 1994.

7.2992. L'article IX:4 est libellé comme suit:

> En ce qui concerne le marquage des produits importés, les lois et règlements des Membres seront tels qu'il sera possible de s'y conformer sans occasionner de dommage grave aux produits, ni réduire substantiellement leur valeur, ni accroître indûment leur prix de revient.

7.2993. La partie pertinente du texte de l'article IX:4 comporte deux éléments principaux:

a. "[e]n ce qui concerne le marquage des produits importés, les lois et règlements des Membres", élément qui définit la portée de l'obligation, à savoir les types de mesures et de signes visés par cette disposition; et

b. "seront tels qu'il sera possible de s'y conformer sans … réduire substantiellement [la] valeur [des produits importés]", élément qui énonce l'obligation spécifique découlant de l'article IX:4 que Cuba invoque dans son allégation.

7.2994. En conséquence, nous évaluons i) si les mesures TPP constituent des "lois et règlements des Membres" concernant "le marquage des produits importés" et entrent dans le champ d'application de l'article IX:4 et, si tel est le cas, ii) si les mesures TPP sont "telles qu'il sera possible de s'y conformer sans … réduire substantiellement [la] valeur [des produits importés]", à savoir les gros cigares cubains roulés à la main.

7.4.3.3 Question de savoir si les mesures TPP constituent des "lois et règlements" … concernant "le marquage des produits importés"

7.2995. L'article IX:4 régit les "lois et règlements des Membres "concernant" le marquage des produits importés". Nous examinons d'abord le sens de cette expression, conformément aux règles coutumières d'interprétation des traités. À la lumière de cette interprétation, nous évaluons si les mesures TPP entrent dans le champ d'application de ce membre de phrase.

7.4.3.3.1 Membre de phrase "[e]n ce qui concerne le marquage des produits importés, les lois et règlements des Membres" figurant à l'article IX:4

7.2996. Nous examinons le sens de l'expression "[e]n ce qui concerne le marquage des produits importés, les lois et règlements des Membres" figurant à l'article IX:4 du GATT de 1994 conformément aux règles d'interprétation applicables. Nous prenons en considération dans ce contexte une décision concernant les marques d'origine adoptée par les PARTIES CONTRACTANTES du GATT en 1958, ainsi que, s'il y a lieu, l'historique de la négociation de l'article IX:4 en tant que moyen supplémentaire d'interprétation.

7.4.3.3.1.1 Règle générale d'interprétation

7.2997. Nous commençons l'interprétation du membre de phrase "[e]n ce qui concerne le marquage des produits importés, les lois et règlements des Membres" en établissant son sens ordinaire:

a. L'expression "lois et règlements" a été interprétée comme "couvr[ant] les règles qui font partie du système juridique intérieur d'un Membre de l'OMC, y compris les règles découlant des accords internationaux qui ont été incorporés dans le système juridique intérieur d'un Membre de l'OMC ou qui ont un effet direct selon le système juridique de ce Membre".[5876]

[5876] Rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, paragraphe 79 (concernant le sens de "lois et règlements" à l'article XX d) du GATT de 1994).

b. L'expression "relating to" (en ce qui concerne) est défini comme "having some connection with, being connected to" (ayant un certain lien avec, étant relié à).[5877]

c. Le terme "marking" (marquage) est défini comme "[t]he action of putting a mark, marker, token, indicator, etc., on something. In extended use: the action of distinguishing, identifying, or giving emphasis to something" (l'action d'aposer une inscritpion, un marqueur, un signe, un indicateur, etc. sur une chose. Au sens large: l'action de distinguer, d'identifier ou de mettre en évidence une chose), et aussi comme "[a] mark or pattern of marks" (une inscription ou un ensemble d'inscription).[5878]

d. Le verbe "import" (importer) est défini comme "[t]o bring in or cause to be brought in (a commodity, merchandise, goods, etc.) from another country or territory for use or resale in the domestic market" (introduire ou causer l'introduction (d'un produit, d'une marchandise, d'un bien, etc.) en provenance d'un autre pays ou territoire à des fins d'utilisation ou de revente sur le marché intérieur).[5879]

e. Le sens indiqué par le dictionnaire du terme "product" (produit) a été établi comme désignant généralement "a thing produced" (une chose produite), alors que "dans le sens qui concerne le commerce", il a été défini comme "an article or substance that is manufactured or refined for sale (more recently also applied to services)" (un article ou une substance qui est fabriqué ou raffiné pour la vente (plus récemment employé aussi pour les services)).[5880] Nous considérons que, dans le contexte du GATT de 1994, qui est le tout premier accord contenu dans l'Annexe 1A de l'Accord sur l'OMC intitulée accords multilatéraux sur le commerce des marchandises, le terme "produit" est synonyme de "marchandises". La note additionnelle relative à l'article XVII:2 du GATT de 1994 définit le mot "goods" (produits et marchandises) comme "ne s'appliqu[ant] qu'aux produits au sens que ces mots reçoivent dans la pratique commerciale courante et ne [devant] pas être interprété[] comme s'appliquant à l'achat ou à la prestation de services".

7.2998. En conséquence, le membre de phrase "[e]n ce qui concerne le marquage des produits importés, les lois et règlements des Membres" fait référence aux règles du système juridique intérieur d'un Membre de l'OMC qui se rapportent à l'action d'apposer une inscription sur des marchandises introduites sur le territoire de ce Membre à partir d'un autre pays ou Membre de l'OMC.

7.2999. Le membre de phrase "[e]n ce qui concerne le marquage des produits importés, les lois et règlements des Membres" doit être compris dans son contexte spécifique. Nous notons à cet égard que l'article IX:4 fait partie de l'article IX du GATT de 1994, intitulé "marques d'origine". Ce terme n'est pas défini dans le GATT de 1994, ni dans aucune autre partie des Accords de l'OMC.[5881] Les définitions pertinentes du nom "mark" (marque) données par les dictionnaires sont "[a] sign, a token, an indication" (un signe, un symbole, une indication)[5882] et "[a] device, stamp, brand, label, inscription, etc., on an article, animal, etc., identifying it or its holder, or indicating ownership, origin, quality, etc." (une formule, un cachet, une marque, une étiquette, une inscription, etc. sur un article, un animal, etc., identifiant celui-ci ou son détenteur, ou indiquant la

[5877] Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Matières premières*, paragraphe 355 (concernant la définition donnée par le dictionnaire de "relat[e] to" (se rapport[er] à) à l'article XX g) du GATT de 1994).

[5878] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "marking, *n.*", <http://www.oed.com/view/Entry/114193?rskey=N3MVZI&result=1&isAdvanced=false#eid>, consultée le 2 mai 2017. À cet égard, nous notons notre constatation précédente selon laquelle les mesures TPP ont trait aux symboles et au marquage, et énoncent donc des caractéristiques de produits au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC. Voir plus haut le paragraphe 7.158. Nous considérons qu'il s'agit là d'une question distincte du champ d'application de l'article IX:4 du GATT de 1994. Nous notons à cet égard que l'Accord OTC a pour objet d'édicter des disciplines en ce qui concerne les règlements techniques, normes et procédures connexes d'évaluation de la conformité en général. L'Annexe 1 de l'Accord OTC contient des définitions à la fois du terme "règlement technique" et du terme "norme", qui l'une et l'autre précisent clairement qu'entre autres choses, les "prescriptions en matière ... de marquage ou d'étiquetage" sont visées par ces dispositions.

[5879] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "import, *n.*", <http://www.oed.com/view/Entry/92550?rskey=QWA9QN&result=2&isAdvanced=false#eid>, consultée le 2 mai 2017.

[5880] Rapport du Groupe spécial *Chine – Publications et produits audiovisuels*, paragraphe 7.1340.

[5881] L'Accord sur les règles d'origine ne donne pas de définition des marques d'origine.

[5882] The New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, L. Brown (éd.) (Oxford University Press, 1993), volume 1, page 1698.

propriété, l'origine, la qualité, etc.).[5883] D'autre part, la définition du mot "origin" (origine) que donne le dictionnaire est "[t]hat from which anything originates, or is derived; source of being or existence; starting point" (ce dont une chose provient, ou résulte; la source de l'existence, le point de départ).[5884] Par conséquent, le sens ordinaire de l'expression "marque d'origine" englobe un signe, un symbole, une indication, une formule, un cachet, une marque, une étiquette ou une inscription sur un produit indiquant d'où celui-ci provient. Ce contexte donne des renseignements sur le champ d'application de l'article IX:4 du GATT de 1994 en limitant ce champ d'application aux lois et règlements d'un Membre concernant certains types de marquages des produits importés, à savoir les marquages qui indiquent l'origine de ces produits.

7.3000. Un contexte supplémentaire est fourni par le membre de phrase "il sera possible de s'y conformer sans" figurant à l'article IX:4. À cet égard, nous convenons avec le Canada que ce membre de phrase donne à penser que le but de l'article IX:4 n'est pas d'imposer une discipline pour ce qui est de savoir si les Membres peuvent prescrire des marques d'origine, mais de soumettre à une discipline la manière dont la conformité avec les règlements relatifs au marquage indiquant l'origine peut être prescrite.[5885]

7.3001. Nous notons, en tant que contexte additionnel, la structure et les autres paragraphes de l'article IX, qui établissent pour les Membres une série de disciplines régissant les marques d'origine. Les paragraphes 1 et 5 de l'article IX emploient, l'expression "marking requirements" (réglementation relative au marquage et règlements relatifs au marquage) tandis que l'article IX:3 fait référence aux "required marks" (marques). Cela donne à penser que l'article IX dans son ensemble se rapporte aux lois et règlements qui prescrivent l'usage de marques d'origine sur les produits importés. Comme l'a observé l'Organe d'appel, l'article IX du GATT de 1994 fait ressortir la légitimité de fournir des renseignements aux consommateurs dans le cadre de la réglementation relative aux marques d'origine:

> [U]n élément étayant la nature légitime de l'objectif consistant à fournir aux consommateurs des renseignements sur l'origine figure également ailleurs dans les accords visés, en particulier à l'article IX du GATT de 1994. Cette disposition, intitulée "Marques d'origine", reconnaît expressément le droit des Membres de l'OMC d'exiger que les produits importés portent une marque d'origine. ... [L']article IX suggère bien qu'exiger un étiquetage indiquant l'origine pour les marchandises importées est, au moins dans certaines circonstances et pour certaines définitions de l'origine, considéré au regard du droit de l'OMC comme un moyen admissible de réglementer le commerce des marchandises.[5886]

7.3002. Cette interprétation est soulignée par l'objet et le but de l'article IX:4 du GATT de 1994. Liant les objectifs de l'article IX:4 et de l'article IX:2[5887], l'Organe d'appel a considéré que ces deux dispositions servaient à limiter l'incidence de l'usage de marques d'origine en ce qui concerne les exportateurs:

> Nous notons que l'article IX:2 préconise une *réduction* des difficultés et des inconvénients que les lois et règlements relatifs aux marques d'origine pourraient entraîner pour les exportateurs. De plus, l'article IX:4 exige qu'il soit possible de se conformer à ces lois et règlements sans réduire substantiellement la valeur des

---

[5883] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "mark, *n.*[1]", <http://www.oed.com/view/Entry/114169?rskey=CUyzXR&result=1&isAdvanced=false#eid>, consultée le 2 mai 2017.

[5884] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "origin, *n.*", <http://www.oed.com/view/Entry/132561?rskey=89FKkc&result=1&isAdvanced=false#eid>, consultée le 2 mai 2017.

[5885] Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphe 105.

[5886] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 445. (note de bas de page omise)

[5887] L'article IX:2 du GATT de 1994 dispose que "[l]es Membres reconnaissent que, dans l'établissement et l'application des lois et règlements relatifs aux marques d'origine, il conviendrait de réduire au minimum les difficultés et les inconvénients que de telles mesures pourraient entraîner pour le commerce et la production des pays exportateurs, en tenant dûment compte de la nécessité de protéger les consommateurs contre les indications frauduleuses ou de nature à induire en erreur". Nous reproduisons ici la disposition pertinente du GATT de 1947 telle qu'incorporée dans le GATT de 1994. Le paragraphe 2 a) du GATT de 1994 comprend la note explicative suivante: "Dans les dispositions du GATT de 1994, l'expression "partie contractante" sera réputée s'entendre d'un "Membre"". Voir la note de bas de page 5814.

> produits, ni accroître inutilement leur prix de revient. Donc, ces dispositions préconisent la limitation de l'incidence de l'utilisation des marques d'origine.[5888]

7.3003. Comme nous l'avons noté, cet objectif ressort aussi de la prescription énoncée à l'article IX:4 selon laquelle les lois et règlements concernant le marquage des produits importés "seront tels qu'*il sera possible de s'y conformer* sans" (pas d'italique dans l'original) causer les effets négatifs spécifiques indiqués dans les parties ultérieures de l'article IX:4, y compris une réduction substantielle de la valeur des produits importés.[5889] Nous interprétons ce membre de phrase comme une mise en balance de la légitimité de fournir aux consommateurs des renseignements sur l'origine au moyen de la réglementation relative aux marques d'origine[5890] et de la nécessité de limiter l'incidence qu'a la conformité avec cette réglementation pour les exportateurs.[5891] Comme nous l'expliquons plus loin, compte tenu des liens entre les objectifs de ces deux dispositions, nous interprétons l'article IX:4 comme énonçant l'une des diverses disciplines spécifiques contenues dans l'article IX qui visent à réduire au minimum les difficultés et les inconvénients que les lois et règlements relatifs aux marques d'origine pourraient entraîner pour le commerce et la production des pays exportateurs.

7.3004. Nous interprétons donc le champ d'application de l'article IX:4, lu dans le contexte du titre, de la structure et du texte de l'article IX du GATT de 1994 pris dans son ensemble, comme couvrant les règles du système juridique intérieur d'un Membre de l'OMC qui sont liées au marquage des marchandises importées d'un autre pays ou Membre de l'OMC qui indiquent l'origine de ces marchandises.

7.3005. Cette interprétation repose en outre sur une décision concernant les marques d'origine adoptée par les PARTIES CONTRACTANTES du GATT en 1958. L'historique de la négociation de l'article IX:4 confirme également cette interprétation. Nous allons maintenant examiner ces éléments.

7.4.3.3.1.2 Décision de 1958 sur les marques d'origine

7.3006. L'Australie fait référence à un document du GATT adopté par les PARTIES CONTRACTANTES en 1958 (Décision de 1958 du GATT)[5892], dont elle fait valoir qu'il constitue un accord ultérieur au sens de l'article 31 3) a) de la Convention de Vienne sur le droit des traités[5893], pertinent pour l'interprétation du champ d'application de l'article IX:4.[5894]

7.3007. La Décision de 1958 du GATT contient un rapport du groupe de travail des réglementations commerciales et douanières du GATT, adopté par les PARTIES CONTRACTANTES le 21 novembre 1958. Ce rapport contient une "recommandation concernant les marques d'origine" dans laquelle "[l]es PARTIES CONTRACTANTES recommandent l'adoption [d'une série de] prescriptions ... concernant les marques d'origine".[5895]

[5888] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 7.356. (italique dans l'original; non souligné dans l'original)

[5889] En fait, dans le contexte d'une autre disposition du GATT de 1994, à savoir l'article III:8, l'Organe d'appel a souligné que le champ d'application d'une disposition devait être interprété globalement, y compris en ayant recours à d'autres termes contenus dans la même disposition et dans des dispositions connexes: "L'article III:8 a) comporte plusieurs éléments qui décrivent la typologie et la teneur des mesures qui relèvent de cette disposition. … Nous estimons que l'article III:8 a) devrait être interprété globalement. Il faut pour cela examiner les liens entre les différents termes employés dans la disposition et les rapports contextuels avec d'autres parties de l'article III, ainsi qu'avec d'autres dispositions du GATT de 1994". Rapports de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, paragraphe 5.57.

[5890] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 445.

[5891] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.356.

[5892] Marques d'origine, rapport du groupe de travail adopté par les PARTIES CONTRACTANTES à leur séance du 21 novembre 1958, document L/912/Rev.1 du GATT, (Décision de 1958 du GATT) (pièce AUS-294).

[5893] Voir Australie, première communication écrite, paragraphe 751, note de bas de page 1003.

[5894] Selon l'Australie, la Décision de 1958 du GATT étaye l'interprétation selon laquelle l'article IX du GATT de 1994 s'applique uniquement aux marquages indiquant le pays d'origine. Voir, Australie, première communication écrite, paragraphes 750 à 752, en particulier le paragraphe 751 et la note de bas de page 1003; et la Décision de 1958 du GATT (pièce AUS-294).

[5895] Décision de 1958 du GATT (pièce AUS-294), page 2.

7.3008. La Décision de 1958 du GATT ne peut pas, à notre avis, être considérée comme un accord ultérieur au sens de l'article 31 3) a) de la Convention de Vienne, comme le fait valoir l'Australie.[5896] Elle n'a pas été adoptée par les Membres de l'OMC mais par les PARTIES CONTRACTANTES du GATT et l'"accord visé pertinent"[5897] à interpréter dans le contexte de l'OMC n'est pas le GATT de 1947, mais le GATT de 1994, qui en est "juridiquement distinct".

