



**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

Addendum

Le présent addendum contient les annexes A à C des rapports des Groupes spéciaux qui se trouvent dans le document WT/DS435/R, WT/DS441/R, WT/DS458/R, WT/DS467/R.

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

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 A-1**PROCÉDURES DE TRAVAIL DU GROUPE SPÉCIAL¹****Adoptées le 17 juin 2014,****et modifiées le 1^{er} octobre 2014 et le 15 décembre 2014²**

1. Pour mener ses travaux, le Groupe spécial suivra les dispositions pertinentes du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Mémorandum d'accord). En outre, les procédures de travail suivantes s'appliqueront.

2. Conformément à l'article 9:3 du Mémorandum d'accord, les calendriers adoptés dans les affaires DS434, DS435, DS441, DS458 et DS467 sont harmonisés. Le Groupe spécial conduira, dans toute la mesure du possible, une procédure de groupe spécial unique, avec un dossier unique, qui donnera lieu à des rapports distincts figurant dans un seul document, en tenant compte des droits de tous les Membres concernés, et de manière à ne compromettre en rien les droits dont les parties ou les tierces parties auraient joui autrement.

Généralités

3. Les délibérations du Groupe spécial et les documents qui lui auront été soumis resteront confidentiels. Rien dans le Mémorandum d'accord ni dans les présentes procédures de travail n'empêchera une partie (ci-après dénommée "partie") ou une tierce partie (ci-après dénommée "tierce partie") à un différend de communiquer au public ses propres positions. Les Membres traiteront comme confidentiels les renseignements qui auront été communiqués par un autre Membre au Groupe spécial et que ce Membre aura désignés comme tels. Dans les cas où une partie ou une tierce partie communiquera au Groupe spécial une version confidentielle de ses communications écrites, elle fournira aussi, si un Membre le demande, un résumé non confidentiel des renseignements contenus dans ses communications qui pourraient être communiqués au public. En réponse à une demande conjointe des parties, le Groupe spécial a adopté des procédures additionnelles pour la protection des renseignements strictement confidentiels (RSC).³

3bis. Tout document communiqué et tout renseignement transmis autrement au Groupe spécial par une partie ou une tierce partie, y compris les renseignements strictement confidentiels ("RSC")⁴, qui ne relèvent pas par ailleurs du domaine public, ne seront utilisés par une autre partie ou tierce partie, y compris par leurs conseillers et experts extérieurs, qu'aux fins des présents différends et à aucune autre fin. En particulier, tout document communiqué et tout renseignement transmis autrement au Groupe spécial, quels qu'ils soient, y compris les RSC, ne seront pas utilisés par une autre partie, tierce partie, et/ou leurs conseillers et experts extérieurs, en relation avec une quelconque autre procédure dans laquelle la Loi de 2011 sur l'emballage neutre du tabac de l'Australie (Cth) est contestée (ci-après dénommées les "procédures connexes"). Tout document communiqué et tout renseignement transmis autrement au Groupe spécial, à l'exclusion des RSC, peuvent être communiqués à un demandeur et/ou à ses employés, ou à une société affiliée au demandeur et/ou aux employés de la société affiliée (le "demandeur") dans les procédures connexes, uniquement en vue de consulter le demandeur ou de demander son avis en tant que conseiller ou expert extérieur pour l'élaboration de l'argumentation ou des éléments de preuve d'une partie ou d'une tierce partie dans les présents différends.

¹ Dans les présentes procédures de travail, les groupes spéciaux établis dans les affaires DS434, DS435, DS441, DS458 et DS467 sont désignés collectivement par l'expression "Groupe spécial".

² Les présentes procédures de travail ont été initialement adoptées le 17 juin 2014. Elles ont été modifiées le 1^{er} octobre 2014 et le 15 décembre 2014.

³ Voir les procédures additionnelles concernant la protection des renseignements strictement confidentiels adoptées le 1^{er} octobre 2014 et modifiées le 15 décembre 2014.

⁴ Tels qu'ils sont définis dans les procédures additionnelles concernant la protection des renseignements strictement confidentiels mentionnées dans le paragraphe 3.

4. Le Groupe spécial se réunira en séance privée. Les parties, et les Membres qui auront informé l'Organe de règlement des différends de leur intérêt dans les différends conformément à l'article 10 du Mémoire d'accord n'assisteront aux réunions que lorsque le Groupe spécial les y invitera.

5. Chaque partie ou tierce partie a le droit de déterminer la composition de sa propre délégation pour la réunion avec le Groupe spécial. Chaque partie ou tierce partie sera responsable de tous les membres de sa propre délégation et s'assurera que chaque membre de cette délégation agit conformément au Mémoire d'accord et aux présentes procédures de travail, en particulier en ce qui concerne la confidentialité de la procédure.

5bis. Nonobstant le paragraphe 5, un demandeur dans une procédure connexe ne sera pas autorisé à assister aux réunions de fond du Groupe spécial, sauf pour déposer en tant qu'expert au nom d'une partie ou d'une tierce partie.

Communications

6. Avant la première réunion de fond du Groupe spécial avec les parties, chaque partie présentera une communication écrite dans laquelle elle exposera les faits de la cause et ses arguments, conformément au calendrier adopté par le Groupe spécial. Chaque partie présentera également au Groupe spécial, avant la deuxième réunion de fond, une réfutation écrite, conformément au calendrier adopté par le Groupe spécial.

7. Une partie présentera une demande de décision préliminaire le plus tôt possible et en tout état de cause au plus tard dans sa première communication écrite au Groupe spécial. Si un plaignant demande une telle décision, l'Australie présentera sa réponse à la demande dans sa première communication écrite. Si l'Australie demande une telle décision, le ou les plaignants présenteront leur réponse à la demande avant la première réunion de fond du Groupe spécial, à un moment qui sera déterminé par le Groupe spécial compte tenu de la demande. Des exceptions à la présente procédure seront autorisées sur exposé de raisons valables.

8. Dans chaque différend, chaque partie présentera tous les éléments de preuve factuels au Groupe spécial au plus tard pendant la première réunion de fond, sauf en ce qui concerne les éléments de preuve nécessaires aux fins de la réfutation, des réponses aux questions ou des observations concernant les réponses données par l'autre partie. Des exceptions à la présente procédure seront autorisées sur exposé de raisons valables. Dans les cas où une telle exception aura été autorisée, le Groupe spécial accordera à l'autre partie un délai pour formuler des observations, selon qu'il sera approprié, sur tout nouvel élément de preuve factuel présenté pendant ou après la première réunion de fond.

9. Une 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.

10. Dans les cas où la langue originale des pièces n'est pas une langue de travail de l'OMC, la partie ou tierce partie présentant ces pièces en produira en même temps une traduction dans la langue de travail de l'OMC dans laquelle la communication aura été rédigée. Le Groupe spécial pourra accorder des prorogations de délai raisonnables pour la traduction de ces pièces sur exposé de raisons valables. Toute objection concernant l'exactitude d'une traduction devrait être présentée par écrit dans les moindres délais, au plus tard à la date du dépôt de documents ou de la réunion (la première de ces dates étant retenue) suivant la présentation de la communication qui contient la traduction en question. Elle sera accompagnée d'une explication détaillée des motifs qui la justifient et d'une autre traduction.

11. Afin de faciliter les travaux du Groupe spécial, chaque partie ou tierce partie est invitée à présenter ses communications conformément à l'Editorial Guide for Panel Submissions de l'OMC joint en tant qu'annexe 1, dans la mesure où il est possible de le faire.

.....

12. Afin de faciliter la tenue du dossier du différend et d'assurer la plus grande clarté possible des communications, chaque partie ou tierce partie numérottera ses pièces par ordre chronologique

tout au long du différend. Par exemple, les pièces présentées par l'Ukraine pourraient être numérotées comme suit: UKR-1, UKR-2, etc. Si la dernière pièce se rapportant à la première communication était la pièce UKR-5, la première pièce se rapportant à la communication suivante serait donc la pièce UKR-6. Pour éviter la répétition des pièces, les parties pourront présenter des pièces conjointes qui seront donc numérotées comme suit: par exemple, JE-1, JE-2, etc. Chaque partie pourra également faire référence à une pièce présentée par une autre partie en utilisant le numéro attribué à la pièce par la partie qui l'a communiquée initialement. Chaque partie est aussi invitée à fournir une liste des pièces conjointement avec la communication pertinente.

13. Afin d'assurer une totale transparence et l'harmonisation du calendrier dans les affaires DS434, DS435, DS441, DS458 et DS467, chaque partie est encouragée à mettre à la disposition des parties dans les autres différends les communications qu'elle adresse par écrit au Groupe spécial, y compris ses communications écrites, toutes communications préliminaires et réponses écrites aux questions, au moment où elle les présentera au Groupe spécial.

14. Afin d'assurer une totale transparence et l'harmonisation du calendrier dans les affaires DS434, DS435, DS441, DS458 et DS467, chaque partie est encouragée à mettre la communication écrite qu'elle présentera avant la première réunion de fond avec le Groupe spécial ainsi que la réfutation écrite qu'elle présentera avant la deuxième réunion de fond avec le Groupe spécial⁵ à la disposition des tierces parties dans les autres différends, au moment où elle les présentera au Groupe spécial.

Questions

15. Le Groupe spécial pourra à tout moment poser des questions aux parties et aux tierces parties, oralement ou par écrit, y compris avant chaque réunion de fond.

Réunions de fond

16. Chaque partie fournira au Groupe spécial une liste des membres de sa délégation avant chaque réunion avec le Groupe spécial et au plus tard à 17 heures le cinquième jour ouvrable précédant le premier jour de la réunion.

17. Afin d'assurer une totale transparence et l'harmonisation du calendrier dans les affaires DS434, DS435, DS441, DS458 et DS467, les parties conviennent que les réunions de fond mentionnées aux paragraphes 18 et 19 se tiendront en présence des parties à l'ensemble des cinq différends.

18. La première réunion de fond du Groupe spécial avec les parties se déroulera de la manière suivante:

- a. Le Groupe spécial invitera tout d'abord chaque plaignant à faire une déclaration liminaire pour présenter son argumentation, dans l'ordre dans lequel les différends ont été soumis. Puis il invitera l'Australie à présenter son point de vue. Avant de prendre la parole, chaque partie fournira au Groupe spécial et aux autres participants à la réunion une version écrite provisoire de sa déclaration. Si des services d'interprétation sont nécessaires, chaque partie fournira des copies additionnelles de sa déclaration aux interprètes par l'intermédiaire du secrétaire du Groupe spécial. Chaque partie mettra à la disposition du Groupe spécial, des autres parties et des tierces parties⁶ la version finale de sa déclaration liminaire, de préférence à la fin de la séance durant laquelle la déclaration orale sera faite, et en tout état de cause au plus tard à 9 heures le premier jour ouvrable suivant cette séance.

⁵ L'accès des tierces parties aux réfutations écrites des parties sera soumis aux procédures additionnelles concernant la protection des renseignements strictement confidentiels, adoptées le 1^{er} octobre 2014 et modifiées le 15 décembre 2014.

⁶ L'accès des tierces parties à la version finale des déclarations liminaires des parties faites à la première réunion de fond du Groupe spécial sera soumis aux procédures additionnelles concernant la protection des renseignements strictement confidentiels, adoptées le 1^{er} octobre 2014 et modifiées le 15 décembre 2014.

- b. À l'issue des déclarations, le Groupe spécial ménagera à chaque partie la possibilité de poser des questions aux autres parties ou de faire des observations, par son intermédiaire. Chaque partie aura alors la possibilité de répondre oralement à ces questions. Chaque partie adressera par écrit aux autres parties, dans un délai qui sera fixé par le Groupe spécial, toutes questions auxquelles elle souhaite qu'il soit répondu par écrit. Chaque partie sera invitée à répondre par écrit aux questions écrites de l'autre partie dans un délai qui sera fixé par le Groupe spécial.
 - c. Le Groupe spécial pourra ensuite poser des questions aux parties. Chaque partie aura alors la possibilité de répondre oralement à ces questions. Le Groupe spécial adressera par écrit aux parties, dans un délai qu'il fixera, toutes questions auxquelles il souhaite qu'il soit répondu par écrit. Chaque partie sera invitée à répondre par écrit à ces questions dans un délai qui sera fixé par le Groupe spécial.
 - d. À l'issue des questions, le Groupe spécial ménagera à chaque partie la possibilité de faire une brève déclaration finale, les plaignants faisant leur déclaration en premier, dans l'ordre dans lequel les différends ont été soumis. Chaque partie mettra à la disposition du Groupe spécial, des autres parties et des tierces parties⁷ la version finale de sa déclaration finale, de préférence à la fin de la réunion, et en tout état de cause au plus tard à 17 heures le premier jour ouvrable suivant la réunion.
19. La deuxième réunion de fond du Groupe spécial avec les parties se déroulera de la manière suivante:
- a. Le Groupe spécial demandera à l'Australie si elle souhaite se prévaloir du droit de présenter son argumentation en premier. Dans l'affirmative, il l'invitera à faire sa déclaration liminaire, après quoi les plaignants feront la leur dans l'ordre inverse de celui dans lequel les différends ont été soumis. Si l'Australie choisit de ne pas se prévaloir de ce droit, le Groupe spécial invitera les plaignants à faire leurs déclarations liminaires en premier, dans l'ordre inverse de celui dans lequel les différends ont été soumis. Avant de prendre la parole, chaque partie fournira au Groupe spécial et aux autres participants à la réunion une version écrite provisoire de sa déclaration. Si des services d'interprétation sont nécessaires, chaque partie fournira des copies additionnelles de sa déclaration aux interprètes par l'intermédiaire du secrétaire du Groupe spécial. Chaque partie mettra à la disposition du Groupe spécial, des autres parties et des tierces parties⁸ la version finale de sa déclaration liminaire, de préférence à la fin de la réunion, et en tout état de cause au plus tard à 17 heures le premier jour ouvrable suivant la réunion.
 - b. À l'issue des déclarations, le Groupe spécial ménagera à chaque partie la possibilité de poser des questions aux autres parties ou de faire des observations, par son intermédiaire. Chaque partie aura alors la possibilité de répondre oralement à ces questions. Chaque partie adressera par écrit aux autres parties, dans un délai qui sera fixé par le Groupe spécial, toutes questions auxquelles elle souhaite qu'il soit répondu par écrit. Chaque partie sera invitée à répondre par écrit aux questions écrites des autres parties dans un délai qui sera fixé par le Groupe spécial.
 - c. Le Groupe spécial pourra ensuite poser des questions aux parties. Chaque partie aura alors la possibilité de répondre oralement à ces questions. Le Groupe spécial adressera par écrit aux parties, dans un délai qu'il fixera, toutes questions auxquelles il souhaite qu'il soit répondu par écrit. Chaque partie sera invitée à répondre par écrit à ces questions dans un délai qui sera fixé par le Groupe spécial.
 - d. À l'issue des questions, le Groupe spécial ménagera à chaque partie la possibilité de faire une brève déclaration finale, la partie ayant fait sa déclaration liminaire en premier

⁷ L'accès des tierces parties à la version finale des déclarations finales des parties faites à la première réunion de fond du Groupe spécial sera soumis aux procédures additionnelles concernant la protection des renseignements strictement confidentiels, adoptées le 1^{er} octobre 2014 et modifiées le 15 décembre 2014.

⁸ L'accès des tierces parties à la version finale des déclarations liminaires des parties faites à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial sera soumis aux procédures additionnelles concernant la protection des renseignements strictement confidentiels, adoptées le 1^{er} octobre 2014 et modifiées le 15 décembre 2014.

faisant sa déclaration finale en premier. Chaque partie mettra à la disposition du Groupe spécial, des autres parties et des tierces parties⁹ la version finale de sa déclaration finale, de préférence à la fin de la réunion, et en tout état de cause au plus tard à 17 heures le premier jour ouvrable suivant la réunion.

Tierces parties

20. Afin d'assurer une totale transparence et l'harmonisation du calendrier dans les affaires DS434, DS435, DS441, DS458 et DS467, 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.

21. Le Groupe spécial invitera chaque tierce partie à lui transmettre une communication écrite avant sa première réunion de fond avec les parties, conformément au calendrier qu'il aura adopté. Chaque tierce partie est encouragée à présenter une seule communication, en indiquant clairement le(s) différend(s) auquel (auxquels) ses vues se rapportent. Les communications écrites des tierces parties ne dépasseront pas 50 pages par tierce partie et cela indépendamment du fait que cette tierce partie choisisse de présenter une communication écrite unique.

22. Afin d'assurer une totale transparence et l'harmonisation du calendrier dans les affaires DS434, DS435, DS441, DS458 et DS467, chaque tierce partie est encouragée à mettre à la disposition des parties et des tierces parties dans les autres différends sa communication écrite au Groupe spécial au moment où elle la présentera au Groupe spécial.

23. Chaque tierce partie sera également invitée à présenter ses vues oralement au cours d'une séance de la première réunion de fond réservée à cette fin dans une déclaration dont la durée sera fixée par le Groupe spécial avant cette séance. Afin d'assurer une totale transparence et l'harmonisation du calendrier dans les affaires DS434, DS435, DS441, DS458 et DS467, les parties conviennent d'autoriser toutes les tierces parties ayant exprimé leur intérêt dans un ou plusieurs des cinq différends à assister à toute la séance avec les tierces parties, et les tierces parties à chacun de ces différends sont encouragées à permettre que leurs exposés et réponses aux questions pendant la séance avec les tierces parties aient lieu en présence des parties et des tierces parties aux autres différends.

24. Chaque tierce partie fournira au Groupe spécial une liste des membres de sa délégation avant cette séance et au plus tard à 17 heures le cinquième jour ouvrable précédant cette séance.

25. La séance avec les tierces parties se déroulera de la manière suivante:

- a. Le Groupe spécial entendra tout d'abord les arguments des tierces parties dans l'ordre alphabétique.
- b. Les tierces parties présentes à la séance avec les parties et ayant l'intention de présenter leurs vues oralement à cette séance fourniront au Groupe spécial, aux parties et aux autres tierces parties des versions écrites provisoires de leurs déclarations avant de prendre la parole. Elles mettront à la disposition du Groupe spécial, des parties et des autres tierces parties les versions finales de leurs déclarations, de préférence à la fin de la séance, et en tout état de cause au plus tard à 17 heures le premier jour ouvrable suivant la séance.
- c. Après que les tierces parties auront fait leurs déclarations, les parties pourront se voir ménager la possibilité, par l'intermédiaire du Groupe spécial, de poser des questions aux tierces parties afin d'obtenir des précisions sur tout point soulevé dans les communications ou déclarations de celles-ci. Chaque partie adressera par écrit à une tierce partie, dans un délai qui sera fixé par le Groupe spécial, toutes questions auxquelles elle souhaite qu'il soit répondu par écrit.

⁹ L'accès des tierces parties à la version finale des déclarations finales des parties faites à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial sera soumis aux procédures additionnelles concernant la protection des renseignements strictement confidentiels, adoptées le 1^{er} octobre 2014 et modifiées le 15 décembre 2014.

- d. Le Groupe spécial pourra ensuite poser des questions aux tierces parties. Chaque tierce partie aura alors la possibilité de répondre oralement à ces questions. Le Groupe spécial adressera par écrit aux tierces parties, dans un délai qu'il fixera, toutes questions auxquelles il souhaite qu'il soit répondu par écrit. Chaque tierce partie sera invitée à répondre par écrit à ces questions dans un délai qui sera fixé par le Groupe spécial.

Partie descriptive

26. La description des arguments des parties et des tierces parties dans la partie descriptive des rapports du Groupe spécial reprendra les résumés analytiques fournis par les parties et les tierces parties, qui seront annexés en tant qu'addenda aux rapports. Ces résumés analytiques ne remplaceront en aucun cas les communications des parties et des tierces parties dans l'examen de l'affaire par le Groupe spécial.

27. Chaque partie présentera un résumé analytique intégré des faits et arguments présentés au Groupe spécial dans ses communications écrites et déclarations orales, conformément au calendrier adopté par le Groupe spécial. Ce résumé intégré pourra inclure un résumé des réponses aux questions. Le résumé analytique intégré présenté par chaque plaignant ne comportera pas plus de 30 pages. Le résumé analytique intégré présenté par l'Australie ne comportera pas plus de 40 pages. Le Groupe spécial ne résumera pas dans la partie descriptive de son rapport, ni dans l'annexe de son rapport, les réponses des parties aux questions.

28. Chaque tierce partie présentera un résumé analytique des arguments avancés dans sa communication écrite et sa déclaration conformément au calendrier adopté par le Groupe spécial. Ce résumé pourra aussi inclure un résumé des réponses aux questions, s'il y a lieu. Le résumé analytique fourni par chaque tierce partie ne dépassera pas cinq pages.

Réexamen intérimaire

29. Après la remise des rapports intérimaires, chaque partie pourra demander par écrit le réexamen d'aspects précis du rapport intérimaire dans le différend correspondant et demander la tenue d'une nouvelle réunion avec le Groupe spécial, conformément au calendrier adopté par le Groupe spécial. Le droit de demander la tenue d'une telle réunion sera exercé au plus tard au moment où la demande écrite de réexamen sera présentée.

30. Si aucune nouvelle réunion avec le Groupe spécial n'est demandée, chaque partie pourra présenter des observations écrites sur la demande écrite de réexamen de l'autre partie, conformément au calendrier adopté par le Groupe spécial. Ces observations ne porteront que sur les demandes écrites de réexamen des autres parties.

31. Les rapports intérimaires ainsi que les rapports finals avant leur distribution officielle resteront strictement confidentiels et ne seront pas divulgués.

Signification des documents

32. Les procédures suivantes s'appliqueront pour la signification des documents:

- a. Chaque partie ou tierce partie soumettra tous les documents au Groupe spécial en les déposant auprès du Greffe du règlement des différends (bureau n° 2047).
- b. Chaque partie ou tierce partie déposera ses documents auprès du Greffe du règlement des différends et en signifiera des copies aux autres parties (et aux tierces parties dans les cas où cela sera approprié) avant 17 heures (heure de Genève) aux dates fixées par le Groupe spécial.
- c. Chaque partie ou tierce partie déposera auprès du Greffe du règlement des différends huit (8) copies papier de tous les documents qu'elle soumet au Groupe spécial, sauf pour ce qui est des pièces et des résumés analytiques présentés conformément aux paragraphes 27 et 28 plus haut. Les pièces peuvent être fournies sur CD-ROM ou DVD. Dans ce cas, six (6) CD-ROM ou DVD et deux (2) copies papier de ces pièces seront déposés. Les copies papier de ces pièces seront déposées au plus tard à 17 heures

(heure de Genève) le premier jour ouvrable suivant la date fixée par le Groupe spécial pour la présentation des documents. Le Greffe du règlement des différends tamponnera la date et l'heure du dépôt sur les documents.

- d. Chaque partie ou tierce partie fournira également une copie électronique de tous les documents qu'elle soumet au Groupe spécial à la date fixée, en format PDF et en format Microsoft Word, soit sur un CD-ROM ou un DVD, soit en tant que pièce jointe à un courriel. Si la copie électronique est envoyée par courriel, celui-ci devra être adressé à ****@wto.org, avec copie à ****.****@wto.org, ****.****@wto.org, ****.****@wto.org, ****.****@wto.org et ****.****@wto.org. Si un CD-ROM ou un DVD est fourni, il sera déposé auprès du Greffe du règlement des différends. La version électronique en format PDF constituera la version officielle aux fins du dossier du différend.
- e. Chaque partie signifiera tout document soumis au Groupe spécial directement à l'autre partie au différend. Chaque partie signifiera en outre à toutes les tierces parties qui ont fait part de leur intérêt dans le différend ses communications écrites avant la première réunion de fond avec le Groupe spécial.
- f. Chaque tierce partie signifiera tout document soumis au Groupe spécial directement à toutes les parties et aux autres tierces parties qui ont fait part de leur intérêt dans le même différend. Chaque partie ou tierce partie confirmera par écrit que des copies ont été signifiées ainsi qu'il est prescrit, au moment de la présentation de chaque document au Groupe spécial.
- g. Une partie ou tierce partie pourra soumettre ses documents à une partie ou à une tierce partie par voie électronique uniquement.
- h. La procédure décrite à l'alinéa g. s'appliquera également aux communications déposées conformément aux paragraphes 13, 14 et 22.
- i. Le Groupe spécial fournira aux parties une version électronique de la partie descriptive, du rapport intérimaire et du rapport final, ainsi que d'autres documents, selon qu'il sera approprié. Lorsque le Groupe spécial fera remettre aux parties et aux tierces parties à la fois une version papier et une version électronique d'un document, la version papier constituera la version officielle aux fins du dossier du différend.

33. Le Groupe spécial se réserve le droit de modifier au besoin les présentes procédures après consultation des parties.

ANNEXE A-2

PROCÉDURES DE TRAVAIL ADDITIONNELLES CONCERNANT LES RENSEIGNEMENTS STRICTEMENT CONFIDENTIELS¹

Adoptées le 1^{er} octobre 2014 et modifiées le 15 décembre 2014

Les procédures suivantes s'appliquent aux renseignements strictement confidentiels (RSC) communiqués au cours de la procédure du Groupe spécial.

1. Aux fins des présentes procédures, les renseignements strictement confidentiels (RSC) s'entendent de tous renseignements confidentiels du point de vue financier, commercial ou officiel: a) qui sont clairement désignés comme tels par la partie ou la tierce partie qui les présente; b) qui ne sont pas accessibles par ailleurs au grand public; et c) qui sont sensibles d'un point de vue commercial ou, dans le cas des renseignements officiels confidentiels, dont la diffusion pourrait raisonnablement être considérée comme nuisant ou menaçant de nuire à l'intérêt général, y compris en compromettant la capacité des gouvernements de mener à bien leur tâche. Chaque partie ou tierce partie agira de bonne foi et fera preuve de modération pour ce qui est de désigner des renseignements comme RSC. Le Groupe spécial aura le droit d'intervenir de toute manière qu'il jugera appropriée s'il estime qu'il n'est pas fait preuve de retenue pour la désignation des RSC. Si une partie ou le Groupe spécial contestent la désignation des renseignements comme RSC, la partie ou la tierce partie qui procède à la désignation en indiquera les raisons dans les trois (3) jours ouvrables. Après avoir ménagé aux parties la possibilité de formuler des observations sur la justification fournie dans les trois (3) jours ouvrables, le Groupe spécial se prononcera sur la désignation des renseignements.

2. Comme il est prescrit au paragraphe 3 des procédures de travail du Groupe spécial², les délibérations de ce dernier et les documents qui lui auront été soumis resteront confidentiels. En outre, comme il est prescrit à l'article 18:2 du Mémoire d'accord, une partie ou une tierce partie ayant accès aux renseignements désignés comme RSC communiqués pendant la présente procédure du Groupe spécial les traitera comme confidentiels et ne les divulguera qu'aux personnes autorisées à les recevoir conformément aux présentes procédures de travail. Chaque partie ou tierce partie aura la responsabilité de veiller à ce que ses employés ainsi que ses conseillers et experts extérieurs se conforment aux présentes procédures de travail additionnelles pour protéger les RSC.

3. Les membres du Groupe spécial et les employés du Secrétariat de l'OMC affectés au règlement du présent différend auront accès aux RSC communiqués au cours de la présente procédure. Les employés des gouvernements de l'Ukraine, du Honduras, de la République dominicaine, de Cuba, de l'Indonésie et de l'Australie auront accès aux RSC communiqués pendant la présente procédure du Groupe spécial dans la mesure où ces renseignements seront nécessaires à leur participation officielle aux procédures DS434, DS435, DS441, DS458 ou DS467. Sous réserve du paragraphe 4 des procédures de travail du Groupe spécial, les parties pourront donner accès aux RSC à des conseillers et experts extérieurs qui les assistent au cours de la présente procédure ainsi qu'à leur personnel administratif. Les RSC, qu'ils soient communiqués au Groupe spécial en tant que partie d'un document ou oralement, ne seront pas divulgués aux employés, responsables ou agents commerciaux d'une entreprise qui exerce des activités dans l'industrie du tabac, y compris dans la production, l'exportation ou l'importation des produits du tabac, ni aux employés ou responsables d'une association professionnelle de ces entreprises, à moins qu'il ne s'agisse de renseignements commerciaux confidentiels qui se rapportent exclusivement à l'entreprise dont la personne en question est un employé, un responsable ou un agent commercial.

¹ Les présentes procédures additionnelles ont été initialement adoptées le 1^{er} octobre 2014 conformément aux procédures de travail du Groupe spécial qui ont été adoptées le 17 juin 2014 et modifiées le 1^{er} octobre 2014. Elles sont modifiées par la présente conformément aux procédures de travail du Groupe spécial telles qu'elles ont été modifiées à nouveau le 15 décembre 2014.

² Adoptées le 17 juin 2014, et modifiées le 1^{er} octobre 2014 puis à nouveau modifiées le 15 décembre 2014.

4. Les tierces parties à la présente procédure du Groupe spécial recevront les versions confidentielles des premières communications écrites des parties au Groupe spécial et les versions caviardées des pièces jointes aux premières communications écrites des parties dans les cas où ces pièces contiennent des RSC. En outre, les tierces parties recevront les réfutations écrites des parties, la version finale des déclarations liminaires et finales des parties faites aux première et deuxième réunions de fond du Groupe spécial, ainsi que toutes pièces y relatives, étant entendu que les tierces parties recevront des versions caviardées de ces réfutations, déclarations ou pièces lorsqu'elles contiendront des RSC.

5. Les versions caviardées des réfutations écrites et des déclarations des parties mentionnées au paragraphe 4, ainsi que toutes pièces y relatives ou se rapportant aux premières communications écrites des parties, contenant des RSC seront suffisantes pour permettre raisonnablement de comprendre la nature des renseignements en cause. Les employés des gouvernements des tierces parties à l'un quelconque des différends énumérés plus haut et leurs conseillers extérieurs pourront demander à avoir accès à la version non caviardée d'une pièce se rapportant à la première communication écrite d'une partie et contenant des RSC afin de participer effectivement à la procédure du Groupe spécial. Le Groupe spécial, en consultation avec les parties, décidera d'autoriser ou non l'accès à ces RSC, compte tenu du caractère sensible des renseignements et de la nécessité pour la tierce partie de les consulter afin de veiller à ce que ses intérêts en tant que tierce partie soient pleinement pris en compte. Si l'autorisation est accordée, la tierce partie aura accès à ces RSC dans les locaux du Secrétariat de l'OMC, à moins que des raisons valables de convenir d'un autre arrangement ne soient présentées. Les tierces parties seront autorisées à examiner, mais sans les copier, les RSC auxquels elles auront accès dans les locaux du Secrétariat de l'OMC.

6. Chaque partie ou tierce partie tiendra une liste des noms de tous les conseillers et experts extérieurs ayant obtenu l'accès aux RSC. La liste sera mise à jour lorsque des conseillers et experts extérieurs additionnels auront accès aux RSC.

7. Une partie ou tierce partie qui communiquera ou mentionnera des RSC dans tout document présenté au Groupe spécial (y compris dans les pièces jointes), fera figurer sur la page de couverture et la première page du document contenant ces renseignements la mention "contient des renseignements strictement confidentiels". Les renseignements spécifiques en question figureront entre doubles crochets comme suit: [[xx,xxx.xx]], et la mention "contient des renseignements strictement confidentiels" figurera en haut de chaque page contenant les RSC. Lorsqu'une déclaration orale contiendra des RSC, la partie ou tierce partie faisant cette déclaration informera le Groupe spécial avant de la faire que celle-ci contiendra des RSC, et le Groupe spécial veillera à ce que seules les personnes autorisées à avoir accès aux RSC conformément aux présentes procédures de travail additionnelles soient présentes dans la salle pour entendre cette déclaration.

8. Pour tous les RSC communiqués sous forme de code binaire, la mention "Renseignements strictement confidentiels" apparaîtra clairement sur une étiquette figurant sur le support de mise en mémoire, et la mention "Renseignements strictement confidentiels" apparaîtra clairement sur les fichiers en code binaire.

9. Les parties, les tierces parties, le Groupe spécial, le Secrétariat de l'OMC et toutes les autres personnes autorisées à avoir accès à des documents contenant des RSC aux termes des présentes procédures de travail additionnelles conserveront tous les documents contenant des RSC de manière à empêcher l'accès non autorisé à ces renseignements.

10. Le Groupe spécial ne divulguera pas dans son rapport de renseignements désignés comme RSC au titre des présentes procédures de travail additionnelles. Toutefois, il pourra formuler des conclusions fondées sur ces renseignements. Avant de rendre public(s) son (ses) rapport(s) final(s), le Groupe spécial ménagera à chaque partie ou tierce partie la possibilité de s'assurer qu'aucun renseignement qu'elle a désigné comme RSC n'y figure.

11. À l'issue du différend³, et dans un délai fixé par le Groupe spécial, chaque partie restituera tous les documents (y compris la documentation électronique) contenant des RSC communiqués

³ Définie comme étant le moment où: a) le rapport du Groupe spécial ou de l'Organe d'appel est adopté par l'ORD, ou l'ORD décide par consensus de ne pas adopter le rapport du Groupe spécial ou de l'Organe

pendant la procédure du Groupe spécial à la partie les ayant communiqués, certifiera par écrit au Groupe spécial et aux autres parties que tous ces documents ont été détruits ou protégera d'une autre manière les RSC contre la divulgation au public, conformément à ses obligations dans le cadre de sa législation nationale. Le Secrétariat de l'OMC aura le droit de conserver une copie de chacun des documents contenant les RSC pour les archives de l'OMC.

12. Si une partie notifie formellement à l'ORD sa décision de faire appel conformément à l'article 16:4 du Mémoire d'accord, le Secrétariat informera l'Organe d'appel des présentes procédures et lui transmettra tous les RSC régis par les présentes procédures, y compris les communications contenant des renseignements désignés comme RSC au titre des présentes procédures de travail. Cette transmission se fera séparément de celle du reste du dossier du Groupe spécial, dans toute la mesure possible.

13. À la demande d'une partie, et en consultation avec les autres parties, le Groupe spécial pourra appliquer les présentes procédures de travail ou une version modifiée de ces procédures pour protéger des renseignements qui ne font pas partie des renseignements visés au premier paragraphe. Le Groupe spécial pourra, avec le consentement des parties, déroger à toute partie des présentes procédures.

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 B-1**RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DES ARGUMENTS DU HONDURAS****I. INTRODUCTION**

1. Le présent différend porte sur le point de savoir si l'Australie a manqué à ses obligations dans le cadre de l'OMC en utilisant des moyens par lesquels elle a cherché à modifier le comportement des consommateurs face au tabac. Le 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. De même, le différend ne porte pas sur la question de savoir si les pouvoirs publics ont le droit de réglementer les produits du tabac et de prendre des mesures pour réduire la prévalence du tabagisme et la consommation de tabac – ils en ont évidemment le droit. D'ailleurs, le Honduras 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. Il ne souhaite en aucun cas limiter la capacité des pouvoirs publics de réglementer les produits du tabac d'une manière compatible avec les règles de l'OMC dans les cas où cela sera nécessaire et justifiable. Il est en désaccord avec l'Australie sur un point essentiel, à savoir que, aussi légitime que puisse être l'objectif poursuivi par un Membre de l'OMC au moyen de sa réglementation intérieure, ce dernier est aussi tenu de respecter ses obligations dans le cadre de l'OMC. Le Honduras estime que les moyens choisis pour réaliser l'objectif de l'Australie de réduire le tabagisme sont illicites, inefficaces et disproportionnés.

2. L'Australie maintient les "mesures concernant l'emballage neutre" en cause dans le présent différend au moyen des instruments juridiques suivants: i) la Loi de 2011 sur l'emballage neutre du tabac, Loi n° 148 de 2011, "Loi visant à décourager l'utilisation de produits du tabac, et des fins connexes" (la "*Loi sur l'emballage neutre du tabac*"); ii) le Règlement de 2011 sur l'emballage neutre du tabac (Recueil d'instruments législatifs 2011, n° 263), tel qu'il a été modifié par le Règlement (n° 1) de 2012 portant modification du Règlement sur l'emballage neutre du tabac (Recueil d'instruments législatifs, 2012, n° 29) (le "*Règlement sur l'emballage neutre du tabac*"); et iii) la Loi de 2011 portant modification de la Loi sur les marques (emballage neutre du tabac), Loi n° 149 de 2011, "Loi visant à modifier la Loi de 1995 sur les marques, et des fins connexes" (la "*Loi de 2011 portant modification de la Loi sur les marques*").

3. Les mesures concernant l'emballage neutre imposent un certain nombre de prescriptions visant à normaliser la présentation du produit et de l'emballage pour les produits du tabac en Australie. Plus particulièrement, la Loi sur l'emballage neutre du tabac de l'Australie dispose qu'"[a]ucune marque ne peut apparaître où que ce soit sur un produit du tabac" hormis ce qui est permis par le Règlement sur l'emballage neutre du tabac. En outre, cette loi dispose, entre autres choses, qu'"[a]ucune marque ne peut apparaître où que ce soit sur l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac", autorisant uniquement l'apparition du nom commercial, du nom de variante, de la raison sociale ou du nom de la société, et d'autres inscriptions, conformément aux prescriptions législatives pertinentes. L'apparence du nom commercial est réglementée par la Loi sur l'emballage neutre du tabac et le Règlement sur l'emballage neutre du tabac. La Loi sur l'emballage neutre du tabac exige en outre que les emballages des produits du tabac aient une teinte "brun foncé terne" (désignée par le code Pantone 448C dans le Règlement) au fini mat, sans autres couleurs, logotypes, ou attributs de la marque visibles sur l'emballage, hormis le nom commercial et le nom de variante indiqués sous une forme et avec une police de caractères standard sous la mise en garde sanitaire explicite. Les emballages des produits du tabac comporteront toujours des mises en garde sanitaires explicites, qui occuperont non plus 30 mais 75% de la partie avant de chaque paquet et continueront de couvrir 90% de la partie arrière. La Loi sur l'emballage neutre du tabac et le Règlement sur l'emballage neutre du tabac régissent aussi les caractéristiques physiques de l'emballage pour la vente au détail du tabac, imposant un type et une taille standard pour l'emballage. Les paquets et les cartouches de cigarettes doivent avoir une forme standard, sans éléments décoratifs, et les paquets de cigarettes doivent comporter une ouverture à abattant. Le garnissage des paquets de cigarettes doit uniquement se composer d'une feuille d'aluminium doublée de papier ou d'un matériau autorisé par le Règlement sur l'emballage neutre du tabac. Des prescriptions de normalisation analogues sont imposées concernant les cigares et leur emballage.

4. Comme il est expliqué plus en détail ci-après, le Honduras allègue que les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie sont incompatibles avec ses obligations au titre de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (l'"Accord sur les ADPIC") et de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (l'"Accord OTC").

5. Le secteur du tabac est une composante essentielle de l'économie du Honduras. Sur le plan international, la qualité supérieure du tabac qui y est cultivé est de plus en plus recherchée pour la fabrication de cigares. Cela favorise les exportations de cigares, qui génèrent un nombre important d'emplois locaux dans des zones spécifiques du pays, comme le département d'El Paraíso situé dans la partie orientale du Honduras. L'industrie du tabac engendre des profits dans les secteurs primaire et secondaire de la chaîne de valeur et d'approvisionnement du tabac. En 2011, les exportations de cigares du Honduras atteignaient 80 millions de dollars EU, tandis que celles de cigarettes s'élevaient à 30 millions de dollars EU. Pour la période 2006-2010, les contributions annuelles du secteur du tabac hondurien au produit intérieur brut du pays étaient de 0,4%. En outre, le secteur du tabac génère presque 14 000 emplois directs et indirects dans le pays. Le Honduras aspire à développer à l'avenir des marques et des indications géographiques de grande valeur en relation avec le tabac. En fait, la perte de la possibilité d'être en concurrence sur la base de marques de grande valeur, y compris sur le segment des cigares, est l'une des raisons pour lesquelles le Honduras a décidé d'engager la présente procédure.

6. D'une façon générale, il convient de noter que la Convention-cadre pour la lutte antitabac (la "FCTC") de l'Organisation mondiale de la santé n'impose pas que les parties appliquent des mesures concernant l'emballage neutre dans leur sphère de compétence. L'article 11 de la FCTC impose aux parties d'adopter et d'appliquer des mesures efficaces pour faire en sorte que 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". Il ne fait aucune référence à l'emballage neutre. L'article 13 de la FCTC impose aux parties d'instaurer une interdiction globale de toute publicité en faveur du tabac et de toute promotion et de tout parrainage du tabac, dans le respect de leur constitution ou de leurs principes constitutionnels. Il ne fait aucune référence à l'emballage neutre. De même, les Directives de la FCTC relatives à l'article 11 et à l'article 13 n'imposent aucune obligation d'adopter l'emballage neutre. Ces directives non contraignantes laissent simplement entendre que les parties "devraient envisager" d'adopter l'emballage neutre. Le dossier montre que, lors de l'examen de ces directives en vue de leur adoption, le conseil juridique de l'OMS a fait remarquer que "les restrictions imposées aux marques enregistrées ou leur élimination risquerait, dans certains systèmes juridiques, d'être considérées comme une atteinte aux droits de ces marques", et que "la situation n'était pas la même dans tous les pays puisqu'elle dépendait du droit national et des obligations internationales de l'État concerné". Selon la recommandation formulée dans les Directives, le "fait d'envisager" devrait clairement inclure un examen du point de savoir si ces mesures seraient compatibles avec les obligations de la partie dans le cadre du droit international, telles que les obligations au titre des Accords de l'OMC pour les parties qui sont également Membres de l'Organisation. Le Honduras note que la FCTC, elle-même, demande aux parties d'adopter des mesures de lutte antitabac "efficaces" et "fondée[s] sur des données factuelles". L'article 2.1 de la FCTC dispose que des "restrictions plus sévères" allant au-delà des dispositions [qui y sont énoncées], comme l'emballage neutre, doivent être "conformes au droit international", dont le droit de l'OMC fait partie.

II. LES MESURES CONCERNANT L'EMBALLAGE NEUTRE DE L'AUSTRALIE SONT CONTRAIRES À L'ACCORD SUR LES ADPIC

A. INTRODUCTION

7. Il est évident que les droits de propriété intellectuelle sont importants pour la société moderne et l'économie mondiale. Ils sont présents dans les produits et les services qui sont achetés et vendus quotidiennement. La protection des marques est donc un élément essentiel du système commercial multilatéral. Les marques sont un instrument essentiel de la concurrence loyale. Les droits de propriété intellectuelle sont des droits privés que les Membres de l'OMC ont l'obligation de protéger. La section 2 de la Partie II de l'Accord sur les ADPIC impose aux Membres certaines obligations en ce qui concerne la protection d'une catégorie spéciale de droits de propriété intellectuelle, à savoir les marques. Ainsi, l'Accord sur les ADPIC soumet à discipline la liberté de réglementer des Membres. Cet accord reflète certains principes fondamentaux de la protection des marques, à savoir: que le critère fonctionnel du "caractère distinctif" est l'essence

de la marque; que la validité d'une marque et la possibilité de la protéger doivent être examinées sur une base individuelle et non dans le cadre d'un groupe fondé sur le type de marque ou la nature du produit, par exemple; que les marques sont des droits privés et exclusifs dont le pouvoir de protection et d'application dépend de l'action ou de l'inaction du titulaire de marques; que l'"usage" de la marque est essentiel à la création et au maintien des droits de marque ainsi qu'aux moyens de faire respecter ces droits; que les marques doivent être protégées "telle[s] quelle[s]" et donc sous la forme dans laquelle elles sont enregistrées et utilisées; et que les marques sont des éléments importants d'une "concurrence loyale" sur le marché. Ces différents principes sont reflétés dans le texte de l'Accord sur les ADPIC. C'est sur ce texte que le Honduras a fondé ses allégations. Les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie sont incompatibles avec chacun de ces principes et sont, par conséquent, contraires à l'Accord sur les ADPIC parce qu'elles nient le caractère fonctionnel des marques en tant que signes pour distinguer les produits.

8. En réponse à presque toutes les allégations du Honduras au titre de l'Accord sur les ADPIC, l'Australie fait valoir que l'acceptation des arguments avancés par celui-ci signifierait que les Membres de l'OMC n'auraient plus la capacité de réglementer ou d'interdire la vente des produits présentant des risques pour la santé, ni celle d'adopter des interdictions globales de la publicité en faveur des produits du tabac parce que ces interdictions générales visant les produits ou la publicité seraient contraires à l'Accord sur les ADPIC. Ces préoccupations sont infondées. L'Accord sur les ADPIC ménage aux Membres des flexibilités et des marges de manœuvre importantes pour traiter les marques suscitant des préoccupations en matière de santé publique, tant au stade de l'enregistrement que par la suite, lorsque la marque est utilisée pour un produit sur le marché. Il n'est pas nécessaire de vider les droits de marque de leur substance pour réglementer des produits pouvant s'avérer nocifs pour la santé. Il ressort clairement de l'article 19:1 de l'Accord sur les ADPIC qu'il est possible de restreindre ou d'interdire la vente de produits, lequel reconnaît explicitement que les Membres peuvent adopter des mesures interdisant des produits, même si celles-ci risquent d'affecter incidemment l'utilisation des marques sur ces produits. En outre, dans la mesure où c'est la marque et non le produit qui suscite des préoccupations, l'Accord sur les ADPIC ménage un large pouvoir réglementaire pour répondre à des préoccupations spécifiques à une marque sur la base d'une évaluation individuelle de celle-ci. L'article 6*quinquies* B) de la Convention de Paris et l'article 15:2 de l'Accord sur les ADPIC (sur l'enregistrement et la validité des marques) ainsi que l'article 20 (dans la mesure où il concerne la flexibilité pour ce qui est des prescriptions relatives à l'usage) autorisent les Membres à prendre des mesures pour traiter des marques spécifiques jugées fallacieuses ou propres à induire en erreur, par exemple. Ainsi, contrairement à ce qu'affirme l'Australie, l'interprétation de l'Accord sur les ADPIC faite par le Honduras n'amène pas à la conclusion que cet accord empêche d'imposer des restrictions à la vente des produits dépendogènes et/ou dangereux. Les contre-arguments généraux de l'Australie, suggérant à tort que le Honduras fait valoir l'idée d'un "droit d'usage" absolu et positif qui restreindrait indûment la politique réglementaire, sont erronés et ne visent qu'à détourner l'attention du Groupe spécial d'un examen approprié de la compatibilité des mesures concernant l'emballage neutre avec le droit de l'OMC. L'Accord sur les ADPIC n'empêche pas les Membres de réglementer un produit ou d'en interdire la publicité. Comme le démontre l'interdiction australienne de la publicité, en place depuis 1992, lorsqu'il est permis de les utiliser sur les produits, les marques peuvent néanmoins conserver leur caractère distinctif et il reste possible de faire respecter les droits de marque, même dans le cadre d'une interdiction générale de la publicité.

B. LES MESURES CONCERNANT L'EMBALLAGE NEUTRE DE L'AUSTRALIE SONT INCOMPATIBLES AVEC L'ARTICLE 15:4 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

9. Le Honduras affirme que les restrictions en matière de marque imposées par l'Australie en ce qui concerne les produits du tabac et l'emballage pour la vente au détail enfreignent l'article 15:4, lu dans le contexte de l'article 15:1 de l'Accord sur les ADPIC, en empêchant les signes qui ne sont pas intrinsèquement distinctifs d'acquies un jour un caractère distinctif par l'usage. Un signe qui n'est pas distinctif, intrinsèquement ou du fait de son usage, ne peut pas être enregistré comme "marque". Dans le cadre des mesures concernant l'emballage neutre, la nature des produits (à savoir, les produits du tabac) auxquels le signe doit être appliqué, est la raison pour laquelle il n'est pas permis d'utiliser le signe non intrinsèquement distinctif. Par conséquent, la nature des produits constitue un obstacle à l'enregistrement de ces signes, par ailleurs non intrinsèquement distinctifs, comme "marques" en violation de l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC.

10. L'article 15:4 dispose que "[l]a 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". Les "produits" en cause sont les "produits du tabac", qui sont définis à l'article 4 de la *Loi sur l'emballage neutre du tabac* et relèvent des mesures concernant l'emballage neutre. Selon la définition large de l'article 15:1, le terme "marque" s'entend de: "[t]out signe, ou toute combinaison de signes, propre à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises". Il est important de noter que la troisième phrase de l'article 15:1 établit en outre que "[d]ans les cas où des signes ne sont pas en soi propres à distinguer les produits ... pertinents, les Membres pourront subordonner l'enregistrabilité au caractère distinctif acquis par l'usage." (pas d'italique dans l'original). L'usage est donc une condition préalable essentielle à l'enregistrement de ces signes, ce qui est explicitement reconnu par l'Accord sur les ADPIC. En fait, l'usage est le *seul* moyen par lequel un signe, qui n'est pas intrinsèquement distinctif, pourra acquérir un caractère distinctif pour un produit particulier. Empêcher l'usage, par définition, contrarie l'aptitude des signes non distinctifs à acquérir un caractère distinctif et, par conséquent, à devenir susceptibles d'être enregistrés.

11. Conformément à l'article 15:1 (troisième phrase), les Membres de l'OMC "pourront" subordonner l'enregistrabilité des marques qui ne sont pas intrinsèquement distinctives au caractère distinctif acquis par l'usage. L'Australie a choisi cette option dans la *Loi de 1995 sur les marques*, fortement centrée sur un usage qui touche tous les aspects du "cycle de vie" d'une marque en Australie. Il est donc clair que l'évaluation du caractère distinctif d'une marque qui n'est pas intrinsèquement distinctive au titre de la *Loi de 1995 sur les marques* de l'Australie devrait nécessairement être axée sur l'*étendue de l'usage* de cette marque avant la date de dépôt de la demande concernant son enregistrement. L'*étendue de l'usage* serait donc déterminante pour la question de savoir si la marque serait enregistrée.

12. À la lumière du contexte susmentionné, les restrictions en matière d'emballage neutre concernant les marques, du fait qu'elles interdisent l'usage des marques non dénominatives (comme les dessins de marque, les marques figuratives ou les marques composées), empêchent qu'un déposant obtienne l'acquisition du caractère distinctif par un usage effectif et à grande échelle. Cette interdiction de l'usage des signes non intrinsèquement distinctifs s'applique uniquement aux produits du tabac. Par conséquent, l'Australie a créé un obstacle à l'enregistrement sur la base de la nature des produits d'une manière incompatible avec l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC.

13. L'Australie n'a présenté aucun élément de preuve montrant que des signes non intrinsèquement distinctifs qui acquièrent un caractère distinctif par l'usage peuvent être enregistrés comme marques pour les produits du tabac. Au lieu de cela, elle a tenté de réfuter l'allégation du Honduras en formulant des assertions générales qui ne sont pas étayées par le texte de l'Accord sur les ADPIC et qui présentent de façon erronée l'effet des mesures concernant l'emballage neutre au regard du droit australien. Premièrement, l'Australie a allégué que les plaignants confondaient un "signe" et une "marque", et elle affirme qu'un "signe" non intrinsèquement distinctif qui n'a pas encore acquis de caractère distinctif par l'usage n'est pas une "marque" et ne doit pas être enregistré en tant que telle. Cet argument est fondé sur un raisonnement circulaire et sur une interprétation trop formaliste des termes de l'article 15:4 qui sont isolés de leur contexte. L'article 15 porte principalement sur les *signes* qui sont distinctifs ou qui acquièrent un caractère distinctif par l'usage, et qui sont donc susceptibles d'être enregistrés comme *marques* et d'obtenir la protection garantie par l'Accord sur les ADPIC. Il est donc parfaitement approprié et compatible avec le texte et le contexte de l'article 15:4 que le Honduras et les autres plaignants se concentrent sur les *signes* et sur la question de savoir s'ils sont susceptibles d'être enregistrés comme marques, sans que la nature du produit auquel ils s'appliquent constitue un obstacle à un éventuel enregistrement. Deuxièmement, l'Australie a formulé une affirmation gratuite selon laquelle l'article 28 de la *Loi sur l'emballage neutre du tabac* garantit que l'application de la Loi n'empêche pas les titulaires d'enregistrer leurs marques. L'Australie n'a jamais expliqué correctement en quoi cette disposition garantissait que, en vertu des mesures concernant l'emballage neutre, un titulaire était autorisé à enregistrer comme marque un *signe* qui n'était pas *intrinsèquement distinctif* en relation avec un produit du tabac. L'article 28 ne traite pas de l'obligation fondamentale au titre de la Loi sur les marques de l'Australie, selon laquelle seuls les signes distinctifs méritent la protection conférée aux marques. En particulier, conformément à l'article 41 3) de la *Loi de 1995 sur les marques*, les signes non intrinsèquement distinctifs ne seront pas aptes à être enregistrés et protégés en Australie *sauf s'ils ont été utilisés en Australie dans une mesure telle qu'ils distinguent effectivement les produits*

auxquels ils s'appliquent. L'article 28 de la *Loi sur l'emballage neutre du tabac* ne traite pas les questions réglementées par l'article 41 3) de la *Loi sur les marques* – elle protège principalement contre la radiation du registre ou contre la perte de la protection qui auraient pu, par ailleurs, découler de la prescription relative à un usage effectif de la marque pour le maintien de son enregistrement et de sa protection.

C. LES MESURES CONCERNANT L'EMBALLAGE NEUTRE DE L'AUSTRALIE SONT INCOMPATIBLES AVEC L'ARTICLE 16:1 ET NE SONT PAS JUSTIFIÉES AU REGARD DE L'ARTICLE 17 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

14. Les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie sont contraires à l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC, qui énonce le niveau de protection minimum garanti qui sera assuré aux titulaires de marques enregistrées, c'est-à-dire le droit exclusif des titulaires d'interdire l'utilisation par des tiers non autorisés de leurs marques enregistrées. La portée de la protection garantie par l'article 16:1 dépend de la capacité du titulaire de faire usage de sa marque et de la force de la marque qui en résulte sur le marché. Plus la marque est utilisée, plus elle est forte; et plus elle est forte, plus la portée de la protection à l'égard de l'utilisation par des tiers non autorisés est importante. Ces principes fondamentaux sont communément admis, y compris dans la propre législation de l'Australie, qui souligne l'importance de l'usage des marques. De nombreuses tierces parties et associations faisant autorité dans le domaine de la propriété intellectuelle, y compris l'Association internationale pour la protection de la propriété industrielle ("AIPPI") et MARQUES, ont reconnu qu'il y avait une dépendance intrinsèque entre l'usage d'une marque et la protection qui lui était conférée. Sur la base d'une étude réalisée par ses groupes nationaux, l'AIPPI a adopté une résolution en septembre 2013, dans laquelle il est dit ce qui suit: "L'utilisation continue et intensive d'une marque peut avoir un effet sur la portée de sa protection (voir, par exemple, l'article 16:2 et 16:3 de l'Accord sur les ADPIC faisant expressément référence à l'article 6*bis* de la Convention de Paris) et peut contribuer à sa notoriété, réputation et/ou à la clientèle attachée à la marque/valeur de la marque. En conséquence, une restriction telle que l'emballage neutre constitue une atteinte sérieuse aux droits conférés par la marque et peut causer des dommages considérables au titulaire de la marque". Dans son mémoire d'*amicus curiae*, l'association MARQUES, principale association européenne concernant les marques, a fait observer ce qui suit: "[u]ne mesure empêchant qu'une marque puisse maintenir la portée de sa protection ou accroître sa notoriété et sa force par l'usage, de la manière prévue, est donc incompatible avec les droits conférés aux titulaires de marques enregistrées au titre de l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC. S'agissant de certaines marques qui ne sont pas intrinsèquement distinctives, comme les couleurs par exemple, une mesure qui empêche leur usage, comme l'emballage standard, pourrait en fait les faire redevenir des marques "génériques"". Le lien entre l'usage et le caractère distinctif/la portée de la protection d'une marque a aussi été reconnu de manière explicite par le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*.

15. Les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie réduisent notablement – voire éliminent complètement – la capacité des titulaires de marques afférentes au tabac d'empêcher leur usage par des tiers non autorisés, en interdisant l'utilisation d'un large éventail de marques sur les produits du tabac et sur l'emballage qui servaient auparavant à distinguer les produits du tabac, d'une manière incompatible avec l'article 16:1. Les tribunaux constateront qu'il n'y a pas de risque de confusion car la marque a perdu une grande partie de sa force en raison d'un non-usage obligatoire. De ce fait, le caractère distinctif de la marque sera encore affaibli puisqu'il sera vraisemblablement permis d'utiliser des signes similaires sur des produits similaires. Cela veut dire que ce n'est pas seulement l'interdiction initiale de l'usage qui affaiblit la marque et la portée de sa protection; en fait, cette interdiction permet d'empiéter davantage sur le "territoire" de la marque qui auparavant était protégé, entraînant sa "mort à petit feu", selon l'expression du Professeur Dinwoodie figurant dans son rapport d'expert, dans lequel il constate que l'emballage neutre constitue une violation de l'article 16:1. L'article 16 impose aux Membres d'accorder des droits privés d'application et de protection pour que le titulaire puisse protéger le caractère distinctif de sa marque. La force de la marque et le niveau de protection doivent être déterminés par les actions des titulaires de marques dans l'exercice de leurs droits privés. L'emballage neutre réduit la protection en la faisant passer sous ce niveau minimum garanti.

16. La situation la plus plausible dans laquelle une atteinte aux droits pourrait avoir lieu concerne l'usage d'une marque similaire (par exemple, une marque dénomminative différente avec une combinaison similaire de couleurs ou d'éléments distinctifs) sur un produit similaire (par exemple, des cigarettes électroniques ou divers accessoires pour fumeurs). En raison de la faculté

réduite des consommateurs de reconnaître la marque originale, il sera plus aisé pour un tiers non autorisé de démontrer que l'usage qu'il fait n'est pas susceptible d'induire en erreur ni de créer une confusion avec la marque originale, et, par conséquent, qu'il ne porte pas atteinte à cette dernière. En conséquence, les mesures concernant l'emballage neutre empêchent les titulaires des marques afférentes au tabac dûment enregistrées de faire respecter leurs droits au titre de l'article 16:1 en interdisant un usage par des tiers non autorisés.

17. Cependant, le Honduras n'exclut pas qu'il puisse y avoir violation de l'article 16:1 dans le cadre d'autres scénarios d'atteintes aux droits envisagés par cette disposition, en particulier l'usage de signes identiques, comme des couleurs ou des éléments distinctifs, sur des produits similaires. Étant donné que le caractère distinctif des marques afférentes au tabac s'estompe et que leur protection s'affaiblit, celui qui usurpe une marque pourrait vraisemblablement porter davantage atteinte aux marques de celui qui les a fait enregistrer, peut-être même s'agissant des marques dénomminatives. Plus le caractère distinctif d'une marque est important, plus le degré de la protection dont elle bénéficie est élevé. Les mesures auront un effet encore plus marqué sur les signes non intrinsèquement distinctifs enregistrés comme marques, puisque le caractère distinctif de ces signes (acquis par l'usage) sera (sans leur usage) encore plus faible aux yeux des consommateurs. Ces marques perdront inévitablement leur protection.

18. L'Australie n'a pas répondu aux arguments du Honduras au sujet de l'importance que revêt l'usage de la marque pour sa force, et donc pour la portée de sa protection et les droits en matière de respect minimums garantis au titre de l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC. Au lieu de cela, l'Australie a répondu à l'allégation du Honduras, à un niveau initial et abstrait, en alléguant que l'article 16:1 conférerait uniquement un droit négatif d'empêcher l'usage de signes similaires par des tiers, et non un "droit positif de faire usage" d'une marque. Selon l'Australie, l'article 16:1 ne concerne pas "la relation en matière de réglementation publique entre les titulaires de marques et les gouvernements souverains". On trouve une légère variation de l'argument susmentionné dans l'affirmation de l'Australie selon laquelle l'article 16:1 ne crée pas de "droit de confusion" et n'a pas pour objet de protéger la "fonction économique" des marques consistant à distinguer les produits, car autrement cela aurait voulu dire qu'il existait un "droit positif de faire usage". Le Honduras ne considère pas que l'utilisation d'appellations comme "droits négatifs" ou "droit positif de faire usage" soit utile aux travaux du Groupe spécial concernant l'interprétation et l'application de l'article 16:1. Ces appellations ne reflètent pas les termes du traité et ne sont donc pas utiles pour discerner le sens des dispositions de l'OMC. Plus important encore, le Honduras n'a jamais affirmé qu'il existait un droit positif absolu de faire usage des marques découlant de leur enregistrement. L'article 16 impose aux Membres l'obligation de garantir aux titulaires de marques un niveau minimum de droits privés pour qu'ils puissent protéger de façon satisfaisante le caractère distinctif et la fonction d'indication de la provenance de leurs marques dans le contexte de procédures pour atteinte aux droits. Dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, les Membres de l'OMC ont l'obligation de garantir que le titulaire de la marque enregistrée pourra y parvenir s'il le souhaite. Une mesure qui porterait atteinte aux droits négatifs en matière de respect des détenteurs d'une marque au titre de l'article 16:1, en diminuant le pouvoir distinctif de toutes les marques enregistrées pour un produit spécifique (comme l'emballage neutre *in casu*) serait nécessairement contraire à cette disposition qui vise à protéger le caractère distinctif de la marque.