7.3009. Nous estimons qu'il est approprié, cependant, de tenir dûment compte de cette décision, dans la mesure où elle peut éclairer notre compréhension des termes de l'article IX:4, y compris son champ d'application.[5898] Il y a au moins deux autres moyens par lesquels les sources du GATT

[5896] Aux termes de l'article 31 3) a) de la Convention de Vienne, "[i]l sera tenu compte, en même temps que du contexte: a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions". L'Organe d'appel a mis en évidence deux critères "[en se] fondant sur le texte de l'article 31 3) a) de la Convention de Vienne": "[U]ne décision adoptée par les Membres peut être considérée comme un "accord ultérieur intervenu entre les parties" au sujet de l'interprétation d'un accord visé ou de l'application de ses dispositions si: i) la décision est, au sens temporel, adoptée ultérieurement par rapport à l'accord visé pertinent; et ii) les termes et la teneur de la décision expriment un *accord* entre les Membres concernant l'*interprétation* ou l'*application* d'une disposition du droit de l'OMC." Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 262 (italique dans l'original). Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II*, paragraphes 371 et 372. En ce qui concerne le second critère, l'Organe d'appel a été d'avis qu'"en faisant référence à une "interprétation authentique", la [Commission du droit international] interpr[était] l'article 31 3) a) comme visant les accords influant spécifiquement sur l'interprétation d'un traité". Rapports de l'Organe d'appel *CE – Bananes III (article 21:5 – Équateur II)/CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 390. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 265; et le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II*, paragraphe 372. Selon l'Organe d'appel, "[l]a mesure dans laquelle [une d]écision [spécifique] éclairera l'interprétation et l'application d'un terme ou d'une disposition [d'un accord visé] dans un cas spécifique … dépendra de la mesure dans laquelle elle "influe spécifiquement" sur l'interprétation et l'application du terme ou de la disposition en question". Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II*, paragraphe 372 (faisant référence au le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 265, qui cite à son tour les rapports de l'Organe d'appel *CE – Bananes III (article 21:5 – Équateur II) / CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 390). L'Australie soutient que la Décision de 1958 du GATT répond au premier critère indiqué par l'Organe d'appel, à savoir que cette décision est, au sens temporel, adoptée ultérieurement par rapport à l'accord visé pertinent. Australie, réponse à la question n° 83 du Groupe spécial. Nous ne sommes pas d'accord. Bien que la Décision de 1958 du GATT ait été adoptée plus d'une décennie après la signature du GATT de 1947, celui-ci est venu à expiration "une année après la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC". Coexistence transitoire du GATT de 1947 et de l'Accord sur l'OMC: Décision du 8 décembre 1994 adoptée par le Comité préparatoire de l'OMC et les PARTIES CONTRACTANTES du GATT de 1947, document PC/12 du GATT, paragraphe 3. La Décision de 1958 du GATT n'a pas été adoptée par les Membres de l'OMC mais par les PARTIES CONTRACTANTES du GATT et l'"accord visé pertinent" (rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 262) à interpréter dans le contexte de l'OMC n'est pas le GATT de 1947 mais le GATT de 1994, qui est "juridiquement distinct" du GATT de 1947. Selon l'article II:4 de l'Accord sur l'OMC, "[l']Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 tel qu'il est spécifié à l'Annexe 1A (ci-après dénommé le "GATT de 1994") est juridiquement distinct de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, en date du 30 octobre 1947, annexé à l'Acte final adopté à la clôture de la deuxième session de la Commission préparatoire de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et l'emploi, tel qu'il a été rectifié, amendé ou modifié par la suite (ci-après dénommé le "GATT de 1947")." Étant donné qu'elle est antérieure au GATT de 1994 de plusieurs décennies, la Décision de 1958 du GATT n'est pas temporellement ultérieure à l'article IX:4 du GATT de 1994. En conséquence, et sans évaluer si le second critère susmentionné est rempli, nous ne considérons pas que la Décision de 1958 du GATT est un accord ultérieur au sens de l'article 31 3) a) de la Convention de Vienne s'agissant de l'interprétation de l'article IX:4 du GATT de 1994.

[5897] Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 262.

[5898] Bien que les parties n'aient pas présenté d'arguments spécifiques à cet égard, nous rappelons ce qui suit:

> Le principe *jura novit curia* a été énoncé par la Cour internationale de Justice de la façon suivante:
>
> > La Cour ayant pour fonction de déterminer et d'appliquer le droit dans les circonstances de chaque espèce, la charge d'établir ou de prouver les règles de droit international ne saurait être imposée à l'une ou l'autre Partie, car le droit ressortit au domaine de la connaissance judiciaire de la Cour.
>
> (Cour internationale de Justice, Fond, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, CIJ Recueil 1986, page 14, paragraphe 29 (citant la Cour internationale de Justice, Fond, *Affaire de la compétence en*

de 1947 peuvent acquérir une pertinence juridique dans le cadre de l'OMC: i) en tant qu'"autres décisions des PARTIES CONTRACTANTES" incorporées dans le GATT de 1994 sur la base de son paragraphe 1 b) iv); ou ii) en tant qu'orientations conformément à l'article XVI:1 de l'Accord sur l'OMC.[5899] Nous ne considérons pas que la Décision de 1958 du GATT a été incorporée dans le GATT de 1994 au titre du paragraphe 1 b) iv) de cet accord.[5900] Cependant, nous considérons qu'elle constitue, conformément à l'article XVI:1 de l'Accord sur l'OMC[5901], une orientation qui est pertinente pour la question d'interprétation dont nous sommes saisis.[5902]

7.3010. L'article XVI:1 dispose que "[s]auf disposition contraire du présent accord ou des Accords commerciaux multilatéraux, l'OMC sera guidée par les décisions, les procédures et les pratiques habituelles des PARTIES CONTRACTANTES du GATT de 1947 et des organes établis dans le cadre du GATT de 1947". Bien que l'orientation donnée par les décisions des PARTIES CONTRACTANTES conformément à l'article XVI:1 ne soit pas juridiquement contraignante, elle devrait "donne[r] une direction à l'OMC" en ceci que "l'OMC "sera guidée" par cette décision".[5903]

7.3011. Une catégorie d'instruments du GATT visés par l'article XVI:1 consiste en des "décisions" des PARTIES CONTRACTANTES. La Décision de 1958 du GATT a été adoptée par les PARTIES CONTRACTANTES le 21 novembre 1958.[5904] Le deuxième considérant de la Recommandation

---

matière de pêcheries (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Islande), CIJ Recueil 1974, page 9, paragraphe 17))

Rapport de l'Organe d'appel *CE – Préférences tarifaires*, paragraphe 105, note de bas de page 220.

[5899] Selon l'Organe d'appel, ces dispositions "permettent de transmettre à la nouvelle OMC la jurisprudence et l'expérience juridique du GATT de 1947 donnant des gages de continuité et de cohérence pour un passage sans heurt d'un système à l'autre"; et "[l]es Membres de l'OMC soulignent ainsi que l'expérience acquise par les PARTIES CONTRACTANTES du GATT de 1947 est d'une grande valeur – et ils reconnaissent son importance pour le nouveau système commercial incarné par l'OMC". Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, pages 16 et 17. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC*, paragraphes 108 et 109.

[5900] Conformément à son article 1 b) iv), le GATT de 1994 "comprendra" entre autres choses: "b) les dispositions des instruments juridiques mentionnés ci-après qui sont entrés en vigueur en vertu du GATT de 1947 avant la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC: … iv) autres décisions des PARTIES CONTRACTANTES du GATT de 1947". Bien que la Décision de 1958 du GATT constitue une décision des PARTIES CONTRACTANTES, toutes les décisions de ce type ne sont pas visées par le paragraphe 1 b) iv) du GATT de 1994. Comme il a été expliqué dans un précédent différend, "pour qu'une décision des PARTIES CONTRACTANTES du GATT de 1947 fasse partie du GATT de 1994 au sens du paragraphe 1 b) iv), elle doit être un instrument juridique au sens du texte introductif du paragraphe 1, c'est-à-dire qu'elle doit être un texte juridique formel qui représentait une détermination juridiquement contraignante pour ce qui concerne les droits et/ou obligations généralement applicables à toutes les parties contractantes au GATT de 1947". Rapport du Groupe spécial *États-Unis – FSC*, paragraphe 7.63. Cela a été confirmé en appel. Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC*, paragraphes 78 et 108 à 114. Nous ne considérons pas que la Décision de 1958 du GATT entre dans cette catégorie. Cette décision contient des règles dont les PARTIES CONTRACTANTES "RECOMMANDENT [simplement] l'adoption". Décision de 1958 du GATT (pièce AUS-294), page 2. En outre, dans les règles recommandées, y compris les points mentionnés par l'Australie, ce sont les termes "devrait" ou "devraient" qui sont employés, de façon répétée, – plutôt que le type de "termes impératifs qui caractérisent habituellement les instruments juridiques contraignants". Rapport du Groupe spécial *États-Unis – FSC*, paragraphe 7.65. En conséquence, nous ne considérons pas que la Décision de 1958 du GATT fait partie du GATT de 1994 en vertu du paragraphe 1 b) iv) de cet accord.

[5901] Conformément à l'article XVI:1 de l'Accord sur l'OMC, "[s]auf disposition contraire [de l'Accord sur l'OMC] ou des Accords commerciaux multilatéraux [contenus dans les Annexes 1 à 3 de l'Accord sur l'OMC], l'OMC sera guidée par les décisions, les procédures et les pratiques habituelles des PARTIES CONTRACTANTES du GATT de 1947 et des organes établis dans le cadre du GATT de 1947".

[5902] Comme l'Organe d'appel l'a indiqué, l'évaluation ne prend pas fin avec la constatation selon laquelle une décision spécifique peut constituer une orientation au sens de l'article XVI:1 de l'Accord sur l'OMC. En outre, le sens de cette orientation et sa pertinence quant au fond pour la question juridique spécifique et la disposition spécifique de l'accord visé en cause doivent aussi être établis avec certitude. Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC*, paragraphes 115 à 119.

[5903] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – FSC*, paragraphe 7.78 (notes de bas de page omises). La considération selon laquelle "les rapports de groupes spéciaux adoptés devraient être pris en compte "lorsqu'ils ont un rapport avec un autre différend" … s'applique également à toute autre décision, procédure ou pratique habituelle des PARTIES CONTRACTANTES du GATT de 1947". Rapport du Groupe spécial *États-Unis – FSC*, paragraphe 7.78 (notes de bas de page omises). Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC*, paragraphes 79, 104 et 115; et *CE – Volaille*, paragraphe 80.

[5904] Décision de 1958 du GATT (pièce AUS-294), titre. Comme il a été expliqué dans un précédent différend, "l'article XVI:1 de l'Accord sur l'OMC ne se limite pas aux décisions ayant la forme d'"instruments juridiques", mais s'applique de fait à toutes les décisions des PARTIES CONTRACTANTES du GATT de 1947 …

concernant les marques d'origine contenue dans cette décision dispose que le but de cette recommandation est de "facilit[er]" "la réalisation des objectifs de l'Accord général"[5905], liant ainsi le but de ladite décision, et de la Recommandation concernant les marques d'origine qu'elle contient, à la réalisation des objectifs du GATT.

7.3012. Le premier considérant de la Recommandation concernant les marques d'origine mentionne qu'"aux termes de l'article IX de l'Accord général les parties contractantes reconnaissent que, dans l'établissement et l'application des lois et règlements relatifs aux marques d'origine, il conviendrait de réduire au minimum les difficultés et les inconvénients que de telles mesures pourraient entraîner pour le commerce et la production des pays exportateurs, et qu'elles ont adopté, à cette fin, certains principes fondamentaux".[5906] Le texte de ce considérant est donc semblable à celui du paragraphe 2 de l'article IX.[5907] Le membre de phrase final du même considérant ("et ... à cette fin, certains principes fondamentaux") fait référence aux autres paragraphes de l'article IX, y compris le paragraphe 4. En effet, compte tenu des liens entre les objectifs de ces deux dispositions[5908], nous interprétons l'article IX:4 comme énonçant l'une de diverses disciplines spécifiques contenues dans l'article IX qui visent à réduire au minimum les difficultés et les inconvénients que les lois et règlements relatifs aux marques d'origine pourraient entraîner pour le commerce et la production des pays exportateurs.

7.3013. La structure du dispositif de la Recommandation confirme que son but principal, et par conséquent celui de l'article IX:4 qui lui est intrinsèquement lié, sont de prendre en considération certains effets négatifs sur le commerce international qui pourraient résulter des lois et règlements des Membres exigeant le marquage des produits importés. Les points 1 à 4 de la Recommandation concernant les marques d'origine limitent les situations dans lesquelles des marques d'origine seraient exigées, ainsi que les moyens par lesquels elles le seraient[5909], alors que les points 5 et 6 précisent le type de marquage qui devrait être "suffisant" aux fins du point 4.[5910] Les autres points

---

ainsi qu'aux procédures et aux pratiques habituelles des PARTIES CONTRACTANTES". Rapport du Groupe spécial *États-Unis – FSC*, paragraphe 7.77 (note de bas de page omise). Voir aussi *ibid.*, paragraphe 7.65.

[5905] Décision de 1958 du GATT (pièce AUS-294), page 2.

[5906] Décision de 1958 du GATT (pièce AUS-294), page 2.

[5907] L'article IX:2 dispose que "[l]es Membres reconnaissent que, dans l'établissement et l'application des lois et règlements relatifs aux marques d'origine, il conviendrait de réduire au minimum les difficultés et les inconvénients que de telles mesures pourraient entraîner pour le commerce et la production des pays exportateurs, en tenant dûment compte de la nécessité de protéger les consommateurs contre les indications frauduleuses ou de nature à induire en erreur". Voir plus haut la note de bas de page 5814.

[5908] Voir plus haut le paragraphe 7.3002.

[5909] Conformément aux points 1 à 4 de la Recommandation concernant les marques d'origine:

> 1. Les pays devraient examiner soigneusement leurs lois et règlements actuels afin de ramener au minimum le nombre de cas où les marques d'origine sont *exigées* et de limiter l'obligation d'apposer de telles marques aux cas où elles sont vraiment indispensables à l'information de l'acquéreur final.
> 2. L'obligation d'apposer des marques d'origine ne devrait jamais être appliquée de façon telle que son application s'étende d'une manière générale à toutes les marchandises importées; il y aurait lieu, au contraire, d'en limiter la portée aux cas où le marquage est jugé nécessaire.
> 3. Si des marques d'origine sont *exigées*, toute méthode permettant un marquage apparent et lisible sera acceptée à condition que la marque reste apposée sur l'article jusqu'au moment où il parvient à l'acquéreur final.
> 4. Les dispositions nationales concernant les marques d'origine *ne devraient prévoir aucune autre obligation que celle d'indiquer l'origine du produit importé*.

Décision de 1958 du GATT (pièce AUS-294), pages 2 et 3. (pas d'italique dans l'original)

[5910] Conformément aux points 5 et 6 de la Recommandation concernant les marques d'origine:

> 5. Les pays devraient accepter comme marquage satisfaisant l'indication du pays d'origine en anglais introduite par les mots "made in".
> 6. Les abréviations communément utilisées et qui indiquent sans aucune possibilité d'erreur le pays d'origine, telles que UK et USA, devraient être considérées comme remplaçant de façon satisfaisante le nom du pays en toutes lettres.

Décision de 1958 du GATT (pièce AUS-294), page 3.

de la Recommandation concernant les marques d'origine contenue dans la Décision de 1958 du GATT donnent des précisions supplémentaires concernant le but susmentionné de l'article IX:4.[5911]

7.3014. La Recommandation concernant les marques d'origine contenue dans la Décision de 1958 du GATT traduit par conséquent le souci de limiter au minimum toute charge ou nuisance résultant pour les exportateurs de leur conformité avec les lois et règlements relatifs aux marques d'origine. En tant qu'orientation pertinente pour l'OMC, cela confirme que le but de l'article IX:4 est d'empêcher les charges excessives résultant de la conformité avec les règlements relatifs aux marques d'origine adoptés par un Membre, qui pourraient menacer les intérêts des exportateurs en matière de commercialisation de leurs marchandises sur le territoire de ce Membre.

7.4.3.3.1.3 Historique de la négociation

7.3015. Cette interprétation est confirmée en outre par l'historique de la négociation de l'article IX:4.[5912] L'Australie fait référence à cet égard à un résumé de l'historique de l'article IX établi par le secrétariat du GATT en 1956, selon lequel les prescriptions en matière de marques d'origine avaient été imposées initialement par les pays afin de "protéger les producteurs du pays en obligeant d'indiquer la provenance d'un produit étranger".[5913] En outre, l'Australie invoque le rapport du Comité économique de la Société des Nations, sur lequel a été fondé l'article 37 de la Charte de La Havane instituant une organisation du commerce international (Charte de La Havane), prédécesseur de l'article IX du GATT de 1947.[5914]

[5911] Par exemple, l'introduction de la Décision de 1958 du GATT précise que "la Recommandation selon laquelle les dispositions nationales concernant les marques d'origine ne devraient prévoir aucune autre obligation que celle d'indiquer l'origine du produit importé (point 4 de la Recommandation) doit être interprétée comme invitant les pays à maintenir une distinction entre cette obligation et les prescriptions visant d'autres fins, par exemple la protection de la santé publique, etc.". Décision de 1958 du GATT (pièce AUS-294), page 1. Les points 7 à 12 de la Recommandation concernant les marques d'origine, quant à eux, spécifient les exceptions aux prescriptions concernant le marquage des produits, notamment: le marquage de l'emballage (par opposition au marquage du produit) (*ibid.* page 3, points 7 et 8); les importations destinées à un usage personnel non commercial (*ibid.* page 3, point 9); les "objets d'art" originaux (*ibid.* page 3, point 10); et les marchandises en transit et les marchandises se trouvant sous le régime de l'entrepôt ou placées autrement sous contrôle de douane (*ibid.* page 4, point 11). Le point 12 de la recommandation concernant les marques d'origine autorise une plus grande souplesse en préconisant que "dans des cas exceptionnels, il soit permis d'apposer les marques d'origine dans le pays d'importation pendant que la marchandise demeure sous contrôle de douane". *Ibid.* page 4. Pour sa part, le point 14 limite les pénalités aux situations prévues au paragraphe 5 de l'article IX, y compris lorsque "le marquage [a] été intentionnellement omis", tandis que le point 13 introduit une souplesse supplémentaire en excluant "[la réexportation des] produits qui ne peuvent être marqués sous surveillance de la douane" des situations donnant lieu à des pénalités. *Ibid.* page 4. En outre, le point 15 énonce une prescription en matière de transparence "[q]uand un gouvernement introduit un système de marquage ou rend le marquage obligatoire pour un nouveau produit" et le point 16 prévoit la possibilité de recourir au règlement des différends au titre de l'article XXII du GATT "en vue de remédier éventuellement [aux] difficultés [rencontrées]" quand "un pays importateur n'est pas en mesure de donner suite à l'une des recommandations ci-dessus". *Ibid.* page 4.