19. De même, le Honduras n'a jamais fait valoir que l'article 16:1 créait un "droit de confusion". En fait, il a fait remarquer que le "risque de confusion" était une évaluation normative qui était pertinente dans le contexte d'une éventuelle procédure pour atteinte aux droits. La force de la marque, qui est déterminée par la mesure dans laquelle la marque est utilisée dans le commerce, constitue un aspect clé de cette évaluation du "risque de confusion", comme le sont les autres facteurs clés de l'analyse concernant l'atteinte aux droits, tels que la similitude des signes et la similitude des produits.

20. L'article 28 de la Loi sur l'emballage neutre du tabac, sur laquelle l'Australie s'appuie pour faire valoir que les droits "négatifs" des titulaires de marques ne sont pas compromis, ne traite pas le problème de l'érosion du caractère distinctif et donc la portée de la protection des marques afférentes au tabac enregistrées qui découle de l'application de cette loi. L'article 28 ne réglemente pas non plus la question du maintien de la protection des marques afférentes au tabac contre leur usage potentiel par des tiers.

21. Compte tenu de ce qui précède, la réfutation limitée de l'Australie ne répond pas aux arguments du Honduras et, par conséquent, il convient d'admettre les éléments qu'il a fournis pour établir *prima facie* l'existence d'une violation de l'article 16:1. Dans le cas où le Groupe spécial constaterait que les restrictions en matière d'emballage neutre concernant les marques sont incompatibles avec l'article 16:1, le Honduras estime que ces mesures ne peuvent pas être justifiées au regard de l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC. Les mesures concernant l'emballage neutre ne constituent pas des "exceptions limitées", et ne tiennent pas compte des intérêts légitimes des titulaires des marques afférentes au tabac à utiliser leurs marques originales en relation avec les produits pertinents. En tout état de cause, l'Australie n'a pas invoqué l'exception prévue par l'article 17.

D. LES MESURES CONCERNANT L'EMBALLAGE NEUTRE DE L'AUSTRALIE SONT INCOMPATIBLES AVEC L'ARTICLE 2:1 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC ET L'ARTICLE 6QUINQUIES A 1) DE LA CONVENTION DE PARIS

22. Le Honduras affirme en outre que les restrictions en matière de marque sont incompatibles avec l'article 6*quinquies* de la Convention de Paris, incorporé dans l'Accord sur les ADPIC au moyen de son article 2:1. Conformément à cette disposition, une marque enregistrée dans le pays d'origine Membre de l'OMC devra être admise au dépôt et protégée "telle quelle" dans les autres Membres de l'OMC (à savoir, la clause "*telle quelle*"). Cela signifie essentiellement que les Membres de l'OMC 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. Les Membres de l'OMC ont l'obligation d'admettre au dépôt et de protéger une marque dans la forme originale sous laquelle elle a été enregistrée dans le pays d'origine.

23. Les mesures concernant l'emballage neutre sont incompatibles avec l'article 6*quinquies* A) 1) de la Convention de Paris incorporé dans l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC, parce que l'Australie ne protège pas, dans leur forme originale, toutes les marques afférentes au tabac préalablement enregistrées dans le pays d'origine. D'un point de vue pratique, l'obligation d'assurer une "protection" impose nécessairement que les Membres permettent un usage minimal des marques au cours d'opérations commerciales, étant donné que l'usage revêt une importance cruciale pour l'acquisition, la portée, le maintien des droits de marque et les moyens de les faire respecter. Cela est en particulier vrai pour les dessins (images) de marque et les marques composées dont la protection peut dépendre intrinsèquement de l'usage, mais également pour les marques dénominatives. En outre, l'Accord sur les ADPIC lui-même, dans son préambule et sa note de bas de page 3, reconnaît que le terme "protection" figurant dans l'article 6*quinquies* A) 1) s'applique également à l'usage de la marque.

24. En réponse à l'allégation du Honduras, l'Australie affirme que la prescription de l'article 6*quinquies* A) 1) voulant qu'une marque "[soit] admise au dépôt et protégée telle quelle" concerne seulement la protection conférée par l'enregistrement, et n'énonce pas de critères minimaux quant à la manière dont la marque doit être protégée. La réponse de l'Australie repose sur son interprétation erronée du critère juridique au titre de l'article 6*quinquies* A) 1), de la nature de cette disposition dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC et de l'allégation du Honduras. Premièrement, 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. L'Australie donne de l'article 6*quinquies* A) 1) une lecture qui exclut les mots "*protégée telle quelle*", en laissant entendre que les Membres s'acquittent des deux obligations susmentionnées en permettant simplement l'enregistrement des marques "telle[s] quelle[s]". L'interprétation de l'Australie est donc incompatible avec le principe d'interprétation des traités dit de l'effet utile, que l'Organe d'appel a reconnu dans des différends antérieurs. L'affirmation de l'Australie selon laquelle l'allégation du Honduras est fondée sur un argument concernant "le droit de faire usage" est également incorrecte. Le Honduras n'a pas fait valoir que les termes de l'article 6*quinquies* A) 1) créaient un "droit de faire usage". En fait, 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". Ce lien entre l'usage et la protection est reconnu dans l'Accord sur les ADPIC et dans la propre législation de l'Australie. Celle-ci ne l'a jamais contesté.

E. LES MESURES CONCERNANT L'EMBALLAGE NEUTRE DE L'AUSTRALIE SONT INCOMPATIBLES AVEC L'ARTICLE 20 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC**1. Les mesures concernant l'emballage neutre sont des prescriptions spéciales qui entravent de manière injustifiable l'usage des marques au cours d'opérations commerciales**

25. Les restrictions concernant les marques que l'Australie prescrit en matière d'emballage neutre sont incompatibles avec l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, qui dispose 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, telles que ... 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".

26. Les restrictions en matière d'emballage neutre concernant les marques constituent l'"entrave suprême", parce qu'elles interdisent l'utilisation de presque toutes les marques sur les produits du tabac et l'emballage au cours d'opérations commerciales (à savoir, le commerce de détail), et parce que, dans la mesure où elles autorisent certaines marques dénominatives, comme le nom commercial et les noms de variante, elles exigent que ces marques soient utilisées sous une forme et dans des polices de caractère très réglementées et uniformisées.

27. Les mesures concernant l'emballage neutre entravent l'usage d'une marque "par des prescriptions spéciales". Cela tient à ce que ces mesures imposent des prescriptions qui concernent spécifiquement et directement l'usage des marques. En fait, les restrictions en matière de marque imposées par les mesures relèvent de deux des trois types de "prescriptions spéciales" qui sont énumérés à l'article 20: a) l'usage d'une marque sous une forme spéciale; et b) l'usage d'une manière qui nuise à sa capacité de distinguer les produits d'une entreprise de ceux d'autres entreprises. Les restrictions en matière de marque prescrivent l'usage d'une marque afférente au tabac sous une forme spéciale, étant donné qu'elles autorisent uniquement l'apparition de types particuliers de marques dénominatives (le nom commercial et le nom de variante selon un format standard) sur les produits du tabac et l'emballage pour la vente au détail. Aucun autre type de marques (par exemple, les dessins (images) de marque et les marques composées) ne peut figurer sur les produits du tabac ni sur l'emballage. En outre, les restrictions en matière d'emballage neutre concernant les marques prescrivent un "usage d'une manière qui nuise à [la] capacité [de la marque] de distinguer les produits ... d'une entreprise de ceux d'autres entreprises". L'un des objectifs fondamentaux des mesures concernant l'emballage neutre est de rendre tous les emballages pour la vente au détail des produits du tabac neutres – c'est-à-dire, par définition, non distinctifs.

28. Les mesures concernant l'emballage neutre entravent l'usage de la marque "au cours d'opérations commerciales" parce qu'elles interdisent l'usage de certaines marques afférentes au tabac (à savoir, les dessins (ou images) de marque et les marques composées) et prescrivent la manière dont les marques dénominatives peuvent être utilisées sur les produits du tabac et l'emballage "pour la vente au détail, ce qui entrave indéniablement l'usage de la marque "au cours d'opérations commerciales".

29. Les prescriptions spéciales imposées par les mesures concernant l'emballage neutre sont "injustifiables", de par leur nature même, parce qu'elles s'écartent de la règle par défaut énoncée dans l'Accord sur les ADPIC selon laquelle les marques doivent être réglementées sur la base de leurs attributs individuels. Le texte et le contexte de l'article 20 confirment cette approche fondamentale dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC. Les droits de marque, 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. 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. Les restrictions en matière d'emballage neutre concernant les marques n'ont pas un caractère limité, qui concernerait uniquement l'attribut spécifique de la marque afférente au tabac qui serait problématique, selon les allégations, ou un groupe réduit de marques de ce type. Les mesures concernant l'emballage neutre constituent une restriction indifférenciée imposée à toutes les marques utilisées sur les produits du tabac et l'emballage, indépendamment du point de savoir si ces marques compromettent l'objectif de santé publique de l'Australie. Cette dernière a elle-même reconnu expressément qu'elle n'était pas préoccupée par les marques spécifiques dont

l'usage était empêché par les mesures concernant l'emballage neutre, confirmant de ce fait le caractère "injustifiable" des mesures.

30. En outre, en interdisant l'usage de toutes les marques afférentes au tabac, hormis celles prescrites par la *Loi sur l'emballage neutre du tabac*, les mesures concernant l'emballage neutre vident de sa substance la protection des marques prévue par l'Accord sur les ADPIC. Autrement dit, ces mesures vont à l'encontre du principe fondamental de l'Accord sur les ADPIC selon lequel, dans des circonstances normales, les marques doivent être utilisées au cours d'opérations commerciales de manière à pouvoir remplir leur fonction centrale qui est de distinguer les produits de différentes entreprises. Ces mesures sont manifestement "déraisonnables" et constituent un exercice abusif du droit d'un Membre d'une manière qui ne tient pas compte de l'obligation des Membres d'assurer une protection efficace et suffisante des droits de propriété intellectuelle, et elles équivalent donc à une entrave "injustifiable", de par leur nature même, et incompatible avec l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC. Pour ces raisons, les restrictions en matière d'emballage neutre concernant les marques entravent l'usage des marques au cours d'opérations commerciales. Elles sont, de par leur nature même, injustifiables et donc incompatibles avec l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC.

31. À titre subsidiaire, dans le cas où le Groupe spécial ne partagerait son avis selon lequel les restrictions en matière d'emballage neutre concernant les marques sont injustifiables *de par leur nature même*, le Honduras indique que l'Australie ne s'est pas acquittée de la charge qui lui incombait de démontrer que ses mesures étaient justifiables au regard de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC. Cet article est une disposition qui comprend à la fois des éléments "prohibitifs" et des éléments "d'exception/de condition". Il remplit une double fonction consistant à soumettre à discipline les "prescriptions spéciales", tout en donnant aux Membres la faculté de "justifier" des mesures qui sont nécessaires à la réalisation de leurs objectifs légitimes et compatibles avec le texte, le contexte ainsi qu'avec l'objet et le but de l'Accord sur les ADPIC. Le texte, le contexte et l'historique de la négociation de l'article 20 confirment que la situation normale est celle d'un usage sans entrave.

32. Pour examiner si les restrictions concernant les marques que l'Australie prescrit en matière d'emballage neutre sont justifiables, le Groupe spécial devrait établir un juste équilibre entre les intérêts liés à une protection efficace et suffisante des marques et le droit de l'Australie de réglementer en matière de santé publique, qui sont reconnus tant les uns que les autres par l'Accord sur les ADPIC. Selon le Honduras, cet équilibre devrait être assuré en déterminant si les mesures: i) apportent une contribution importante à la réalisation de leur objectif de politique générale publique; et ii) constituent le moyen le moins restrictif et l'entrave la moins importante en ce qui concerne l'usage des marques pour réaliser cet objectif à la lumière des autres options raisonnablement disponibles. Selon des permutations variables, ces deux critères sont appliqués depuis des décennies –dans le cadre du GATT de 1947 jusqu'à celui du droit actuel de l'OMC– pour délimiter le cadre de l'autonomie réglementaire des Membres du GATT/de l'OMC dans chaque cas particulier.

33. Le critère "de manière injustifiable" énoncé par le Honduras est étayé par le sens ordinaire de cette expression, qui fait référence à des mesures "nécessaires", "proportionnées" et "étayées par des éléments de preuve". Selon lui, une mesure qui ne contribue pas à la réalisation de son objectif, quelle que soit la légitimité de cet objectif, ne peut pas à juste titre être qualifiée comme étant "nécessaire" ou "étayée par des éléments de preuve". De même, si l'objectif légitime de la mesure peut être réalisé au moyen d'une mesure moins restrictive qui apporte un degré équivalent, voire plus élevé, de contribution à l'objectif et qui est raisonnablement disponible, la mesure contestée ne peut pas être qualifiée à juste titre de "proportionnée". L'interprétation que le Honduras donne de l'expression "de manière injustifiable" est également étayée par le contexte de l'article 20, et par l'objet et le but de l'Accord sur les ADPIC, qui sont indiqués, entre autres choses, dans le préambule et les articles 7 et 8:1. Ces instruments exigent une approche "équilibrée" en matière de réglementation de l'usage des marques, compte tenu des intérêts liés à la protection des marques, même lorsqu'il s'agit d'adopter des mesures nécessaires à la protection de la santé publique. Comme il est expliqué plus loin, les éléments de preuve confirment que les mesures concernant l'emballage neutre ne contribuent pas à l'objectif de santé publique de réduire la prévalence du tabagisme et sont, pour cette raison, également "injustifiables". Des mesures de rechange moins restrictives pour les marques sont raisonnablement disponibles pour l'Australie et devraient être privilégiées.

2. La réponse de l'Australie à l'allégation du Honduras repose sur l'interprétation erronée qu'elle donne de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, et doit être rejetée

34. L'Australie a répondu aux arguments du Honduras en avançant plusieurs interprétations déraisonnables du critère juridique au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, qui privent cette disposition de toute substance. Elle a fait valoir que: i) l'article 20 ne soumet à discipline que les "prescriptions" concernant l'usage et pas les "interdictions" concernant l'usage; ii) le seul "usage pertinent" d'une marque protégée en vertu de l'article 20 est un usage pour distinguer les produits de différentes entreprises, qui est suffisant pour indiquer la provenance commerciale du produit en cause; et que iii) tant qu'une prescription spéciale constituant une entrave à l'usage des marques a un "lien rationnel" avec un objectif légitime d'un Membre, elle doit être considérée comme étant "justifiable". En outre, l'Australie a affirmé que les mesures concernant l'emballage neutre ne se rapportaient pas à l'usage d'une marque "au cours d'opérations commerciales" parce que, entre autres choses, l'effet pratique de l'interdiction d'étalage à la vente au détail imposée par l'État australien était que les consommateurs n'avaient pas la possibilité de voir les emballages ou les produits du tabac au point de vente et donc "au cours d'opérations commerciales". Tous ces arguments sont indéfendables, viciés et fondés sur une interprétation erronée de l'article 20. Par conséquent, ils doivent être rejetés.

a) Les prescriptions spéciales concernant l'usage incluent les interdictions

35. L'Australie laisse entendre qu'un Membre jouit d'une liberté absolue pour interdire l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales. Dans sa logique, l'article 20 couvre les restrictions limitées (les prescriptions constituant une entrave), mais pas les restrictions totales (les interdictions). Cette affirmation n'a aucun sens. Le fait que l'Australie élude toute interprétation sur la base du sens ordinaire des termes de l'article 20 montre clairement que son approche n'est étayée par aucun élément textuel. Elle tente de distinguer les "prescriptions" des "interdictions" de façon à ce que les restrictions limitées soient couvertes mais l'entrave suprême exclue. Cette interprétation n'est pas compatible avec le sens ordinaire du mot "prescriptions", qui inclut les limitations et les interdictions. Le Honduras fait également remarquer que les mesures concernant l'emballage neutre relèvent de deux des trois types de "prescriptions spéciales" qui sont explicitement mentionnés à l'article 20, ce qui confirme que les mesures en cause peuvent être qualifiées à juste titre de "prescriptions spéciales" qui entravent l'usage d'une marque au sens de l'article 20. De nombreuses tierces parties souscrivent à la lecture faite par le Honduras de l'article 20, en particulier des mots "prescription spéciale", et ne partagent pas l'avis catégorique de l'Australie selon lequel une interdiction d'utiliser ne peut pas être considérée comme une "prescription spéciale".

36. L'Australie a également mis en avant les "implications systémiques" alléguées d'une interprétation contraire de l'article 20, en affirmant que si cet article englobait aussi les mesures interdisant l'usage d'une marque, cela pourrait amener à conclure, par exemple, que les interdictions de la publicité dans les médias écrits et audiovisuels relèvent de l'article 20. Cet argument est dénué de fondement. Une 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 affectant incidemment l'usage d'une marque, mais sans s'y rapporter, 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 types de prescriptions spéciales énoncés à l'article 20.

b) L'Accord sur les ADPIC n'établit pas de distinction entre l'indication de la provenance et d'autres fonctions pouvant être remplies par les marques sur le marché

37. L'Australie fait en outre valoir que le seul "usage pertinent" d'une marque protégée en vertu de l'article 20 est l'usage d'une marque consistant à distinguer les produits de différentes entreprises, qui est "suffisant pour indiquer" la provenance commerciale du produit en cause. Dans ce contexte, l'Australie donne à penser que les seules marques *nécessaires* pour distinguer les produits sont les marques dénominatives clairement présentées – les autres marques remplissent

la "fonction publicitaire" alléguée, qui n'est pas protégée par l'article 20. Le Honduras met en doute le fondement juridique sur lequel l'Australie s'appuie lorsqu'elle tente de scinder la marque en deux pour faire valoir que seule la marque dénominative, et non un élément figuratif (dessin ou image de marque), mérite d'être protégée en vertu de l'article 20. Premièrement, l'Accord sur les ADPIC assure la protection des marques d'une manière générale. Il n'établit pas de distinction entre les marques de première et de deuxième catégorie. Les marques sont définies dans l'article 15:1 de l'Accord sur les ADPIC comme étant tout signe, ou toute combinaison de signes, propre à distinguer les produits d'une entreprise de ceux d'autres entreprises. Ces signes incluent des éléments figuratifs, qui doivent être susceptibles d'être enregistrés comme marques, et qui, une fois enregistrés, méritent d'être protégés en vertu de l'Accord sur les ADPIC. Deuxièmement, 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 ce n'est pas le cas des éléments figuratifs, de sorte que les marques non dénominatives ne méritent pas la même protection tant qu'il est possible d'utiliser d'autres marques (dénominatives) pour distinguer les produits. Par exemple, l'Accord sur les ADPIC ne permet pas l'usage non autorisé de certaines marques, comme les marques ou les éléments figuratifs, d'une manière incompatible avec l'article 16:1, uniquement parce que le titulaire de marques peut toujours utiliser d'autres marques, comme les marques dénominatives, suffisantes pour distinguer ses produits. On ne voit pas bien pourquoi cette distinction artificielle serait valable dans le cadre de l'article 20. Toutes les marques méritent la même protection, qui ne dépend pas du point de savoir si la marque est ou non "nécessaire" pour distinguer un produit. Troisièmement, le Honduras ne partage pas l'avis de l'Australie selon lequel l'article 20 exigerait toujours qu'un plaignant démontre qu'une mesure contestée entrave, par des prescriptions spéciales, l'usage d'une marque pour *distinguer les produits*. Le texte de l'article 20 indique clairement que, tant qu'une mesure constitue une "prescription spéciale" qui entrave de manière injustifiable l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales, telle qu'une prescription d'utiliser la marque conjointement avec une autre marque, elle est incompatible avec cette disposition. La question de savoir si le consommateur peut toujours distinguer le produit ne sauve pas cette prescription spéciale. Enfin, le Honduras fait observer que l'argument de l'Australie est clairement en contradiction avec sa reconnaissance de l'impossibilité qu'il y a à séparer dans la pratique les différentes fonctions que les marques peuvent remplir sur le marché. Cela veut logiquement dire qu'une mesure ne peut pas entraver, par exemple, la "fonction publicitaire" alléguée d'une marque sans entraver également sa fonction d'"indication de la provenance". La distinction établie par l'Australie sur la base des fonctions alléguées des marques n'est pas étayée par le texte de l'Accord sur les ADPIC et n'a pas de sens d'un point de vue logique ou pratique.

- c) L'expression "de manière injustifiable" exige davantage qu'un simple "lien rationnel", sans quoi l'article 20 n'énoncerait pas une véritable discipline

38. L'Australie a initialement fait valoir que les prescriptions spéciales couvertes par l'article 20 pouvaient néanmoins constituer des entraves "justifiables" s'il y avait un "lien rationnel" entre ces mesures et la poursuite d'un objectif de politique générale publique d'un Membre. Elle a tenté d'invoquer la jurisprudence de l'OMC relative à l'interprétation de l'expression "discrimination ... injustifiable" figurant dans le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994, pour faire valoir qu'il n'y avait aucune raison pour que le sens de l'expression "de manière injustifiable" soit significativement différent dans le contexte de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC et dans le contexte du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.

39. Il est inopportun que l'Australie invoque la jurisprudence de l'OMC relative à l'interprétation de l'expression figurant dans le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994. En particulier, le Honduras considère que: i) le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994 constitue un contexte totalement différent, dans lequel le mot "injustifiable" est utilisé en association avec d'autres mots qui ne figurent pas dans l'article 20, comme les mots "discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent"; ii) le texte introductif de l'article XX est indissociable d'un double critère global plus large, alors que le critère "de manière injustifiable" au titre de l'article 20 est le seul outil pour "soupeser et mettre en balance" les droits et les obligations des Membres au titre de l'Accord sur les ADPIC; iii) l'article XX du GATT de 1994 énonce des "Exceptions générales", alors que l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC combine une obligation positive et des éléments permissifs. En tout état de cause, l'Australie a tort de laisser entendre que, selon le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994,

la discrimination peut être justifiable uniquement parce qu'il y a un "lien rationnel" avec l'objectif de politique générale en question. Dans la jurisprudence de l'OMC, l'Organe d'appel a estimé que le facteur relatif au "lien rationnel" ne constituait qu'un élément dans l'évaluation "cumulative" de la "discrimination injustifiable", ce qui impliquait d'analyser bon nombre d'autres facteurs que l'Australie n'a pas examinés.

40. Il est révélateur que la plupart des tierces parties, y compris celles qui, d'une manière générale, appuient les mesures de lutte antitabac de l'Australie, ne partagent pas son avis et qu'elles souscrivent à l'interprétation que le Honduras donne de l'expression "de manière injustifiable". C'est probablement au vu de cette absence de soutien en faveur de son argument indéfendable que l'Australie a modifié son argument pendant la procédure. L'Australie convient à présent que l'évaluation de la contribution de la mesure à l'objectif déclaré est un élément important de ce critère, bien qu'elle conteste toujours qu'il faille examiner des mesures de rechange moins restrictives et raisonnablement disponibles dans le cadre de ce critère.

d) Les restrictions en matière d'emballage neutre concernant les marques entravent l'usage d'une marque "au cours d'opérations commerciales"

41. L'Australie adopte une interprétation trop étroite de l'expression "au cours d'opérations commerciales" figurant à l'article 20, et fait valoir que les mesures concernant l'emballage neutre n'entravent pas l'usage d'une marque au "cours d'opérations commerciales" parce que, dans la plupart des États australiens, l'interdiction d'étalage à la vente au détail, associée à l'interdiction générale de la publicité, empêche que le consommateur voie la marque avant le point de vente. L'Australie indique, *entre autres choses*, que le "cours d'opérations commerciales" culmine au point de vente et que, pour autant que la mesure puisse affecter la présentation et l'usage d'une marque après le point de vente, cet effet ne relèverait pas de l'article 20. Selon le Honduras, l'expression "au cours d'opérations commerciales" figurant à l'article 20, mais également à l'article 16:1 et à l'article 10*bis*, est uniquement incluse pour distinguer l'usage commercial de l'usage non commercial des marques. Par exemple, les marques ne sont pas utilisées "au cours d'opérations commerciales" lorsqu'elles sont mentionnées dans les communications du Honduras. Cependant, l'usage d'une marque dans le commerce de gros ou de détail est sans aucun doute un "usage commercial" de la marque ou un usage "au cours d'opérations commerciales". Cette opinion est fondée sur le sens ordinaire des mots "cours d'opérations commerciales" et "commerce"; elle est partagée par de nombreuses tierces parties ainsi que par les commentateurs de l'Accord sur les ADPIC, y compris l'expert que l'Australie a elle-même présenté. Il convient d'ajouter qu'en fait, l'Australie fait erreur lorsqu'elle exagère les effets de l'interdiction d'étalage à la vente au détail sur l'usage des marques au "cours d'opérations commerciales". En réalité, elle reconnaît que l'interdiction d'étalage n'est pas mise en œuvre à l'échelle du pays sans exceptions, étant donné que les bureaux de tabac spécialisés des États australiens de Victoria et d'Australie-Occidentale ne sont pas soumis à cette interdiction. Elle convient également que même dans les cas où une interdiction d'étalage est mise en place, les clients peuvent toujours voir l'emballage du tabac et les produits avant que l'achat ne soit terminé.

3. Conclusion

42. Compte tenu de ce qui précède, l'Australie n'a pas réfuté les arguments juridiques du Honduras selon lesquels les restrictions en matière d'emballage neutre concernant les marques étaient des prescriptions spéciales qui entravaient de manière injustifiable l'utilisation d'un vaste éventail d'éléments de marques sur les produits du tabac et l'emballage pour la vente au détail, au cours d'opérations commerciales, d'une manière incompatible avec l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC.

F. LES MESURES CONCERNANT L'EMBALLAGE NEUTRE DE L'AUSTRALIE SONT INCOMPATIBLES AVEC L'ARTICLE 10*BIS* DE LA CONVENTION DE PARIS TEL QU'IL EST INCORPORÉ DANS L'ACCORD SUR LES ADPIC PAR SON ARTICLE 2:1

43. Les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie sont incompatibles avec l'article 10*bis* 1) et 10*bis* 3) iii) de la Convention de Paris parce qu'elles prescrivent le genre d'actions anticoncurrentielles et fallacieuses que l'Australie a l'obligation juridique de prévenir. L'article 10*bis* 1) impose aux Membres d'assurer une "protection effective contre la concurrence déloyale" qui résulterait de l'usage de marques sur des produits. Il ne précise pas les moyens par

lesquels les Membres de l'OMC peuvent assurer cette "protection effective". Nonobstant ce pouvoir discrétionnaire, la prescription clé est que, en cas de "concurrence déloyale", il faut assurer une forme de "protection effective". Cette prescription clé n'est pas respectée lorsqu'un Membre adopte une législation interne encourageant les agents économiques privés à agir d'une manière assimilable à de la "concurrence déloyale", ou leur prescrivant de le faire. En effet, par définition, lorsqu'un Membre encourage ou prescrit des actes de concurrence déloyale, il ne peut pas être considéré comme "assur[ant] ... une protection effective" contre de tels actes. Rien dans le libellé de l'article 10*bis* n'exclut des disciplines pertinentes les agents économiques privés agissant conformément à la réglementation des pouvoirs publics. En fait, la décision du Groupe spécial *Mexique – Télécommunications* étaye la position du Honduras. Ce dernier estime que les mesures concernant l'emballage neutre sont contraires à l'article 10*bis* 1), du fait qu'elles imposent aux agents économiques privés d'adopter une présentation uniforme. De cette manière, les restrictions, tant en matière de marque que de mise en forme, imposées par les mesures concernant l'emballage neutre obligent les fabricants de produits du tabac à se faire concurrence sur le marché australien sans avoir la possibilité d'obtenir ou de maintenir la différenciation des produits. Cette incapacité d'obtenir ou de maintenir la différenciation des produits affecte systématiquement davantage les produits haut de gamme et leurs producteurs que les produits de qualité moindre et leurs producteurs. Cette réaction, désignée par l'expression "descente en gamme", fausse *ex ante* et de façon délibérée 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. Cette incidence directe, et profondément asymétrique, des mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie sur la dynamique concurrentielle du marché constitue une "concurrence déloyale" sur le marché australien.

44. Le Honduras a formulé sa deuxième allégation au titre de l'article 10*bis* 3) iii). Cette disposition est une manifestation plus concrète de la prescription de l'article 10*bis* 1) d'assurer une protection effective contre la concurrence déloyale. L'article 10*bis* 3) iii) donne un exemple spécifique des conditions de concurrence déloyale contre lesquelles les Membres sont tenus d'assurer une protection. Conformément à l'article 10*bis* 3) iii), les Membres doivent assurer une protection contre la concurrence déloyale consistant en des "indications ou allégations dont l'usage, dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le public en erreur" s'agissant, entre autres choses, de la nature et des caractéristiques des produits. Les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie équivalent à des "indications ou allégations" par le jeu à la fois des indications positives (l'uniformité de l'emballage prescrit) et des omissions (l'absence prescrite d'éléments distinctifs). Le Honduras note que l'Australie n'a pas contesté l'argument selon lequel l'emballage adopté par les participants sur le marché, en réponse à la législation de l'Australie, équivaut à de telles indications et allégations. D'après ces indications ou allégations, tous les produits du tabac sont les mêmes, ont la même qualité, ou une qualité analogue, et les mêmes propriétés physiques. En outre, ces indications ou allégations propres à induire en erreur sont utilisées au "cours d'opérations commerciales". Contrairement aux allégations de l'Australie, le "cours d'opérations commerciales" ne culmine pas au point de vente. Toute utilisation du produit postérieure à la vente et visée par le consommateur – comme le fait de fumer ou le simple étalage – peut influencer et affecter un achat ultérieur du produit par le consommateur ou par une autre personne. Les consommateurs sont susceptibles d'être induits en erreur parce qu'ils en sont venus à comprendre, avec le temps, que des produits (du tabac) emballés différemment et marqués différemment avaient des caractéristiques physiques objectives différentes. Avec l'expérience, les consommateurs ont également pu associer des marques et des images particulières avec la qualité particulière du produit. Par conséquent, la suppression de l'image de marque et l'imposition de prescriptions sur la conception d'un emballage uniforme et sur les bâtonnets feront germer dans l'esprit des consommateurs l'idée erronée que tous les produits du tabac sont pour l'essentiel les mêmes et qu'il n'y a pas de différences de qualité entre eux. Cette idée est incorrecte du point de vue des faits parce que tous les produits ne sont pas de la même qualité ou d'une qualité analogue. En raison des indications requises et des "omissions" qui sont tout aussi pertinentes, les consommateurs sont "induits en erreur" en violation de l'article 10*bis* 3) iii).