[5912] L'article 32 de la Convention de Vienne dispose qu'"[i]l peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31: a) laisse le sens ambigu ou obscur; ou b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable". L'Organe d'appel a soutenu qu'à l'instar de la règle générale d'interprétation des traités énoncée à l'article 31 de la Convention de Vienne, les moyens complémentaires d'interprétation des traités énoncés à l'article 32 de la même convention "[étaient] devenu[s] une règle du droit international coutumier ou général" au sens de l'article 3:2 du Mémorandum d'accord. Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 11 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 19). L'Organe d'appel a eu recours à des moyens complémentaires d'interprétation des traités pour confirmer une certaine interprétation donnée conformément à la règle générale d'interprétation des traités, tout en reconnaissant explicitement que cela n'était pas "strictement nécessaire". Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphes 89 et 90.

[5913] Secrétariat du GATT, Marques d'origine: Note du secrétariat du GATT sur la proposition de la CCI, document L/556 du GATT, (Note du secrétariat du GATT de 1956) (pièce AUS-295), page 1.

[5914] Comité économique de la Société des Nations, rapport au Conseil sur les travaux de la trente-cinquième session, tenue à Genève du 18 au 22 juin 1931, document C.427.M.177.1931.II.B de la Société des Nations (24 juin 1931), (Rapport de la Société des Nations de 1931) (pièce AUS-296).

7.3016. Le premier de ces documents est un résumé de l'historique de l'article IX, établi par le secrétariat du GATT en 1956 (Note du secrétariat du GATT de 1956).[5915] Pour commencer, cette note décrit la source du "problème" des marques d'origine, dont a résulté ultérieurement l'article IX:

> Ce n'est que depuis la Première Guerre mondiale que se pose le problème de l'apposition de marques d'origine; cette prescription vise à protéger les producteurs du pays en obligeant d'indiquer la provenance d'un produit étranger. En mai 1927, la Conférence économique internationale avait repris cette question et avait cherché, pour discréditer les prescriptions de marquage ayant un effet protecteur, à montrer qu'elles étaient difficiles ou impossibles à appliquer.
>
> …
>
> La société des Nations n'avait pas réussi à faire l'accord sur une recommandation précise; son Comité économique a dû, dans son rapport de 1931, se contenter des "opinions des experts" et présenter "un exposé des délibérations" ainsi que les conclusions auxquelles elles auraient permis d'aboutir. Ce rapport contient toutefois une énumération à peu près complète des problèmes en cause.
>
> Le projet de charte établi en 1946 … pour une organisation du commerce international comprenait un article sur les "marques d'origine" qui se fondait sur les grands principes énoncés en 1931 par les experts de la SDN. Cet article a été repris dans l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce avec de légères modifications … et il est devenu l'article IX contenant les obligations actuelles des parties contractantes.[5916]

7.3017. La Note du secrétariat du GATT de 1956 précise en outre que "[l']article IX contient la plupart des principes qu'avait proposés en 1931 le Comité de la SDN, à savoir: … [l]a recommandation prévoyant que les prescriptions de marquage doivent être telles qu'il soit possible de s'y conformer "sans occasionner de dommage sérieux aux produits ni à réduire substantiellement leur valeur ni accroître indûment leur prix de revient"".[5917]

7.3018. Le second document invoqué par l'Australie est le rapport de 1931 du Comité économique de la société des Nations (Rapport de la Société des Nations de 1931) auquel fait référence l'extrait cité plus haut. Il y est noté ce qui suit:

> [I]l ne paraît pas possible de dénier à un État le droit de prendre des mesures pour mettre le consommateur dans la possibilité de distinguer les marchandises nationales des marchandises étrangères, mais … les moyens auxquels peuvent recourir les États ayant cette préoccupation doivent être choisis de manière à réduire au minimum les obstacles et les inconvénients que les prescriptions en résultant peuvent constituer pour le commerce et l'industrie des pays exportateurs.[5918]

7.3019. Le rapport de la Société des Nations de 1931 mentionne en outre que "[l]a consultation des experts … a convaincu[ ] [le Comité économique] de l'importance que présente la question des marques d'origine" car "[e]lle ... a montré que les plaintes auxquelles donnent lieu les législations [intérieures] en la matière et l'application de leurs dispositions deviennent plus fréquentes et plus

---

[5915] Note du secrétariat du GATT de 1956 (pièce AUS-295). Nous examinons la Note du secrétariat du GATT de 1956 non pas en tant qu'historique de la négociation en soi, mais en tant qu'indication de l'historique de la négociation de l'article IX du GATT de 1994. Comme elle l'a expliqué, l'Australie a présenté cette note en tant que "résumé pratique de l'historique de l'inclusion de l'article IX dans le GATT de 1947". Australie, réponse à la question n° 84 du Groupe spécial.

[5916] Note du secrétariat du GATT de 1956 (pièce AUS-295), paragraphes 3, 5 et 6. En fait, l'article IX:4 est identique à l'article 37:4 de la Charte de La Havane. Aux termes de l'article 37:4 de la Charte de La Havane, "[e]n ce qui concerne le marquage des produits importés, les lois et règlements des États membres seront tels qu'il sera possible de s'y conformer sans causer de dommages sérieux aux produits, ni réduire substantiellement leur valeur, ni accroître indûment leur prix de revient".

[5917] Note du secrétariat du GATT de 1956 (pièce AUS-295), paragraphe 7.

[5918] Rapport de la Société des Nations de 1931 (pièce AUS-296), appendice III (Rapport sur les marques d'origine), section III (Droits des États).

nombreuses" et a fait ressortir "une tendance accentuée vers le développement des législations [intérieures] sur les marques d'origine".[5919]

7.3020. Cet historique de la négociation confirme que l'objet de l'article IX, dont l'article IX:4 fait partie, est en gros de prendre en considération, et de réduire au minimum, les inconvénients et les charges qui peuvent résulter de la conformité avec les lois et règlements relatifs au marquage indiquant l'origine. Spécifiquement, le but de l'article IX:4 est d'empêcher que les intérêts des exportateurs en matière de commercialisation de leurs marchandises sur le territoire d'un Membre importateur soient menacés par des règlements relatifs aux marques d'origine excessivement pesants ou coûteux adoptés par ce Membre.

7.3021. À la lumière du texte, du contexte, de l'objet et du but de l'article IX:4 et compte tenu des orientations données dans la Décision des PARTIES CONTRACTANTES du GATT de 1958 sur les marques d'origine et de l'historique de la négociation de l'article IX, nous concluons que le membre de phrase "[e]n ce qui concerne le marquage des produits importés, les lois et règlements des Membres" n'englobe pas l'ensemble des lois et règlements concernant le marquage des produits importés en général, mais porte plutôt sur les lois et règlements énonçant les conditions du respect des prescriptions relatives aux "marques d'origine", c'est-à-dire les signes, symboles, formules, cachets, marques, étiquettes ou inscriptions figurant sur les produits pour en indiquer l'origine.

7.4.3.3.2 Question de savoir si les mesures TPP, dans la mesure où elles restreignent l'utilisation du signe Habanos et du sceau de garantie du gouvernement cubain, constituent des "lois et règlements" concernant "le marquage des produits importés"

7.3022. Ayant apporté des éclaircissements sur le sens du membre de phrase "[e]n ce qui concerne le marquage des produits importés, les lois et règlements des Membres" figurant à l'article IX:4, nous examinons si les mesures TPP, et spécifiquement les aspects identifiés par Cuba, à savoir les restrictions imposées au moyen des mesures TPP sur l'utilisation du signe Habanos et du sceau de garantie du gouvernement cubain, entrent dans ce champ d'application.

7.3023. Cuba fait valoir que les mesures TPP, "dans la mesure où elles limitent l'utilisation de l'IG Habanos (et des IG en général), sont des mesures qui affectent les "marques" et, par extension, le "marquage" des produits du tabac.[5920] En outre, elle fait valoir que les produits du tabac fabriqués en Australie n'étant associés à aucune IG, les restrictions imposées par l'Australie sur l'affichage d'IG sur l'emballage des produits du tabac ne peuvent s'appliquer qu'aux produits importés. Elle soutient qu'en conséquence, la prohibition imposée par l'Australie à l'affichage des IG est une mesure qui porte exclusivement sur le marquage des "produits importés" et relève donc de l'article IX:4 du GATT de 1994.[5921]

7.3024. L'Australie considère que l'allégation de Cuba au titre de l'article IX:4 est "dénuée de fondement"[5922], en particulier parce que Cuba n'a pas démontré que le marquage indiquant l'origine faisait référence à "quelque chose de plus restrictif" que le pays d'origine, comme "la fabrique ou la région d'origine".[5923] Deuxièmement, selon l'Australie, Cuba n'a pas montré que l'article IX s'appliquait aux prohibitions concernant l'usage de marques d'origine, et pas seulement aux prescriptions relatives à l'apposition de telles marques sur les produits importés.[5924] L'Australie ajoute que Cuba n'explique pas pourquoi le sceau de garantie du gouvernement cubain relève des disciplines de l'article IX:4, si ce n'est en affirmant qu'il contient des "IG indirectes" ("*indicationes geograficas indirectas*") sous forme d'images du blason cubain, de champs de tabac cubains et de l'arbre national de Cuba, le palmier royal.[5925]

[5919] Rapport de la Société des Nations de 1931 (pièce AUS-296), appendice III (Rapport sur les marques d'origine), section VI (tendance vers le développement de la législation en matière de marques d'origine).
[5920] Cuba, première communication écrite, paragraphe 420.
[5921] Cuba, première communication écrite, paragraphe 421.
[5922] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 573.
[5923] Australie, première communication écrite, paragraphes 750 à 752.
[5924] Australie, première communication écrite, paragraphes 745 à 749.
[5925] Australie, observations sur les réponses de Cuba aux questions n° 187 à 191 et 193 du Groupe spécial.

7.3025. Nous avons constaté que les mesures TPP limitaient l'utilisation du signe Habanos et du sceau de garantie du gouvernement cubain, en ce sens qu'elles empêchent d'utiliser tout élément non nominatif de ces signes et réglementent la manière dont les mots qui font partie d'un nom de marque ou sont autrement autorisés ou requis par une législation distincte peuvent apparaître sur les produits du tabac et leur emballage pour la vente au détail.[5926]

7.3026. À la lumière de son texte, de son contexte, de son objet et de son but, ainsi que le confirme en outre l'historique de sa négociation, nous avons conclu que le membre de phrase "[e]n ce qui concerne le marquage des produits importés, les lois et règlements des Membres" était limité aux lois et règlements énonçant des prescriptions relatives aux "marques d'origine", c'est-à-dire les signes, symboles, formules, cachets, marques, étiquettes ou inscriptions figurant sur les produits pour en indiquer l'origine. Nous croyons comprendre, par conséquent, que l'obligation exprimée à l'article IX:4 porte essentiellement sur le respect des lois et règlements établissant une obligation d'apposer des marques d'origine. Cependant, cela n'implique pas que des aspects d'autres lois et règlements ne pourraient pas relever de l'obligation énoncée à l'article IX:4 dans la mesure où ils imposent des prescriptions qui doivent être respectées pour le marquage des produits importés, par exemple la forme sous laquelle les marques d'origine devraient apparaître. Dans les présentes procédures, l'allégation de Cuba au titre de l'article IX:4 du GATT de 1994 est fondée exclusivement sur l'argument selon lequel, du fait des mesures TPP, les exportateurs de cigares cubains ne peuvent pas utiliser le signe Habanos ni apposer le sceau de garantie du gouvernement cubain sur leurs boîtes de cigares vendues en Australie. Nous ne partageons pas l'avis de Cuba selon lequel ces éléments des mesures TPP, qui établissent des limitations concernant l'utilisation de certains signes par les opérateurs du marché, constituent des prescriptions pour le marquage des produits importés du type visé par l'article IX:4.

7.3027. Comme nous l'avons expliqué, nous considérons que l'article IX:4 énonce l'une des diverses disciplines spécifiques concernant les Membres, contenues dans l'article IX du GATT de 1994, qui visent à réduire au minimum les difficultés et les inconvénients que les lois et règlements relatifs aux marques d'origine pourraient entraîner pour le commerce et la production des pays exportateurs.[5927] En outre, nous avons constaté que le membre de phrase "seront tels qu'il sera possible de s'y conformer sans", et en particulier les mots "il sera possible de s'y conformer" donnaient à penser que le but de l'article IX:4 n'était pas d'imposer une discipline pour ce qui était de savoir si ou dans quelle mesure les Membres pouvaient prescrire des marques d'origine, mais de soumettre à une discipline *la manière* dont la conformité avec les règlements relatifs au marquage indiquant l'origine pouvait être prescrite.[5928] Spécifiquement, comme nous l'avons expliqué plus haut, l'article IX:4 sert à empêcher que les intérêts des exportateurs en matière de commercialisation de leurs marchandises sur le territoire d'un Membre importateur soient menacés par des règlements relatifs aux marques d'origine excessivement pesants ou coûteux appliqués à ces produits. Selon l'Organe d'appel, l'article IX:4 "préconise[ ] la limitation de l'incidence *de* l'utilisation des marques d'origine".[5929] Comme nous croyons le comprendre, par conséquent, l'article IX:4 du GATT de 1994 ne sert pas à traiter une limitation imposée *sur* l'utilisation des marques d'origine.

7.3028. En l'espèce, bien que les mesures TPP autorisent l'indication du pays d'origine sur les produits du tabac, conformément à une législation australienne distincte exigeant un tel marquage indiquant l'origine sur les produits importés, nous ne sommes pas persuadés que les limitations qu'elles imposent sur l'utilisation du signe Habanos et du sceau de garantie du gouvernement cubain constituent des "lois et règlements" concernant "le marquage des produits importés" au sens de l'article IX:4. En conséquence, nous concluons que les mesures TPP, dans la mesure où elles limitent les manières dont les exportateurs peuvent utiliser les signes indiqués par Cuba, ne constituent pas des "lois et règlements" du type visé par l'article IX:4 et ne relèvent donc pas de cette disposition.

7.3029. Compte tenu de cette constatation, nous n'avons pas besoin d'examiner l'argument de Cuba selon lequel les restrictions imposées par l'Australie sur l'affichage d'IG sur l'emballage des produits du tabac s'appliquent uniquement aux produits importés car les produits du tabac

[5926] Voir plus haut la section 7.4.3.2.
[5927] Voir plus haut le paragraphe 7.3020.
[5928] Voir plus haut les paragraphes 7.3000 et 7.3003.
[5929] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.356. (pas d'italique dans l'original)

fabriqués en Australie ne sont associés à aucune IG. Nous notons simplement que les mesures TPP s'appliquent sans distinction aux produits nationaux et aux produits importés. Nous nous abstenons en outre d'examiner comment les IG se rapportent aux marques d'origine au sens de l'article IX[5930] et si la forme composée du signe Habanos ou du sceau de garantie du gouvernement cubain équivaut à des IG. Pour les mêmes raisons, nous n'avons pas besoin d'examiner plus avant l'argument de l'Australie selon lequel l'article IX:4 vise uniquement les "règlements" relatifs aux marques d'origine (par opposition aux prohibitions des marques d'origine)[5931], ni la question de savoir si l'article IX:4 s'applique uniquement aux marquages indiquant le "pays d'origine" et non à "quelque chose de plus restrictif", comme "la fabrique ou la région d'origine".[5932]

7.3030. Compte tenu de notre détermination selon laquelle les mesures TPP, dans la mesure où elles limitent les manières dont les exportateurs peuvent utiliser le signe Habanos et le sceau de garantie du gouvernement cubain, ne constituent pas des "lois et règlements" concernant "le marquage des produits importés" visés par l'article IX:4, nous n'avons pas besoin d'examiner plus avant si la valeur des gros cigares cubains roulés à la main a été "substantiellement réduite du fait du respect de ces prescriptions.[5933] En tout état de cause, comme nous l'expliquons dans la section suivante, même en supposant que les aspects pertinents des mesures TPP devaient être considérés comme relevant de l'article IX:4, nous ne sommes pas convaincus que Cuba ait montré que ces mesures étaient telles qu'il n'était pas possible de s'y conformer sans réduire substantiellement la valeur des gros cigares cubains roulés à la main. Nous passons maintenant à l'examen de ce point.

7.4.3.4 Question de savoir si les mesures TPP sont "telles qu'il sera possible de s'y conformer sans réduire substantiellement la valeur" des gros cigares cubains roulés à la main

7.3031. L'article IX:4 dispose qu'"[e]n ce qui concerne le marquage des produits importés, les lois et règlements des Membres seront tels qu'il sera possible de s'y conformer sans occasionner de dommage grave aux produits, ni réduire substantiellement leur valeur ni accroître indûment leur prix de revient".[5934] Il identifie donc trois types d'incidences des lois et règlements concernant le

[5930] Nous notons que l'expression "indications géographiques" a un sens spécifique dans le cadre de l'article 22:1 de l'Accord sur les ADPIC. Cet article dispose qu'"[a]ux fins du présent accord, on entend par indications géographiques des indications qui servent à identifier un produit comme étant originaire du territoire d'un Membre, ou d'une région ou localité de ce territoire, dans les cas où une qualité, réputation ou autre caractéristique déterminée du produit peut être attribuée essentiellement à cette origine géographique". Nous avons constaté que les mesures TPP, dans la mesure où elles limitaient les manières dont les exportateurs pouvaient utiliser les signes indiqués par Cuba, ne constituaient pas des "lois et règlements" du type visé par l'article IX:4 et ne relevaient donc pas de cette disposition. En conséquence, nous ne jugeons pas nécessaire d'examiner comment cette définition se rapporte, en règle générale, aux marques d'origine et au champ d'application de l'article IX:4 du GATT de 1994.

[5931] Australie, première communication écrite, paragraphe 745.

[5932] Australie, observations sur les réponses de Cuba aux questions n° 187 à 191 et 193 du Groupe spécial.