G. LES MESURES CONCERNANT L'EMBALLAGE NEUTRE DE L'AUSTRALIE SONT INCOMPATIBLES AVEC L'ARTICLE 22:2 B) DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

45. Les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie sont incompatibles avec l'article 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC parce que celle-ci ne prévoit pas, pour ce qui est des indications géographiques, les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'empêcher une "utilisation qui constitue un acte de concurrence déloyale". L'article 22:2 b)

applique les disciplines de l'article 10*bis* de la Convention de Paris "[p]our ce qui est des indications géographiques". L'expression "[p]our ce qui est des" indications géographiques est employée de façon plus large que "des" indications géographiques. Aux termes de l'article 22:2 b), toute circonstance relative à l'utilisation, "[p]our ce qui est des" indications géographiques, ayant une incidence sur la concurrence et entraînant une concurrence déloyale au sens de l'article 10*bis* devra faire l'objet de recours légaux qui pourront être engagés par une partie intéressée dans le système d'un Membre de l'OMC. Ces sérieuses limitations visant l'utilisation des indications géographiques empêchent les titulaires de ces dernières de communiquer, par leur biais, les différences de qualité, de goût et d'autres caractéristiques physiques à leurs consommateurs et à un public plus large. Les consommateurs de produits du tabac auront donc la fausse impression 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, n'est pas "juste" parce qu'elle porte préjudice aux titulaires d'indications géographiques existantes qui ont investi du temps et des ressources pour les mettre en place, ainsi qu'aux futurs titulaires d'indications géographiques potentielles, parce qu'ils ne pourront pas développer et établir ces indications sur le marché australien. Ce résultat concurrentiel déloyal est exactement le résultat recherché par le législateur australien; par conséquent, il ne s'agit pas seulement d'un effet accessoire d'une réglementation légitime, mais du but même de la mesure visé par la législation.

H. LES MESURES CONCERNANT L'EMBALLAGE NEUTRE DE L'AUSTRALIE SONT INCOMPATIBLES AVEC L'ARTICLE 24:3 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

46. Les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie sont incompatibles avec l'article 24:3, parce que l'Australie a diminué le niveau de protection des indications géographiques qui existait en Australie avant 1995. L'expression "indication géographique" inclut tout ce qui sert à identifier un produit comme étant originaire d'un territoire, ou d'une région ou localité spécifique, même si l'indication n'est pas un terme topographique. La perception des consommateurs est cruciale pour qu'une indication géographique puisse bénéficier d'une protection effective. L'article 24:3 impose que les Membres ne diminuent pas un niveau particulier de la protection *dans son ensemble*, et non à l'égard d'indications géographiques spécifiques, parce que l'expression "qui existait" figurant dans les versions espagnole et française ne renvoie, d'un point de vue grammatical, qu'au "niveau de protection" et non aux "indications géographiques". L'argument à l'effet contraire est incorrect tant du point de vue juridique que d'un point de vue de politique générale.

47. Les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie ont abaissé la protection conférée aux indications géographiques qui existait en Australie immédiatement avant le 1^{er} janvier 1995. Avant cette date, le droit australien permettait aux titulaires d'indications géographiques d'utiliser et de maintenir les indications déjà établies sur leurs produits; d'utiliser une indication dénominate ou non dénominate de manière à développer des indications géographiques en apposant ces indications sur le produit; de se prévaloir de recours légaux contre une utilisation fallacieuse; et d'obtenir une marque dite de certification. L'Australie a diminué la protection découlant des facteurs susmentionnés parce que, premièrement, les mesures concernant l'emballage neutre font qu'il est impossible d'utiliser, de développer et de maintenir une indication géographique dénominate autre que le nom d'un pays. Deuxièmement, en raison des mesures concernant l'emballage neutre, il n'est plus possible d'utiliser, de développer et de maintenir une indication géographique non dénominate. En effet, ces mesures n'autorisent aucun élément distinctif sur la partie du paquet qui n'est pas réservée aux mises en garde sanitaires explicites.

48. L'argument de l'Australie selon lequel la protection des indications géographiques renvoie uniquement à des droits négatifs (les droits d'empêcher l'utilisation illégale des indications géographiques par des tiers) est incorrect et, en tout état de cause, dénué de pertinence. Dans la mesure où le droit australien, avant 1995, prévoyait la possibilité pour les titulaires d'indications géographiques de les utiliser – que celle-ci soit ou non qualifiée de "droit d'utiliser" (qui n'existait pas avant 1995, selon l'Australie) ou de "faculté de faire usage" (dont l'Australie reconnaît qu'elle existait avant 1995) – cette possibilité doit être préservée et ne peut pas être supprimée, en vertu de l'article 24:3. En conséquence, la distinction établie par l'Australie entre le "droit d'utiliser" et la "faculté de faire usage" n'est pas pertinente. Par ailleurs, l'Australie a tort lorsqu'elle fait valoir que le membre de phrase "[l]orsqu'il mettra en œuvre la présente section" figurant à l'article 24:3 limite l'application de cet article aux seules mesures adoptées dans l'unique but explicite de mettre en œuvre la section 3 de l'Accord sur les ADPIC. Non seulement l'argument formaliste de

l'Australie n'a pas de fondement juridique, mais il ouvrirait même une voie simple pour contourner les disciplines concernant les indications géographiques de l'Accord sur les ADPIC.

III. LES MESURES CONCERNANT L'EMBALLAGE NEUTRE DE L'AUSTRALIE ENFREIGNENT L'ACCORD OTC

A. LES MESURES CONCERNANT L'EMBALLAGE NEUTRE SONT INCOMPATIBLES AVEC L'ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC

1. Les mesures concernant l'emballage neutre constituent des règlements techniques au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC

49. Les mesures concernant l'emballage neutre dans leur ensemble, à savoir les restrictions en matière de marque et de format, constituent des règlements techniques puisqu'elles sont conformes aux trois éléments de la définition des "règlements techniques" figurant dans l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC, que l'Organe d'appel énonce comme suit: i) les mesures s'appliquent à un produit, ou groupe de produits, identifiable; ii) les mesures énoncent des caractéristiques d'un produit; et iii) le respect des caractéristiques d'un produit est obligatoire.

50. L'Australie fait valoir que les restrictions en matière de marque imposées par les mesures concernant l'emballage neutre ne relèvent pas de l'article 2.2 de l'Accord OTC, parce que cette disposition ne s'applique pas à l'"exploitation de droits de propriété intellectuelle". Son affirmation doit être rejetée car elle n'a aucun fondement dans l'Accord OTC. Rien dans la définition d'un "règlement technique" énoncée à l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC n'indique qu'une mesure, pouvant par ailleurs être considérée comme un règlement technique, ne relèverait pas de l'Accord OTC parce qu'elle affecte également l'exercice des droits de propriété intellectuelle. Le Honduras note que l'article 1.4 et 1.5 de l'Accord OTC énonce des exceptions expresses au champ du présent accord, dont aucune ne se rapporte à la protection des droits de propriété intellectuelle.

2. L'objectif poursuivi par l'Australie au moyen des mesures concernant l'emballage neutre est de réduire la prévalence du tabagisme

51. La détermination de l'objectif poursuivi par l'Australie au moyen des mesures concernant l'emballage neutre est un élément essentiel dans l'évaluation par le Groupe spécial des allégations du Honduras. L'article 3.1 de la *Loi sur l'emballage neutre du tabac* dispose que l'objectif poursuivi par l'Australie au moyen des mesures concernant l'emballage neutre est d'améliorer la santé publique en réduisant la prévalence du tabagisme dans le pays. L'article 3.1 a) de la *Loi sur l'emballage neutre du tabac* dispose que la législation a pour objet d'"améliorer la santé publique en" modifiant le comportement tabagique en ce qui concerne l'initiation, le sevrage et la récidive. Le but déclaré des mesures est de contribuer à ramener la prévalence du tabagisme à 10% d'ici 2018 et de réduire de moitié le taux de tabagisme parmi les habitants des îles du Déroit de Torres et les aborigènes. L'article 3.2 de la *Loi sur l'emballage neutre du tabac* détermine les *mécanismes* pour réaliser cet objectif: i) réduire l'attrait des produits du tabac; ii) accroître l'efficacité des mises en garde sanitaires sur l'emballage pour la vente au détail; et iii) diminuer l'aptitude de l'emballage pour la vente au détail à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs des produits du tabac. L'Australie a confirmé que l'"objectif" des mesures se trouvait à l'article 3.1, et non à l'article 3.2 de la *Loi sur l'emballage neutre du tabac*. Par conséquent, ces mécanismes ne sont pas juridiquement pertinents aux fins de l'examen de la légitimité de l'objectif, du degré de contribution des mesures à la réalisation de l'objectif ou de l'identification des mesures de rechange qui apporteraient une contribution équivalente à l'objectif de réduction du tabagisme visé par la *Loi sur l'emballage neutre du tabac*. Les éléments de preuve qui doivent être examinés ont trait à l'effet des mesures sur le comportement tabagique et au degré selon lequel les mesures concernant l'emballage neutre contribuent à réduire le tabagisme de la manière prévue. Le Honduras appuie l'adoption de mesures de lutte antitabac pour améliorer la santé publique en réduisant la prévalence du tabagisme, comme l'illustre le fait qu'il a lui-même adopté une série de mesures de ce type. Dans ce contexte, il ne conteste pas la légitimité de l'objectif de santé publique de l'Australie.

3. Les mesures concernant l'emballage neutre ne sont pas plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques de non-réalisation

a) Les mesures concernant l'emballage neutre sont restrictives pour le commerce

52. L'Organe d'appel a constaté que, aux termes de l'article 2.2 de l'Accord OTC, une mesure était restrictive pour le commerce si elle avait un "effet limitatif sur le commerce". Le concept de caractère restrictif pour le commerce n'exige pas la démonstration des effets réels sur le commerce, étant donné que l'accent est mis sur les possibilités de concurrence offertes au produit importé. Selon le Honduras, le caractère restrictif pour le commerce des mesures concernant l'emballage neutre est confirmé par leur conception, leur structure et leurs principes de base. Dans la mesure où cela sera nécessaire, les éléments de preuve relatifs à la descente en gamme résultant de l'introduction des mesures concernant l'emballage neutre confirment la distorsion des conditions de concurrence imposées par ces mesures. Ces dernières sont par nature restrictives pour le commerce parce qu'elles affectent de diverses manières les possibilités de concurrence des produits du tabac importés.

53. Premièrement, les mesures concernant l'emballage neutre limitent sérieusement la différenciation par les marques, c'est-à-dire, la faculté des producteurs de s'appuyer sur l'emballage de marque pour distinguer leurs produits de ceux de leurs concurrents. Cela affecte les possibilités de concurrence des producteurs de tabac parce qu'ils ne peuvent plus faire connaître la qualité et la réputation de leurs produits aux consommateurs. Les marques étant des éléments essentiels de la concurrence loyale et des instruments importants de la concurrence, l'interdiction qui les empêche de remplir ce rôle de renforcement de la concurrence fausse clairement les conditions de concurrence sur le marché. Pour confirmer ce point, le Honduras a présenté des éléments de preuve empiriques démontrant qu'un effet de substitution à la baisse s'était produit sur le marché australien après l'entrée en vigueur des mesures concernant l'emballage neutre. Cette situation, également connue sous le nom de "descente en gamme", est la conséquence logique d'un marché dans lequel la différenciation par les marques est limitée.

54. Deuxièmement, les mesures concernant l'emballage neutre sont restrictives pour le commerce parce qu'elles entraînent des coûts de mise en conformité importants. Leur entrée en vigueur impliquait logiquement que les producteurs étrangers désireux de continuer à approvisionner le marché australien devaient adapter leurs procédés de fabrication applicables à l'emballage des produits du tabac et aux produits du tabac eux-mêmes. En conséquence, ils ont dû supporter certains coûts d'adaptation. Les propres autorités de l'Australie ont reconnu que l'emballage neutre "impliquerait certains coûts initiaux pour adapter les procédés de fabrication au marché australien". Dans l'examen postérieur à la mise en œuvre réalisé par l'Australie elle-même, les coûts pour les producteurs étaient estimés à environ 69 millions de dollars australiens. Ces coûts de mise en conformité sont importants quel que soit le paramètre retenu. Ils sont prohibitifs pour les petits producteurs des pays en développement qui cherchent à entrer sur un marché déjà fortement réglementé, sans perspectives de rentabilité élevée, du fait que les mesures concernant l'emballage neutre par nature faussent la concurrence et qu'il n'y ait aucune possibilité de communiquer des logos de marque.

55. Troisièmement, 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. Comme il est expliqué dans les rapports d'expert du professeur Damien Neven, les mesures produisent certains effets sur la communication et sur les prix qui rendent pratiquement impossible l'accès au marché australien du tabac. En imposant ces obstacles à l'accès au marché, les mesures concernant l'emballage neutre affectent les possibilités de concurrence des produits du tabac, ont un effet limitatif sur le commerce, créent une désincitation à importer les cigarettes en Australie et ont des conséquences négatives identifiables sur l'importation des produits du tabac, toutes ces circonstances étant qualifiées de restrictions au commerce par des groupes spéciaux antérieurs et l'Organe d'appel.

b) Les mesures concernant l'emballage neutre n'apportent pas de contribution à l'objectif de l'Australie

56. Comme il est indiqué plus bas, les éléments de preuve disponibles démontrent que les mesures concernant l'emballage neutre n'ont pas modifié le comportement tabagique effectif, plus de deux ans et demi après leur introduction. De même, rien ne prouve que l'emballage neutre soit à même d'avoir un jour un quelconque effet sur le comportement tabagique. Par conséquent, les mesures concernant l'emballage neutre n'apportent pas de contribution à l'objectif de l'Australie. Selon le Honduras, la question du caractère restrictif pour le commerce et celle de la contribution sont deux considérations différentes qui doivent être examinées séparément dans le cadre d'un exercice de soupesage et de mise en balance au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Contrairement au contre-argument de l'Australie selon lequel toute mesure efficace pour réduire la consommation sera restrictive pour le commerce et réciproquement, le Honduras estime que l'Australie cherche indûment à amalgamer ces deux facteurs distincts du critère de soupesage et de mise en balance. La question du caractère restrictif pour le commerce doit être évaluée en fonction du point de savoir si les mesures contestées affectent les possibilités de concurrence, si elles impliquent des coûts de mise en conformité ou si elles agissent comme une désincitation à l'exportation vers l'Australie. L'accent est mis sur la nature, les principes de base et la conception des mesures. En revanche, la question de la contribution est analysée en examinant les éléments de preuve concernant la contribution effective à l'objectif spécifique. Une mesure peut être efficace pour réduire la consommation sans imposer d'obstacles au commerce incompatibles avec les règles de l'OMC.

c) Les risques de non-réalisation des mesures concernant l'emballage neutre ne modifient pas l'analyse

57. L'article 2.2 de l'Accord OTC exige que les risques de non-réalisation soient inclus dans l'analyse de la question de savoir si les mesures sont plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire. L'analyse des risques de non-réalisation consiste à examiner les deux aspects suivants: i) la nature des risques en cause; et ii) la gravité des conséquences qui découleraient de la non-réalisation de l'objectif poursuivi par le Membre au moyen de la mesure contestée. Au sujet du premier élément, le Honduras reconnaît que les risques en cause, les risques sanitaires liés au tabagisme, sont très importants dans n'importe quelle société. S'agissant du second élément, il fait valoir que l'Australie était manifestement en mesure de réaliser la réduction de la prévalence du tabagisme visée sans l'introduction des mesures concernant l'emballage neutre, puisque la diminution de la prévalence du tabagisme était antérieure et continue. En outre, comme les éléments de preuve ont montré que les mesures n'étaient pas efficaces pour réduire le tabagisme, l'inclusion des "risques de non-réalisation" n'affecte pas le résultat de l'exercice de soupesage et de mise en balance. En Australie, les taux de tabagisme baissent constamment depuis des années du fait des nombreuses mesures de lutte antitabac qui y ont été mises en place. À cet égard, le Cancer Council Victoria a fait observer en 2009 que, même sans l'emballage neutre, l'Australie pourrait ramener son taux de tabagisme à 10% d'ici 2020.

B. LE HONDURAS PROPOSE PLUSIEURS MESURES DE RECHANGE RAISONNABLEMENT DISPONIBLES QUI SONT COMPATIBLES AVEC LES RÈGLES DE L'OMC ET QUI APPORTENT UN DEGRÉ DE CONTRIBUTION AU MOINS ÉQUIVALENT À L'OJECTIF DE RÉDUCTION DU TABAGISME TOUT EN ÉTANT MOINS RESTRICTIVES POUR LE COMMERCE

58. Le Honduras présente quatre mesures de rechange raisonnablement disponibles qui apportent au moins une "contribution équivalente" à l'objectif de réduction du tabagisme, et qui sont moins restrictives pour le commerce et/ou totalement compatibles avec les règles de l'OMC.

59. Premièrement, le Honduras propose une augmentation de l'âge minimum légal pour l'achat, pour le faire passer de 18 à 21 ans. Cette mesure a pour effet de faire disparaître les cigarettes du réseau social des élèves d'établissements du secondaire, puisque, contrairement aux adultes, les adolescents se procurent souvent des cigarettes auprès d'amis de leur âge. En outre, fumer pendant l'adolescence augmente substantiellement le risque de devenir un fumeur régulier à l'âge adulte et, par conséquent, il est primordial d'intervenir à cet âge pour prévenir le tabagisme chez les adultes. Dans de nombreuses juridictions, l'augmentation de l'âge minimum légal pour l'achat de cigarettes, de 16 à 18 ans, et dans un cas (à savoir, la ville de Needham dans le Massachusetts) de 18 à 21 ans, a entraîné des baisses substantielles des taux de tabagisme. Le

fait de porter à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat est également étayé par l'expert du Honduras et de la République dominicaine, le professeur Steinberg. À la suite d'une demande de l'Agence des médicaments et des produits alimentaires des États-Unis, un comité de l'Institut de Médecine des États-Unis (l'"IOM") a publié un rapport sur les conséquences pour la santé publique du fait de porter à 21, et à 25 ans, l'âge minimum légal pour l'achat des produits du tabac aux États-Unis. En avril 2014, l'expert du Honduras, le professeur Steinberg, a fait un exposé au comité, qui portait sur le développement cognitif et psychosocial et sur la prise de décision chez les adolescents et les jeunes adultes; il a en outre été sélectionné pour réviser en toute indépendance le projet de rapport du comité. Dans la version finale du rapport, rendue publique le 12 mars 2015, l'Institut de Médecine souscrivait à la recommandation du professeur Steinberg selon laquelle l'augmentation de l'âge minimum légal pour l'achat des produits du tabac aiderait à prévenir l'initiation à la consommation de tabac chez les adolescents. L'augmentation de l'âge minimum légal pour l'achat n'est pas un règlement technique et ne fausse d'aucune manière les possibilités de concurrence pour les producteurs étrangers, étant donné qu'elle n'affecte pas la différenciation des produits et n'impose aucun coût de mise en conformité. Elle respecte aussi les droits de propriété intellectuelle. Il s'agit donc d'une mesure de rechange compatible avec les règles de l'OMC, moins restrictive pour le commerce et qui apporte au moins une contribution équivalente.

60. Deuxièmement, le Honduras propose d'augmenter les taxes sur le tabac. L'efficacité des mesures fiscales pour réduire les taux de tabagisme, y compris chez les jeunes, est reconnue par l'OMS ainsi que des spécialistes, qui estiment qu'il s'agit "[du] seul instrument, et [du] plus efficace, pour lutter contre le tabac". L'Australie reconnaît elle-même l'efficacité de ces mesures, car elle a déjà appliqué des augmentations de droits d'accise sur le tabac, quoique de façon insuffisante. Elle ne réfute pas le fait que le Honduras a souligné dans ses communications, selon lequel les droits d'accise sur le tabac qu'elle impose sont inférieurs au taux recommandé par l'OMS, qui s'élève à 70% du prix au détail des produits. Elle fait valoir qu'elle a tenté d'accroître la taxation jusqu'à ce niveau, mais qu'elle n'a pas atteint ce but du fait des politiques de prix de l'industrie. Bien évidemment, cela ne constitue pas un moyen de défense: l'Australie ne peut pas 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. En outre, la pratique réglementaire dans d'autres Membres contredit les affirmations de l'Australie puisque 54 autres parties à la FCTC ont atteint l'objectif de 70% au plus tard en 2015. De plus, 25 autres parties ont un niveau d'imposition global plus élevé que celui de l'Australie, lequel est de 56,76%, même si elles n'atteignent pas l'objectif de 70%. Ainsi, l'Australie se classe à la 80^{ème} place parmi les 180 parties à la FCTC, au regard du seul instrument, et du plus efficace, pour lutter contre le tabac. Il est donc fallacieux qu'elle fasse valoir qu'elle ne peut pas faire mieux ou que le relèvement des droits d'accise sur le tabac ne constitue pas une mesure de rechange disponible et efficace. Une augmentation des taxes non discriminatoire est une mesure compatible avec les règles de l'OMC et moins restrictive pour le commerce. Elle n'est pas un règlement technique et n'impose aucun coût de mise en conformité. En outre, cette mesure n'affecte pas les possibilités de concurrence des produits du tabac importés, ni ne restreint la capacité des producteurs de tabac de se faire concurrence sur le marché australien en utilisant des emballages de marque pour indiquer la qualité et la réputation aux consommateurs. Elle respecte également les droits de propriété intellectuelle. Le grand avantage d'augmenter les taxes est que, non seulement cela encouragerait le sevrage et préviendrait la récurrence, mais cela réduirait aussi l'initiation au tabac, ce qui constitue une action importante pour empêcher les jeunes de devenir des fumeurs chroniques à l'âge adulte. Enfin, la hausse des taxes proposée est de plus raisonnablement disponible pour l'Australie et permettrait en fait à son gouvernement de percevoir des recettes additionnelles. Elle n'engendre pas de difficultés techniques substantielles ni de coûts prohibitifs.

61. Troisièmement, le Honduras propose un mécanisme pour inspecter l'emballage des produits du tabac avant leur promotion et leur commercialisation. Ce mécanisme d'inspection préalable, qui figure dans le rapport d'expert de M. Shavin Q.C., est une mesure de rechange moins restrictive dans le cas où le Groupe spécial constaterait que les solutions de rechange en question doivent fonctionner selon le même enchaînement de causalité que l'emballage neutre et affecter les mêmes "mécanismes" que ceux énoncés à l'article 3.2 de la *Loi sur l'emballage neutre du tabac*. Conjugué à la protection contre les aspects fallacieux ou de nature à induire en erreur de l'emballage du tabac, qui est conférée par le droit australien de la consommation et dont la Commission australienne de la concurrence et de la consommation assure le respect, ce mécanisme apporterait une contribution équivalente à celle de l'emballage neutre. Le mécanisme d'inspection préalable serait destiné à interdire, avant même leur mise sur le marché, toute

caractéristique problématique de l'emballage ou du produit sur la base d'un processus de notification préalable obligatoire. Il serait par définition moins restrictif pour le commerce, parce qu'il exigerait une évaluation *individualisée* des signes et des éléments distinctifs de chaque marque avant que celle-ci ne soit autorisée sur le marché australien. Il existe déjà des mécanismes semblables d'inspection préalable en Australie, et le Honduras propose un système de paiement par l'utilisateur qui n'entraînera pas de charge indue pour le gouvernement australien.

62. Quatrièmement, le Honduras propose d'améliorer les campagnes de marketing social pour toucher les jeunes en leur adressant des messages antitabac et en les informant dans des formats qui leur seraient familiers. Cette solution de rechange est étayée par le rapport d'expert du professeur Keller, qui explique que les récentes campagnes antitabac de l'Australie, mises en place depuis 2011, ont été jugées inefficaces dans une série de réexamens effectués par le gouvernement australien. Le professeur Keller propose des améliorations concrètes des campagnes australiennes qui permettraient d'accroître leur efficacité. Le Honduras estime que cette mesure est une solution de rechange, compatible avec les règles de l'OMC et moins restrictive pour le commerce, qui n'impose aucun coût aux producteurs et ne fausse pas les possibilités de concurrence pour les producteurs étrangers, tout en apportant une contribution à l'objectif de l'Australie équivalente à celle que l'emballage neutre pourrait éventuellement apporter. Elle respecte également les droits de propriété intellectuelle, et constitue clairement une solution de rechange raisonnablement disponible pour l'Australie.

63. Le Honduras a réfuté divers arguments de l'Australie visant à compromettre la validité des mesures de rechange qu'il avait proposées. Selon les affirmations de l'Australie, pour qu'une mesure de rechange soit valable il ne suffit pas qu'elle réalise son objectif de réduction de la prévalence du tabagisme, elle doit aussi employer les mêmes mécanismes que ceux utilisés par les mesures concernant l'emballage neutre, à savoir réduire l'attrait des produits du tabac, accroître l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et éliminer la capacité des producteurs à induire les consommateurs en erreur par le jeu de l'emballage. Le Honduras ne souscrit pas à l'approche de l'Australie. Dans l'affaire *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, l'Organe d'appel a examiné exactement le même argument que celui présenté par l'Australie en l'espèce. Il a fait observer qu'une "mesure de rechange proposée [pouvait] atteindre un degré équivalent de contribution différemment du règlement technique en cause". Compte tenu de ce précédent, le Honduras affirme que les mesures de rechange proposées sont valables aux fins de l'article 2.2 parce que, même si elles n'incorporent pas les mêmes mécanismes que les mesures concernant l'emballage neutre, elles sont plus efficaces pour réduire la prévalence du tabagisme.

64. L'Australie invoque également les constatations de l'Organe d'appel dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés* à l'appui de son argument selon lequel, comme les mesures concernant l'emballage neutre font partie d'une série globale de mesures, elles ne peuvent pas être remplacées par des mesures de rechange. Le Honduras a expliqué que les arguments de l'Australie étaient dénués de fondement. Contrairement aux faits examinés par l'Organe d'appel dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, les mesures concernant l'emballage neutre ne sont pas un élément clé ni central de la stratégie de l'Australie concernant le tabac. Étant donné que l'emballage neutre ne fonctionne pas en synergie avec d'autres mesures australiennes de lutte antitabac, son retrait ne compromettrait pas le fonctionnement de ces dernières.

C. LES CONTRE-ARGUMENTS JURIDIQUES DE L'AUSTRALIE SONT DÉNUÉS DE FONDEMENT ET VISENT À ÉVITER UN EXAMEN APPROPRIÉ DE L'ABSENCE DE CONTRIBUTION DES MESURES CONCERNANT L'EMBALLAGE NEUTRE

65. Pour répondre aux allégations au titre de l'Accord OTC, les moyens de défense de l'Australie ont consisté à tenter d'éviter tout examen du point de savoir si les mesures concernant l'emballage neutre apportaient effectivement une contribution à l'objectif sanitaire de réduction du tabagisme. L'Australie adopte une position indéfendable selon laquelle l'Accord sur les ADPIC est *lex specialis* pour les marques et selon laquelle l'interdiction imposée par les mesures concernant l'emballage neutre visant l'usage des marques n'est donc pas couverte par les disciplines de l'Accord OTC, mais par celles de l'Accord sur les ADPIC uniquement. Cependant, dans le même temps, selon l'interprétation que l'Australie fait de l'Accord sur les ADPIC, les mesures interdisant ou restreignant l'usage des marques ne sont soumises à aucune des disciplines de cet accord. Par conséquent, l'Australie fait en réalité valoir qu'il n'y a pas véritablement de discipline de l'OMC qui s'applique à ses mesures concernant l'emballage neutre. Cet argument n'est pas crédible à la lumière de l'applicabilité évidente de l'Accord OTC aux règlements techniques (tels que les

mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie) en matière d'emballage et d'étiquetage et du fait bien établi dans la jurisprudence de l'OMC selon lequel les disciplines énoncées dans différents Accords de l'OMC peuvent se recouper et s'appliquer à la même mesure. En outre, l'Australie développe trois séries d'arguments en vue de tenter d'éviter un examen de ses mesures concernant l'emballage neutre et de leur absence de contribution à la réalisation de l'objectif de l'Australie de réduire le tabagisme.

66. Premièrement, l'Australie fait valoir que les plaignants n'ont pas démontré que l'ensemble des prescriptions rigoureuses imposées par les mesures concernant l'emballage neutre étaient restrictives pour le commerce, espérant que le Groupe spécial examinerait le caractère restrictif pour le commerce comme une question liminaire au lieu d'examiner ce concept dans le cadre de son exercice de soupesage et de mise en balance au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, dont l'Organe d'appel a considéré qu'il était prescrit. Elle fait valoir que les mesures concernant l'emballage neutre ne sont pas restrictives pour le commerce car le Honduras et les autres plaignants n'ont pas démontré que les échanges des produits du tabac, dans leur ensemble, avaient diminué après l'imposition des mesures. Son argument, fondé sur l'idée souvent rejetée selon laquelle les effets "effectifs sur le commerce" doivent être utilisés pour établir une détermination du caractère restrictif pour le commerce, est erroné. Il n'est pas prescrit de démontrer les effets effectifs sur le commerce. Le caractère restrictif pour le commerce n'est pas une question liminaire – cela fait partie intégrante du critère de soupesage et de mise en balance. En tout état de cause, il est difficile de nier que les mesures concernant l'emballage neutre imposent une "condition limitative" pour la vente sur le marché australien. Ces mesures compromettent les conditions de concurrence pour les produits du tabac. En outre, une mesure peut être restrictive pour le commerce, ne serait-ce que pour un segment distinct de la catégorie des produits visés par le règlement technique, comme les produits du tabac haut de gamme. Il n'est pas nécessaire de démontrer que "dans l'ensemble", pour la catégorie entière et pour chacun des produits, les échanges ont diminué ou sont susceptibles de subir des effets défavorables. Rien dans l'Accord OTC n'étaye l'idée que le caractère restrictif n'existe que si une mesure affecte tous les segments d'un produit et tous les Membres de l'OMC exportant ce produit. Cette interprétation compromettrait gravement la valeur des règles de l'OMC. Un pays qui se spécialise sur un segment particulier d'un produit doit pouvoir contester un règlement technique restrictif au titre de l'article 2.2, même si la mesure n'affecte pas d'autres segments du produit ou d'autres pays. En fait, selon la jurisprudence de l'OMC, un pays peut contester une mesure restrictive même s'il ne produit pas effectivement le produit en question.

67. Deuxièmement, pour tenter de modifier les règles, l'Australie met l'accent sur les mécanismes des mesures, comme la réduction de l'attrait du produit etc., et non sur l'efficacité des mesures pour réaliser son objectif de réduire le tabagisme, et donne en outre à penser que le Groupe spécial peut seulement examiner les effets dans le temps, c'est-à-dire sur la génération suivante. Elle cherche à convaincre le Groupe spécial que des études spéculatives, relatives aux effets possibles des mesures concernant l'emballage neutre sur la perception et les intentions, associées à des théories abstraites sur le comportement humain sont aussi informatives, voire plus, que des données montrant qu'il n'y a pas eu de modification du comportement tabagique, après trois ans de fonctionnement effectif des mesures. Les mesures de l'Australie peuvent bien avoir été adoptées avec les meilleures intentions, la réalité est qu'elles n'ont eu aucun effet pour faire baisser le tabagisme et qu'elles n'en auront vraisemblablement ni aujourd'hui, ni dans un futur proche, ni pour la génération suivante ou celles à venir. Les études et théories spéculatives étaient tout simplement erronées. En outre, l'Organe d'appel a précisé qu'on ne pouvait pas dire qu'une mesure visant uniquement à produire des effets "avec le temps" échappait à l'examen et ne devait pas être étayée par des éléments de preuve positifs. Selon la jurisprudence établie de l'OMC, même pour ce qui est des règlements techniques visant à produire des effets dans le futur, il doit être démontré qu'ils sont "à même" d'apporter une contribution importante. Cette démonstration pourrait consister en des "projections quantitatives pour l'avenir, ou en un raisonnement qualitatif fondé sur un ensemble d'hypothèses qui sont vérifiées et étayées par des éléments de preuve suffisants". Il est donc clairement insuffisant de former des conjectures ou d'énoncer de simples spéculations.

68. Troisièmement, l'Australie cherche à se protéger en invoquant le "refuge" que l'article 2.5 de l'Accord OTC offre potentiellement aux règlements techniques adoptés conformément aux normes internationales. Le Honduras note que, au cours des quatre années qui ont précédé la première communication écrite de l'Australie en l'espèce, cette dernière n'a jamais fait valoir que les Directives de la FCTC constituaient une norme internationale devant servir de base pour les

règlements techniques des Membres sur les produits du tabac. En 2011, l'Australie a notifié ses mesures concernant l'emballage neutre conformément à l'article 2.9.2 de l'Accord OTC, de la même manière que d'autres Membres de l'OMC ont notifié des mesures semblables concernant l'emballage neutre. En agissant ainsi, elle a elle-même reconnu qu'il n'existait aucune norme internationale pertinente en relation avec l'emballage neutre étant donné que le type de notification présenté conformément à l'article 2.9.2 de l'Accord OTC est utilisé chaque fois qu'il n'existe pas de norme internationale pertinente. Cela montre que l'Australie et les autres Membres ayant présenté des notifications sont d'avis qu'il n'existe pas de norme internationale pertinente pour l'emballage neutre du tabac. Il est étrange qu'elle fasse valoir à présent que ses mesures concernant l'emballage neutre sont manifestement appliquées conformément à une "norme internationale".

69. L'Australie fait valoir que les Directives adoptées par la Conférence des Parties à la FCTC (la "Conférence des Parties à la FCTC") constituent une "norme internationale", et que les mesures prises conformément à cette norme sont donc considérées comme étant compatibles avec les règles de l'OMC. Le Honduras estime que les mesures concernant l'emballage neutre ne satisfont pas aux prescriptions de l'article 2.5 de l'Accord OTC et ne bénéficient donc pas de la présomption réfragable offerte par cette disposition. Premièrement, les dispositions des Directives de la FCTC citées par l'Australie ne répondent pas à la définition de la "norme" énoncée à l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC, qui fait référence à un document "pour des usages communs et répétés". Les Directives de la FCTC n'ont pas la précision nécessaire pour pouvoir faire l'objet d'usages communs et répétés. Tout pays souhaitant les appliquer doit décider individuellement des modalités de mise en œuvre des diverses propositions concernant l'emballage neutre. L'absence de caractère prescriptif des Directives de la FCTC devient évidente si on les oppose aux normes publiées par des organisations de normalisation reconnues, comme l'ISO, qui a par exemple établi la norme ISO 3394. Deuxièmement, les Directives de la FCTC ne sont pas des normes "internationales" parce que l'organisation qui les a approuvées, à savoir la Conférence des Parties à la FCTC, n'est pas une organisation internationale de normalisation. De façon plus spécifique, la Conférence des Parties à la FCTC n'est pas une organisation internationale de normalisation puisqu'elle n'a pas d'activités normatives reconnues. L'article 23.5 de la FCTC indique que les fonctions de la Conférence des Parties à la FCTC, d'une manière générale, se rapportent à la promotion et à la facilitation de l'application de la FCTC, ainsi qu'à d'autres activités de coordination. Rien dans l'article 23.5 n'indique que la FCTC a pour fonctions d'élaborer et d'adopter des normes internationales en relation avec l'emballage du tabac.

70. En résumé, les Directives de la FCTC ne constituent pas une "norme", et l'organisation qui les a élaborées – la Conférence des Parties à la FCTC – n'a pas d'activités reconnues de normalisation. Selon l'Organe d'appel, un instrument qui ne satisfait pas à ces deux prescriptions clés ne constitue pas une "norme internationale pertinente". Le mandat de la Conférence des Parties à la FCTC n'inclut pas l'élaboration de nouvelles normes, par comparaison avec d'autres organisations internationales à vocation normative, comme le CODEX ou l'ISO. En fait, les différences d'objectifs, de rôle et de fonctionnement de ces différentes entités sont si importantes qu'il est presque impossible de les comparer avec la FCTC. Rien dans ses articles 23, 24 et 25 concernant la Conférence des Parties et son Secrétariat ne laisse entendre que la FCTC a établi une organisation dotée de la capacité d'agir en tant qu'organisation normative pour les mesures de lutte antitabac. En fait, nulle part dans la FCTC les rédacteurs n'envisagent l'élaboration de normes relatives aux produits du tabac. Ainsi, selon les termes de la FCTC, la Conférence des Parties ne prend pas part à des activités de normalisation. De même, dans le contexte de l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.9 de l'Accord OTC au sujet de l'interdiction imposée par les États-Unis sur les cigarettes aux clous de girofle, qui était fondée sur les Directives partielles pour l'application des articles 9 et 10 de la Conférence des Parties, le Groupe spécial a constaté que "la première condition énoncée à l'article 2.9 de l'Accord OTC pour l'application des obligations qui y figur[aient] [à savoir l'absence d'une norme internationale pertinente] [était] remplie".

IV. LES ÉLÉMENTS DE PREUVE POSITIFS PRÉSENTÉS PAR LE HONDURAS CONFIRMENT QUE LES MESURES CONCERNANT L'EMBALLAGE NEUTRE N'ONT PAS APPORTÉ DE CONTRIBUTION À LA RÉDUCTION DU TABAGISME ET NE SERONT PAS APTES À LE FAIRE À L'AVENIR

71. Comme l'Organe d'appel l'a indiqué dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, une démonstration de la contribution d'une mesure peut se faire par le recours à des éléments de preuve ou des données, concernant le passé ou le présent, qui établissent que la mesure en cause

apporte une contribution importante à la protection de la santé publique. L'Australie n'a pas présenté d'éléments de preuve de ce type. En revanche, les éléments de preuve présentés par le Honduras et les autres plaignants démontrent que les mesures n'ont pas contribué à modifier le comportement tabagique. Assurément, l'Organe d'appel a également dit qu'il ne s'agissait pas du seul type de démonstration qui pouvait établir une telle contribution, laissant entendre que des mesures (environnementales) données pouvaient mettre un certain temps à produire leurs effets. En conséquence, un groupe spécial pourrait aussi conclure qu'une mesure est "nécessaire" sur la base d'une démonstration indiquant qu'elle est "à même" d'apporter une contribution importante à la réalisation de son objectif. Selon l'Organe d'appel, cette démonstration pourrait consister en des "projections quantitatives pour l'avenir, ou en un raisonnement qualitatif fondé sur un ensemble d'hypothèses qui sont vérifiées et étayées par des éléments de preuve suffisants. Il n'est pas suffisant de formuler des suppositions.

72. Le Honduras présente des analyses tant quantitatives que qualitatives qui reposent sur des méthodes fondées scientifiquement sous forme: i) de données sur le marché et sur les ventes postérieures à la mise en œuvre et d'éléments de preuve tirés d'études; ii) de recherches en sciences médicales; iii) de recherches en sciences sociales; iv) d'une critique de la littérature sur l'emballage neutre invoquée par l'Australie; v) d'une critique de l'absence d'éléments de preuve concernant les cigares; et vi) de données sur le commerce illicite.

73. Comme il est examiné ci-après, le professeur Klick a réalisé une étude longitudinale unique concernant le comportement tabagique, avant et après l'introduction de l'emballage neutre en Australie, sur un échantillon représentatif de consommateurs australiens et un groupe contrefactuel de consommateurs en Nouvelle-Zélande. En outre, à la demande du Honduras, le professeur Klick a analysé les enquêtes de suivi élaborées par l'Australie et certains organismes publics, y compris l'enquête nationale de suivi concernant l'emballage neutre du tabac ("NTPPTS") réalisée par le Cancer Council Victoria avec le soutien du gouvernement australien. Il a également examiné les résultats de l'enquête de suivi concernant le tabac réalisée par le Cancer Council New South Wales, qui suit les effets des mesures de lutte antitabac en Nouvelle-Galles du Sud, l'État le plus peuplé d'Australie. Le professeur Klick a examiné des données sur les ventes en gros et au détail, antérieures et postérieures à la mise en œuvre des mesures concernant l'emballage neutre. Toutes les données vont dans le même sens et indiquent que les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie n'ont pas modifié le comportement tabagique ni conduit à une réduction du tabagisme de la manière prévue. En outre, le Honduras et les autres plaignants présentent une analyse qualitative des éléments de preuve scientifiques et médicaux montrant que les marques (et l'emballage) ne comptent pas parmi les déterminants du comportement tabagique et qu'une interdiction ou une restriction à leur égard ne contribuera donc pas à l'objectif de l'Australie de réduire la prévalence du tabagisme. Une analyse quantitative des effets de distorsion de la concurrence découlant des mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie étaye en outre la conclusion que les mesures ne sont pas à même de contribuer à la réduction du tabagisme.

A. LES ANALYSES DE L'ENQUÊTE DE SUIVI CORROBORÉE PAR LES DONNÉES SUR LES VENTES EN GROS ET AU DÉTAIL CONFIRMENT L'ABSENCE DE CONTRIBUTION DES MESURES CONCERNANT L'EMBALLAGE NEUTRE

74. Le Honduras estime que les meilleurs éléments de preuve disponibles concernant le point de savoir si les mesures concernant l'emballage neutre contribuent à leur objectif déclaré de ramener la prévalence du tabagisme à 10% d'ici 2018 sont constitués par les données du monde réel postérieures à la mise en œuvre des mesures en 2012. Le professeur Klick constate, par le biais de ses analyses, que les données issues d'un ensemble de sources multiples et variées fournissent des éléments de preuve convergents montrant que l'emballage neutre n'a pas réalisé l'objectif de l'Australie de réduire le tabagisme.

1. L'enquête longitudinale/analyse de marché comparant l'Australie et la Nouvelle-Zélande avant et après l'introduction de l'emballage neutre montre qu'il n'y a pas eu d'effet sur le comportement tabagique

75. Le professeur Klick a réalisé une étude longitudinale unique concernant le comportement tabagique, avant et après l'introduction de l'emballage neutre en Australie, sur un échantillon représentatif de consommateurs australiens et un groupe contrefactuel de consommateurs en Nouvelle-Zélande. L'étude était fondée sur les données d'enquête collectées par Roy Morgan Research, une société de conseil qui réalise également des enquêtes pour le gouvernement

australien, et concernait un échantillon important et représentatif de consommateurs en Australie et en Nouvelle-Zélande, qui ont été suivis pendant six phases. Les résultats de cette enquête sont analysés dans le rapport sur l'enquête/le marché du professeur Klick. L'étude a montré qu'au cours des 16 premiers mois durant lesquels elles ont été appliquées, les mesures concernant l'emballage neutre n'ont eu aucune incidence sur le comportement tabagique des consommateurs. Cette étude est le seul ensemble de données longitudinales disponible qui a mis à l'épreuve l'incidence effective des mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie en comparant le comportement tabagique en Australie et dans un pays de comparaison pertinent – la Nouvelle-Zélande – pendant les périodes qui ont immédiatement précédé et suivi la mise en œuvre de l'emballage neutre en Australie. La Nouvelle-Zélande constitue un groupe témoin optimal en raison de sa grande similitude avec l'Australie pour ce qui est des paramètres du tabagisme, du cadre réglementaire et de la saisonnalité. L'étude du professeur Klick confirme que l'emballage neutre n'a pas contribué à réduire le tabagisme en Australie. Les constatations qu'il formule, à partir des réponses données dans l'enquête, sont étayées par son analyse des données de l'industrie sur les expéditions aux grossistes (techniquement désignées par les "données de ventes de l'industrie" (EOS)) et des données sur les ventes au détail collectées par des sociétés bien établies comme Nielsen et Aztec, en Australie et en Nouvelle-Zélande. Les données de l'enquête, les données sur les ventes en gros ainsi que celles sur les ventes au détail disent toutes la même chose: rien n'indique que le tabagisme ait diminué du fait de l'emballage neutre en Australie car la Nouvelle-Zélande a enregistré des diminutions du tabagisme identiques, voire plus fortes. Sur la base des données de l'enquête et des données observées concernant les ventes, aucun élément de preuve n'indique que l'emballage neutre fait baisser le tabagisme.

76. Dans son rapport présenté à titre de réfutation et son rapport présenté à titre de réfutation complémentaire, le professeur Klick réfute la critique que l'Australie a formulée à l'encontre de son étude longitudinale unique. En particulier, il montre que les résultats du rapport sur l'enquête/le marché n'ont pas été entachés par l'absence de comparaison avec une période antérieure appropriée, et que la Nouvelle-Zélande est une juridiction contrefactuelle appropriée par rapport à l'Australie. Il montre, au moyen de divers contrôles et d'autres choix de modélisation, que la mise en œuvre rapide de l'emballage neutre, en octobre-novembre 2012, n'a pas affecté la période antérieure qu'il avait retenue. En outre, il confirme que les consommateurs en Nouvelle-Zélande constituent un groupe témoin approprié en raison de la grande similitude entre ce pays et l'Australie et, en particulier, de la forte corrélation entre les taux de tabagisme des deux pays. Le professeur Klick neutralise une éventuelle modification fiscale dans les deux juridictions en neutralisant les prix. Après tout, si les taxes ont un effet sur la consommation, ce sera par le jeu des effets sur les prix. En neutralisant les évolutions de prix dans les deux pays, le professeur Klick élimine le risque que les résultats soient affectés par les modifications fiscales introduites en Nouvelle-Zélande peu de temps après la mise en œuvre de l'emballage neutre en Australie. Il applique également la technique de la variable instrumentale pour veiller à ce que son analyse des données sur le marché de gros et de détail ne soit pas compromise par la question de l'endogénéité des prix. Il répond donc à toutes les critiques formulées par l'Australie et ses experts à l'égard de son analyse de l'enquête/du marché. Il actualise son analyse des données sur les ventes au détail et des données EOS jusqu'en septembre 2015, et conclut que ses constatations restent valables. Il conclut que, même en tenant compte des points soulevés par les experts de l'Australie, l'analyse des données actualisées sur les ventes confirme les conclusions suivantes qui avaient été formulées dans son rapport initial: "Les données actualisées sur les ventes en gros et sur les ventes au détail vont dans le même sens et confirment, une fois de plus, les constatations établies à partir des données de l'enquête longitudinale de Roy Morgan qui sont présentées dans mon rapport initial, à savoir que l'emballage neutre n'a pas fait avancer la réalisation des objectifs de santé publique qui avaient motivé son adoption ... Les faits sont clairs. Il n'est pas exact de dire qu'il y a moins de fumeurs ou que les gens fument moins du fait des mesures concernant l'emballage neutre."

2. La propre enquête nationale de suivi concernant l'emballage neutre du tabac de l'Australie témoigne de l'absence d'effet des mesures pour réduire le tabagisme

77. Dans son rapport présenté à titre de réfutation complémentaire, le professeur Klick examine également des données tirées de l'enquête nationale de suivi de l'Australie, la NTPPTS. Financée par le Département australien de la santé, la NTPPTS a été réalisée par le Centre for Behavioral Research in Cancer à la demande du Cancer Council Victoria ("CCV") pour évaluer les effets de l'emballage neutre en Australie. L'enquête a nécessité de réaliser un sondage de référence, transversal et continu, consistant en une centaine d'entretiens par semaine, 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. La NTPPTS n'est pas, par nature, longitudinale. Cela signifie que l'enquête ne suit pas le même groupe de personnes sur une période donnée. Suivant l'approche "transversale" de la NTPPTS, différentes personnes sont interrogées dans le cadre d'une série d'enquêtes menées dans le temps. Premièrement, lorsqu'il examine le statut tabagique dans ses analyses, le professeur Klick ne constate aucune incidence statistiquement significative de l'emballage neutre sur la réduction de la proportion de fumeurs, et ces constatations restent valables lorsqu'il fait varier son modèle de plusieurs façons. Deuxièmement, lorsqu'il examine la consommation de tabac, il constate que l'emballage neutre n'a eu aucun effet sur la réduction du nombre de cigarettes fumées quotidiennement, en prenant en considération des variables et des analyses analogues à celles mentionnées pour le statut tabagique. L'emballage neutre n'a pas fait baisser le nombre de cigarettes fumées chaque jour par les fumeurs quotidiens, ou par tous les fumeurs, ni même lorsque le sevrage/la récurrence ont été pris en compte (en incluant les réponses de ceux qui déclarent fumer actuellement 0 cigarette par jour). Le professeur Klick constate donc qu'"aucun indicateur du tabagisme n'enregistre de réduction statistiquement significative". Ses conclusions antérieures concernant l'emballage neutre sont confirmées par l'ensemble des données de la propre NTPPTS de l'Australie, à savoir que les mesures n'ont pas eu pour effet de réduire le tabagisme ou de modifier le comportement tabagique comme l'Australie le prévoyait.

78. Les données de la NTPPTS ne couvrent que les fumeurs actuels et sont donc incomplètes. En conséquence, le professeur Klick a analysé des données relatives à la prévalence tirées de l'enquête sur la santé de la population en Nouvelle-Galles du Sud ("NSW"), reflétant les données sur la prévalence jusqu'en 2014 dans l'État le plus peuplé d'Australie. Il analyse cet ensemble de données car l'Australie elle-même avait indiqué qu'il s'agissait de l'ensemble de données pertinent pour évaluer les modifications de la prévalence du tabagisme en Nouvelle-Galles du Sud. La même conclusion est formulée sur la base de cet ensemble de données, à savoir que l'emballage neutre n'a pas été efficace pour réduire le tabagisme.

79. Le professeur Klick, dans son rapport présenté à titre de réfutation complémentaire, démontre également que toute allégation, fondée sur les données de la NTPPTS concernant les trois "mécanismes spécifiques" autres que comportementaux de l'Australie, selon laquelle l'emballage neutre produit les effets visés n'est pas étayée par des éléments de preuve. Il examine les études pertinentes publiées dans l'édition spéciale de la revue "Tobacco Control" consacrée aux résultats de la NTPPTS, et montre que les résultats favorables sont largement établis par des auteurs qui "sélectionnent" les questions et les données servant leur objectif. L'analyse qu'a effectuée le professeur Klick de l'ensemble des données concernant ces "mécanismes" montre que celles-ci n'étaient pas les conclusions positives, même en ce qui concerne l'incidence de l'emballage neutre sur les "mécanismes". Pour illustrer que les auteurs ont sélectionné les résultats qui avaient leur préférence, le professeur Klick met en avant d'autres questions étroitement liées pour chacun des trois mécanismes de l'Australie afin de montrer que ces données d'enquête vont dans de multiples directions et ne fournissent pas de base claire pour que les auteurs de l'étude tirent leurs conclusions catégoriques selon lesquelles les mesures concernant l'emballage neutre fonctionnent. Il constate que "les données et les indicateurs vont dans de multiples directions sans étayer une quelconque conclusion positive selon laquelle l'emballage neutre contribue systématiquement à modifier de façon significative les perceptions ou les intentions des fumeurs ou de ceux qui ont récemment arrêté de fumer". Il convient de noter que les conclusions du professeur Klick – selon lesquelles il n'y a pas de changement dans les paramètres comportementaux – sont aussi confirmées par Scollo *et al.*, dans l'une des études australiennes postérieures à la mise en œuvre fondée sur les données de la NTPPTS. Il s'agit de la seule étude dans laquelle même les données sur la consommation effective sont analysées. Il est intéressant – et révélateur – que l'Australie ne cite jamais cette étude dans sa première communication écrite. Les auteurs de ce document concluent ce qui suit en ce qui concerne l'incidence de l'emballage neutre en Australie: "Chez les fumeurs de cigarettes quotidiens, il n'y a pas eu de changement dans la consommation entre la période préalable à l'emballage neutre et la phase de transition ou la première année de mise en œuvre de l'emballage neutre ... En outre, il n'y a pas eu de changement détecté lors de l'analyse de la consommation quotidienne moyenne chez les fumeurs réguliers ... La consommation quotidienne moyenne n'a pas non plus été modifiée entre la période préalable à l'emballage neutre et les deux phases ultérieures chez les fumeurs actuels ... De plus, la consommation n'a pas été modifiée entre la période préalable à l'emballage neutre et les deux phases ultérieures chez les fumeurs actuels optant pour des marques sur un

segment quelconque du marché". Ainsi, l'étude de Scollo *et al.* confirme que l'emballage neutre n'a pas affecté la consommation effective de tabac.

3. L'enquête de suivi concernant le tabac réalisée dans l'État le plus peuplé d'Australie confirme que l'emballage neutre n'a pas entraîné une baisse du tabagisme ni modifié le comportement tabagique

80. L'Institut du cancer de la Nouvelle-Galles du Sud a réalisé une enquête de suivi concernant le tabac, continue et transversale, – la Cancer Institute Tobacco Tracking Survey ("CITTS") – sur un échantillon représentatif de la population dans l'État le plus peuplé d'Australie depuis 2006. Cette enquête collecte des données pertinentes sur les comportements tabagiques effectifs ainsi que d'autres données moins pertinentes sur des indicateurs relatifs aux intentions et aux perceptions. Le deuxième rapport présenté à titre de réfutation complémentaire du professeur Klick fournit une analyse des données de la CITTS. Les conclusions qu'il formule sont les mêmes que celles qu'il a pu tirer lorsqu'il a analysé la NTPPTS réalisée à l'échelle de l'Australie: les données ne montrent pas de diminution du tabagisme ni de progression du sevrage depuis l'introduction de l'emballage neutre. En ce qui concerne les données directes sur le comportement tabagique effectif, il a analysé le statut tabagique et les niveaux de consommation du tabac des participants à l'enquête. Ses analyses, lorsque les variables pertinentes sont prises en compte, et en retenant octobre 2012 ou décembre 2012 comme date de mise en œuvre, démontrent que les données n'étaient pas la conclusion selon laquelle l'emballage neutre a entraîné une diminution du tabagisme effectif. En outre, le professeur Klick a constaté que les indicateurs autres que comportementaux relatifs aux intentions et aux perceptions vont dans de multiples directions. Il constate qu'"[u]ne analyse neutre et objective implique de reconnaître qu'un certain nombre de ces paramètres subjectifs vont dans un sens ou dans l'autre, et qu'aucun ne constitue un élément de preuve crédible indiquant une diminution du comportement tabagique effectif en tout état de cause".

4. La critique de l'Australie à l'égard des conclusions du professeur Klick sur le tabagisme est dénuée de fondement

81. Le professeur Klick répond aux critiques formulées par les experts de l'Australie à l'égard de plusieurs aspects des analyses auxquelles il a procédé, y compris ses analyses des données sur la prévalence tirées de l'enquête sur la santé de la population en Nouvelle-Galles du Sud ainsi que des données de la NTPPTS et de la CITTS. Il montre que les critiques de l'Australie sont totalement injustifiées et dénuées de fondement du point de vue de la pratique et de l'évaluation économétriques, et qu'elles sont souvent en contradiction avec des remarques d'experts australiens dans la procédure. Par exemple, l'Australie affirme que l'analyse des données d'enquête qu'il a effectuée, y compris de la propre NTPPTS de l'Australie et de la CITTS, ne permet pas de tirer des conclusions concernant la prévalence du tabagisme parce que ces ensembles de données ne reflètent pas les données relatives aux jeunes fumeurs de moins de 18 ans. Le professeur Klick est évidemment bien conscient de cette limitation. C'est pourquoi il analyse également l'enquête sur la santé de la population en Nouvelle-Galles du Sud qui reflète effectivement, comme l'Australie elle-même le reconnaît, des données sur la prévalence englobant aussi les jeunes fumeurs. En outre, les données sur les ventes effectives qu'il a examinées pour corroborer ses conclusions ne font pas non plus de distinctions sur la base de l'âge des consommateurs, et peuvent donc être considérées comme rendant compte avec exactitude des effets des mesures sur l'initiation et le sevrage. Le professeur Klick trouve également des éléments à l'appui de ses conclusions dans un autre ensemble de données sur lequel l'Australie et les plaignants se sont appuyés, la Roy Morgan Single Source Survey ("RMSS"), qui fournit des données d'enquête individuelles sur le statut tabagique (fumeur/non-fumeur) entre janvier 2000 et juin 2015. Il constate que la conclusion fondée sur les données de la RMSS est compatible avec celles formulées à partir de tous les autres ensembles de données disponibles, y compris l'enquête sur la santé de la population en Nouvelle-Galles du Sud. De fait, rien ne prouve que l'emballage neutre a systématiquement conduit à de meilleurs résultats en matière de tabagisme.

82. Enfin, comme le souligne le professeur Klick, il est déconcertant de voir que l'Australie tente en fait de minimiser les résultats comportementaux qui ressortent clairement de la NTPPTS, qu'elle a elle-même élaborée, simplement parce que les résultats ne servent pas l'argumentation. En outre, l'Australie a réalisé une enquête de suivi concernant l'emballage neutre analogue pour les jeunes, connue sous le nom de "School-Based Surveys", mais a refusé d'en communiquer les résultats aux fins de l'analyse par le Groupe spécial et les plaignants en l'espèce. La plainte de

l'Australie, selon laquelle les plaignants n'ont pas présenté d'éléments de preuve relatifs à l'effet des mesures concernant l'emballage neutre sur l'initiation et la prévalence, est donc non seulement incorrecte, comme il est dit plus haut, mais elle est également fallacieuse et intéressée puisque l'Australie a refusé que ces éléments de preuve, qu'elle était la seule à posséder, soient mis à disposition aux fins de l'analyse. Cela en dit long sur la faiblesse de son argumentation.

83. Les analyses figurant dans tous les rapports du professeur Klick indiquent clairement que rien ne prouve que l'emballage neutre a effectivement conduit à de meilleurs résultats en matière de tabagisme. L'Australie ne tient pas compte du fait que cette conclusion est étonnamment robuste pour une grande variété de sources de données et avec diverses hypothèses de modélisation. Les données d'enquête et les données actualisées sur les ventes en gros et au détail allant jusqu'à octobre 2015 corroborent le fait que rien ne prouve que l'emballage neutre a entraîné une diminution du tabagisme.

5. Conclusion

84. En conclusion, après trois ans, les mesures concernant l'emballage neutre n'ont eu aucun effet positif pour modifier les comportements tabagiques et réduire le tabagisme. Les analyses du professeur Klick résistent à toutes les critiques dont elles ont fait l'objet, et la conclusion formulée à partir des données de l'unique enquête longitudinale et des données d'enquête collectées par l'Australie et certains de ses États, qui sont aussi corroborées par des données sur le marché de détail et de gros, reste robuste avec différents choix de modélisation. Le professeur Klick conclut ce qui suit: "[M]es analyses de toutes les données disponibles confirment que le comportement tabagique effectif en Australie n'a pas diminué après l'introduction de l'emballage neutre. Cette conclusion est la même, que ces paramètres résultent du statut tabagique autodéclaré dans les enquêtes, des données sur la prévalence en Nouvelle-Galles du Sud ou des données sur le marché. En outre, les données d'enquête de la NTPPTS relatives aux perceptions et aux intentions des fumeurs n'indiquent pas d'amélioration systématique, du point de vue de la politique générale en matière de santé publique, après l'entrée en vigueur de l'emballage neutre. Par conséquent, comme il est montré dans tous mes rapports antérieurs, les données provenant de sources nombreuses et diverses fournissent des éléments de preuve concordants qui indiquent que l'emballage neutre n'a pas réalisé l'objectif de l'Australie de réduire le tabagisme et de modifier les comportements."

B. LES ANALYSES D'EXPERTS FONDÉES SUR LES DÉTERMINANTS CONNUS DU TABAGISME CONFIRMENT QUE L'EMBALLAGE NEUTRE N'EST PAS À MÊME DE CONTRIBUER À SA RÉDUCTION DU TABAGISME CAR LE COMPORTEMENT TABAGIQUE N'EST PAS DÉTERMINÉ PAR L'EMBALLAGE ET LES MARQUES

85. Outre les données de fait sur les trois premières années d'application des mesures concernant l'emballage neutre, telles qu'elles ont été analysées dans les rapports du professeur Klick, le Honduras présente également des analyses d'experts en sciences médicales, portant sur l'initiation au tabagisme, le sevrage et la récurrence, qui confirment que les marques et l'emballage ne sont pas des déterminants du tabagisme. Ces éléments de preuve qualitatifs relatifs aux déterminants du tabagisme démontrent que les mesures concernant l'emballage neutre, qui traitent les marques et l'emballage, ne sont pas aptes à contribuer de manière significative à la réduction du tabagisme parce qu'elles n'examinent pas ces déterminants.

86. Pour ce qui est de l'initiation, le professeur Steinberg se penche sur les théories scientifiques relatives au comportement adolescent et les applique aux mesures concernant l'emballage neutre. Il examine les facteurs clés qui incitent les jeunes à commencer à fumer – une forme de comportement à risque. Il fait remarquer que ces facteurs, qui diffèrent de ceux qui déterminent les processus de prise de décision chez les adultes, incluent des caractéristiques psychologiques, des influences interpersonnelles et le contexte communautaire (y compris le prix et la disponibilité des produits du tabac). À son avis, l'emballage neutre ne peut pas avoir d'incidence sur les causes importantes qui poussent les jeunes à commencer à fumer et, par conséquent, ne peut pas avoir d'incidence sur l'objectif de réduire le tabagisme au sein de cette catégorie de la population. L'Australie et ses experts ne contestent pas la nature complexe des déterminants de l'initiation. Cependant, l'Australie tente de faire entrer de force l'emballage des produits dans cette liste en faisant vaguement référence à des modèles "globaux" concernant les déterminants de l'initiation. Cela ne se justifie pas et est incompatible avec la liste des déterminants bien établis du comportement tabagique, qui n'inclut pas les marques ni l'emballage.

Dans ce contexte, le Honduras fait observer que les risques et les effets nocifs de la consommation de tabac sont bien connus en Australie, des adultes comme des jeunes. L'Australie semble en convenir. Le professeur Steinberg note que les jeunes ont bien conscience des risques du tabagisme, et que les mesures visant à accroître la sensibilisation et les connaissances ne sont pas nécessaires et sont donc inefficaces en l'absence d'un déficit d'information à combler.