[5933] Compte tenu de notre conclusion selon laquelle les mesures TPP, dans la mesure où elles limitent les manières dont les exportateurs peuvent utiliser le signe Habanos et le sceau de garantie du gouvernement cubain, ne constituent pas des "lois et règlements" du type visé par l'article IX:4, nous n'examinons pas l'argument de l'Australie selon lequel Cuba n'explique pas pourquoi le sceau de garantie du gouvernement cubain relève des disciplines de l'article IX:4, si ce n'est en affirmant qu'il contient des "IG indirectes" ("*indicaciones geographicas indirectas*") sous forme d'images du blason cubain, de champs de tabac cubains et de l'arbre national de Cuba, le palmier royal. Australie, observations sur les réponses de Cuba aux questions n° 187 à 191 et 193 du Groupe spécial.

[5934] Conformément au paragraphe 1 a) du GATT de 1994:

> L'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (le "GATT de 1994") comprendra: a) les dispositions de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, en date du 30 octobre 1947, annexé à l'Acte final adopté à la clôture de la deuxième session de la Commission préparatoire de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et l'emploi (à l'exclusion du Protocole d'application provisoire), tel qu'il a été rectifié, amendé ou modifié par les dispositions des instruments juridiques qui sont entrés en vigueur avant la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC.

En outre, le paragraphe 2 a) du GATT de 1994 comprend la note explicative suivante: "Dans les dispositions du GATT de 1994, l'expression "partie contractante" sera réputée s'entendre d'un "Membre"."

marquage des produits importés qui ne doivent pas résulter de la conformité avec ces lois et règlements. L'allégation de Cuba est fondée sur le deuxième de ces types d'incidences, à savoir la prescription selon laquelle il doit être possible de se conformer à ces lois et règlements sans "réduire substantiellement la valeur" des produits importés.

7.3032. Cuba fait valoir que les mesures TPP réduisent substantiellement la valeur des gros cigares cubains roulés à la main de deux manières. Premièrement, elle fait valoir que la prohibition de l'apposition du signe Habanos et du sceau de garantie du gouvernement cubain sur les produits du tabac et leur emballage prive les gros cigares cubains roulés à la main de la valeur ajoutée que les IG confèrent, en limitant l'aptitude des exportateurs à pratiquer un surprix pour ces cigares.[5935] Deuxièmement, Cuba fait valoir que la prohibition imposée par l'Australie à l'affichage du signe Habanos et du sceau de garantie du gouvernement cubain est inévitablement une source d'incertitude pour le consommateur quant à l'authenticité des produits qu'il achète.[5936] Selon elle, cela restreindra l'aptitude des exportateurs cubains à pratiquer des surprix pour les gros cigares cubains roulés à la main.[5937]

7.3033. Ces deux arguments reposent sur une certaine interprétation de l'expression "réduire substantiellement [la] valeur [des produits importés]" figurant à l'article IX:4 du GATT de 1994. Nous examinons donc tout d'abord le sens de cette expression afin de déterminer le type de situations que l'article IX:4 du GATT de 1994 sert à prévenir.

7.4.3.4.1 Sens de l'expression "réduire substantiellement [la] valeur [des produits importés]"

7.3034. L'article IX:4 du GATT de 1994 exige qu'il soit possible de se conformer aux lois et règlements concernant le marquage des produits importés sans "réduire substantiellement leur valeur". Nous interpréterons cette expression conformément aux règles coutumières d'interprétation applicables, en tenant compte, selon qu'il sera pertinent, des orientations données par la Décision de 1958 du GATT.

7.3035. Le verbe "reduce" (réduire) est défini comme "[t]o contract, condense; to make smaller, diminish" (contracter, condenser; rendre plus petit, diminuer) et "[t]o bring down or diminish to … a smaller number, amount, quantity, extent, etc., or to a single thing; … to bring down to a simpler form" (ramener ou abaisser à … un nombre, un montant, une quantité, une étendue, etc. plus faibles, ou à une chose unique; … ramener à une forme plus simple).[5938] Les définitions que les dictionnaires donnent du nom "value" (valeur) sont entre autres les suivantes: "[w]orth or quality as measured by a standard of equivalence" (importance ou qualité mesurée par une norme d'équivalence) et "[t]he material or monetary worth of something; the amount at which something may be estimated in terms of a medium of exchange, as money or goods, or some other similar standard" (équivalent matériel ou monétaire d'une chose; montant auquel une chose peut être

[5935] Cuba, première communication écrite, paragraphes 422 à 424. Voir aussi Cuba, réponse à la question n° 79 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial). Cuba explique que la raison première d'investir dans un système d'indications géographiques est d'accroître la valeur proposée aux consommateurs. Selon elle, de la même façon, une prohibition concernant l'affichage d'une indication géographique existante limite l'aptitude des exportateurs à pratiquer un surprix et est susceptible de réduire la valeur des produits affectés (par rapport à ce qu'elle serait autrement). Cuba, première communication écrite, paragraphe 423. Selon Cuba, une prohibition concernant l'affichage d'une indication géographique existante, telle que "Habanos", limite l'aptitude des exportateurs de pratiquer un surprix et est donc susceptible de réduire substantiellement la valeur des produits affectés. Cuba, réponse à la question n° 137 du Groupe spécial (faisant référence à Cuba, première communication écrite, paragraphes 423 et 425). De même, Cuba fait valoir qu'en faussant la propriété intellectuelle cubaine (en particulier les marques cubaines de la classe 34, l'IG Habanos et le sceau de garantie du gouvernement cubain), les mesures de l'Australie affecteront l'aptitude de la branche de production cubaine à pratiquer un surprix. Cuba, première communication écrite, paragraphe 24. Voir aussi Cuba, réponse à la question n° 191 du Groupe spécial.

[5936] Cuba, première communication écrite, paragraphe 425. Voir aussi Cuba, réponses aux questions n° 79 et 91 du Groupe spécial.

[5937] Cuba, première communication écrite, paragraphe 425. Voir aussi Cuba, réponses aux questions n° 79 et 91 du Groupe spécial.

[5938] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "reduce, *v.*", http://www.oed.com/view/Entry/160503?rskey=VWcAPS&result=2#eid, consultée le 2 mai 2017. (italique omis)

estimée en fonction d'un moyen d'échange, comme de l'argent ou des biens, ou d'un autre critère similaire).[5939]

7.3036. Point important, l'article IX:4 nuance l'expression "réduire … [la] valeur [des produits importés]" à l'aide du mot "substantiellement". Nous devons donc donner sens et effet à ce mot.[5940] Selon Cuba, le terme "substantiellement" figurant à l'article IX:4 doit être compris dans son sens ordinaire, c'est-à-dire "de manière sensible".[5941] Selon l'Australie, le terme "substantiellement" signifie "notablement, considérablement".[5942] Les définitions que les dictionnaires donnent de "materially" (substantiellement) sont notamment les suivantes: "[t]o a material or important extent; significantly, substantially, considerably" (dans une mesure substantielle ou importante; sensiblement, notablement, considérablement), "[b]y, with, or in respect of matter or physical substance; physically" (par, avec ou en matière ou substance physique; physiquement) et "[w]ith regard to the matter or the material aspect of something, as opposed to the form or formal aspect" (en ce qui concerne la matière ou l'aspect substantiel d'une chose, par opposition à la forme ou à l'aspect formel).[5943] Le sens ordinaire du terme "material" (important) tel qu'il est employé à l'article 12.2 de l'Accord antidumping a été établi comme étant: "important, essential, relevant" (conséquent, essentiel, pertinent).[5944]

7.3037. Par conséquent, nous considérons qu'une réduction de valeur "substantielle" est une réduction importante et pertinente; autrement dit, une réduction qui est sensible et notable. Nous convenons avec l'Australie[5945] que les autres adverbes employés à l'article IX:4 ("without *seriously* damaging the products … or *unreasonably* increasing their costs") (("sans occasionner de dommage *grave* aux produits … ni accroître *indûment* leur prix de revient")) indiquent aussi que l'article IX:4 tolère certaines conséquences négatives des lois et règlements relatifs au marquage des produits importés et ne sert à prévenir ces conséquences que dans la mesure où elles atteignent un certain degré "substantiel".

7.3038. Nous notons en outre, en tant que contexte, le membre de phrase "il sera possible de s'y conformer" figurant à l'article IX:4. Nous avons constaté qu'en mettant en balance la légitimité de fournir aux consommateurs des renseignements sur l'origine au moyen de la réglementation relative aux marques d'origine, d'une part, et la nécessité de limiter l'incidence qu'a l'usage de marques d'origine pour les exportateurs, de l'autre[5946], ce membre de phrase donnait à penser que le but de l'article IX:4 n'était pas d'imposer une discipline pour ce qui était de savoir si les Membres pouvaient réglementer les marques d'origine, mais de soumettre à une discipline *la manière* dont la conformité avec les lois et règlements relatifs au marquage indiquant l'origine pouvait être prescrite. Nous inspirant de la Recommandation concernant les marques d'origine contenue dans la Décision de 1958 du GATT, qui vise à limiter au minimum toute nuisance résultant pour les exportateurs de leur conformité avec les lois et règlements relatifs aux marques

[5939] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "value, *n.*", http://www.oed.com/view/Entry/221253?rskey=JLphH1&result=1&isAdvanced=false#eid, consultée le 2 mai 2017. Par ailleurs, dans un précédent différend, les définitions suivantes du nom "value" (valeur) données par les dictionnaires ont été examinées: "Le terme "value" (valeur) est ... défini dans le *Oxford English Dictionary* comme désignant "[t]hat amount of a commodity, medium of exchange, etc., considered to be an equivalent for something else" (la quantité d'un produit, le moyen d'échange, etc. considéré comme un équivalent d'autre chose) et le terme "value" (valeur) est défini dans le *Black's Law Dictionary* comme désignant "[t]he monetary worth or price of something; the amount of goods, services or money that something will command in an exchange" (l'équivalent monétaire ou le prix de quelque chose; la quantité de marchandises, de services ou d'argent à laquelle quelque chose s'échangera)." Rapport du Groupe spécial *Colombie – Bureaux d'entrée*, paragraphe 7.82. (notes de bas de page omises)

[5940] Comme l'a expliqué l'Organe d'appel, "[l']un des corollaires de la "règle générale d'interprétation" de la *Convention de Vienne* est que l'interprétation doit donner sens et effet à tous les termes d'un traité. Un interprète n'est pas libre d'adopter une interprétation qui aurait pour résultat de rendre redondants ou inutiles des clauses ou des paragraphes entiers d'un traité." Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, pages 25 et 26 (note de bas de page omise). Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Produits laitiers*, paragraphe 135.

[5941] Cuba, réponse à la question n° 137 du Groupe spécial.

[5942] Australie, réponse à la question n° 137 du Groupe spécial.

[5943] Oxford English Dictionary en ligne, définition de "materially, *adj.*", http://www.oed.com/view/Entry/114931?redirectedFrom=materially#eid, consultée le 2 mai 2017.

[5944] Rapport du Groupe spécial *CE – Accessoires de tuyauterie*, paragraphe 7.423.

[5945] Australie, réponse à la question n° 137 du Groupe spécial.

[5946] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.356.

d'origine[5947], nous avons constaté que ce membre de phrase indiquait que le but de l'article IX:4 était d'empêcher que les intérêts des exportateurs en matière de commercialisation de leurs produits sur le territoire d'un Membre importateur soient menacés par des changes ou des coûts excessifs quels qu'ils soient résultant de la conformité avec les règlements relatifs aux marques d'origine adoptées par ce Membre.[5948]

7.3039. À notre avis, cet objet et ce but de l'article IX:4 donnent aussi des indications sur ce qui peut constituer une réduction substantielle de la valeur des produits importés et, par conséquent, une infraction à l'article IX:4 du GATT de 1994. Comme nous l'avons noté, l'Organe d'appel a lié les objectifs de l'article IX:4 et de l'article IX:2 et a considéré que ces deux dispositions servaient à limiter l'incidence que l'usage de marques d'origine pouvait avoir pour les exportateurs:

> Nous notons que l'article IX:2 préconise une *réduction* des difficultés et des inconvénients que les lois et règlements relatifs aux marques d'origine pourraient entraîner pour les exportateurs. De plus, l'article IX:4 exige qu'il soit possible de se conformer à ces lois et règlements sans réduire substantiellement la valeur des produits, ni accroître inutilement leur prix de revient. Donc, ces dispositions préconisent la limitation de l'incidence de l'utilisation des marques d'origine.[5949]

7.3040. Nous avons noté que, décrivant l'objectif de l'article IX:4, l'Organe d'appel avait indiqué qu'il "préconis[ait] la limitation de l'incidence *de* l'utilisation des marques d'origine"[5950] et, par conséquent, ne servait pas à traiter, ou préconiser, une limitation de toute incidence *sur* l'utilisation des marques d'origine.[5951] Dans ce contexte, nous avons conclu que les mesures TPP, dans la mesure où elles limitaient les manières dont les exportateurs pouvaient utiliser les signes indiqués par Cuba, ne relevaient pas de l'article IX:4. À notre avis, ce but éclaire aussi notre interprétation de ce qui constitue une réduction substantielle de la valeur des produits importés. Étant donné que l'article IX:4 du GATT de 1994 ne protège pas l'utilisation de signes liés à l'origine sur les produits en soi, il ne protège pas non plus la valeur ajoutée ou le surprix que l'utilisation de ces signes liés à l'origine peut conférer aux produits importés, ni l'intérêt privé qui en résulte d'apposer de tels signes sur les produits importés. Compte tenu du but essentiel de l'article IX:4 de limiter toute nuisance résultant pour les exportateurs de leur conformité avec les règlements relatifs aux marques d'origine, à notre avis, on ne peut pas en même temps interpréter cette disposition comme protégeant toute valeur qui pourrait résulter, pour des parties privées, de l'usage de marques d'origine ou autres signes liés à l'origine eux-mêmes.

7.3041. Compte tenu de ce qui précède, nous comprenons donc que l'article IX:4 ne protège pas contre n'importe quelle réduction de la valeur des produits importés, mais seulement contre une réduction substantielle de valeur, c'est-à-dire une réduction de valeur supérieure à un certain degré "substantiel".[5952] En outre, en protégeant contre une telle réduction substantielle de valeur causée par la conformité avec les règlements des Membres relatifs au marquage, l'article IX:4 du GATT de 1994 ne concerne pas la protection d'une quelconque valeur ajoutée ou d'un quelconque surprix que l'utilisation de ces signes liés à l'origine peut conférer aux produits importés.

7.3042. À la lumière des considérations qui précèdent, nous concluons que le membre de phrase "réduire substantiellement [la] valeur [des produits importés]" figurant à l'article IX:4 du GATT de 1994 ne vise pas le type de situations que fait valoir Cuba dans le contexte de son allégation au

---

[5947] Voir plus haut la section 7.4.3.3.1.2.

[5948] Voir plus haut le paragraphe 7.3014.

[5949] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.356. (italique dans l'original; non souligné dans l'original)

[5950] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.356. (pas d'italique dans l'original)

[5951] En formulant cette constatation, nous affirmons à nouveau que nous n'examinons pas si le signe Habanos et le sceau de garantie du gouvernement cubain équivalent à des marques d'origine au sens de l'article IX:4 du GATT de 1994.

[5952] Cuba a fait valoir que le terme "substantiel" n'implique pas un niveau de preuve plus élevé puisque la charge de prouver l'existence d'une réduction substantielle de la valeur des produits importés continue d'incomber au plaignant. Cuba, réponse à la question n° 191 du Groupe spécial. Nous pensons comme Cuba que l'attribution habituelle de la charge de la preuve n'est pas affectée par le terme "substantiellement" employé à l'article IX:4; l'existence d'une violation de cette disposition doit être démontrée par le plaignant. En même temps, pour ce faire, celui-ci devra montrer davantage qu'une simple réduction quelconque de valeur; il doit montrer que la valeur des produits importés est "substantiellement" réduite dans le sens expliqué plus haut.

titre de l'article IX:4, ni ne protège contre ce type de situations. Nous constatons par conséquent que Cuba n'a pas démontré que la valeur des gros cigares cubains roulés à la main a été substantiellement réduite au sens de l'article IX:4 du GATT de 1994 du fait des limitations concernant l'apposition du signe Habanos ou du sceau de garantie du gouvernement cubain sur les gros cigares cubains roulés à la main.

7.3043. Ayant formulé cette constatation, nous jugeons néanmoins approprié d'examiner les éléments de preuve présentés par Cuba en ce qui concerne chacun des deux axes de son argumentation selon laquelle la valeur des gros cigares cubains roulés à la main a été substantiellement réduite du fait des mesures TPP, à savoir, premièrement, que les gros cigares cubains roulés à la main sont privés de la valeur ajoutée que les IG confèrent et, deuxièmement, que les mesures TPP créent une incertitude chez les consommateurs quant à l'authenticité des gros cigares cubains roulés à la main.