87. Pour ce qui est des comportements en matière de sevrage et de récurrence, le docteur Satel présente ses vues sur les déterminants complexes, y compris "les facteurs pharmacologiques, psychologiques, sociaux et environnementaux", ce que l'Australie ne conteste pas non plus. Elle constate que le sevrage et la prévention de la récurrence sont favorisés par la motivation et la volonté, et par un environnement social et une efficacité personnelle favorables, mais ne trouve aucun élément de preuve crédible attestant d'une incidence des marques, des logos ou de l'emballage sur les comportements tabagiques. En outre, elle montre qu'une cigarette ou qu'un paquet de cigarettes constitue en soi un stimulus conditionné pouvant provoquer une envie irrésistible de fumer, que ces produits soient vendus dans un emballage de marque ou dans un emballage neutre. Son point de vue est également étayé par le rapport d'expert du professeur Fischer. En particulier, le professeur Fischer explique qu'"[un] ensemble de facteurs entremêlés interagissent de façon dynamique en vue de favoriser ou bien de compromettre le renoncement au tabac ou le sevrage à un moment donné ... L'emballage de marque du tabac, dont on suppose qu'il constitue un stimulus associé à l'envie de fumer qui décourage les tentatives d'abandon, favorise la récurrence et compromet le sevrage, n'a jamais été associé, dans les recherches sur le comportement tabagique, à l'un ou l'autre de ces résultats". L'emballage neutre n'est pas apte à améliorer le sevrage ou à prévenir la récurrence.

88. Cette inaptitude des mesures concernant l'emballage neutre est confirmée par des experts en marketing, comme le professeur Steenkamp et le professeur Winer. Ces deux experts concluent que l'emballage, en tant que l'une des dimensions "P" dans le marketing-mix, celle qui concerne le "produit", n'oriente pas, ni ne fait progresser, la demande agrégée du produit sur un marché mature et en déclin. Des instruments publicitaires spécialisés sont largement inefficaces pour augmenter les ventes concernant la demande primaire ou secondaire. Le corollaire nécessaire est que, si le pouvoir de stimulation de la demande des supports publicitaires spécialisés est déjà si faible, l'effet d'un instrument non spécialisé, comme l'emballage de marque, devrait être plus faible encore. Les données sur les ventes et les données d'enquête examinées plus haut confirment l'opinion de ces experts en marketing selon laquelle, sur un marché australien fortement réglementé où la publicité est déjà interdite, l'emballage et les marques n'affectent pas la demande agrégée.

C. UNE ANALYSE DES SCIENCES COMPORTEMENTALES INVOQUÉES PAR L'AUSTRALIE ET SES EXPERTS CONFIRME QUE CES THÉORIES FONDÉES SUR L'INTENTION SONT D'UNE PERTINENCE LIMITÉE, SONT CONTREDITES PAR LES FAITS ET N'ONT PAS ÉTÉ CORRECTEMENT ÉPROUVÉES DANS LES ÉTUDES FAITES À CE JOUR

89. Devant l'ampleur des éléments de preuve indiquant que les mesures concernant l'emballage neutre n'ont strictement aucun effet positif, l'Australie a adopté la position selon laquelle l'emballage neutre fonctionnera selon un enchaînement de causalité qui produira son effet "dans le temps", c'est-à-dire dans une génération voire plus. Selon la théorie comportementale sur laquelle elle s'appuie, les mesures réduiront l'attrait des produits du tabac, augmenteront la visibilité des mises en garde sanitaires explicites et les perceptions quant à la nocivité du tabagisme, dans un premier temps, ce qui, dans un second temps, entraînera une modification des comportements visant à réduire le tabagisme. Le Honduras conteste le fait que l'Australie invoque des théories comportementales pour justifier ses mesures à la lumière des données de fait versées au dossier montrant que, trois ans après leur mise en œuvre, les mesures n'ont pas modifié le comportement tabagique de la manière prévue. Il est absurde de former des conjectures au sujet des effets d'une mesure sur la base de théories relatives à la façon dont les consommateurs réagiront alors qu'il existe des données effectives. Cela n'a assurément aucun sens de mentionner une théorie pour justifier des mesures, alors qu'en réalité les faits prouvent que la théorie est incorrecte ou révèle qu'elle a été mal appliquée ou mal interprétée. Or c'est exactement ce que l'Australie fait. De plus, le Honduras signale que les analyses effectuées par le Directeur général de la santé des États-Unis confirment également qu'il est inapproprié de s'appuyer sur des intentions comportementales au détriment de données empiriques et comportementales. Cela démontre que les théories intentionnelles, à elles seules, ne suffisent pas à fonder des décisions de politique générale.

90. En tout état de cause, l'Australie s'est appuyée de façon inappropriée sur des paramètres fondés sur des intentions et sur l'attrait pour invoquer un argument forcé selon lequel l'emballage neutre aura un jour un effet sur le comportement tabagique, même si cet effet est totalement absent aujourd'hui. Le Honduras, ainsi que la République dominicaine et l'Indonésie, a consulté le professeur Ajzen, un spécialiste des sciences comportementales qui a élaboré la théorie du comportement planifié ("TCP"), à partir de sa théorie précédente, la théorie de l'action raisonnée ("TAR"). Il importe de noter que c'est en grande partie en s'appuyant sur cette TAR et sur des théories connexes que l'Australie a tenté en vain de justifier ses mesures concernant l'emballage neutre.

91. Le professeur Ajzen conclut que l'Australie et ses experts donnent une interprétation viciée du rôle et de la pertinence des théories des sciences comportementales. Il constate également que les chercheurs dans le domaine de la lutte antitabac semblent se méprendre sur des aspects importants des théories qui invalident leurs prévisions quant à l'efficacité des mesures concernant l'emballage neutre pour réduire la consommation du tabac et la prévalence du tabagisme. Il note que l'Australie énonce une chaîne de causalité selon laquelle la mise en œuvre de l'emballage neutre est conçue pour avoir un effet sur trois mécanismes autres que comportementaux qui, à leur tour, sont censés avoir un effet sur le comportement tabagique. Ainsi, au lieu de mener ou d'utiliser des recherches montrant que l'emballage neutre modifie les comportements, l'Australie fait valoir que la recherche démontre que l'emballage neutre aura un effet sur les mécanismes autres que comportementaux, puis tente de s'appuyer sur des théories comportementales pour "pallier le manque d'éléments de preuve" et relier ainsi les mécanismes au comportement en cause. L'Australie met en avant la TAR et l'heuristique d'affect. Cependant, comme le professeur Ajzen l'explique, cette tentative est illégitime et ne satisfait pas aux critères scientifiques de ces théories.

92. Le vice fondamental dans la présentation que l'Australie fait des théories comportementales est qu'elle s'appuie sur des théories pour prouver le lien entre les intentions, les croyances et les attitudes autres que comportementales, et le comportement final. Cette utilisation est inopportune parce que seule une recherche empirique correctement menée peut prouver ou réfuter ce lien. Bien que les théories puissent générer des hypothèses, celles-ci doivent être rigoureusement et empiriquement mises à l'épreuve afin de déterminer leur légitimité. Par ailleurs, le comportement tabagique étant un comportement de dépendance, la recherche montre que dans ce contexte, plus encore que dans d'autres, les intentions ne permettent pas de prévoir effectivement le comportement tabagique. Le professeur Ajzen fait observer qu'"aucune théorie comportementale, y compris les théories de l'action raisonnée et du comportement planifié, ne permet d'établir ou de prouver que des mécanismes autres que comportementaux ont un lien de causalité avec tel ou tel comportement particulier et qu'ils constituent un bon moyen de prévoir ce comportement. Ces affirmations peuvent uniquement être confirmées par des recherches empiriques".

93. Le professeur Ajzen formule la même critique à l'égard de la manière dont l'Australie considère la relation attitude-comportement. Ainsi, l'expert de l'Australie, le professeur Fong, déclare simplement que des recherches "importantes" établissent un lien entre les attitudes et le comportement, mais n'en examine aucune et ne vérifie pas si une relation potentielle entre ces deux notions reste valable s'agissant du comportement tabagique. Le professeur Ajzen indique que l'assertion du professeur Fong "est démentie par les recherches sur la relation entre l'attitude et le comportement qui remontent au moins à 80 ans. Contrairement à l'assertion en question, cet ensemble de recherches anciennes donne à penser que les attitudes des individus à l'égard d'une cible autre que comportementale (à savoir les produits du tabac) ne permettent pas de prévoir leur comportement de manière fiable (à savoir le fait de fumer) en ce qui concerne la cible. Par conséquent, les recherches attitude-comportement nous amèneraient à faire l'hypothèse que, même si elle affecte l'attrait des produits du tabac, il est *peu probable* qu'une modification de l'emballage du tabac modifie le comportement tabagique".

D. UN EXAMEN OBJECTIF DES ÉTUDES SPÉCULATIVES ÉVALUANT LA RÉPONSE DES INDIVIDUS À L'EMBALLAGE NEUTRE MONTRE QUE CES ÉTUDES NE TRAITENT PAS LE COMPORTEMENT PERTINENT ET SONT VICIÉES SUR LE PLAN MÉTHODOLOGIQUE

94. L'Australie s'est systématiquement appuyée sur un certain nombre d'études publiées avant l'adoption des mesures concernant l'emballage neutre pour évaluer les réactions des individus à un éventuel environnement caractérisé par l'emballage neutre. La pertinence de ces

études, le cas échéant, a été dépassée par des données ultérieures sur la réponse effective des consommateurs à l'emballage neutre en Australie qui ont révélé une image totalement différente. En tout état de cause, déjà lors de la publication des études, certains chercheurs dans le domaine de la lutte antitabac eux-mêmes avaient reconnu que les conclusions tirées de ces études concernant la contribution positive de l'emballage neutre pour modifier le comportement tabagique étaient "spéculatives", au mieux. Malgré la pertinence limitée de ces études spéculatives pour le différend, le Honduras présente des éléments de preuve fournis par des experts pour démontrer que ces études, généralement réalisées par le même groupe de chercheurs dans le domaine de la lutte antitabac, ne constituent pas une base solide pour les mesures de l'Australie.

95. À cet égard, le Honduras note que le Groupe spécial a pour tâche de procéder à une évaluation objective de la question, y compris des éléments de preuve quantitatifs, qualitatifs et scientifiques que les parties lui ont présentés. La jurisprudence n'étaye pas l'idée selon laquelle dès lors qu'une mesure est fondée sur un certain nombre d'études révisées par des pairs ne portant pas sur des données concernant son fonctionnement effectif, il est possible de considérer qu'elle est fondée sur des éléments de preuve scientifiques. En l'espèce, les données du monde réel, provenant de l'application des mesures pendant trois ans, démontrent que ces mesures n'ont pas été efficaces et qu'il est peu probable qu'elles le soient un jour. En outre, le Honduras estime que l'Organe d'appel a constaté que des "preuves scientifiques respectables" devaient avoir "la rigueur scientifique et méthodologique nécessaire pour être considéré[es] comme des données scientifiques dignes de foi". L'Organe d'appel a établi le critère de fond suivant: les éléments de preuve ont-ils "la rigueur scientifique et méthodologique nécessaire" pour être considérés comme des données scientifiques dignes de foi, et les données scientifiques justifient-elles la mesure concernée? Il n'est pas satisfait à ce critère par une simple référence au fait que les études spéculant sur l'effet d'une mesure sont révisées par des pairs et publiées dans une revue. En fait, cela empêcherait qu'un groupe spécial examine la nature "scientifique" de certains éléments de preuve puisqu'il lui faudrait simplement admettre les conclusions d'une étude, quelle qu'elle soit, dès lors qu'elle a été révisée par des pairs et qu'elle est publiée. Gardant le critère de fond à l'esprit, le Honduras a consulté quelques experts pour qu'ils examinent les études invoquées par l'Australie.

96. Premièrement, le professeur Inman et ses collègues ont procédé, en toute indépendance, à une "révision [en tant que] pairs" des études publiées précédemment dans des revues consacrées à la santé et à la lutte antitabac. Le projet de révision par les pairs visait à imiter le processus de révision par les pairs présent dans une revue de sciences sociales de haut niveau, et à examiner si les études concernant l'emballage neutre invoquées par l'Australie étaient d'une qualité suffisante pour figurer dans une revue de ce type. Le rapport initial sur le projet de révision par les pairs a conclu qu'aucune des études concernant l'emballage neutre ne serait publiée dans une revue de haut niveau parce qu'elles ne seraient pas retenues à l'issue d'un processus rigoureux de révision par des pairs. Sur la base de leur processus de révision global, les travaux de recherche du professeur Inman concluent que "la littérature sur l'emballage neutre dans son ensemble ne fournit pas d'éléments de preuve convaincants de l'effet de l'emballage neutre sur la demande des produits du tabac". Bien que ses propres experts, comme le professeur Fong, s'appuient sur des travaux de recherche relatifs au comportement des consommateurs pour faire valoir que l'emballage neutre sera efficace, l'Australie critique néanmoins le projet de révision par les pairs parce qu'il applique des critères issus de la recherche au comportement des consommateurs. Dans sa réfutation des critiques formulées par les experts de l'Australie, le professeur Inman conclut que "[ceux-ci] ont en grande partie négligé d'examiner la teneur des arguments présentés" et privilégié des questions mineurs.

97. Deuxièmement, le professeur Kleijnen a effectué une analyse systématique de la qualité de cette littérature au regard de quatre aspects clés de la validité dans le cadre de la recherche en sciences sociales (la validité de la construction, la validité interne, la validité externe et la validité de la conclusion). Il conclut son travail de recherche en indiquant que "pas un seul résultat de l'étude n'a un "risque de biais faible" au regard des quatre aspects de la validité". Les experts de l'Australie ne signalent aucune erreur dans l'évaluation de l'examen systématique des études concernant l'emballage neutre. Ils n'ont pas procédé à un examen méthodique des résultats de l'examen systématique, et les réponses données d'une manière fragmentaire ne modifient pas l'évaluation selon laquelle la base d'éléments de preuve concernant l'incidence 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. Il convient de noter que, dans son propre examen postérieur à la mise en œuvre, l'Australie n'a pas examiné ces études "expérimentales" dans le

contexte de son évaluation de l'incidence des mesures concernant l'emballage neutre sur la santé publique, mais qu'elle les a simplement examinées dans la section introductive présentant le contexte de l'adoption des mesures. Cela confirme le manque de pertinence de ces études préalables à la mise en œuvre.

E. UNE ANALYSE DU PROBLÈME DU COMMERCE ILLICITE DU TABAC EN AUSTRALIE CONFIRME LA PROBABILITÉ QUE L'EMBALLAGE NEUTRE STIMULERA DAVANTAGE LE COMMERCE ILLICITE EN AUSTRALIE

98. Le Honduras met en avant le problème du commerce illicite des produits du tabac comme conséquence de l'emballage neutre. Ses experts, les professeurs Chaudhry, Murray et Zimmerman, ainsi qu'une analyse effectuée par KPMG, révèlent que le commerce illicite est plus problématique dans le contexte de l'emballage neutre en Australie. Comme dans le cas des autres données postérieures à la mise en œuvre, les données actualisées de KPMG sur le commerce illicite confirment qu'il s'est encore aggravé pendant la période où l'emballage neutre a été mis en place.

F. L'AUSTRALIE N'A PRÉSENTÉ AUCUN ÉLÉMENT DE PREUVE CONCERNANT L'EFFET DE L'EMBALLAGE NEUTRE SUR LA CONSOMMATION DES CIGARES

99. L'Australie a adopté les mesures concernant l'emballage neutre en n'ayant presque aucun élément de preuve concernant les cigares. Bien qu'elle se soit appuyée sur certaines études concernant l'efficacité supposée des emballages neutres, celles-ci examinent les effets en ce qui concerne l'emballage des cigarettes et non l'emballage des cigares. Malheureusement, l'absence totale d'éléments de preuve concernant les cigares n'a pas empêché l'Australie d'adopter la *Loi sur l'emballage neutre du tabac* pour tous les produits du tabac. Quelques mois après l'adoption des mesures concernant l'emballage neutre, le gouvernement australien a tenté de produire des éléments de preuve concernant les cigares. Cette tentative a échoué. Comme il est expliqué dans le projet de révision par les pairs, l'étude GfK Bluemoon, élaborée à partir des entretiens de huit fumeurs de cigares, comporte de multiples lacunes méthodologiques qui la décrédibilise totalement. En 2015, des années après l'adoption des mesures concernant l'emballage neutre, l'Australie a de nouveau tenté de générer des éléments de preuve *ex post* en ce qui concerne les effets de l'emballage neutre sur la consommation de cigares. Sa tentative a donné lieu à une étude additionnelle, réalisée par Miller *et al.* (2015). Ces éléments de preuve *ex-post* concernant les cigares présentaient de graves défauts méthodologiques et des tailles d'échantillon limitées. Par exemple, l'entrevue de l'étude est basée sur un échantillon composé de seulement 10 fumeurs réguliers de cigares haut de gamme, et les deux groupes échantillons représentant les fumeurs occasionnels de cigares haut de gamme et de cigarillos haut de gamme comportent 14 participants.

100. Le Honduras, en tant que pays producteur de cigares, est surpris qu'en 2011 l'Australie ait adopté une mesure très restrictive affectant les cigares malgré l'absence d'éléments de preuve permettant d'étayer son application aux cigares. La tentative de l'Australie d'obtenir des éléments de preuve *ex post* est inadéquate par principe et en fait. Aucun pays ne devrait pouvoir adopter *d'emblée* une mesure restrictive pour le commerce et chercher *ensuite* des éléments de preuve à l'appui de cette mesure. En tout état de cause, les deux études *ex post* de l'Australie présentent plusieurs défauts qui les privent de toute valeur probante. Par conséquent, le Honduras réaffirme que l'Australie n'a pas démontré que l'emballage neutre pouvait apporter une quelconque contribution à la réduction de la prévalence de la consommation de cigares.

G. L'AUSTRALIE N'EST PAS CAPABLE DE RÉFUTER LES ÉLÉMENTS DE PREUVE EMPIRIQUES ET THÉORIQUES PRÉSENTÉS PAR LE HONDURAS ET LES AUTRES PLAIGNANTS

101. Confrontée à des éléments de preuve empiriques ne faisant apparaître aucune incidence de ses mesures sur les comportements tabagiques effectifs, l'Australie fait valoir que ces éléments de preuve ne sont pas pertinents parce que les mesures sont censées produire des résultats uniquement "dans le temps" et conjointement avec d'autres mesures. Or cet argument est intéressé et n'est pas étayé par des éléments de preuve. Les études spéculatives invoquées par l'Australie prétendent démontrer que la contribution de l'emballage neutre est positive et immédiate, principalement en termes de perceptions, d'attitudes et d'intentions liées au

comportement tabagique. Les "effets" de l'emballage neutre présentés dans ces études n'ont mis que la courte durée de l'enquête pour se manifester. De même, l'étude des appels reçus par le service australien d'aide par téléphone à la suite de la mise en œuvre des mesures, qui est invoquée par l'Australie, a également suggéré que l'effet des mesures avait été immédiat, ses chercheurs concluant que les mesures de l'Australie étaient "à présent étayées par des éléments de preuve indiquant une incidence immédiate de cette législation". Les experts de la lutte antitabac, consultés par le professeur Pechey dans le cadre de son étude, prévoyaient également une baisse de 1 à 3% des taux de tabagisme dans les deux premières années de la mesure. En dépit de ces prétendus effets immédiats, l'Australie fait à présent valoir que les mesures ne produiront des effets que "dans le temps" et qu'il faudra une génération pour qu'elles aient un effet. Outre le fait qu'elle contredit ainsi son objectif de ramener le tabagisme à 10% d'ici 2018 (et donc pas "dans le temps" pour la génération suivante), l'Australie n'étaye pas cette spéculation par des éléments de preuve qualitatifs ou quantitatifs, comme cela est prescrit.

102. En fait, dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, l'Organe d'appel a fait observer qu'à court terme, il pouvait 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 [étaient] imputables aux autres mesures faisant partie de la même politique globale" et que "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 [pouvaient] ne se manifester qu'après un certain temps – [pouvaient] uniquement être évalués avec le recul". À cet égard, il importe toutefois de rappeler que l'Organe d'appel dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés* a constaté que le Groupe spécial s'était efforcé de vérifier un certain nombre d'hypothèses sur la base des éléments de preuve présentés par les parties et avait constaté qu'elles étaient solides sur le plan de la logique et étayées par des éléments de preuve suffisants. Les considérations temporelles de l'Organe d'appel, qui sont susmentionnées, visaient donc à justifier l'approche essentiellement "qualitative" du Groupe spécial pour examiner la contribution de la mesure, et pas à dispenser les parties de présenter des éléments de preuve ou à leur permettre de ne pas tenir compte des éléments de preuve empiriques effectifs concernant l'incidence d'une mesure en indiquant des théories générales abstraites. Comme nous l'avons noté précédemment, la dernière phrase de ce paragraphe souvent cité indique clairement que la démonstration d'une contribution future probable doit néanmoins être fondée sur des "des projections quantitatives pour l'avenir, ou en un raisonnement qualitatif fondé sur un ensemble d'hypothèses qui sont vérifiées et étayées par des éléments de preuve suffisants".

103. Le fonctionnement effectif des mesures et son incidence effective restent les éléments de preuve privilégiés pour examiner si de tels éléments de preuve existent et si les mesures ont été mises en place pendant une période raisonnable. En fait, dans son rapport technique accompagnant la NTPPTS, couvrant une période allant jusqu'à mai 2014, l'Australie a mentionné cette période de deux ans écoulée en parlant d'incidence "à moyen terme". La nature, la quantité et la qualité des éléments de preuve existant au moment où l'analyse est effectuée déterminent les éléments de preuve sur lesquels le Groupe spécial doit s'appuyer. En l'espèce, des éléments de preuve empiriques fiables et probants démontrant l'absence d'une incidence effective des mesures, trois ans après leur introduction, sont disponibles et ils doivent être privilégiés dans l'analyse.

104. Par ailleurs, il est largement admis, dans le contexte de la lutte antitabac, que les "communications choc" sont connues pour avoir parfois un effet immédiat, à court terme et difficile à maintenir à long terme. En fait, les chercheurs, les experts de la lutte antitabac et la FCTC elle-même reconnaissent ensemble que les communications sur la santé, telles que les mises en garde sanitaires explicites, subissent un "effet d'usure" après des expositions répétées et que leur incidence est la plus grande dans les premiers jours qui suivent leur diffusion dans une juridiction. Cela fait maintenant trois ans que les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie ont été mises en place, et si elles devaient avoir un effet pertinent, le changement dans les comportements serait d'ores et déjà visible. Cependant, aucun élément de preuve n'indique un tel effet. En réalité, des éléments de preuve montrent déjà l'effet d'usure attendu de l'emballage neutre en Australie, ce qui compromet totalement l'allégation de l'Australie selon laquelle les mesures auront une incidence à long terme. De même, les éléments de preuve cités par l'Australie au sujet de l'augmentation du nombre d'appels reçus par le service australien d'aide par téléphone à la suite de la mise en œuvre de l'emballage neutre montrent que l'effet était seulement temporaire et que le nombre d'appels a retrouvé son niveau antérieur à l'introduction de l'emballage neutre en six mois. Par conséquent, rien ne permet de croire que ces mesures, qui

n'ont même pas eu d'effet à court terme sur les comportements tabagiques, auraient un effet à long terme.

105. Enfin, le fait que les mesures concernant l'emballage neutre ne traitent pas les déterminants du tabagisme démontre en outre qu'il n'y a pas de base crédible permettant de penser que les mesures pourront avoir un quelconque effet à long terme. Comme le Honduras l'explique par référence aux articles et rapports scientifiques, et aux rapports d'expert des professeurs Steinberg, Fischer et du docteur Satel, entre autres, le modèle de causalité multiple, réputé déterminer le comportement tabagique, n'inclut pas les marques ou l'emballage comme un motif pour lequel les individus commencent à fumer, continuent ou reprennent après avoir tenté, sans succès, d'y renoncer. Étant donné que les marques et l'emballage ne sont même pas des facteurs, encore moins des facteurs réels et substantiels, d'initiation au tabac et de consommation continue des produits du tabac, rien ne permet de supposer que les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie réduiront le tabagisme à court ou à long terme.

106. En résumé, l'Australie n'a pas présenté de "projections quantitatives", ni élaboré de "raisonnement qualitatif fondé sur un ensemble d'hypothèses qui sont vérifiées et étayées par des éléments de preuve suffisants" à l'appui de son assertion selon laquelle les mesures concernant l'emballage neutre produiront des effets dans le temps. L'Australie demande simplement au Groupe spécial d'accepter l'assertion spéculative selon laquelle "avec le temps" le tabagisme diminuera du fait des mesures. Cependant, la conclusion du Groupe spécial ne devrait pas être fondée sur des spéculations et des conjectures mais sur des éléments de preuve positifs évalués de façon objective. L'Australie a raison de dire qu'avec le temps le tabagisme est censé diminuer, étant donné qu'il a diminué au cours des 40 dernières années. L'existence d'une telle évolution a même été reconnue par l'Australie et ses experts. Par exemple, Gartner *et al.*, dans des travaux de recherche financés par l'Australian National Health and Medical Research Council et publiés dans la revue Tobacco Control, ont prévu que dans un scénario de *statu quo* dans lequel aucune nouvelle mesure antitabac n'était mise en œuvre et dans lequel les taux d'initiation au tabac et de sevrage restaient aux niveaux de 2007 (ce qui, d'après les auteurs, était excessivement pessimiste s'agissant des taux d'initiation au tabac), la prévalence du tabagisme tomberait à 18,3% en 2010 et à 14,1% en 2020. Le fait de ne pas tenir compte de cette évolution préexistante faussera toute estimation des effets des nouvelles mesures de lutte antitabac sur les paramètres du tabagisme. Par conséquent, le fait que la prévalence du tabagisme a baissé ne dit rien de la relation entre la réduction de la prévalence du tabagisme et l'emballage neutre. La question pertinente est de savoir si cette mesure restrictive pour le commerce contribue effectivement, ou est à même de contribuer, à une nouvelle réduction du tabagisme, ou si elle constitue en fait un élément non nécessaire de la série de mesures et donc une entrave injustifiable ou un obstacle non nécessaire au commerce.

107. Sur la base des éléments de preuve présentés au Groupe spécial, il est clair qu'une telle relation de contribution n'existe pas car la tendance à la baisse de l'évolution du tabagisme ne fait que se poursuivre sans que les mesures concernant l'emballage neutre apportent une quelconque contribution additionnelle.

H. L'EXAMEN POSTÉRIEUR À LA MISE EN ŒUVRE DE L'AUSTRALIE NE PRÉSENTE PAS D'ÉLÉMENTS DE PREUVE QUANT À L'EFFICACITÉ DES MESURES CONCERNANT L'EMBALLAGE NEUTRE

108. Plus de trois ans après avoir mis en œuvre les mesures concernant l'emballage neutre, sans s'acquitter de son obligation de procéder à une évaluation de l'incidence préalable à la mise en œuvre, l'Australie a rendu public son examen postérieur à la mise en œuvre (le "PIR") des mesures concernant l'emballage neutre, le 26 février 2016.

109. Le PIR n'examine pas de manière objective les nombreuses sources de données dont l'Australie disposait pour évaluer si l'emballage neutre contribuait à l'objectif de réduire le tabagisme. Le PIR résume, sans examen critique, les études postérieures à la mise en œuvre publiées dès mars 2015. Il n'examine pas de manière objective les constatations énoncées dans ces études à la lumière de l'objectif de l'Australie de réduire le tabagisme. Il ne tient pas compte des renseignements pertinents concernant les effets de l'emballage neutre sur le comportement tabagique, qui ont été divulgués, entre autres, par le biais de la NTPPTS que l'Australie a contribué à élaborer.

110. Le seul élément de preuve "nouveau" concernant l'incidence des mesures sur la santé est constitué par le rapport d'expert de Mme Chipty, une consultante économique qui soutenait déjà l'Australie dans le contexte du présent différend à l'OMC. Il n'est pas crédible qu'une consultante économique, déjà recrutée pour favoriser la réalisation des objectifs du gouvernement australien en matière de litige, puisse fournir une analyse objective de l'efficacité des mesures au Département de la santé de l'Australie. En outre, le rapport d'expert de Mme Chipty pour le PIR est simplement une compilation des sections relatives à la RMSS de ses rapports pour l'OMC. Bien que le gouvernement australien soit tout à fait conscient des multiples façons dont les données de la RMSS ont été interprétées par les experts des plaignants, et des critiques qu'ils ont formulées contre l'approche de Mme Chipty, le PIR opère comme si ce débat n'avait jamais eu lieu. Le Département de la santé relève des pouvoirs publics australiens, et on aurait pu penser qu'il examinerait de façon critique le rapport d'expert de Mme Chipty compte tenu d'un certain nombre d'autres lectures. Il ne l'a pas fait. Il n'a pas non plus cherché à replacer les déclarations de Mme Chipty, fondées sur cet ensemble unique de données, dans le contexte d'autres séries de données étayant des conclusions contraires.

111. En résumé, le Honduras estime que ce PIR attendu de longue date sert uniquement à souligner la faiblesse de la base de preuves de l'Australie concernant l'emballage neutre du tabac, puisqu'il utilise les mêmes tactiques d'évitement que celles employées par l'Australie dans le contexte du présent différend à l'OMC. Le PIR est axé sur la question de savoir si l'emballage neutre réalise les "mécanismes", et non sur celle de savoir s'il réalise l'objectif reconnu de réduction du tabagisme. Malheureusement, il n'y a pas, dans le PIR, de tentative visant à analyser de façon critique les renseignements disponibles de manière à évaluer objectivement l'efficacité de l'emballage neutre. Le PIR avait pour objet d'évaluer "l'efficacité et l'efficacité des mesures concernant l'emballage neutre du tabac pour réaliser leur objectif [à savoir, améliorer la santé publique, en réduisant finalement le tabagisme] afin de déterminer s'il s'agi[ssait] d'un mécanisme réglementaire approprié". Malheureusement, le PIR ne fournit pas une évaluation robuste concernant cette question importante. Au lieu de cela, il évite de traiter cette question directement. Lorsqu'il y a une tentative visant à traiter la question, les conclusions du PIR sont équivoques. Il y est noté à juste titre que les baisses de la prévalence nationale du tabagisme ne peuvent pas être "entièrement imputables à l'emballage neutre étant donné l'éventail des mesures de lutte antitabac en place en Australie". Même la "nouvelle" analyse d'expert faite par Mme Chipty, invoquée par l'Australie, n'est en fait pas spécifique à l'emballage neutre puisque, selon les allégations, elle "montre que les modifications apportées à l'emballage en 2012 (l'emballage neutre combiné à des mises en garde sanitaires explicites) ont contribué à faire baisser la prévalence du tabagisme, même à ce stade précoce de la mise en œuvre". Le Honduras met en doute l'exactitude de la baisse dont Mme Chipty a constaté l'existence, en raison de préoccupations d'ordre méthodologique concernant l'analyse, qui est semblable à celle qui a été présentée par Mme Chipty et réfutée par le Honduras et les autres plaignants, dans le cadre du différend porté devant l'OMC. Néanmoins, même à supposer que ce chiffre soit correct (ce qui n'est pas le cas), la conclusion est que la baisse est imputable aux "modifications apportées à l'emballage", qui combinent l'emballage neutre à des mises en garde sanitaires explicites. Le PIR ne répond pas à la question pertinente de savoir en quoi consiste la contribution du seul emballage neutre à la diminution de la prévalence du tabagisme.

I. CONCLUSION

112. Il existe des données fiables et probantes pour les trois années d'application des mesures australiennes concernant l'emballage neutre du tabac. Elles montrent que les mesures n'ont pas été efficaces. L'analyse des données effectives sur les ventes et la consommation et les données de l'enquête de suivi confirment cette absence de contribution des mesures concernant l'emballage neutre. L'Australie souhaiterait que le Groupe spécial ignore ces faits. Le Honduras estime que rien en droit, ou dans les faits de la présente affaire, ne justifie la suggestion de l'Australie de ne pas tenir compte de ces éléments de preuve et de privilégier des théories spéculatives. L'Australie ne présente pas de données empiriques propres pour montrer que les mesures concernant l'emballage neutre contribuent à réduire la prévalence du tabagisme ou à modifier le comportement tabagique. Elle n'a pas réfuté les éléments de preuve probants présentés par le Honduras et les plaignants, qui ont clairement démontré l'échec des mesures.

113. Les éléments de preuve du Honduras démontrent que les mesures concernant l'emballage neutre n'apportent pas de contribution à l'objectif de l'Australie. L'approche du Honduras fondée sur des éléments de preuve est conforme à la jurisprudence établie de l'OMC et ne compromet pas

la liberté d'un Membre de réglementer pour protéger la santé. Devant l'ampleur de ces éléments de preuve, l'Australie a recouru à l'argument selon lequel il fallait davantage de temps pour que les effets soient visibles. Cependant, cette réponse est inadéquate. Les études invoquées par l'Australie en l'espèce laissent entendre que l'emballage neutre aurait un effet de choc immédiat. Cet effet de choc était censé multiplier les tentatives pour arrêter de fumer et faire baisser l'initiation au tabac. Cela ne s'est clairement pas produit. Compte tenu de cette absence d'effet immédiat, l'Australie fait à présent valoir que l'effet des mesures concernant l'emballage neutre ne se manifesterait que sur le long terme. Non seulement cet argument n'a pas de base factuelle mais il va à l'encontre du bon sens. Un résultat plus probable, compatible avec les déclarations des experts au sujet d'autres politiques de lutte antitabac, est que l'emballage neutre serait le plus efficace (si tant est qu'il le soit) immédiatement après son introduction. Il est donc à prévoir que l'incidence, qui pourrait résulter d'une intervention des pouvoirs publics comme l'emballage neutre, perdrait de son importance avec le temps, en raison de l'exposition répétée des consommateurs aux nouveaux paquets. En fait, comme nous l'avons noté plus haut, des chercheurs observent déjà cet effet d'usure attendu des mesures concernant l'emballage neutre en Australie. Par conséquent, à la lumière des éléments de preuve montrant l'absence d'incidence de l'emballage neutre pour réduire la consommation effective de tabac à ce jour, et compte tenu de cet effet d'usure, l'assertion de l'Australie selon laquelle l'emballage neutre aura des effets sur le comportement tabagique à un moment donné à l'avenir, alors qu'il n'a eu aucun effet pendant les trois premières années de sa mise en place, est totalement spéculative et indéfendable.

114. Pour toutes les raisons exposées plus haut, le Honduras demande au Groupe spécial de constater que les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie sont incompatibles avec les dispositions suivantes de l'Accord sur les ADPIC:

- l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, parce que les mesures concernant l'emballage neutre constituent des prescriptions spéciales qui entravent de manière injustifiable l'usage des marques afférentes au tabac au cours d'opérations commerciales;
- l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC, parce que ces mesures empêchent le titulaire d'une marque afférente au tabac enregistrée de jouir des droits exclusifs qu'elle confère – à savoir le droit d'interdire un usage non autorisé de la marque par des tiers – et parce qu'elles ne sont pas justifiées au regard de l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC;
- l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC, parce que la nature des produits auxquels une marque de fabrique ou de commerce s'appliquera – à savoir, les produits du tabac – constitue un obstacle à l'enregistrement des marques qui ne sont pas intrinsèquement distinctives en Australie;
- l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC, qui incorpore des dispositions de la Convention de Paris, en particulier son 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, dans sa forme d'origine; et son article 10*bis*, parce que: a) les mesures concernant 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; et que b) les mesures concernant l'emballage neutre exigent que les producteurs formulent des "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";
- l'article 24:3 de l'Accord sur les ADPIC, parce que les mesures concernant l'emballage neutre diminuent la protection conférée aux indications géographiques qui existait en Australie immédiatement avant le 1^{er} janvier 1995; et
- l'article 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC, parce que l'Australie ne prévoit pas les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'empêcher l'utilisation qui constitue un acte de concurrence déloyale au sens de l'article 10*bis* 3) iii) de la Convention de Paris, pour ce qui est des indications géographiques.

115. Les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie sont également incompatibles avec l'article 2.2 de l'Accord OTC du fait qu'elles sont plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser l'objectif légitime de l'Australie de réduire la prévalence du tabagisme, compte tenu des risques de non-réalisation.

116. Le Honduras demande 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 en cause conformes à l'Accord sur les ADPIC et à l'Accord OTC.

ANNEXE B-2

RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DES ARGUMENTS DE LA RÉPUBLIQUE DOMINICAINE

I. INTRODUCTION

1. Il y a plus de trois ans, le 1^{er} décembre 2012, l'Australie a mis en œuvre des mesures générales qui visaient à supprimer la différenciation entre les produits du tabac en interdisant tous les éléments distinctifs (y compris ceux des marques et des indications géographiques) sur l'emballage pour la vente au détail du tabac et les produits du tabac eux-mêmes. Elle a allégué que ces éléments incitaient les gens à fumer, et que leur interdiction ferait baisser le tabagisme sur son territoire.

2. Pendant la présente procédure, la République dominicaine et ses experts ont montré que cette hypothèse était fondamentalement viciée. La totalité des éléments de preuve, allant des éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre aux éléments de preuve prédictifs, indiquent que ces mesures concernant l'emballage neutre ne contribuent pas, et ne contribueront pas, à leur objectif de réduire le tabagisme en Australie. Elles visent uniquement à priver les partenaires commerciaux de l'Australie des possibilités de concurrence qui leur sont dues, et compromettent le système de commerce international en faveur duquel l'Australie s'est engagée en tant que Membre de l'OMC.

3. De nombreux pays en développement étaient contre – mais ont finalement accepté – les protections juridiques de la propriété intellectuelle que les nations développées exigeaient dans le cadre des négociations du Cycle d'Uruguay, doutant des avantages que leurs économies pourraient retirer des droits de propriété intellectuelle. Néanmoins, à présent que la République dominicaine est elle-même passée de producteur de feuilles de tabac non transformées à celui de premier producteur et exportateur mondial de cigares de marque haut de gamme, la protection des marques et des indications géographiques revêt désormais une importance considérable pour ses exportations. Cependant, en recourant aux mesures concernant l'emballage neutre, l'Australie abandonne effectivement les règles qu'elle avait exigées avec d'autres nations développées. De par leur conception législative, ces mesures cherchent à retirer leurs fonctions fondamentales aux marques et à supprimer les indications géographiques relatives au tabac, en vidant de leur sens la protection des marques et des indications géographiques prévue dans l'*Accord sur les ADPIC*, sans qu'il y ait de bénéfice pour la santé publique.

4. La République dominicaine appuie totalement le droit d'un Membre de l'OMC de prendre des mesures de santé publique efficaces. Dans la présente procédure, elle a montré que l'Australie pouvait remplacer les mesures inefficaces concernant l'emballage neutre par des mesures de lutte antitabac tant efficaces que compatibles avec ses obligations au titre de l'*Accord sur les ADPIC* et de l'*Accord OTC*.

II. ALLÉGATIONS ET ARGUMENTS JURIDIQUES

A. Allégations juridiques au titre de l'*Accord sur les ADPIC*

1. Les mesures concernant l'emballage neutre sont incompatibles avec l'article 15:4¹

5. L'article 15:4 de l'*Accord sur les ADPIC* dispose que "[l]a 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". Ainsi, dans la mesure où un Membre de l'OMC impose des obstacles ou des entraves à l'enregistrement d'une marque en raison de la qualité essentielle ou de la constitution du produit ou service auquel un signe est associé, il enfreint l'article 15:4.

¹ Voir République dominicaine, première communication écrite, section VI.E; deuxième communication écrite, section III.A; réponse aux questions n° 172 et 195 du Groupe spécial; observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 172 du Groupe spécial.

6. Conformément aux mesures concernant l'emballage neutre, l'utilisation d'un signe, quel qu'il soit, sur les produits du tabac est prohibée ou fortement restreinte. Dans cette situation, un signe non intrinsèquement distinctif concernant les produits du tabac ne peut pas acquérir de caractère distinctif par l'usage, et ne peut donc pas être enregistré comme marque pour les produits du tabac. L'entrave à l'enregistrement de ces signes comme marques en Australie tient à la nature des produits auxquels le signe est associé, à savoir les produits du tabac. Cela est contraire à l'article 15:4.

7. L'Australie affirme à tort que les signes non intrinsèquement distinctifs ne sont pas des "marques" et ne sont donc pas couverts par le champ de l'article 15:4. En fait, l'article 15:1 définit une "marque" comme étant un signe qui doit être "*propre* à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises"², et l'argument de l'Australie donne du terme "propre" une lecture inadmissible qui écarte cette définition. L'article 6*quinquies* B) de la *Convention de Paris* fournit un contexte pertinent, précisant que le mot "marque" englobe les signes qui ne sont pas intrinsèquement distinctifs et qui n'ont pas acquis de caractère distinctif par l'usage.

8. L'Australie fait valoir que, si elle était acceptée, l'interprétation de l'article 15:4 donnée par la République dominicaine exigerait que les Membres garantissent le droit de vendre des produits et d'en faire la publicité sur leur territoire, quelle que soit la nature de ces produits. Cela est incorrect. La République dominicaine a expliqué que les restrictions à la disponibilité, ou au commerce, d'un produit ou service étaient soumises aux disciplines, entre autres, du GATT de 1994 ou de l'AGCS, et non des dispositions relatives aux marques de l'*Accord sur les ADPIC*.

2. Les mesures concernant l'emballage neutre sont incompatibles avec l'article 16:1³

9. L'article 16:1 de l'*Accord sur les ADPIC* exige que les Membres de l'OMC accordent aux titulaires des marques enregistrées: i) le droit exclusif d'empêcher tous les ii) usages non autorisés iii) au cours d'opérations commerciales iv) de signes identiques ou similaires, v) pour des produits ou des services identiques ou similaires à ceux pour lesquels la marque de fabrique ou de commerce est enregistrée, vi) dans les cas où un tel usage entraînerait un risque de confusion.

10. En interdisant ou en restreignant l'usage des marques pour les produits du tabac, les mesures concernant l'emballage neutre affaiblissent, voire suppriment, selon les circonstances, le caractère distinctif de ces marques et leur reconnaissance. Pour les consommateurs, cela rompt le lien entre la marque et le produit pour lequel elle a été enregistrée, de sorte qu'il est presque impossible pour le titulaire d'une marque de démontrer que l'utilisation non autorisée de marques identiques ou similaires sur des produits similaires crée un risque de confusion. Par conséquent, la capacité du titulaire de marques d'exercer les droits exclusifs garantis par l'article 16:1 est amoindrie, voire éliminée, du fait des mesures concernant l'emballage neutre.

11. Dans sa réponse, l'Australie présente de manière erronée l'argument de la République dominicaine comme affirmant que l'article 16:1 impose aux Membres de garantir un "droit de faire usage" des marques.⁴ D'une manière plus générale, la réponse standard de l'Australie aux allégations formulées par la République dominicaine au titre de l'*Accord sur les ADPIC* est que ces allégations sont fondées sur l'affirmation selon laquelle l'*Accord sur les ADPIC* confère un "droit de faire usage" des marques (et des indications géographiques). L'Australie crée ainsi un "argument fictif" qu'elle s'emploie à renverser. La République dominicaine n'a jamais affirmé que l'*Accord sur les ADPIC* conférait un "droit" de faire usage. En fait, comme la plupart des tierces parties, elle croit comprendre que l'"usage" est omniprésent dans les dispositions de l'*Accord sur les ADPIC* relatives à la protection des marques et des indications géographiques. Il n'est pas contesté que la fonction fondamentale d'une marque est de distinguer les produits et services au cours d'opérations commerciales. Lorsqu'elle est remplie, cette fonction fondamentale crée des possibilités de concurrence pour les produits et services, et constitue le but même de la protection

² Pas d'italique dans l'original.

³ Voir République dominicaine, première communication écrite, section VI.F; deuxième communication écrite, section III.B; déclaration finale à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 21; réponse aux questions n° 29, 30, 32, 94, 95, 96 et 172 du Groupe spécial; observations sur la réponse de l'Australie aux questions n° 172 et 185 du Groupe spécial.

⁴ Voir Australie, première communication écrite, paragraphe 315.

internationale des marques. À moins d'être utilisée sur des produits et des services au cours d'opérations commerciales, une marque ne peut tout simplement pas remplir sa fonction fondamentale.

12. En se concentrant à tort sur l'argument relatif au "droit de faire usage", l'Australie n'examine pas sur le fond l'argument effectif de la République dominicaine portant sur l'incapacité de *faire respecter* les droits de marque protégés par l'article 16:1.

3. Les mesures concernant l'emballage neutre sont incompatibles avec l'article 16:3⁵

13. En qualité de tierce partie aux différends DS458 et DS467, la République dominicaine a expliqué que pour qu'une marque acquière et maintienne le statut "notoirement connue" et bénéficie donc des protections additionnelles de l'article 16:3 de l'*Accord sur les ADPIC*, il fallait que les consommateurs la connaissent et la reconnaissent.

14. Les mesures concernant l'emballage neutre sont contraires à l'article 16:3, parce qu'elles i) suppriment les "droits négatifs" qui étaient accordés antérieurement aux marques ayant obtenu le statut de marque notoirement connue (c'est-à-dire, des droits allant au-delà de ceux qui sont conférés par l'article 16:1) avant l'imposition de l'emballage neutre; et ii) empêchent qu'une quelconque autre marque enregistrée relative aux produits du tabac acquière ce statut à l'avenir, empêchant de ce fait l'exercice des droits conférés par l'article 16:3. Ainsi, en raison des mesures concernant l'emballage neutre, les marques ne peuvent pas acquérir ni maintenir le niveau de notoriété critique pour accéder au statut de marque "notoirement connue".

4. Les mesures concernant l'emballage neutre sont incompatibles avec l'article 10bis de la Convention de Paris⁶

15. Les obligations prévues par l'article 10bis de la *Convention de Paris* sont incorporées dans l'*Accord sur les ADPIC* au moyen de l'article 2:1. L'article 10bis 1) établit une obligation générale d'assurer une protection effective contre la concurrence déloyale. L'article 10bis 3), quant à lui, impose aux Membres d'interdire trois types particuliers d'actes privés relevant de la concurrence déloyale, en particulier, dans le cadre de l'article 10bis 3) 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".

16. Les mesures concernant l'emballage neutre exigent que les concurrents présentent les produits du tabac d'une manière uniforme qui empêche la différenciation et qui est conçue pour donner l'impression trompeuse que toutes les marques sont les mêmes et que chacune d'elles est "la moins attrayante" et de "la moins bonne qualité". En réalité, il y a des variations notables dans la qualité et les caractéristiques du tabac utilisé par différentes marques de cigares et de cigarettes, et, pour les cigares en particulier, entre les produits faits à la main et ceux qui sont fabriqués en usine. En fait, la réussite du développement d'une industrie du cigare haut de gamme en République dominicaine repose sur l'existence de ces différences de qualité, reconnues à la fois par les consommateurs et les experts.

17. Par conséquent, les mesures concernant l'emballage neutre imposent des actes privés qui sont susceptibles d'induire les consommateurs en erreur sur la nature, le mode de fabrication et les caractéristiques des produits du tabac, en violation de l'article 10bis 3) 3). Ainsi, au lieu d'empêcher la concurrence déloyale, l'Australie l'impose. La République dominicaine a en outre montré qu'aucune autre mesure australienne ne pouvait être utilisée pour remédier aux actes de concurrence déloyale imposés par la *Loi PP*.

⁵ Voir République dominicaine, première communication écrite, section VI.G, deuxième communication écrite, section III.C; déclaration finale à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 21; réponse à la question n° 31 du Groupe spécial; observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 172 du Groupe spécial.

⁶ Voir République dominicaine, première communication écrite, section VI.I; deuxième communication écrite, section III.E; déclaration finale à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 22; réponse aux questions n° 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22 et 177 du Groupe spécial; observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 185 du Groupe spécial.

18. En réponse aux arguments de l'Australie, la République dominicaine a précisé qu'elle ne soutenait pas que les mesures concernant l'emballage neutre constituaient *elles-mêmes* des "actes" de concurrence déloyale. En fait, elle a expliqué en quoi, du fait des mesures concernant l'emballage neutre, l'Australie prescrivait des *actes privés* relevant de la concurrence déloyale dans la *présentation* des produits du tabac aux consommateurs et n'assurait donc pas une protection effective contre cette concurrence déloyale. La République dominicaine a aussi expliqué que, aux termes de l'article 10*bis* 1) et 3), l'intention de l'acteur commercial n'était pas pertinente pour le point de savoir si son acte entraînait une concurrence déloyale, et il est erroné pour l'Australie d'affirmer le contraire.

19. S'agissant en particulier de l'article 10*bis* 3) 3), et en réponse à l'interprétation étroite que l'Australie donne à tort de l'expression "au cours d'opérations commerciales", la République dominicaine a démontré que cette expression désignait les activités commerciales d'une manière générale, et non une période dont le point culminant était le moment de la vente d'un produit individuel au consommateur.

5. Les mesures concernant l'emballage neutre sont incompatibles avec l'article 22:2 b)⁷

20. L'article 22:2 b) de l'*Accord sur les ADPIC* soumet à discipline les actes de concurrence déloyale, au sens de l'article 10*bis* de la Convention de Paris, pour ce qui est des indications géographiques, et établit une obligation de prévoir les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'empêcher de tels actes. Les actes de concurrence déloyale incluent les actes qui mettent à mal la perception, par le consommateur, de la qualité, de la réputation ou d'autres caractéristiques que l'on attend d'un produit ayant une origine particulière. L'article 22:2 b) couvre l'usage de tout type d'indications, de désignations ou de présentations.

21. Du fait des mesures concernant l'emballage neutre, les producteurs ne peuvent plus indiquer l'origine géographique du produit d'une manière qui associe l'origine aux qualités du produit, ce qui limite l'information aux consommateurs. En outre, la présentation obligatoire des cigares sans indications géographiques contribue à induire les consommateurs en erreur. D'une manière générale, cela amènera les consommateurs à croire à tort que l'origine géographique du produit importe peu pour la qualité ou les caractéristiques des produits.

22. Conformément aux mesures concernant l'emballage neutre, les fabricants de cigares dominicains et cubains haut de gamme, qui respectent les prescriptions locales qui leur sont imposées pour l'utilisation des indications géographiques "*Cigarro Dominicano*" ou "*Habanos*", ont pour seule possibilité, en Australie, d'indiquer que leurs produits ont été fabriqués en République dominicaine ou à Cuba. Il s'agit également de la façon dont *chaque* cigare fabriqué en République dominicaine ou à Cuba est identifié en tant que produit de ces pays, *sans considération de la qualité ou d'autres caractéristiques*. Ainsi, en imposant à tous les producteurs de cigares d'identifier leurs produits en indiquant seulement le pays de fabrication et non les éléments additionnels associés aux indications géographiques, les mesures concernant l'emballage neutre prescrivent l'utilisation d'indications qui sont, entre autres choses, susceptibles d'induire en erreur sur les différentes caractéristiques de produits différents provenant du même pays.

23. En résumé, avec l'usage obligatoire de l'emballage neutre et l'interdiction d'utiliser les indications géographiques, les concurrents sont tenus 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*. À ce titre, en violation de l'article 22:2 b) de l'*Accord sur les ADPIC*, l'Australie ne "prévoit[t] [pas] les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées" d'empêcher l'utilisation de désignations ou de présentations sur l'emballage qui constituent un tel acte de concurrence déloyale.

⁷ Voir République dominicaine, première communication écrite, section VI.J; deuxième communication écrite, section III.F; réponse aux questions n° 44, 45, 47, 49, 50, 54, 87, 174, 177 et 178 du Groupe spécial; observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 175 du Groupe spécial.

6. Les mesures concernant l'emballage neutre sont incompatibles avec l'article 24:3⁸

24. L'article 24:3 de l'*Accord sur les ADPIC* dispose que "[l]orsqu'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*", soit le 1^{er} janvier 1995 dans le cas de l'Australie. Les obligations d'un Membre au titre de l'article 24:3 s'appliquent aux actions qu'il entreprend pour donner effet aux articles 22 à 24 de l'*Accord sur les ADPIC*, ainsi qu'à tous les actes ou omissions par lesquels il n'entreprend pas ces actions, en totalité ou en partie.

25. L'article 24:3 est une disposition relative au statu quo concernant le système de protection des indications géographiques qui existait au moment pertinent, comme les versions espagnole et française le confirment. La note de bas de page 3 de l'*Accord sur les ADPIC* fournit un contexte précisant 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". Ainsi, le système de "protection" pertinent englobe, selon qu'il sera applicable dans un Membre donné avant 1995, l'aptitude des indications à devenir des indications géographiques (à savoir l'acquisition) ainsi qu'à maintenir leur statut d'indications géographiques et à le faire respecter.

26. Pour ces raisons, l'affirmation de l'Australie, selon laquelle l'article 24:3 maintient seulement les *indications géographiques individuelles* et non un système de protection des indications géographiques, est incompatible avec le texte de la disposition et le contexte pertinent. En outre, l'interprétation qu'elle donne aurait l'effet absurde d'avantager les indications géographiques des pays développés, au détriment de celles des pays en développement. Cela tient au fait qu'en 1995 les indications géographiques étaient bien plus utilisées par les pays développés que par les pays en développement. L'intention des rédacteurs ne peut pas avoir été d'établir une telle discrimination à l'égard des indications géographiques des pays en développement.

27. Étant donné qu'elle autorisait l'utilisation des indications géographiques, au sens de l'article 22:1, sur les produits du tabac avant 1995, l'Australie assurait un niveau de protection qui permettait aux indications d'acquérir et de maintenir leur statut d'indications géographiques et en fin de compte de le faire respecter. Cependant, en recourant aux mesures concernant l'emballage neutre, l'Australie a sérieusement diminué cette protection, puisque les parties intéressées ne peuvent plus acquérir, maintenir ou faire respecter leur statut d'indications géographiques comme elles pouvaient le faire auparavant. Les mesures concernant l'emballage neutre sont donc contraires à l'article 24:3.

7. Les mesures concernant l'emballage neutre sont incompatibles avec l'article 20⁹

28. L'article 20 de l'*Accord sur les ADPIC* protège "[l]'usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales" contre des entraves "injustifiable[s]" par des "prescriptions spéciales". En soumettant à discipline l'action des pouvoirs publics qui constituerait une entrave à l'usage d'une marque, l'article 20 reconnaît que l'"usage" est essentiel à la capacité d'une marque de remplir sa fonction fondamentale consistant à distinguer les produits et services dans le commerce du point de vue de leur qualité, de leurs caractéristiques et de leur réputation, et garantit l'objet et le but du traité de protéger les marques.

⁸ Voir République dominicaine, première communication écrite, section VI.K; deuxième communication écrite, section III.G; réponse aux questions n° 43, 44, 48, 51, 113, 179, 180 et 181 du Groupe spécial.

⁹ Voir République dominicaine, première communication écrite, section VI.H; deuxième communication écrite, section III.D; réponses aux questions n° 38, 39, 99, 167 et 169 du Groupe spécial; observations sur les réponses de l'Australie aux questions n° 166 et 170 du Groupe spécial; déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 9 à 11; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 6 à 11.

- a. *L'usage des marques est "entravé par des prescriptions spéciales" imposées au titre des mesures concernant l'emballage neutre*¹⁰

29. L'article 20 s'applique aux mesures qui "entrav[ent] par des prescriptions spéciales" (encumber[] by special requirements). Par "special requirement" (prescription spéciale) on entend une condition prescrite par un gouvernement (the "requirement") (la prescription) qui est "unusual" (inhabituelle) ou "out of the ordinary" (qui sort de l'ordinaire) ("special") (spéciale), soit parce qu'elle: prescrit l'"usage" d'une marque d'une manière qui s'écarte du traitement habituel de la marque; ou s'applique aux marques utilisées en relation avec un produit ou service particulier; soit pour ces deux raisons.¹¹ Les "prescriptions spéciales" réglementent *directement* l'usage de la marque elle-même, et doivent être distinguées des prescriptions qui affectent *incidemment* l'usage des marques par le biais, par exemple, de la réglementation d'un produit ou d'un service portant une marque.¹²

30. Le verbe "encumber" (entraver) signifie "hamper ... burden" (gêner ... charger), "act as a ... restraint" (agir comme ... une limitation), ou "obstruct" (bloquer)¹³, et renvoie à l'*effet* d'une "prescription spéciale" sur "[l']usage d'une marque". Les entraves doivent, par conséquent, avoir pour *effet* de gêner ou de bloquer la capacité de faire usage d'une marque telle qu'elle est enregistrée (ou, si elle ne l'est pas, telle que le titulaire l'utiliserait d'une autre manière). Si une "prescription spéciale" a pour effet d'"entrav[er]" l'usage des marques, elle doit être justifiable.

31. Bien que les parties soient d'accord sur le sens de ces mots, il subsiste des désaccords quant au point de savoir si l'article 20 couvre i) uniquement certaines entraves à l'usage des marques et ii) des "interdictions" visant l'usage.

32. *Premièrement*, l'Australie affirme que l'article 20 s'applique uniquement à certaines entraves à l'usage des marques, à savoir, celles qui empêchent de distinguer la provenance commerciale d'un produit ou service. Selon elle, étant donné que seules les marques dénominatives sont "nécessaires"¹⁴ pour distinguer la provenance commerciale, l'usage des éléments distinctifs des marques en tant que parties des marques figuratives et composées est effectivement exclu de l'article 20. L'Australie soutient qu'il n'est pas nécessaire d'utiliser les éléments distinctifs des marques pour distinguer la provenance commerciale. Contrairement à cette position, il est bien établi, y compris dans le droit australien, que les marques permettent de différencier la provenance commerciale des produits et services selon la qualité, les caractéristiques et la réputation. Les éléments distinctifs d'une marque sont expressément inclus dans la définition d'une marque au sens de l'article 15:1, et sont donc considérés comme faisant littéralement partie de la fonction de différenciation des marques. Aux termes de l'article 20, si des prescriptions spéciales entravent – c'est-à-dire, gênent, empêchent, limitent et bloquent – l'usage d'un quelconque attribut d'une marque, quelle qu'elle soit, l'entrave doit être justifiable. Rien ne permet de considérer que l'article 20 ne s'applique pas aux mesures portant atteinte à l'usage des éléments distinctifs des marques.

33. *Deuxièmement*, l'Australie affirme qu'une mesure est visée par l'article 20 seulement si elle constitue une entrave au regard de la question de savoir "*comment* une marque est utilisée ... et non *si* elle est utilisée".¹⁵ Par conséquent, selon elle, l'article 20 ne s'applique pas aux *interdictions* visant l'usage d'une marque. L'interprétation de l'Australie n'est pas étayée par

¹⁰ Voir République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 347 à 367; deuxième communication écrite, paragraphes 96 à 127; réponse aux questions n° 104, 108 et 172 du Groupe spécial; observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 170 du Groupe spécial; déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 13 à 17; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 12 à 20.

¹¹ OED Online, "requirement, n". (prescription), pièce DR-81; OED Online, "special adj" (spécial), pièce DR-82, "[o]f such a kind as to exceed or excel in some way that which is usual or common; exceptional in character, quality, or degree" (de nature à dépasser ou à surpasser d'une certaine manière ce qui est habituel ou commun; d'un caractère, d'une qualité ou d'un degré exceptionnel).

¹² Voir le rapport du Groupe spécial *Indonésie – Automobiles*, paragraphes 14.273 et 14.278.

¹³ Voir Australie, première communication écrite, paragraphe 347; Cuba, première communication écrite, paragraphe 310; République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 349; Honduras, première communication écrite, paragraphe 283; Indonésie, première communication écrite, paragraphe 272 et Ukraine, première communication écrite, paragraphe 329. Voir aussi OED Online, "encumber, v." (entraver), pièce DR-83.

¹⁴ Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 129 et 130.

¹⁵ Australie, réponse à la question n° 100 du Groupe spécial, paragraphe 48 (italique dans l'original).

l'article 20, qui, une fois encore, traite seulement la question de savoir si "[l']usage d'une marque [est] entravé". Une interdiction entrave clairement l'usage d'une marque. En outre, chacun des exemples donnés dans l'article 20 décrit une entrave qui compromet la "capacité [d'une marque] de distinguer" les produits et services dans le commerce: une interdiction est l'exemple le plus extrême d'atteinte à cette fonction.

34. Lorsqu'on applique l'interprétation juridique appropriée, les mesures concernant l'emballage neutre "entravent" sévèrement trois groupes distincts de marques figurant sur l'emballage et les produits du tabac. En particulier: i) les marques dénominatives doivent apparaître selon un format standard, et sont, dans le cas des bâtonnets de cigarettes, totalement interdites; ii) les composantes dénominatives des marques composées doivent apparaître selon un format standard, et les éléments figuratifs des marques composées sont totalement interdits; et iii) les marques figuratives sont totalement interdites.¹⁶

*b. Les mesures concernant l'emballage neutre entravent l'usage des marques "au cours d'opérations commerciales"*¹⁷

35. Comme il est dit plus haut, le "cours d'opérations commerciales" inclut l'usage des marques dans le cadre de la vente commerciale des produits ainsi que leur utilisation sur l'emballage pour la vente au détail et sur le produit lui-même.

36. L'Australie cherche à limiter le champ d'application de l'article 20 en faisant valoir que, si une marque n'est pas *vue* jusqu'*après* une vente, elle n'est pas "utilisée" au "cours d'opérations commerciales". Selon elle, les interdictions imposées au point de vente en Australie excluent les mesures concernant l'emballage neutre du champ de l'article 20. Son argument est indûment restrictif. Il n'est pas nécessaire que l'emballage pour la vente au détail des biens de consommation soit *vu* sur le présentoir du magasin pour que l'utilisation d'une marque sur l'emballage fasse partie du cours des opérations commerciales. Cela voudrait dire que les achats à distance, dans lesquels les produits ne sont pas *vus* avant d'être achetés, ne font pas partie du cours des opérations commerciales. Les marques sont appliquées à l'emballage pour la vente au détail et aux produits en tant que partie intégrante d'une vente commerciale, et l'utilisation d'une marque sur l'emballage fait habituellement partie du cours des opérations commerciales.