7.4.3.4.2 Question de savoir si les gros cigares cubains roulés à la main sont privés de valeur ajoutée, d'où une réduction substantielle de leur valeur au sens de l'article IX:4

7.3044. Comme nous l'avons expliqué, Cuba fait valoir que la prohibition concernant l'apposition du signe Habanos et du sceau de garantie du gouvernement cubain sur les produits du tabac et leur emballage privera les gros cigares cubains roulés à la main de la valeur ajoutée que les IG confèrent, en limitant l'aptitude des exportateurs à pratiquer un surprix pour ces cigares.[5953] Selon elle, cela "réduira substantiellement" la valeur des gros cigares cubains roulés à la main au sens de l'article IX:4 du GATT de 1994.[5954]

7.3045. Cuba présente quatre éléments de preuve pour démontrer l'existence de cette réduction substantielle de valeur. Trois de ces documents ont trait de manière générale à la valeur ajoutée apportée par les IG: une méta-analyse scientifique d'études d'évaluation des denrées alimentaires comportant une IG, qui porte sur ce qui conduit au surprix pour les produits étiquetés selon l'origine (méta-analyse de Deselnicu *et al.*)[5955], un extrait d'un livre sur le droit des IG (livre de Gangjee)[5956] et un guide publié par la FAO concernant la promotion de la qualité liée à l'origine et des IG durables (guide de la FAO).[5957] Cuba fait valoir que ces trois documents cautionnent "[l']hypothèse selon laquelle les indications géographiques sont, en règle générale, associées à des surprix".[5958] Comme quatrième élément de preuve, Cuba présente une étude de 2012 commandée par l'Union européenne (étude de 2012 de l'UE sur les IG)[5959] concluant que les IG confèrent un taux de plus-value de 2,23.[5960] Selon Cuba, cette étude de 2012 de l'UE sur les IG montre que

[5953] Cuba, première communication écrite, paragraphes 422 à 424. Voir aussi Cuba, réponse à la question n° 79 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial). Cuba explique que la raison première d'investir dans un système d'indications géographiques est d'accroître la valeur proposée aux consommateurs. Selon elle, de la même façon, une prohibition concernant l'affichage d'une indication géographique existante limite l'aptitude des exportateurs à pratiquer un surprix et est susceptible de réduire la valeur des produits affectés (par rapport à ce qu'elle serait autrement). Cuba, première communication écrite, paragraphe 423. Selon Cuba, une prohibition concernant l'affichage d'une indication géographique existante, telle que "Habanos", limite l'aptitude des exportateurs de pratiquer un surprix et est donc susceptible de réduire substantiellement la valeur des produits affectés. Cuba, réponse à la question n° 137 du Groupe spécial (faisant référence à Cuba, première communication écrite, paragraphes 423 et 425). De même, Cuba fait valoir qu'en faussant la propriété intellectuelle cubaine (en particulier les marques cubaines de la classe 34, l'IG Habanos et le sceau de garantie du gouvernement cubain), les mesures de l'Australie affecteront l'aptitude de la branche de production cubaine à pratiquer un surprix. Cuba, première communication écrite, paragraphe 24. Voir aussi Cuba, réponse à la question n° 191 du Groupe spécial.

[5954] Cuba, première communication écrite, paragraphes 422 à 424. Voir aussi Cuba, réponse à la question n° 79 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial).

[5955] O. Deselnicu, M. Costanigro, D. Souza-Monteiro et D. McFadden, "A Meta-Analysis of Geographical Indication Food Valuation Studies: What Drives the Premium for Origin-Based Labels?", *Journal of Agricultural and Resource Economics*, volume 38, n° 2 (2013), pages 204 à 219, (méta-analyse de Deselnicu *et al.*) (pièce CUB-34).

[5956] Dev Gangjee, *Relocating the Law of Geographical Indications* (Cambridge University Press, 2012), pages 281 à 283, (livre de Gangjee) (pièce CUB-10).

[5957] Guide de la FAO (pièce CUB-31).

[5958] Cuba, première communication écrite, paragraphe 423.

[5959] Étude de 2012 de l'UE sur les IG (pièce CUB-36).

[5960] Cuba, première communication écrite, paragraphe 423.

l'utilisation d'une IG est associée à une augmentation de prix de 223% pour les produits alimentaires et agricoles dans l'Union européenne.[5961]

7.3046. Avant d'examiner ces éléments de preuve, nous notons que l'argumentation de Cuba repose sur l'affirmation selon laquelle les mesures TPP prohibent l'utilisation du signe Habanos et du sceau de garantie du gouvernement cubain. Nous avons cependant constaté que les mesures TPP ne supprimaient pas la prescription préexistante distincte imposant de montrer le nom du pays dans lequel le produit a été fabriqué ou produit (par exemple "Fabriqué à Cuba"), et ne prescrivaient ni ne prohibaient tous les éléments de ce que Cuba décrit IG Habanos, ou du sceau de garantie du gouvernement cubain. Spécifiquement, nous rappelons notre précédente détermination selon laquelle nous ne considérons pas que l'utilisation du terme "Habanos" en tant que nom de marque ou partie d'un nom de marque soit prohibée. Nous rappelons en outre que l'indication du pays d'origine est autorisée dans le cadre des mesures TPP. Nous considérons que l'indication "roulés à la main" est aussi autorisée.[5962]

7.3047. Cuba fait référence à une "méta-analyse d'études estimant les surprix concernant les produits agricoles différenciés par une indication géographique (IG)" réalisée par Deselnicu *et al.* (méta-analyse de Deselnicu *et al.*).[5963] Cette analyse porte sur les IG relatives aux "denrées alimentaires", sans référence spécifique au tabac ou aux produits du tabac.[5964] Elle est axée sur les IG européennes et les consommateurs européens.[5965] Par ailleurs, bien qu'elle porte sur des études couvrant diverses régions, elle souligne qu'il est important de faire une distinction entre les différents produits et marchés[5966] et indique que le cadre institutionnel d'un marché donné influe lui aussi considérablement sur les surprix.[5967] Bien qu'elle note que "[l]e pourcentage moyen de surprix lié aux IG est de 15,1%"[5968], elle met en garde contre les interprétations généralisées.[5969]

[5961] Cuba, première communication écrite, paragraphe 423.

[5962] Voir Cuba, première communication écrite, paragraphe 71, expliquant que l'indication "roulés à la main" reste autorisée car la règle 8 c) ii) du Règlement CI exige qu'une "désignation exacte" figure sur les produits importés. Cette explication du fonctionnement des mesures TPP n'a pas été contestée par l'Australie.

[5963] Méta-analyse de Deselnicu *et al.* (pièce CUB-34), page 204.

[5964] Méta-analyse de Deselnicu *et al.* (pièce CUB-34), tableau 1, page 209. La méta-analyse de Deselnicu *et al.* explique que "[d']un point de vue statistique, il serait idéal que toutes les catégories de produits soient représentées dans chaque système d'assurance de la qualité fondé sur les IG, avec des fréquences similaires. Au lieu de cela, les produits protégés par une AOP [c'est-à-dire une appellation d'origine protégée] sont principalement les fromages, suivis par les vins, les huiles d'olive, les fruits et légumes, et les viandes. La plupart des produits de notre échantillon certifiés par une IGP [c'est-à-dire une indication géographique protégée] sont des viandes, suivies par des céréales et des huiles d'olive, tandis que les noms commerciaux comportant une IG sont principalement utilisés pour les produits viticoles (73%), ainsi que pour les fruits et légumes, comme les pommes de l'État de Washington et les pommes de terre de l'Idaho." *Ibid.*, page 211. (note de bas de page omise)

[5965] La méta-analyse de Deselnicu *et al.* note que "la majorité des études de [l'échantillon examiné] (55%) sont fondées sur des évaluations de consommateurs européens, les autres étant des études de produits d'Amérique du Nord et d'Amérique centrale (31%) et des études australiennes et néo-zélandaises (14%)". Méta-analyse de Deselnicu *et al.* (pièce CUB-34), page 209.

[5966] Selon la méta-analyse de Deselnicu *et al.*, "[l']analyse systématique des travaux de recherche existants sur les surprix liés aux IG a confirmé clairement notre observation initiale: alors que les IG constituent un instrument efficace de différenciation sur les marchés des denrées alimentaires, l'importance des surprix qui leur sont associés varie assez sensiblement selon les produits et les marchés". Méta-analyse de Deselnicu *et al.* (pièce CUB-34), pages 214 et 215.

[5967] Selon la méta-analyse de Deselnicu *et al.*:

> La relation entre le cadre institutionnel régissant les IG et les surprix est particulièrement pertinente pour ce qui est de ses incidences sur les politiques de commercialisation des denrées alimentaires. En Europe, il apparaît que des règlements plus stricts concernant l'AOP garantissent un surprix plus important que son équivalent moins strict en matière d'assurance de la qualité (l'IGP). Des règlements plus rigoureux peuvent être le signe d'avantages accrus pour les consommateurs sous forme de sécurité sanitaire des aliments, d'assurance de la qualité et de renforcement du lien culturel ou patrimonial, incitant davantage à payer pour des produits qui sont plus étroitement réglementés.

Méta-analyse de Deselnicu *et al.* (pièce CUB-34), page 215.

[5968] Méta-analyse de Deselnicu *et al.* (pièce CUB-34), page 109.

[5969] Selon la méta-analyse de Deselnicu *et al.*, "[b]ien que ces résultats semblent évidents, il convient de les interpréter plus prudemment: une interprétation excessivement littérale des grandeurs estimées n'est pas conseillée étant donné la nature agrégée et hétérogène de nos données". Méta-analyse de Deselnicu *et al.* (pièce CUB-34), page 215. La méta-analyse de Deselnicu *et al.* indique en outre que "[s]i la [volonté de payer]

En fait, elle ne suggère pas que toutes les IG réclament un surprix sur tous les marchés. Elle note que "[l]e pourcentage de surprix pour toutes les IG *varie largement d'un minimum de -36,7%* pour le fromage Provolone Valpadana à +181,9% pour le fromage Valle d'Aosta Fromadzo en Italie"[5970], et fait référence à "une majoration/*réduction* de prix par rapport à un produit générique sans IG".[5971] Elle ne tient pas compte des étiquettes indiquant le pays d'origine.[5972]

7.3048. Par ailleurs, la méta-analyse de Deselnicu *et al.* mentionne que les surprix réclamés par les IG sont affectés par la coexistence avec les noms de marques de produits plus onéreux.[5973] Nous notons à cet égard que Cuba ne conteste pas que les mesures TPP autorisent le maintien de l'utilisation de noms de marques sur les gros cigares cubains roulés à la main[5974], et qu'elle n'explique pas comment tout surprix réclamé par une IG quelle qu'elle soit serait affecté par le maintien de noms de marques sur l'emballage des gros cigares cubains roulés à la main.

7.3049. Nous estimons que, même en supposant que le signe Habanos et le sceau de garantie du gouvernement cubain aient été considérés comme constituant une IG, la méta-analyse de Deselnicu *et al.* n'est guère pertinente, voire pas du tout, pour ce qui est de l'allégation de Cuba selon laquelle le respect des restrictions sur l'utilisation de ces signes dans le cadre des mesures TPP conduit à une réduction substantielle de la valeur des gros cigares roulés à la main sur le marché australien. L'étude indique clairement, en particulier, que toute augmentation de la valeur conférée par une IG spécifique dépend des circonstances d'un marché donné. Les IG analysées dans l'étude ne concernent pas les produits du tabac et se rapportent au marché européen. Il n'est donc pas établi clairement que les constatations de cette étude apportent des éclaircissements sur la question dont nous sommes saisis.

7.3050. Cuba fait en outre référence à un ouvrage sur les IG, le livre de Gangjee. Les extraits qu'elle en présente indiquent que "les consommateurs sont censés apprécier les produits comportant une indication de l'origine géographique et être disposés à payer un surprix pour ces produits", et font état d'un "optimisme prudent" concernant cette hypothèse, fondé sur des "recherches préliminaires".[5975] Le livre de Gangjee mentionne en outre que "certains éléments de preuve montrent, surtout en Europe, que les consommateurs sont attirés par les produits régionaux"[5976]: "[d]ans 14 cas sur 18, le prix d'un produit comportant une AOP/IGP est supérieur au prix de son produit de comparaison" et "[l]e surprix positif va de 5% dans le cas des appellations Sitia Lasithi Kritis, Jamón de Teruel ... et Turrón de Alicante/Jijona à 300% dans celui de l'appellation Volaille de Bresse".[5977]

---

moyenne est positive, indiquant que les consommateurs souhaitent généralement payer davantage pour des produits comportant une IG, il existe une grande variabilité dans les surprix relevés". *Ibid.*, page 209.

[5970] Méta-analyse de Deselnicu *et al.* (pièce CUB-34), page 209. (pas d'italique dans l'original)

[5971] Méta-analyse de Deselnicu *et al.* (pièce CUB-34), page 207. (pas d'italique dans l'original)

[5972] La méta-analyse de Deselnicu *et al.* indique que "[l]es études estimant l'évaluation des étiquettes indiquant le pays d'origine (EPO) par les consommateurs ont été exclues de l'échantillon parce que le lien entre le nom géographique et les conditions spécifiques de culture (le concept de terroir) a été jugé trop faible". Méta-analyse de Deselnicu *et al.* (pièce CUB-34), page 207.

[5973] Comme l'indique la méta-analyse de Deselnicu *et al.*, "[s]elon nos estimations, il y a un rapport inversement proportionnel relativement fort entre l'usage de marques commerciales et le surprix lié aux IG …, qui est étroitement lié au type de population de consommateurs (reste du monde contre population européenne seulement). Lors de l'achat de produits plus onéreux (comme le vin et l'huile d'olive), l'incitation à s'informer des différences de qualité d'un nom de marque à l'autre est plus prononcée, ce qui permet à ces noms de marques de recueillir une part plus importante du surprix liés à la réputation." Méta-analyse de Deselnicu *et al.* (pièce CUB-34), page 215.

[5974] Cuba, réponse à la question n° 189 du Groupe spécial.

[5975] Livre de Gangjee (pièce CUB-10), page 281.

[5976] Livre de Gangjee (pièce CUB-10), page 282. En outre, le livre de Gangjee indique qu'"[u]n nombre croissant de travaux de recherche empirique portent sur l'incidence des AOP [appellations d'origine protégées] ou des IGP [indications géographiques protégées] sur la volonté du consommateur de payer des prix plus élevés", précisant que les "moteurs de cette demande" sont variés et supposés inclure l'augmentation des revenus, les préoccupations concernant la qualité et la sécurité sanitaire des aliments, une demande de qualité organoleptique supérieure ou spécifique, le rôle de ces produits comme symboles du patrimoine culturel, un désir d'authenticité et la volonté de faire en sorte que les achats soutiennent les producteurs nationaux". Gangjee indique en outre dans son livre que "cette demande des consommateurs est corrélée avec la capacité de pratiquer un surprix pour le produit, comme plusieurs études de cas l'ont démontré", en particulier dans le contexte européen. *Ibid.* page 282.

[5977] Livre de Gangjee (pièce CUB-10), page 282.

7.3051. Nous considérons que ces éléments ne sont guère pertinents, voire pas du tout, pour la démonstration par Cuba de la "réduction substantielle" de la valeur des gros cigares roulés à la main du fait de la conformité avec les prescriptions des mesures TPP. Comme le montrent certains des passages mentionnés plus haut, les constatations en cause concernent principalement des IG européennes évaluées dans le contexte européen. Comme la méta-analyse de Deselnicu *et al.*, les extraits du livre de Gangjee présentés par Cuba ne font pas mention, et à plus forte raison ne traitent pas, du tabac ou des produits du tabac. En outre, l'extrait cité plus haut concernant les IG européennes porte à croire que tout surprix est spécifique au produit comportant une IG. Le fait que 14 des 18 cas évalués impliquait un prix plus élevé pour les produits comportant une IG pourrait aussi indiquer que 4 de ces 18 cas n'impliquaient pas nécessairement un surprix.

7.3052. De même, nous considérons que le guide de la FAO n'est guère pertinent voire pas du tout, pour la démonstration de Cuba. Cet ouvrage est un "guide [général] pour promouvoir la qualité liée à l'origine et des indications géographiques durables".[5978] Il ne porte pas spécifiquement sur le tabac et les produits du tabac, ni sur le contexte australien.[5979] En outre, en faisant référence à la création de valeur en général, le guide de la FAO indique que "[l]es produits de terroir *peuvent* être une source de valeur ajoutée au travers de leur reconnaissance sur les marchés".[5980] Il ajoute que "[l]a démarche de valorisation nécessite" certaines actions, comme "une coordination de la part des acteurs (relations horizontales et verticales tout au long de la filière)".[5981] Comme son sous-titre l'indique, l'un des buts du guide de la FAO est d'aider les pays dans cette démarche de valorisation.[5982]

7.3053. Comme Cuba le note[5983], l'étude de 2012 de l'UE sur les IG conclut que "[l]e taux de plus-value des produits comportant une IG a été estimé à 2,23, ce qui signifie que ces produits ont été vendus 2,23 fois plus cher que la même quantité de produits sans IG".[5984] Cependant, comme l'indique l'étude, il s'agit d'un "taux de plus-value global dans les 27 pays de l'UE pour les produits comportant une IG".[5985] Comme cela est expliqué dans cette même étude, "[d]errière cette moyenne, il y a eu une variété de situations".[5986] Bien qu'elle signale ces variations et ces spécificités, l'étude de 2012 de l'UE sur les IG ne fait pas référence ni ne se rapporte au contexte australien.[5987] Elle ne fait pas non plus la moindre référence au tabac ou aux produits du tabac.[5988] En conséquence, elle non plus n'est guère pertinente, voire pas du tout, pour l'allégation de Cuba concernant les marques d'origine.

7.3054. Compte tenu de ce qui précède, nous concluons que, même si l'on considèrait que ces éléments de preuve montrent que, dans des contextes spécifiques ou par principe, les IG peuvent réclamer un surprix, ils ne sont pas suffisamment concordants ou spécifiques pour étayer

[5978] Le sous-titre du guide de la FAO est le suivant: "Guide pour promouvoir la qualité liée à l'origine et des indications géographiques durables". Guide de la FAO (pièce CUB-31), page de couverture.

[5979] Les parties du guide de la FAO qui se rapportent spécifiquement à des produits et traitent des différences de prix sont des études de cas relatives à la "réputation et [la] formation du prix" dans le contexte de la production du pomelo dans une région spécifique de la Thaïlande (guide de la FAO, page 21, étude de cas n° 4) et un encadré présentant une comparaison des prix sur les marchés internationaux entre cafés torréfiés d'origine différenciée et d'origine non différenciée, selon le type et l'origine des cafés. Guide de la FAO (pièce CUB-31), page 20, encadré 2.

[5980] Guide de la FAO (pièce CUB-31), page 20. (italique dans l'original)

[5981] Guide de la FAO (pièce CUB-31), page 22.

[5982] Guide de la FAO (pièce CUB-31), page de couverture.

[5983] Cuba, première communication écrite, paragraphe 423.

[5984] Étude de 2012 de l'UE sur les IG (pièce CUB-36), page 4.

[5985] Étude de 2012 de l'UE sur les IG (pièce CUB-36), page 71.

[5986] Étude de 2012 de l'UE sur les IG (pièce CUB-36), page 71. En fait, l'étude de 2012 de l'UE sur les IG consacre plusieurs pages à "la grande diversité des situations, selon les systèmes et les États membres [de l'UE]" (*ibid.* page 71), examinant, par exemple, les "[t]aux de plus-value par classe de produits agricoles et de denrées alimentaires" (*ibid.* page 72) et les différences de "[t]aux de plus-value des produits comportant des IG par catégorie et par État membre". *Ibid.* page 77. Elle est encore plus spécifique lorsqu'elle décrit le "[t]aux de plus-value par secteur national" en notant qu'"[i]ncontestablement, le taux de plus-value rend compte des structures et de l'histoire des secteurs nationaux des IG." *Ibid.* page 81.

[5987] Comme le mentionne l'étude de 2012 de l'UE sur les IG, "[l]es données présentées … sont fondées sur les statistiques européennes et nationales". Étude de 2012 de l'UE sur les IG, page 4. Voir aussi la référence à la "[v]aleur des ventes des produits comportant une IG dans les 27 pays de l'UE". Étude de 2012 de l'UE sur les IG (pièce CUB-36), chapitre 2, titre.

[5988] L'étude de 2012 de l'UE sur les IG porte sur les "produits agricoles et denrées alimentaires, vins, vins aromatisés et spiritueux protégés par une indication géographique". Étude de 2012 de l'UE sur les IG (pièce CUB-36), page de couverture et titre.

l'argument de Cuba selon lequel le signe Habanos ou le sceau de garantie du gouvernement cubain engendreraient une valeur ajoutée d'une importance identifiable pour les gros cigares cubains roulés à la main importés sur le marché australien ou pour démontrer que la conformité avec les prescriptions TPP en ce qui concerne l'utilisation de ces signes aurait conduit à une réduction substantielle de la valeur des gros cigares cubains roulés à la main en Australie, au sens de l'article IX:4 du GATT de 1994.

7.3055. Nous notons en outre à cet égard la propre description de Cuba de la capacité du *terme* "Habanos" d'évoquer les associations spécifiques qui, selon elle, constituent la valeur ajoutée de la désignation d'un gros cigare cubain roulé à la main comme "Habanos":

> Par suite des efforts de Cuba pour protéger et promouvoir son industrie du cigare et ses exportations de cigares, le terme "*Habanos*" qui est devenu mondialement connu, désigne les gros cigares de qualité supérieure roulés à la main de provenance cubaine.[5989]

7.3056. Comme nous l'avons expliqué plus haut, nous considérons que le *terme* "Habanos" peut être utilisé comme nom de marque ou partie d'un nom de marque. Par conséquent, dans la mesure où ce terme lui-même, comme Cuba l'indique, est associé aux "gros cigares de qualité supérieure roulés à la main de provenance cubaine", Cuba conserve l'aptitude, dans le cadre des mesures TPP, à évoquer ces caractéristiques.

7.3057. De même, nous notons les observations figurant dans Parr *et al.* 2011b, rapport qui est examiné plus loin de façon plus approfondie, selon lesquelles pour les fumeurs réguliers et expérimentés de cigares, "[l]e nom de la marque est considéré comme un signe d'authenticité ou de légitimité du produit".[5990] Dans la mesure, toutefois, où le sceau de garantie du gouvernement cubain garantit l'authenticité de l'origine cubaine d'un cigare, il apparaît que cette fonction peut toujours être remplie moyennant l'usage d'un nom de marque pertinent, en combinaison avec l'indication du pays d'origine (par exemple "Fabriqué à Cuba"), qui doit, conformément à une législation distincte, apparaître sur les cigares ou les emballages et est aussi autorisé dans le cadre des mesures TPP.

7.3058. Dans l'ensemble, par conséquent, nous ne sommes pas persuadés que Cuba ait démontré que les restrictions imposées dans le cadre des mesures TPP sur l'utilisation du signe Habanos et du sceau de garantie du gouvernement cubain privent les gros cigares cubains roulés à la main de la valeur ajoutée pertinente, de telle sorte que la conformité avec elles conduirait à une réduction substantielle de la valeur de ces cigares au sens de l'article IX:4.

7.4.3.4.3 Question de savoir si les mesures TPP créent une incertitude chez les consommateurs quant à l'authenticité des gros cigares cubains roulés à la main, d'où une réduction substantielle de leur valeur

7.3059. Comme nous l'avons noté, Cuba allègue aussi que la valeur des gros cigares cubains roulés à la main a été substantiellement réduite du fait de la prohibition alléguée, dans le cadre des mesures TPP, de l'apposition du signe Habanos et du sceau de garantie du gouvernement cubain sur les produits du tabac et leur emballage, car selon elle, cela sera inévitablement une source d'incertitude pour le consommateur quant à l'authenticité des produits qu'il achète.[5991] Selon elle, cela restreindra l'aptitude des exportateurs cubains à pratiquer des surprix pour les gros cigares cubains roulés à la main en Australie.[5992]

[5989] Cuba, première communication écrite, annexe 1, partie 2, paragraphe 1 (non souligné dans l'original).

[5990] Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24 (50)), page 10. De même, s'agissant des fumeurs moins réguliers de cigares, Parr *et al.* 2011b souligne l'importance de l'association à une marque et de l'identification de la marque pour ces fumeurs: "Davantage que les fumeurs plus réguliers, les fumeurs moins réguliers s'intéressent tout particulièrement à l'identification de la marque et à l'emballage des étuis à cigare. … L'identification de la marque a également un effet important sur leur perception de la qualité dans leurs achats … " *Ibid.* page 10.

[5991] Cuba, première communication écrite, paragraphe 425. Voir aussi Cuba, réponse à la question n° 79 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial).

[5992] Cuba, première communication écrite, paragraphe 425. Voir aussi Cuba, réponse à la question n° 79 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial).

7.3060. Cuba se réfère[5993] à Parr *et al.* 2001b, rapport selon lequel les fumeurs réguliers de cigares haut de gamme craignent que l'emballage neutre n'interfère avec leur aptitude à vérifier la qualité et la légitimité des cigares qu'ils achètent.[5994] Elle fait référence[5995] aux propos d'un consommateur interrogé par GfK Blue Moon: "Comment puis-je savoir que l'employé du magasin ne me vend pas 50 dollars un cigare qui en vaut 10?."[5996] Selon Cuba, il est incontestable que l'incertitude des consommateurs quant à la qualité des produits proposés conduit à sous-évaluer ces produits et il est probable que cette incertitude des consommateurs sera particulièrement forte dans des circonstances où une IG qui a été utilisée pendant des décennies est soudainement retirée du marché.[5997]

7.3061. Nous notons que, plus généralement, Cuba remet en question la fiabilité de l'étude Parr *et al.* 2011b[5998], faisant valoir qu'elle a utilisé un échantillon inapproprié[5999] et souffrait de vices de méthode.[6000] Comme à la fois Cuba[6001] et l'Australie[6002] le signalent, aux fins de Parr *et al.* 2001b, on a montré à des fumeurs de cigares une bague de cigare neutre qui n'affichait absolument aucun renseignement. Comme l'indique l'Australie[6003], c'est en réaction à cette bague de cigare complètement neutre[6004] que certains fumeurs de cigares réguliers ont dit avoir des

[5993] Cuba, première communication écrite, paragraphe 425. Voir aussi Cuba, réponse à la question n° 79 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial).

[5994] Parr *et al.* 2001b (pièces AUS-219, JE-24 (50)), pages 10, 11, 42, 44 et 47.

[5995] Cuba, première communication écrite, paragraphe 425. Voir aussi Cuba, réponse à la question n° 79 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial).

[5996] Parr *et al.* 2001b (pièces AUS-219, JE-24 (50)), page 42.

[5997] Cuba, première communication écrite, paragraphe 426. Voir aussi Cuba, réponse à la question n° 79 du Groupe spécial (annexée à sa réponse à la question n° 138 du Groupe spécial).

[5998] En ce qui concerne les vices de méthode allégués, Cuba soutient qu'entre autres choses, Parr *et al.* 2011b a posé les mauvaises questions: par exemple, les sondeurs ont demandé aux personnes interrogées de comparer les images d'étuis à cigare neutres créés numériquement, sans marque, comportant une mise en garde sanitaire complète, avec les images d'étuis à cigare de marque existants, sans mise en garde sanitaire. Cuba, première communication écrite, paragraphe 425. Voir aussi *ibid.* paragraphes 263 à 268; Honduras, première communication écrite, paragraphes 530 à 537; deuxième communication écrite, paragraphes 127 et 128; et République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 627 à 639.

[5999] En ce qui concerne l'échantillon inapproprié allégué, Cuba note que Parr *et al.* 2011b n'a obtenu des réponses que de huit fumeurs de gros cigares roulés à la main, dont aucun n'avait été choisi aléatoirement pour participer à la recherche. Elle fait valoir qu'il va sans dire qu'une étude dans laquelle huit personnes seulement ont été interrogées ne devrait pas être utilisée pour formuler des constatations déterminantes. Cuba, première communication écrite, paragraphe 264.

[6000] Cuba, première communication écrite, paragraphe 266 (faisant référence à Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24 (50), pages 18 et 19). Cuba ajoute que les sondeurs ont aussi présenté aux personnes interrogées une bague de cigare neutre qui n'affichait absolument aucun renseignement et leur ont demandé de la comparer avec une bague portant une marque complète. Étant donné que les bagues de cigare, dans le cadre des mesures TPP, transmettent bien des renseignements (il est vrai limités), Cuba allègue qu'il est peu probable que cette mesure particulière ait le même effet sur les fumeurs de gros cigares roulés à la main dans le monde réel que celui qui est prédit par Parr *et al.* 2011b. Cuba, première communication écrite, paragraphe 267.

[6001] Cuba, première communication écrite, paragraphe 267. (note de bas de page omise)

[6002] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 584 (faisant référence à Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24 (50)), pages 10 et 42).

[6003] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 584 (faisant référence à Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24 (50)), pages 10 et 42).

[6004] Selon Parr *et al.* 2011b, "[p]our les fumeurs réguliers, la bague est l'une des premières choses qu'ils regardent lorsqu'ils examinent un cigare, aussi ont-ils immédiatement remarqué la différence avec la bague neutre" et "[p]our les fumeurs réguliers et expérimentés de cigares, la bague neutre n'aurait pas d'effet sur l'attrait ou l'attractivité en général de la consommation de cigares, mais ces fumeurs ont eu l'impression que l'emballage neutre réduisait la perception de la désirabilité globale pour un cigare donné quel qu'il soit du fait qu'ils ne pouvaient discerner aucun renseignement sur le produit". En outre:

> Tant les fumeurs réguliers que les fumeurs moins réguliers ont indiqué qu'ils laissaient généralement la bague sur leur cigare, aucun ne déclarant la retirer. Cependant, le but de la bague était perçu différemment et les réactions à la bague neutre étaient largement dictées par ces perceptions. Telle qu'elle a été montrée aux personnes interrogées, la bague neutre ne comportait pas de mise en garde sanitaire ni d'image, mais consistait plutôt uniquement en une bande de couleur neutre masquant la bague de marque située en-dessous. Tant les fumeurs de cigares réguliers que les fumeurs moins réguliers ont indiqué qu'elle était nettement visible, en particulier en comparaison avec les bagues existantes.

Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-2019, JE-24 (50)), page 42.

craintes quant à leur capacité de faire des achats éclairés[6005], car ces fumeurs évaluent l'authenticité du produit par référence à son nom de marque.[6006] En effet, selon Parr *et al.* 2011b, pour les fumeurs plus réguliers et expérimentés de cigares, "[l]e nom de la marque est considéré comme un signe d'authenticité ou de légitimité du produit" et "[c]es renseignements figurent le plus souvent sur la bague de cigare".[6007] De même, Parr *et al.* 2011b souligne l'importance de l'association à une marque et de l'identification de la marque pour les fumeurs moins réguliers de cigares, en particulier sur les étuis à cigares:

> Davantage que les fumeurs plus réguliers, les fumeurs moins réguliers s'intéressent tout particulièrement à l'identification de la marque et à l'emballage des étuis à cigare. … L'identification de la marque a également un effet important sur leur perception de la qualité dans leurs achats et, à ce titre, l'étui neutre de la marque a un effet marqué sur l'attrait de la consommation de cigares.[6008]

7.3062. Nous convenons avec l'Australie[6009] que les réactions des fumeurs de cigares face à une bague de cigare complètement neutre ne rendent pas exactement compte de l'incidence des mesures TPP, dès lors que ces mesures autorisent l'apparition du nom de la marque, du nom de la société ou de la raison sociale et du nom de variante, ainsi que du nom du pays dans lequel le cigare a été fabriqué, sur les bagues de cigare.[6010] Il en va de même des constatations de Parr *et al.* 2011b concernant les fumeurs moins réguliers de cigares[6011] dans la mesure où les étuis

---

[6005] L'une des principales conclusions de Parr *et al.* 2011b est que "la couleur et le design de l'emballage neutre, qu'il s'agisse de tabac à rouler, de cigarillos ou de cigares haute gamme, rédui[raient] l'attrait et la perception de la qualité". Cette conclusion est fondée en partie sur la constatation suivante:

> Pour les fumeurs plus réguliers de cigares, plutôt que l'emballage, ce sont les bagues des cigares qui agissent comme marqueurs de légitimité et donnent des renseignements essentiels concernant le produit, en particulier pour les cigares vendus à l'unité. Les fumeurs réguliers et expérimentés estiment que les bagues sont un moyen essentiel d'identifier le produit qu'ils veulent acheter et consommer. Par conséquent, il a été jugé probable que l'introduction de la bague neutre réduirait l'aptitude de cette catégorie de consommateurs à acheter des produits sur lesquels ils s'estimaient informés et dans la légitimé desquels ils étaient confiants. Cela donne à penser qu'il est nécessaire de communiquer des renseignements sur les produits par d'autres moyens au point de vente et au-delà du point de vente.

Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24 (50)), page 42. En ce qui concerne les "fumeurs plus réguliers et expérimentés de cigares", Parr *et al.* 2011b ajoute que les "étuis [à cigares neutres] n'avaient pas la même incidence du point de vue de la réduction de l'attrait ou de l'attractivité de la consommation de cigares". Selon Parr *et al.* 2011b, pour les fumeurs plus réguliers et expérimentés de cigares, "[l]e nom de la marque est considéré comme un signe d'authenticité ou de légitimité du produit" et "[c]es renseignements figurent le plus souvent sur la bague du cigare". Parr *et al.* 2011b ajoute que "[p]ar conséquent, une bague neutre (qui n'affiche aucun renseignement) masquant la bague de marque a une incidence plus importante étant donné qu'elle prive [les fumeurs plus réguliers de cigares] des renseignements sur le produit qu'ils utilisent pour faire des achats éclairés", ce qui à son tour "amoindrit la désirabilité d'un cigare donné quel qu'il soit car ils ne sont pas en mesure de vérifier le produit qu'ils reçoivent, par opposition à une baisse de l'attrait global de la consommation de cigares, qui reste élevé". *Ibid.* page 10. Le présent résumé des principales constatations formulées dans Parr *et al.* 2011b ne signifie pas que le Groupe spécial accepte nécessairement ces constatations comme étant fondées.

[6006] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 584 (faisant référence à Parr *et al.* 2011b (pièces AUS 219, JE-24 (50)), page 10).

[6007] Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24 (50)), page 10.

[6008] Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24 (50)), page 10.

[6009] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 584.

[6010] Voir plus haut la section 2.1.2.4.2 et la figure 9.

[6011] En ce qui concerne les fumeurs moins réguliers de cigares, Parr *et al.* 2011b souligne l'importance de l'association à une marque et du marquage, en particulier sur les étuis à cigare:

> Davantage que les fumeurs plus réguliers, les fumeurs moins réguliers s'intéressent tout particulièrement à l'identification de la marque et à l'emballage des étuis à cigare. Leur tabagisme est largement motivé par des événements sociaux dans lesquels la façon d'"offrir" ou de proposer un cigare peut jouer un rôle majeur dans la perception de l'attrait. L'identification de la marque a également un effet important sur leur perception de la qualité dans leurs achats et, à ce titre, l'étui neutre a un effet marqué sur la perception de l'attrait de la consommation de cigares. Cela prive l'événement d'une grande partie de son charme et réduit l'attrait des cigares lorsqu'ils sont offerts ou proposés à des amis. Le fait que les produits présentés dans un emballage neutre ne sont pas associé à une marque, à la différence des produits existants, ne

à cigare montrés dans le rapport étaient totalement dépourvus[6012] du type de renseignements qui peut continuer d'apparaître sur les étuis à cigare dans le cadre des mesures TPP.[6013] Par conséquent, comme le dit l'Australie, Parr *et al.* 2011b n'étaye pas l'affirmation selon laquelle les consommateurs ne seraient pas sûrs de l'authenticité du produit dans des circonstances où l'emballage des cigares, y compris les bagues et les étuis, peuvent toujours être étiquetés avec un nom de marque, un nom de variante et l'inscription "Fabriqué à Cuba".[6014]

7.3063. Pour les mêmes raisons, et sans évaluer la fiabilité de Parr *et al.* 2011b plus en détail, nous ne partageons pas l'avis de Cuba selon lequel les lacunes alléguées de Parr *et al*. 2011b sont "distinctes" et sont "quelque chose de différent" de l'argument avancé par Cuba, "à savoir le fait que les personnes interrogées s'inquiétaient de ce que l'emballage neutre affecterait leur aptitude à vérifier l'authenticité des cigares".[6015] Comme Cuba l'a noté, l'emballage des cigares est nettement différent dans le cadre des mesures TPP de ce qui a été décrit dans Parr *et al.* 2011b et les aspects dont il apparaît qu'ils ont amené les personnes interrogées, dans le contexte de Parr *et al.* 2011b, à avoir des doutes quant à l'authenticité du produit (c'est-à-dire l'absence de tout renseignement relatif à la marque sur la bague de cigare elle-même) n'ont en réalité pas été mis en œuvre dans les mesures TPP.[6016]

7.3064. En outre, nous pensons comme l'Australie[6017] que Parr *et al.* 2011b ne fait état d'aucune déclaration selon laquelle le retrait allégué du signe Habanos entraînerait une quelconque incertitude quant au produit, et encore moins selon laquelle un tel retrait créerait un niveau d'incertitude qui se traduirait par une réduction substantielle de la valeur des gros cigares cubains roulés à la main en Australie. Nous notons que, de même, l'étude n'aborde pas les effets perçus du retrait allégué du sceau de garantie du gouvernement cubain des gros cigares cubains roulés à la main.

7.3065. Cuba indique que son argumentation n'est pas fondée uniquement sur l'effet des mesures TPP concernant l'authenticité du produit, mais aussi sur l'effet sur le prix que les producteurs

---

> leur laisse rien d'autre à "exprimer" que la couleur de l'étui. Celle-ci a été décrite comme "boueuse", comme "faisant penser à du goudron" et comme parfaitement rebutante. Ce manque d'attrait est étroitement lié à une perception de qualité médiocre.

Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24 (50)), page 10.

[6012] Selon Parr *et al.* 2011b, "[sur] les images des répliques d'étuis à cigare ne figurait que l'avertissement sanitaire "Fumer des cigares provoque le cancer du poumon"." Parr *et al.* 2011b (pièces AUS-219, JE-24 (50)), page 18. L'étude indique ensuite ce qui suit:

> Dans le cas des étuis à cigare, il n'était pas possible de créer des images de produits de marque montrant à la fois la mise en garde sanitaire complète et la marque. Cela s'explique par la spécification voulant que la mise en garde sanitaire occupe 60% de la circonférence et 95% de la longueur de l'étui. Il a été déterminé que des images montrant seulement une partie de la mise en garde sanitaire ou de la marque ne seraient pas utiles aux fins de la recherche. En outre, du fait des contraintes de temps, il n'a pas été possible de créer des répliques physiques d'étuis à cigare. Par conséquent, la comparaison a été faite entre les images d'un étui à cigare neutre créé numériquement et comportant une mise en garde sanitaire complète et les images d'étuis à cigare de marque existants, sans mise en garde sanitaire.

Ibid. pages 18 et 19.

[6013] Voir plus haut le paragraphe 2.27 et la figure 5.

[6014] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 584. Voir aussi plus haut les paragraphes 2.27 et 2.36.

[6015] Cuba, réponse à la question n° 187 du Groupe spécial.

[6016] Cuba fait valoir ce qui suit:

> S'agissant des cigares, le Règlement TPP exige qu'ils ne portent qu'une seule bague et impose l'emploi d'une couleur uniforme pour ces bagues (Pantone 448C). Les mesures TPP autorisent l'affichage sur les bagues de cigare: 1) d'un nom de marque, d'une raison sociale ou d'un nom de société; 2) d'un nom de variante; et 3) de renseignements sur le pays d'origine. Un code alphanumérique peut également être conservé sur la bague de cigare. Les mesures [T]PP exigent que ces signes et renseignements soient présentés sur les bagues de cigare selon des caractères, une police, une couleur et un emplacement uniformes, et ne dépassent pas une taille maximale.

Cuba, première communication écrite, paragraphe 64. (notes de bas de page omises)

[6017] Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 584.

cubains peuvent exiger pour leur produit.[6018] En réponse à une demande d'éclaircissements du Groupe spécial, elle dit qu'elle "convient avec le Honduras que bien que les plaignants n'aient pas présenté de données empiriques sur un effet de "descente en gamme" en ce qui concerne les cigares, les raisons économiques de la descente en gamme dont pâtissent actuellement les cigarettes s'appliquent aussi au marché du cigare en Australie".[6019]

7.3066. Nous notons qu'en réponse au Groupe spécial[6020], Cuba indique qu'elle ne peut fournir aucune donnée concernant les valeurs et les volumes car elle "n'a pas accès" aux "données relatives aux ventes de détail de gros cigares cubains roulés à la main en Australie et sur d'autres marchés à des fins de comparaison".[6021] Par contre, elle fait valoir qu'"une lente érosion de la position exceptionnelle des gros cigares cubains roulés à la main est toutefois inévitable si les mesures concernant l'emballage neutre suppriment les derniers moyens de communication avec les clients".[6022] Cependant, comme nous l'avons expliqué plus haut, les mesures TPP n'empêchent pas que certains renseignements, y compris des renseignements considérés comme importants par les fumeurs de cigares interrogés par GfK Blue Moon, ainsi que l'indique Parr *et al.* 2011b, apparaissent sur les bagues de cigare et les étuis à cigare, qui, selon Parr *et al.* 2011b, étaient perçus par les fumeurs réguliers et moins réguliers de cigares, respectivement, comme des endroits pertinents pour des renseignements sur le produit. Nous notons en outre que, séparément, Cuba a présenté des données sur les ventes établies par le principal importateur australien de gros cigares cubains roulés à la main[6023] pour montrer qu'"il n'apparaît pas qu'une quelconque baisse des ventes mensuelles de gros cigares roulés à la main ait eu lieu après décembre 2012, notamment lorsque les volumes des ventes après mise en œuvre sont comparés aux ventes mensuelles des deux années précédant immédiatement l'introduction des mesures [T]PP." Cuba ajoute qu'"[e]n effet, il apparaît que les ventes de gros cigares roulés à la main ont augmenté marginalement depuis décembre 2012."[6024] En outre, selon elle, les mêmes renseignements sur les ventes, rapportés au semestre, plutôt qu'au mois, "illustrent clairement la constance des volumes des ventes au cours du temps … et l'augmentation indéniable des ventes de gros cigares roulés à la main sur la période d'après mise en œuvre".[6025]

7.3067. En conséquence, nous concluons que Cuba n'a pas démontré que les limitations imposées par les mesures TPP sur l'utilisation du signe Habanos et du sceau de garantie du gouvernement cubain sur l'emballage sur la vente au détail de tabac et sur les produits du tabac créaient une incertitude chez les consommateurs quant à l'authenticité des gros cigares cubains roulés à la main d'une manière qui réduirait substantiellement la valeur de ces cigares en Australie au sens de l'Article IX:4 du GATT de 1994.

7.4.4 Conclusion

7.3068. Nous avons déterminé que les mesures TPP, dans la mesure où elles limitaient l'utilisation du signe Habanos ou du sceau de garantie du gouvernement cubain, ne constituaient pas des "lois et règlements" concernant le "marquage des produits importés" au sens de l'article IX:4. Même à supposer que ces mesures soient visées par l'article IX:4, nous avons constaté additionnellement que Cuba n'avait pas démontré que la valeur des gros cigares cubains roulés à la main avait été réduite substantiellement au sens de l'article IX:4 du GATT de 1994 du fait des limitations imposées par les mesures TPP sur l'utilisation du signe Habanos et du sceau de garantie du gouvernement cubain sur l'emballage pour la vente au détail de tabac et sur les produits du tabac.

[6018] Cuba, réponse à la question n° 187 du Groupe spécial.
[6019] Cuba, réponse à la question n° 192 du Groupe spécial.
[6020] La question n° 193 posée par le Groupe spécial à Cuba est libellée comme suit: "Veuillez expliquer si les volumes et valeurs des ventes de cigares cubains en Australie, y compris les gros cigares cubains roulés à la main, dont ceux qui comportent l'IG Habanos et/ou le sceau de garantie du gouvernement cubain, ont changé du fait des mesures concernant l'emballage neutre, et si le prix des cigares des catégories de produits susmentionnées a changé du fait de ces mesures."
[6021] Cuba, réponse à la question n° 193 du Groupe spécial.
[6022] Cuba, réponse à la question n° 193 du Groupe spécial.
[6023] En particulier, les données sur les ventes portent sur les "ventes en gros de gros cigares roulés à la main [de Pacific Cigar Company (PCC)] en Australie entre janvier 2009 et juillet 2014. Les données de PCC sont considérées comme une mesure pertinente de la consommation de gros cigares roulés à la main, car on estime que PCC détenait une part de marché d'environ 70% des ventes totales de gros cigares roulés à la main en Australie durant cette période." Cuba, première communication écrite, paragraphe 159.
[6024] Cuba, première communication écrite, paragraphe 160 et figure 25.
[6025] Cuba, première communication écrite, paragraphe 161 et figure 26.

7.3069. En conséquence, nous concluons que Cuba n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec l'article IX:4, dans la mesure où elles limitaient l'utilisation du signe Habanos et du sceau de garantie du gouvernement cubain sur les produits du tabac et leur emballage.

7.3070. Par voie de conséquence, nous n'avons pas besoin d'examiner les arguments de l'Australie, ni les arguments formulés en réponse par Cuba, selon lesquels les mesures sont justifiées au titre de l'article XX b) du GATT de 1994.

8 PLAINTE DU HONDURAS (DS435): CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

8.1. Pour les raisons exposées dans le présent rapport, le Groupe spécial conclut ce qui suit:

a. le Honduras n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC;

b. le Honduras n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec l'article 6*quinquies* de la Convention de Paris (1967);

c. le Honduras n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC;

d. le Honduras n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC;

e. le Honduras n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC;

f. le Honduras n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967);

g. le Honduras n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC; et

h. le Honduras n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 24:3 de l'Accord sur les ADPIC.

8.2. Le Groupe spécial s'abstient de se prononcer sur les allégations du Honduras au titre de l'article 3:1 de l'Accord sur les ADPIC, de l'article 2.1 de l'Accord OTC et de l'article III:4 du GATT de 1994, au sujet desquels le Honduras n'a pas présenté d'arguments.

8.3. Compte tenu de ces constatations, le Groupe spécial rejette également la demande du Honduras visant à ce qu'il recommande, conformément à l'article 19:1 du Mémorandum d'accord, que l'ORD demande à l'Australie de rendre les mesures en cause conformes à l'Accord sur les ADPIC et à l'Accord OTC.

8 PLAINTE DE LA RÉPUBLIQUE DOMINICAINE (DS441): CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

8.1. Pour les raisons exposées dans le présent rapport, le Groupe spécial conclut ce qui suit:

a. en ce qui concerne la demande de décision préliminaire présentée par l'Australie, il conclut:

i. que l'Australie n'a pas démontré que les mots "y compris", "complètent" et "renforcent", tels qu'ils étaient employés dans la demande d'établissement d'un groupe spécial de la République dominicaine, étaient, tels qu'ils étaient libellés, incompatibles avec la disposition de l'article 6:2 du Mémorandum d'accord imposant d'indiquer les mesures spécifiques en cause;

b. en ce qui concerne les allégations de la République dominicaine au sujet des mesures TPP, il conclut:

i. que la République dominicaine n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC;

ii. que la République dominicaine n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC;

iii. que la République dominicaine n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC;

iv. que la République dominicaine n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC;

v. que la République dominicaine n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967);

vi. que la République dominicaine n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC;

vii. que la République dominicaine n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 24:3 de l'Accord sur les ADPIC.

8.2. Le Groupe spécial s'abstient de se prononcer sur les allégations de la République dominicaine au titre de l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec l'article 6*quinquies* de la Convention de Paris (1967), de l'article 3:1 de l'Accord sur les ADPIC, de l'article 2.1 de l'Accord OTC et de l'article III:4 du GATT de 1994, au sujet desquels la République dominicaine n'a pas présenté d'arguments.

8.3. Compte tenu des constatations qui précèdent, le Groupe spécial rejette également la demande de la République dominicaine visant à ce qu'il recommande que l'ORD exige de l'Australie qu'elle rende ses mesures TPP conformes aux dispositions susmentionnées de l'Accord sur les ADPIC et de l'Accord OTC.

8 PLAINTE DE CUBA (DS458): CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

8.1. Pour les raisons exposées dans le présent rapport, le Groupe spécial conclut ce qui suit:

a. en ce qui concerne la demande de décision préliminaire présentée par l'Australie, il conclut:

i. que l'Australie n'a pas démontré que les allégations de Cuba au titre de l'article 16:3 de l'Accord sur les ADPIC et de l'article 6*bis* de la Convention de Paris (par le jeu de l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC) ne relèvent pas de son mandat;

ii. qu'il n'était pas nécessaire d'établir une détermination sur la question de savoir si ses allégations au titre des articles 15:1 et 17 de l'Accord sur les ADPIC étaient soumises à bon droit au Groupe spécial;

iii. qu'il n'était pas nécessaire de déterminer si la demande d'établissement d'un groupe spécial de Cuba "énonçait clairement le problème" en relation avec ses allégations au titre des articles 15:1 et 17 de l'Accord sur les ADPIC; et

iv. que l'Australie n'a pas démontré que les mots "y compris", "complètent" et "renforcent", tels qu'ils étaient employés dans la demande d'établissement d'un groupe spécial de Cuba, étaient, tels qu'ils étaient libellés, incompatibles avec la disposition de l'article 6:2 du Mémorandum d'accord imposant d'indiquer les mesures spécifiques en cause;

b. en ce qui concerne les allégations de Cuba au sujet des mesures TPP, il conclut:

i. que Cuba n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC;

ii. que Cuba n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec l'article 6*quinquies* de la Convention de Paris (1967);

iii. que Cuba n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC;

iv. que Cuba n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC;

v. que Cuba n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 16:3 de l'Accord sur les ADPIC;

vi. que Cuba n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC;

vii. que Cuba n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967);

viii. que Cuba n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC;

ix. que Cuba n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 24:3 de l'Accord sur les ADPIC; et

x. que Cuba n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article IX:4 du GATT de 1994.

8.2. Le Groupe spécial s'abstient de se prononcer sur les allégations de Cuba au titre de l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec l'article 6*bis* de la Convention de Paris (1967), de l'article 3:1 de l'Accord sur les ADPIC, de l'article 2.1 de l'Accord OTC et de l'article III:4 du GATT de 1994, au sujet desquels Cuba n'a pas présenté d'arguments.

8.3. Compte tenu des constatations qui précèdent, le Groupe spécial rejette également la demande de Cuba visant à ce qu'il recommande, conformément à l'article 19:1 du Mémorandum d'accord, que l'ORD demande à l'Australie de rendre ses mesures conformes à l'Accord sur les ADPIC, à l'Accord OTC et au GATT de 1994.

8 PLAINTE DE L'INDONÉSIE (DS467): CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

8.1. Pour les raisons exposées dans le présent rapport, le Groupe spécial conclut ce qui suit:

a. en ce qui concerne la demande de décision préliminaire présentée par l'Australie, il conclut:

   i. que l'Australie n'a pas démontré que les mots "y compris", "complètent" et "renforcent", tels qu'ils étaient employés dans la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Indonésie, étaient, tels qu'ils étaient libellés, incompatibles avec la disposition de l'article 6:2 du Mémorandum d'accord imposant d'indiquer les mesures spécifiques en cause;

b. en ce qui concerne les allégations de l'Indonésie au sujet des mesures TPP, il conclut:

   i. que l'Indonésie n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC;

   ii. que l'Indonésie n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC;

   iii. que l'Indonésie n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC;

   iv. que l'Indonésie n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 16:3 de l'Accord sur les ADPIC;

   v. que l'Indonésie n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC;

   vi. que l'Indonésie n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967);

   vii. que l'Indonésie n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC; et

   viii. que l'Indonésie n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 24:3 de l'Accord sur les ADPIC.

8.2. Le Groupe spécial s'abstient de se prononcer sur les allégations de l'Indonésie au titre de l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC, de l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec l'article 6*quinquies* de la Convention de Paris (1967), de l'article 3:1 de l'Accord sur les ADPIC, de l'article 2.1 de l'Accord OTC et de l'article III:4 du GATT de 1994, au sujet desquels l'Indonésie n'a pas présenté d'arguments.

8.3. Compte tenu des constatations qui précèdent, le Groupe spécial rejette également la demande de l'Indonésie visant à ce qu'il constate que les mesures TPP sont incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article XXIII:1 a) du GATT de 1994, parce que l'Australie a annulé ou compromis des avantages résultant pour l'Indonésie, directement ou indirectement, de l'Accord OTC.

8.4. Compte tenu de ces constatations, le Groupe spécial rejette également la demande de l'Indonésie visant à ce qu'il recommande que l'Australie rende ses mesures conformes à ses obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC et de l'Accord OTC.

TABLEAU A: ARTICLES INCLUS DANS LES PRINCIPAUX EXAMENS DES PUBLICATIONS TPP ET/OU DANS LA PIÈCE JE-24

Pièce#	Article	Examens des publications TPP						Principaux résultats[6026]		
		Projet d'examen par les pairs[6027]	Examen systématique Kleijnen[6028]	Rapport Klick sur les publications TPP[6029]	Examen Stirling[6030]	Examen Stirling actualisé de 2013[6031]	Rapport Chantler[6032]	Attrait	Mises en garde	Perceptions de la nocivité et de l'intensité
AUS-557, JE-24(63)	Wakefield *et al.* 2012	X	X	X		X	X	Oui	Oui	Oui
JE-24(41)	McCool *et al.* 2012	X	X	X		X	X	Oui	Oui	Oui
JE-24(56)	Scheffels, J; Saebo, G. Perceptions of Plain and Branded Cigarette Packaging Among Norwegian Youth and Adults: A Focus Group Study. Nicotine & Tobacco Research; 2013; 15(2):450-456.	X	X	X		X	X	Oui	Oui	Oui
AUS-155, JE-24(44)	Moodie *et al.* 2011	X	X	X	X		X	Oui	Oui	Oui
AUS-154, JE-24(25)	Germain *et al.* 2010	X	X	X	X		X	Oui	Oui	Oui
AUS-162, JE-24(24)	Gallopel-Morvan *et al.* 2013	X	X	X	X		X	Oui	Oui	Oui
AUS-176	Gallopel-Morvan *et al.* 2010				X		X	Oui	Oui	Oui

[6026] Les indications figurant dans cette colonne sont tirées de l'examen Stirling et/ou du rapport Chantler. Voir le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe D, pages 50 à 55, et annexe E, pages 60 à 62; et l'examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), tableau 4.1. Le signe * indique un désaccord entre les examinateurs sur le point de savoir si l'étude correspondante a examiné un résultat donné. Lorsque, pour un article, rien n'est indiqué dans la colonne "Principaux résultats", cela signifie soit qu'il n'a pas été examiné dans le cadre de l'examen Stirling ou du rapport Chantler, soit que dans cet examen ou ce rapport, il a été considéré comme ne traitant aucun des trois résultats indiqués.

[6027] Voir le rapport sur l'examen par les pairs (pièce DOM/HND-3), appendice B.

[6028] Voir l'examen systématique Kleijnen (pièce DOM/HND-4), appendice 2, pages 103 et 104.

[6029] Voir le rapport Klick sur les publications TPP (pièce UKR-6), pages 17 à 58.

[6030] Voir l'examen Stirling (pièces AUS-140, HND-130, CUB-59), section 6, pages 91 à 95.

[6031] Voir l'examen Stirling actualisé de 2013 (pièces AUS-216, CUB-60), pages 15 à 18.

[6032] Voir le rapport Chantler (pièces AUS-81, CUB-61), annexe D, pages 50 à 55, et annexe E, pages 60 à 62.

Pièce#	Article	Examens des publications TPP						Principaux résultats[6026]		
		Projet d'examen par les pairs[6027]	Examen systématique Kleijnen[6028]	Rapport Klick sur les publications TPP[6029]	Examen Stirling[6030]	Examen Stirling actualisé de 2013[6031]	Rapport Chantler[6032]	Attrait	Mises en garde	Perceptions de la nocivité et de l'intensité
JE-24(12)	Centre for Behavioural Research in Cancer. Health warnings and contents labelling of tobacco products: review, research, recommendations. Specifically paper 13: "Adolescents' reactions to cigarette packs modified to increase extent and impact of health warnings" Carlton, Australia: Centre for Behavioural Research in Cancer; 1992.	X	X	X	X		X	Oui	Oui	
AUS-161, JE-24(60)	Van Hal *et al.* 2012	X	X	X	X		X	Oui	Oui	*
AUS-185, JE-24(43)	Moodie and Mackintosh 2013	X	X	X		X	X	Oui	Oui	
JE-24(48)[6033]	Northrup and Pollard 1995	X	X	X	X			Oui	Oui	
AUS-145, JE-24(53)	Rootman and Flay 1995	X	X	X	X			Oui	Oui	
AUS-209, JE-24(27)	Goldberg *et al.* 1999	X	X	X	X			Oui	Oui	
AUS-221, JE-24(26)	Goldberg *et al.* 1995	X	X	X	X			Oui	Oui	
AUS-136, JE-24(9)	Borland *et al.* 2013	X		X		X	X	Oui	Oui	
AUS-173	White 2011		X		X		X	Oui		Oui
AUS-137, JE-24(20)	Ford *et al.* 2013a	X	X	X		X	X	Oui		Oui
AUS-184, JE-24(64)	Wakefield *et al.* 2013	X	X	X		X	X	Oui		Oui
AUS-175, JE-24(10)	Borland and Savvas 2013b	X	X	X		X	X	Oui		Oui
AUS-166, JE-24(29)	Hammond *et al.* 2009	X	X	X	X		X	Oui		Oui
AUS-158, JE-24(31)	Hammond *et al.* 2013b	X	X	X	X		X	Oui		Oui
AUS-149, JE-24(62)	Wakefield *et al.* 2008	X	X	X	X		X	Oui		Oui
AUS-156, JE-24(17)	Doxey and Hammond 2011	X	X	X	X		X	Oui		Oui

[6033] Comparer avec la lettre d'information de l'ISR (pièce AUS-146).

Pièce#	Article	Examens des publications TPP						Principaux résultats[6026]		
		Projet d'examen par les pairs[6027]	Examen systématique Kleijnen[6028]	Rapport Klick sur les publications TPP[6029]	Examen Stirling[6030]	Examen Stirling actualisé de 2013[6031]	Rapport Chantler[6032]	Attrait	Mises en garde	Perceptions de la nocivité et de l'intensité
AUS-157, JE-24(30)	Hammond *et al.* 2011	X	X	X	X		X	Oui		Oui
AUS-174, JE-24(45)	Moodie *et al.* 2012	X	X	X	X		X	Oui		Oui
AUS-152, JE-24(23)	Gallopel-Morvan *et al.* 2012	X	X	X	X		X	Oui		Oui
AUS-189, JE-24(42)	Moodie and Ford 2011	X	X	X	X		X	Oui		Oui
AUS-150, JE-24(3)	Bansal-Travers *et al.* 2011	X	X	X	X		X	Oui		Oui
JE-24(21)	Ford *et al.* 2013b	X		X		X	X	Oui		Oui
AUS-148, JE-24(34)	Hoek *et al.* 2011	X	X	X	X		X	Oui		
AUS-229, JE-24(58)	Thrasher *et al.* 2011	X	X	X	X		X	Oui		
AUS-163, JE-24(35)	Hoek *et al.* 2012	X	X	X	X		X	Oui		
AUS-151, JE-24(16)	Donovan 1993	X	X	X	X		X	Oui		
AUS-142, JE-24(14)	Centre for Health Promotion 1993	X	X	X	X			Oui		
AUS-143, JE-24(7)	Bondy *et al.* 1994	X	X		X		X	Oui		
JE-24(33)	Hoek *et al.* 2009	X	X		X		X	Oui		
JE-24(51)	Pechey *et al.* 2013	X				X	X	*		
JE-24(59)	Uppal *et al.* 2013			X		X	X	Oui		
JE-24(52)	Ramunno, S; Mandeville, KL; Yarrow, K. The effect of plain cigarette packaging on attention to health warnings; The Lancet; 2012; 380:S5.	X	X	X		X	X		Oui	
AUS-200, JE-24(40)	Maynard *et al.* 2013	X	X	X		X	X		Oui	
AUS-203, JE-24(1)	Al-hamdani 2013	X	X	X		X	X		Oui	
AUS-147, JE-24(4)	Beede *et al.* 1990	X	X	X	X		X		Oui	

Pièce#	Article	Examens des publications TPP						Principaux résultats[6026]		
		Projet d'examen par les pairs[6027]	Examen systématique Kleijnen[6028]	Rapport Klick sur les publications TPP[6029]	Examen Stirling[6030]	Examen Stirling actualisé de 2013[6031]	Rapport Chantler[6032]	Attrait	Mises en garde	Perceptions de la nocivité et de l'intensité
AUS-202, JE-24(6)	Beede and Lawson 1992	X	X	X	X		X		Oui	
AUS-199, JE-24(47)	Munafò *et al.* 2011	X	X	X	X		X		Oui	
AUS-179, JE-24(19)	Environics 2008a		X		X		X			Oui
JE-24(18)	Environics 2008b		X		X		X			Oui
AUS-177, JE-24(32)	Hammond *et al.* 2013a	X	X	X						
JE-24(38)	Lund and Scheffels 2013	X	X	X						
JE-24(2)	Arora *et al.* 2013	X	X	X						
AUS-160, JE-24(66)	White *et al.* 2012	X	X	X						
AUS-228, JE-24(54)	Rousu and Thrasher 2013	X	X	X						
AUS-198, JE-24(13)	CBRC 1992	X	X		X		X			
JE-24(55)	Scheffels and Lund 2013	X	X							
AUS-117, JE-24(49)	Parr *et al.* 2011a	X	X							
AUS-219, JE-24(50)	Parr *et al.* 2011b	X	X							
JE-24(46)	Moodie *et al.* 2012	X	X							
JE-24(37)	London Economics. The role of packaging imagery on consumer preferences for experience goods: a consumer behavioural experiment. London, UK: London Economics, 2012.		X							
AUS-159	Al-hamdani 2011		X							
JE-24(61)	Vita, A. Is the power of aesthetics stronger than the power of brand? The case for plain packaging in the tobacco industry [Internet]. Copenhagen: Cand. Merc. Strategic Market Creation, Department Of Marketing, Copenhagen Business School, 2012 [accessed 18.9.14]. 88p.		X							
JE-24(36)	Cigarette packaging appeals to teens. Journal of the American Dental Association; 1995; 126(12):1604.		X							

Pièce#	Article	Examens des publications TPP						Principaux résultats[6026]		
		Projet d'examen par les pairs[6027]	Examen systématique Kleijnen[6028]	Rapport Klick sur les publications TPP[6029]	Examen Stirling[6030]	Examen Stirling actualisé de 2013[6031]	Rapport Chantler[6032]	Attrait	Mises en garde	Perceptions de la nocivité et de l'intensité
JE-24(15)	Dewe, M; Ogden, J; Coyle, A. The cigarette box as an advertising vehicle in the United Kingdom: A case for plain packaging. Journal of Health Psychology; 2013; 0(0):1-9.	X		X						
JE-24(22)	Freeman B. Tobacco plain packaging legislation: a content analysis of commentary posted on Australian online news. Tobacco Control; 2011; 20(5):361-366.	X								
JE-24(65)	Wakefield *et al.* 2014	X								
AUS-135, JE-24(8)	Borland and Savvas 2013a	X								
AUS-153, JE-24(5)	Beede and Lawson 1991			X						
CUB-15	Shanahan P and Elliott D, 2009, Evaluation of the Effectiveness of the Graphic Health Warnings on Tobacco Product Packaging 2008, Australian Government Department of Health and Ageing, Canberra				X					
AUS-263, JE-24(11)	Brose *et al.* 2014									
AUS-222 (rev), JE-24(68), DOM-286	Zacher *et al.* 2014									
AUS-507, JE-24(57)	Scollo *et al.* 2014									
AUS-214, JE-24(67), DOM-285	Young *et al.* 2014									
AUS-91, JE-24(28)	Hammond 2010									
JE-24(39)	Madill-Marshall *et al.* 1996			X						
NON VERSÉE AU DOSSIER	Rosenberg M, Pettigrew S, Wood L, Ferguson R and Houghton S (2012). Public support for tobacco control policy extensions in Western Australia: a cross-sectional study. BMJ Open, 2: e000784. doi:10.1136/bmjopen-2011-000784					X	X			
NON VERSÉE AU DOSSIER	Wakefield, M. *et al.*, ""Effects of increasing size of health warnings on plain vs branded packs," 2011 SRNT 17th Annual Meeting. Westin Harbour Castle, Toronto: Society for Research on Nicotine and Tobacco (SRNT), 2011: 3.			X						

Pièce#	Article	Examens des publications TPP						Principaux résultats[6026]		
		Projet d'examen par les pairs[6027]	Examen systématique Kleijnen[6028]	Rapport Klick sur les publications TPP[6029]	Examen Stirling[6030]	Examen Stirling actualisé de 2013[6031]	Rapport Chantler[6032]	Attrait	Mises en garde	Perceptions de la nocivité et de l'intensité
Non versée au dossier	Edwards R, Peace J, Russell M, Gifford H, Thomson G and Wilson N (2012). Qualitative exploration of public and smoker understanding of, and reactions to, an endgame solution to the tobacco epidemic. BMC Public Health, 12: 782. doi:10.1186/1471-2458-12-782					X	X	Oui		
Non versée au dossier	Hoek J, Gendall P, Maubach N and Edwards R (2012). Strong public support for plain packaging of tobacco products. Australian and New Zealand Journal of Public Health, 36(5): 405-407. doi:10.1111/j.1753-6405.2012.00907.x					X	X			
Non versée au dossier	Hoek, J. (2007). Enhancing the Effectiveness of Warning Labels: Plain Packs vs. Branded Packs. In: Oceania Smokefree Conference, Auckland, 4-7 September, 2007. http://otcc.confex.com/otcc/otcc07/recordingredirect.cgi/id/94.				X		X	Oui		
Non versée au dossier	Carter S M, Chapman S (2006). Smokers and non-smokers talk about regulatory options in tobacco control. Tobacco Control, 15(5): 398-404. http://dx.doi.org/10.1136/tc.2006.015818				X		X	*		
Non versée au dossier	Swanson M (1997). Generic Packaging of Cigarettes. Thesis for Master of Public Health, University of Western Australia, Perth (unpublished).				X		X	Oui		
Non versée au dossier	Stephens T, Adlaf EM, Bondy SJ, Rehm J (1996). Survey Methods. In: Stephens T, Morin M (Eds.) (Health Canada). Youth Smoking Survey, 1994: Technical Report. Ottawa, ON: Minister of Supply and Services Canada (Catalogue No. H49-98/1-1994E), p23-36. http://www.hc-sc.gc.ca/hcps/pubs/tobac-tabac/yss-etj-1994/index-eng.php.				X		X	Oui		
Non versée au dossier	Carter O, Mills B, Phan T, Bremner J (2011). Measuring the effect of cigarette plain packaging on transaction times and selection errors and in a simulation experiment. Tobacco Control. Sep 26. [Epub ahead of print] http://dx.doi.org/10.1136/tobaccocontrol-2011-050087				X		X			
Non versée au dossier	Freeman B, Gartner C, Hall W, Chapman S (2010) Forecasting future tobacco control policy: where to next? Australian and New Zealand Journal of Public Health, 34(5): 447-450. http://dx.doi.org/10.1111/j.1753-6405.2010.00588.x				X		X			

Pièce#	Article	Examens des publications TPP						Principaux résultats[6026]		
		Projet d'examen par les pairs[6027]	Examen systématique Kleijnen[6028]	Rapport Klick sur les publications TPP[6029]	Examen Stirling[6030]	Examen Stirling actualisé de 2013[6031]	Rapport Chantler[6032]	Attrait	Mises en garde	Perceptions de la nocivité et de l'intensité
Non versée au dossier	RBJ Health Management Associates (1993). Impact of Plain Packaging of Tobacco on Youth Perceptions and Behaviour. Report of Study 1. Toronto, ON: RBJ Health Management Associates.				X			Oui		
Non versée au dossier	Shanahan P, Elliott D (2009b). Technical Report: Evaluation of the Effectiveness of the Graphic Health Warnings on Tobacco Product Packaging 2008. Prepared for the Australian Government Department of Health and Ageing, unpublished report. http://www.health.gov.au/internet/main/publishing.nsf/content/E09BB81F9347AACCCA257588007F8D73/$File/tech-rep-hw-eval.pdf				X					
Non versée au dossier	White C, Hammond D. The impact of cigarette package design & plain packaging on female youth in Brazil: brand appeal & health-related perceptions. In: Public Health in Canada: Innovative Partnerships for Action, Canadian Public Health Association (CPHA) 2011 Conference; June 19-22, 2011; Palais des Congrès de Montreal, Montreal, QC, 2011.		X		X		X	Oui		Oui
Non versée au dossier	Hammond D, Daniel S. Plain packaging and smoking susceptibility among UK youth (SYM2A). 2011 SRNT 17th Annual Meeting. Westin Harbour Castle, Toronto: Society for Research on Nicotine and Tobacco (SRNT), 2011: 3.		X		X		X	Oui		Oui
Non versée au dossier	Gallopel-Morvan K, Beguinot E, Eker F, Martinet Y, Hammond D. Perception de l'efficacité des paquets de cigarettes standardisés – Une étude dans un contexte français Bull Epidemiol Hebd (Paris) 2011;20-21:244-7. http://www.invs.sante.fr/beh/2011/20_21/beh_20_21_2011.pdf.		X		X		X	Oui		Oui
Non versée au dossier	Gallopel-Morvan K, Gabriel P, Le Gall-Ely M, Rieunier S, Urien B (2010). Packaging to help public health. The case of tobacco control. [Le packaging au service de la santé publique. Application à la lutte contre le tabagisme.] In: Actes de la 1ère Journée Internationale du Marketing Santé, IAE (Institut d'Administration des Entreprises) Université de Lille 1, Lille, France, 25 November 2010.				X		X	Oui	Oui	Oui

Pièce#	Article	Examens des publications TPP						Principaux résultats[6026]		
		Projet d'examen par les pairs[6027]	Examen systématique Kleijnen[6028]	Rapport Klick sur les publications TPP[6029]	Examen Stirling[6030]	Examen Stirling actualisé de 2013[6031]	Rapport Chantler[6032]	Attrait	Mises en garde	Perceptions de la nocivité et de l'intensité
Non versée au dossier	CNCT (Comité National Contre le Tabagisme) (2008a). ""Comment mettre en œuvre les dispositions de la CCLAT pour parvenir à une ""dénormalisation" de la consommation de tabac?" Évaluation de l'impact du paquet de cigarettes neutre: Résultats d'une étude qualitative menée sur 34 personnes [Evaluation of the impact of a plain cigarette pack: Results of a qualitative study with 34 people]. Report for the Insitut National de Cancer. Paris: CNCT.				X		X	Oui	Oui	*
Non versée au dossier	CNCT (Comité National Contre le Tabagisme) (Gallopel-Morvan K, Martinet Y, Diethelm P, Houezec J, Tournade H, Villain N, Ratte S, Eker F, Béguinot E) (2008b). Évaluer l'impact du paquet neutre sur un échantillon de 20 personnes [Evaluation of the impact of plain cigarette pack with a sample of 20 people]. In: CNCT. Le paquet neutre des produits du tabac étude d'opportunité & faisabilité juridique. Rapport pour le ministère Français de la santé, mars. Paris: CNCT, p37-75.				X		X	Oui	Oui	*
Non versée au dossier	O'Neill PB (1991). Adolescent Consumers' Response to Plain Pack Cigarettes. Thesis for Master of Commerce, University of Otago, Dunedin (unpublished).				X		X		Oui	
Non versée au dossier	Rootman I, Flay BR (Principal Investigators), Northrup D, Foster MK, Burton D, Ferrence R, Raphael D, Single E (Co-Investigators) (2003). A study on youth smoking: Plain packaging, health warnings, event marketing and price reductions. Updated figures (September 2003). Toronto, ON: Centre for Health Promotion, University of Toronto. http://www.utoronto.ca/chp/download/RptsandPresents/smokefig.pdf				X			Oui	Oui	