37. Même si le Groupe spécial acceptait l'interprétation viciée donnée par l'Australie, il lui faudrait néanmoins conclure que les mesures concernant l'emballage neutre entravent l'usage "au cours d'opérations commerciales" parce que i) en vertu d'une exception à l'interdiction d'étalage au point de vente, les bureaux de tabac spécialisés dans les États de Victoria et d'Australie-Occidentale ne sont pas soumis à l'interdiction d'étalage; et parce que ii) même lorsque ces interdictions sont appliquées en Australie, le consommateur peut quand même voir et inspecter le produit, et son emballage, *avant* que la transaction ne s'achève.

*c. L'expression "de manière injustifiable" impose un critère à plusieurs facteurs*¹⁸

38. Selon le sens donné dans le dictionnaire, une entrave est "injustifiable" si elle n'est pas rationnelle, raisonnable, appropriée, défendable ou justifiée.¹⁹ Lu à la lumière de son contexte, et de l'objet et du but de l'article 20, le "caractère justifiable" d'une entrave doit être évalué sur la base de cinq facteurs: 1) la nature et l'étendue de l'entrave; 2) l'importance de l'objectif poursuivi; 3) les attributs de marques particulières dont on considère qu'ils sont propres à induire en erreur ou qu'ils incitent par ailleurs les gens à fumer; et 4) le lien entre l'objectif et l'entrave, y

¹⁶ Une marque dénominate est simplement constituée par un mot particulier sans les éléments distinctifs qui font partie de la marque enregistrée; une marque composée – ou combinée – est une combinaison de marques tant dénominatives que figuratives. Les marques composées incluent les marques dénominatives stylisées non accompagnées (par exemple, un nom commercial imprimé avec des caractères particuliers) ainsi que les marques dénominatives stylisées comportant d'autres éléments distinctifs; une marque figurative comprend exclusivement des éléments constitutifs sous forme d'image, y compris les couleurs et les éléments distinctifs et figuratifs.

¹⁷ Voir République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 128 à 141; réponse à la question n° 87 du Groupe spécial; déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 18 à 20.

¹⁸ Voir République dominicaine, première communication écrite, section VI.H; deuxième communication écrite, paragraphes 142 à 153; réponse à la question n° 108 du Groupe spécial.

¹⁹ Voir République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 379.

compris i) le degré selon lequel la mesure contribue à son objectif ainsi que ii) le point de savoir si une mesure de rechange apporterait la même contribution à l'objectif tout en constituant une entrave moins importante.

39. Pour parvenir à cette position, la République dominicaine a pris en considération *les intérêts que l'article 20 vise à protéger* ainsi que son *objectif*.²⁰ L'intérêt particulier qui est *protégé* en vertu de l'article 20 est "[l]'usage des marques", et l'*objectif de la disposition visant à protéger* cet intérêt est de préserver, dans toute la mesure du possible, la capacité d'une marque de remplir sa fonction fondamentale consistant à distinguer les produits ou services, sans qu'il soit porté préjudice à la capacité d'un Membre de réaliser d'autres objectifs légitimes. Cette interprétation reflète l'importance que les rédacteurs ont attribuée à la protection de l'usage d'une marque pour qu'elle puisse remplir sa fonction fondamentale consistant à distinguer les produits sur la base de leurs qualités, de leur réputation et de leurs caractéristiques.

*i. Nature et étendue de l'entrave à l'usage*²¹

40. Sous l'effet de la discipline expresse concernant l'"usage" des marques, un groupe spécial doit déterminer la nature et le degré de l'atteinte à l'usage ainsi que les conséquences pour la capacité de la marque de remplir sa fonction fondamentale. La nature et l'étendue de l'entrave définissent le préjudice porté à l'intérêt protégé par l'Accord (à savoir "[l]'usage d'une marque") qui doit être justifiable au regard de l'article 20. Par exemple, comme il est examiné plus loin, la nature de l'entrave peut imposer d'évaluer individuellement les attributs spécifiques de la marque qui motivent la décision du Membre de porter atteinte à l'usage. Selon un autre exemple, une entrave minimale à l'usage serait plus facilement justifiée qu'une entrave sévère.

41. Comme il est expliqué au paragraphe 34 plus haut, les mesures concernant l'emballage neutre imposent des entraves *sévères* en ce qui concerne trois catégories distinctes de marques. La contribution de ces mesures à la réduction du tabagisme doit donc être en rapport avec l'étendue des entraves sévères, du point de vue tant de la probabilité de la matérialisation de la contribution que de l'étendue de la contribution.

*ii. Objectif poursuivi*²²

42. S'agissant du deuxième facteur, les parties conviennent qu'une entrave doit poursuivre un objectif légitime pour être justifiable. L'article 3 1) a) de la *Loi PP* établit que l'objectif des mesures concernant l'emballage neutre est de faire baisser le nombre de fumeurs en freinant l'initiation, en stimulant le sevrage et en décourageant la récidence, et de réduire l'exposition à la fumée du tabac. L'article 3 2) de la *Loi PP* énonce les *moyens* permettant de réaliser l'objectif, à savoir: i) réduire l'attrait des produits du tabac; ii) accroître l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites; et iii) diminuer l'aptitude de l'emballage pour la vente au détail à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabac.

43. L'article 3 1) b) de la *Loi PP* ajoute un deuxième objectif, à savoir, donner effet à certaines "obligations" qui incombent à l'Australie en tant que partie à la Convention-cadre pour la lutte antitabac (la "FCTC"). Or la FCTC n'"oblige" pas les membres à adopter l'emballage neutre. En outre, il n'est pas "légitime" pour un Membre d'invoquer une obligation au titre d'un accord international distinct pour justifier l'imposition de restrictions incompatibles avec les règles de l'OMC.

²⁰ Union européenne, réponse à la question n° 17 posée par le Groupe spécial aux tierces parties, paragraphe 102.

²¹ Voir République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 418 et 419; deuxième communication écrite, paragraphes 181 à 204; réponse aux questions n° 64 et 108 du Groupe spécial; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 21 à 26.

²² Voir République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 420 à 425; deuxième communication écrite, paragraphes 271 à 288; réponse à la question n° 108 du Groupe spécial; déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 38 à 43.

*iii. Nature individualisée des marques et de la protection des marques*²³

44. Le troisième facteur reflète la nature individuelle des marques et de la protection des marques – tant au titre de l'*Accord sur les ADPIC* que de la *Convention de Paris*. Tous les aspects de la réglementation des marques – l'enregistrement²⁴, la protection²⁵, l'invalidation²⁶ – reposent sur des processus individualisés qui examinent les attributs spécifiques d'une marque. Dans son guide pour appliquer la *Convention de Paris*, Bodenhausen explique que, pour évaluer l'enregistrement et l'invalidation, chaque marque doit être considérée "selon ses caractéristiques individuelles".²⁷ De la même manière, dans le cas où un Membre porterait atteinte à l'*usage* d'une marque pour remédier aux effets préjudiciables, selon les allégations, des attributs de cette marque – en l'espèce, l'incitation à fumer – il devra examiner la marque "selon ses caractéristiques individuelles".²⁸ Les éléments distinctifs de chaque marque sont uniques, et les entraves imposées par l'Australie se rapportent à des considérations qui *varient d'une marque individuelle à l'autre* – certains éléments distinctifs de marques particulières pouvant susciter des préoccupations d'ordre réglementaire de la part de l'Australie, alors que d'autres non.

45. Un Membre ne peut pas être autorisé à faire valoir une décision concernant l'*usage* d'une marque pour contourner les prescriptions habituelles relatives à l'examen individuel qui s'appliquent aux décisions concernant l'*invalidation* de cette marque. Si un Membre maintient actuellement l'enregistrement d'une marque – et n'a pas invalidé la marque sur la base de "ses caractéristiques individuelles" 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 "selon ses caractéristiques individuelles".

46. L'Australie reconnaît également qu'elle n'a jamais tenté d'identifier quels étaient, et pour quelles marques, les éléments distinctifs problématiques. Elle admet donc avoir adopté une mesure qui était, de par sa conception, une "mesure [réglementaire] draconienne". Elle justifie ses actions par les motifs suivants: i) les marques affectées ont en commun d'être toutes appliquées aux produits du tabac²⁹; et ii) il est *possible* que leurs attributs puissent exercer un attrait ou induire en erreur.³⁰ Cependant, aucun de ces arguments n'excuse le fait que l'Australie n'a pas procédé à une évaluation individuelle. Le premier argument confond les attributs d'un produit nocif avec ceux de la marque. Le simple fait qu'une marque soit appliquée à un produit nocif ne veut pas dire que les attributs d'une marque sont nocifs ou de nature à induire en erreur. En ce qui concerne le deuxième argument, comme l'Australie l'admet volontiers, les éléments distinctifs de toutes les marques pour les produits du tabac n'ont *pas* tous pour objet de rendre les produits du tabac plus attrayants pour les consommateurs. Le fait de s'appuyer sur la *possibilité abstraite* que les attributs de certaines marques risquent de susciter des préoccupations ne constitue pas un comportement "justifiable" de la part de l'organisme de réglementation.

47. Enfin, l'Australie fait valoir que le Groupe spécial *CE – Indications géographiques (États-Unis)* a rejeté la nécessité de procéder à une "évaluation individualisée" au titre de l'article 17 de l'*Accord sur les ADPIC*. Bien que ce Groupe spécial ait constaté qu'une évaluation au cas par cas n'était pas *toujours* requise au titre de l'article 17, il n'a *pas* constaté qu'il n'était *jamais* requis de procéder à une évaluation au cas par cas. Au contraire, en examinant les faits pertinents au titre de l'article 17, le Groupe spécial s'est appuyé sur le fait qu'une évaluation individuelle avait été réalisée par le Membre qui réglementait et, par conséquent, les intérêts légitimes du titulaire de la marque avaient été respectés.³¹

²³ Voir République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 394 à 415; deuxième communication écrite, paragraphes 205 à 267; réponse aux questions n° 93 et 108 du Groupe spécial; observations sur les réponses de l'Australie à la question n° 1 de la République dominicaine; déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 27 à 36.

²⁴ *Accord sur les ADPIC*, article 15.

²⁵ *Accord sur les ADPIC*, article 16.

²⁶ Voir, par exemple, l'article 6quinquiesB de la *Convention de Paris*.

²⁷ Voir Bodenhausen (1969), pièce DR-79, pages 115 à 118.

²⁸ Voir aussi Bodenhausen (1969), pièce DR-79, pages 115 à 118.

²⁹ Voir par exemple Australie, première communication écrite, paragraphe 414.

³⁰ Voir par exemple Australie, première communication écrite, paragraphe 411.

³¹ Voir par exemple le rapport du Groupe spécial *CE – Indications géographiques (États-Unis)*, paragraphe 7.673 et suivants.

iv. "Connexion" ou lien entre l'entrave et l'objectif³²

48. Toutes les parties – y compris l'Australie – conviennent qu'il doit y avoir une "connexion" ou un lien entre l'entrave et l'objectif. Le désaccord entre les parties porte sur la nature et l'étendue du lien requis. Selon l'Australie, une entrave est "injustifiable" seulement s'il n'y a "pas de lien rationnel" entre l'entrave et l'objectif. Toutefois, ce critère proposé n'épuise pas les circonstances dans lesquelles une entrave est injustifiable. En fait, la détermination du point de savoir s'il existe une connexion "suffisante" doit suivre l'évaluation: a) de l'étendue de la contribution de l'entrave à l'objectif; et, s'il y a une contribution, b) du point de savoir s'il y a des mesures de rechange disponibles qui apporteraient une contribution équivalente (voire plus grande) à l'objectif tout en imposant une entrave moins importante à l'usage des marques.

49. L'inclusion des deux facteurs dans l'examen du point de savoir s'il y a une "connexion" est étayée par une lecture correcte de l'article 20. Premièrement, pour justifier l'atteinte à la fonction fondamentale d'une marque, une entrave à l'usage doit contribuer positivement à la réalisation de l'objectif légitime en jeu. Sinon, il n'y a pas de fondement valable permettant de porter atteinte à l'usage des marques d'une manière qui compromette ou mette à mal la fonction fondamentale des marques qui est visée par l'Accord.³³ Deuxièmement, l'article 20 impose qu'un Membre donne effet à l'intérêt visé par l'Accord qu'il a accepté de protéger (à savoir, l'usage d'une marque), autant que possible, *sans* porter préjudice à la capacité d'un Membre de contribuer à la réalisation d'autres objectifs, tels que la santé publique. Ainsi, dans le cas où une solution de rechange disponible permettrait à la fois de faire usage de la marque dans une plus grande mesure et d'apporter une contribution équivalente à la réalisation de l'autre objectif, le Membre devra opter pour cette solution de rechange. Cela signifie que l'intérêt de faire usage de la marque, qui est expressément protégé, et la réalisation d'un autre objectif légitime sont conciliés d'une manière justifiable, défendable et rationnelle. La marque peut être utilisée autant que possible, tout en tenant compte de la nécessité pour le Membre de contribuer à un autre objectif légitime dans la même mesure. Dit autrement, l'atteinte à l'usage des marques n'est pas justifiable si une mesure de rechange peut réaliser l'objectif souhaité en causant un dommage moins important, voire aucun, à l'usage des marques.

50. L'Australie rejette l'examen tant de la contribution que des mesures de rechange, parce que ces facteurs font partie d'une analyse de la "nécessité". Selon elle, le critère "justifiable" doit être interprété par "*contraste*" avec le critère de la "nécessité". Elle admet que "[d]ans la plupart des cas, il y aura un éventail de mesures possibles" susceptibles d'être déployées. Cependant, selon elle, il est justifiable (rationnel, raisonnable, approprié, défendable ou justifié) qu'un Membre adopte la mesure qui cause le plus de tort à la capacité d'une marque de remplir sa fonction fondamentale visée par l'Accord, sans même examiner de solutions de rechange.

51. La République dominicaine ne partage pas cet avis. L'interprète d'un traité ne peut pas commencer par un argument contextuel reposant sur une hypothèse selon laquelle l'expression "de manière injustifiable" doit être interprétée par *opposition* ("contraste") à l'expression "non nécessaire", et, pour cette raison, exclure de façon arbitraire un certain nombre d'éléments du critère de la nécessité. L'exercice d'interprétation commence par le sens des mots effectivement employés – en l'espèce, l'expression "de manière injustifiable". En mettant l'accent sur la création d'une opposition contextuelle par rapport à un critère de la nécessité, l'Australie ne donne pas à l'expression "de manière injustifiable" son sens ordinaire et n'explique pas pourquoi cette expression exclut l'examen de la contribution et des solutions de rechange. L'Australie et la République dominicaine conviennent que l'expression "de manière injustifiable" doit être interprétée à la lumière du contexte du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994, qui fait référence à une discrimination "injustifiable et arbitraire". Dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, l'Organe d'appel a constaté que le mot "injustifiable" figurant dans le texte introductif

³² Voir République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 425 à 427; deuxième communication écrite, paragraphes 289 à 294; réponse à la question n° 108 du Groupe spécial; déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 44 à 56.

³³ Canada, communication en tant que tierce partie, paragraphe 87; Singapour, déclaration en tant que tierce partie, paragraphes 16 et 17; Union européenne, réponse à la question n° 19 posée par le Groupe spécial aux tierces parties, paragraphe 89; Nicaragua, réponse à la question n° 19 posée par le Groupe spécial aux tierces parties; Singapour, réponse à la question n° 19 posée par le Groupe spécial aux tierces parties, premier point; Taiwan, réponse à la question n° 17 posée par le Groupe spécial aux tierces parties; Uruguay, réponse à la question n° 19 posée par le Groupe spécial aux tierces parties.

permettait d'examiner un large éventail de facteurs.³⁴ Dans d'autres cas, le critère incluait un examen des *mesures de rechange*.³⁵ Citant la jurisprudence antérieure dans les affaires *États-Unis – Essence*³⁶, *États-Unis – Crevettes*³⁷, le Groupe spécial *Chine – Terres rares* a constaté que la "discrimination [pouvait] ... être arbitraire ou injustifiable dans les cas où elle [était] évitable ou prévisible, [c'est-à-dire] s'il exist[ait] des mesures de rechange qui auraient permis d'éviter ou du moins d'atténuer le traitement discriminatoire".³⁸ Dans le texte introductif, l'expression "injustifiable et arbitraire" joue un rôle modeste dans la justification d'ensemble d'une mesure incompatible avec le GATT, alors que, au sens de l'article 20 de l'*Accord sur les ADPIC*, l'expression "de manière injustifiable" forme l'intégralité de la base sur laquelle un groupe spécial doit évaluer la justification d'une mesure constituant une entrave.³⁹ Dans ces circonstances, le mot "justifiable" figurant à l'article 20 ne peut pas s'accompagner d'un critère moins rigoureux que le même mot énoncé dans le texte introductif de l'article XX.

1) *Les mesures concernant l'emballage neutre ne contribuent pas à décourager le comportement tabagique*

52. La République dominicaine passe à présent à l'application du critère juridique de la contribution. Les éléments de preuve dans le présent différend démontrent une absence de contribution, et vont des prévisions antérieures à la mise en œuvre sur la manière dont les mesures concernant l'emballage neutre fonctionneraient aux éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre indiquant la façon dont elles ont effectivement fonctionné. La totalité des éléments de preuve montrent que les mesures concernant l'emballage neutre ne contribuent pas, et ne contribueront pas, à leur objectif de réduire le tabagisme en Australie. Avant de résumer les éléments de preuve, la République dominicaine présente les principes qui doivent être appliqués à leur examen.

a) *Approche relative aux éléments de preuve*⁴⁰

53. Les parties s'accordent de manière substantielle à reconnaître la manière dont le Groupe spécial devrait envisager son évaluation des éléments de preuve. En particulier, un accord semble se dessiner autour de quatre principes. *Premièrement*, les mesures de lutte antitabac doivent être évaluées rigoureusement, y compris les éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre, idéalement en recourant à différents types de données et de techniques analytiques, et à la lumière des théories du comportement qui sont admises. Ce principe est exposé dans le manuel du CIRC de l'OMS sur les méthodes d'évaluation des politiques pour la lutte antitabac, dans lequel il est reconnu qu'une politique pourrait ne pas fonctionner "en étant mise en œuvre dans des conditions concrètes".⁴¹ *Deuxièmement*, cette évaluation doit être fondée sur la totalité des éléments de preuve, ce qui couvre les éléments de preuve antérieurs et postérieurs à la mise en œuvre. Ce principe s'oppose à toute "sélection" opérée entre – et certainement dans – les ensembles de données disponibles. *Troisièmement*, lorsque les éléments de preuve antérieurs et postérieurs à la mise en œuvre pointent dans des directions différentes, les éléments de preuve de ce qui s'est effectivement produit sont plus importants que les prévisions de ce qui pourrait se produire. L'Australie convient qu'il serait "approprié de *ne pas tenir compte* des éléments de preuve concernant le comportement prévu si les éléments de preuve concernant le comportement effectif étaient clairement *incompatibles* avec ces prévisions".⁴² Par conséquent, l'Australie, ainsi que les plaignants, utilise les éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre comme "moyen de vérifier la cohérence" pour confirmer ou rejeter des prévisions. *Quatrièmement*, dans ses

³⁴ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.306.

³⁵ République dominicaine, réponse à la question n° 108 du Groupe spécial, paragraphes 166 et 167, faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, pages 29 à 32; rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 171 et rapport du Groupe spécial *Chine – Terres rares*, paragraphe 7.354 et note de bas de page 549.

³⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 28.

³⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 172.

³⁸ Rapport du Groupe spécial *Chine – Terres rares*, paragraphe 7.354 (italique dans l'original; pas d'italique dans l'original), faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 32.

³⁹ Voir République dominicaine, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 50. Voir aussi *Chine*, communication en tant que tierce partie, paragraphe 52.

⁴⁰ Voir République dominicaine, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 196 du Groupe spécial, paragraphes 337 à 376.

⁴¹ WHO-IARC Handbook (2008), pièce DOM-368, page 9.

⁴² Australie, réponse à la question n° 205 du Groupe spécial, paragraphe 403 (pas d'italique dans l'original).

réponses à la deuxième série de questions du Groupe spécial, l'Australie admet qu'il s'est écoulé suffisamment de temps pour évaluer si les mesures concernant l'emballage neutre ont modifié le comportement tabagique.

54. Malgré cette reconnaissance commune, il subsiste un point de désaccord important – quant à la façon dont le Groupe spécial devrait examiner la valeur probante des éléments de preuve scientifiques. Selon l'Australie, si la *source formelle* des éléments de preuve est acceptable, leur teneur fondamentale est irréprochable et le Groupe spécial doit en accepter le caractère probant. La République dominicaine n'est pas de cet avis. Outre la crédibilité de la source, les groupes spéciaux sont tenus d'évaluer si les éléments de preuve scientifiques ont "la rigueur scientifique et méthodologique nécessaire".⁴³ Des éléments de preuve provenant d'une source éminente peuvent ne pas avoir la rigueur scientifique et méthodologique nécessaire, par exemple, si les constatations qui en résultent sont contredites par les données sous-jacentes.

b) Examen des éléments de preuve

i) Éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre

55. Une évaluation objective de la totalité des éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre aboutit à une conclusion sans ambiguïté et constante: les mesures concernant l'emballage neutre n'ont modifié ni les antécédents du comportement tabagique ni le comportement tabagique lui-même. Le seul effet sur le comportement à s'être constamment manifesté est la descente en gamme opérée par les consommateurs, qui se détournent des cigarettes à prix élevés au profit des cigarettes meilleur marché.

1) Antécédents⁴⁴

56. L'Australie et ses experts prévoyaient que les mesures concernant l'emballage neutre déclencheraient une chaîne de causalité entre les effets qui aboutirait, *par le biais* des trois *mécanismes* spécifiés dans la *Loi PP* (l'attrait des produits du tabac, l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et la nature à induire en erreur), à des modifications en aval des *antécédents* du tabagisme (par exemple, les croyances, les attitudes et les intentions à l'égard du tabac), qui, à leur tour, modifieraient en bout de chaîne le *comportement tabagique*. Dans sa première communication, l'Australie a demandé au Groupe spécial d'évaluer les mesures concernant l'emballage neutre à la lumière de leur incidence sur les antécédents, et a allégué que les mesures avaient entraîné des modifications importantes de ces antécédents.

57. Pour vérifier les affirmations de l'Australie, le Groupe spécial lui a demandé, ainsi qu'aux organismes australiens pour la lutte antitabac qui avaient collecté les données, de communiquer les données sous-jacentes. Certaines données ont été communiquées, d'autres pas. Six ensembles de données ont été mis à disposition, en totalité ou en partie: l'enquête de suivi nationale sur l'emballage neutre (la "NPPTS"), l'enquête ITC, l'enquête de suivi de la Nouvelle-Galles du Sud (la "CITTS"), l'étalage des paquets personnels, les appels reçus par Quitline et des données sur les cigares. Les ensembles de données ont tous été élaborés par des spécialistes de la lutte antitabac en Australie, et montrent les effets concrets des mesures concernant l'emballage neutre sur de multiples variables relatives aux mécanismes, aux antécédents en aval et au tabagisme effectif. Malgré la demande du Groupe spécial, le Cancer Council Victoria (le "CCV") et le Cancer Council Queensland ont refusé de communiquer une version anonyme des résultats de l'enquête sur l'incidence des mesures concernant l'emballage neutre chez les jeunes Australiens, dite enquête en milieu scolaire (la "SBS").

58. Appliquant une approche analytique rigoureuse et transparente, les experts de la République dominicaine, les professeurs Ick Ajzen, Ali Hortaçsu, John A. List et Azeem M. Shaikh (Ajzen *et al.*), ainsi que l'expert du Honduras, le professeur John Klick, ont constaté des résultats

⁴³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la suspension*, paragraphe 591.

⁴⁴ Voir République dominicaine, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 196 du Groupe spécial, paragraphes 388 à 435. Voir aussi le (premier) rapport d'expert sur les données, pièce DOM/IDN-2; le deuxième rapport d'expert sur les données, DOM/IDN-4; le (premier) contre-rapport d'expert sur les données, pièce DOM/IDN-6; le deuxième contre-rapport d'expert sur les données, pièce DOM/IDN-8; la réponse de Ajzen aux questions n° 146, 202 et 203 du Groupe spécial, pièce DOM/HND/IDN-6; le troisième rapport de Ajzen, pièce DOM/IDN-5.

constants à travers les six ensembles de données. Ces résultats montrent que les mesures concernant l'emballage neutre, même combinées à des mises en garde sanitaires explicites agrandies, n'ont pas modifié les antécédents du comportement tabagique déclarés ni le comportement tabagique.

59. **Ensemble de données de la NPPTS.** Pour évaluer l'incidence concrète des mesures concernant l'emballage neutre, l'Australie a commandé une enquête à grande échelle de la population australienne. Les résultats de la NPPTS ont été évalués dans plusieurs articles publiés en avril 2015, par le même groupe d'auteurs du CCV, dans un numéro spécial de la revue *Tobacco Control*. Ayant eu accès à ces articles avant leur publication, l'Australie les a largement invoqués dans sa première communication, en mars 2015, pour alléguer que les mesures concernant l'emballage neutre fonctionnaient de la manière prévue. Elle les a de nouveau largement invoqués dans son examen après mise en œuvre (le "PIR") qui a été effectué sur le plan national et publié le 26 février 2016.⁴⁵

60. Après avoir examiné l'intégralité de l'ensemble des données de la NPPTS dans le cadre de la procédure engagée à l'OMC, en utilisant le code informatique fourni par les auteurs des articles publiés, Ajzen *et al.* sont parvenus à une conclusion très différente de celle des auteurs. Premièrement, Ajzen *et al.* ont constaté que les articles présentés dans *Tobacco Control* "dépeignaient une *image inexacte et trompeuse* des résultats [de la NPPTS]".⁴⁶ Par exemple, les articles ont largement sous-estimé les données, en omettant de présenter les résultats de 28 des 50 variables, 89% des résultats non signalés montrant une *absence d'effet de l'emballage neutre*. En outre, bien que les mêmes auteurs aient rédigé différents articles sur l'ensemble de données de la NPPTS, ils ont utilisé des techniques d'analyse différentes, sans fournir d'explication. Le choix de recourir à des techniques différentes dans chaque article donne une impression exagérée du nombre de résultats statistiquement significatifs qui montrent un effet de l'emballage neutre. Pour donner un exemple, Ajzen *et al.* ont constaté que *chacun* des résultats favorables à l'emballage neutre indiqués dans Durkin *et al.* (2015) *disparaissait* lorsque l'approche analytique appliquée dans Wakefield *et al.* (2015) était retenue à la place. Ajzen *et al.* ont également montré que les techniques utilisées dans Durkin *et al.* (2015) présentaient des lacunes fondamentales, et qu'en corrigeant l'une quelconque de ces lacunes, tous les résultats favorables à l'emballage neutre disparaissaient de la même manière.

61. Deuxièmement, lorsqu'ils ont analysé la totalité des données de la NPPTS, Ajzen *et al.* ont "constaté un ensemble de mauvais résultats, montrant que la politique n'avait pas déclenché la chaîne d'effets qui permettrait, comme l'Australie le supposait, de modifier le comportement tabagique".⁴⁷ Même pour l'incidence sur les mécanismes, les résultats étaient décevants. Les modifications du paquet ont produit des effets mitigés sur les variables relatives à l'attrait: bien que les modifications aient réduit l'attrait du *paquet*, les effets ont diminué puis ont disparu lors du passage de l'attrait du *produit* et de la *marque* à celui du *tabagisme*. S'agissant de l'incidence concernant les mises en garde sanitaires explicites, même si les gens ont davantage remarqué les mises en garde sanitaires explicites agrandies, cela ne leur a pas donné une meilleure connaissance des maladies causées par le tabagisme, et ils n'en ont pas retiré une plus grande motivation pour arrêter de fumer. Enfin, les modifications apportées au paquet n'ont généré aucun effet durable quant à la diminution de l'appétit à induire en erreur.

62. En outre, les modifications patentes apportées à l'attrait du paquet et la visibilité d'une mise en garde sanitaire explicite bien plus grande n'ont produit *aucun* changement durable dans les antécédents en aval, y compris le plaisir de fumer, les préoccupations concernant les effets du tabagisme sur la santé, les perceptions des risques sanitaires liés au tabagisme, les intentions de fumer et d'autres variables relatives à l'arrêt (idée d'arrêter, date ferme pour arrêter, fait d'écraser sa cigarette, renoncement aux cigarettes, limitation des cigarettes, importance d'arrêter, tentatives d'arrêter, aide à l'arrêt). Les tentatives pour arrêter de fumer ont même reculé d'une manière statistiquement significative. Compte tenu de ces résultats, il n'est pas surprenant qu'il n'y ait pas eu d'incidence sur les comportements tabagiques (consommation, sevrage ou récédive).

⁴⁵ Australian Government Department of Health, "Post-Implementation Review – Tobacco Plain Packaging 2016" (l'"examen après mise en œuvre"), pièce AUS-624.

⁴⁶ Premier contre-rapport d'expert sur les données, pièce DOM/IDN-6, paragraphe 3 (pas d'italique dans l'original).

⁴⁷ Premier contre-rapport d'expert sur les données, pièce DOM/IDN-6, paragraphe 2.

63. Confrontée à ces constatations, l'Australie a radicalement modifié son évaluation de la pertinence de la NPPTS, au moins dans la procédure engagée à l'OMC. Elle a cessé de citer ces articles; ne les a jamais défendus contre les lacunes en série identifiées par Ajzen *et al.*; et n'a jamais contesté les techniques d'analyse appliquées, ou les résultats obtenus, par Ajzen *et al.* En fait, sa *seule* réponse a été de dénigrer la qualité de sa propre NPPTS, alléguant que cette enquête, qui avait coûté plus de trois millions de dollars australiens aux contribuables australiens, ne permettait pas de mesurer la plupart des variables qu'elle visait à mesurer. En particulier, cette lacune alléguée n'a pas été mentionnée dans le rapport technique qui accompagnait la NPPTS; elle n'a pas été mentionnée par les auteurs des articles publiés examinant les résultats de la NPPTS; et elle n'a pas été mentionnée par l'Australie lorsque celle-ci a invoqué les résultats de la NPPTS présentés dans ces articles plus tôt dans la présente procédure. Même dans le PIR, dans lequel elle s'est de nouveau appuyée sur les résultats de la NPPTS présentés dans les articles publiés, l'Australie n'a même pas fait part de ses nouvelles critiques de la NPPTS. Ajzen *et al.* ont expliqué pourquoi ses récents efforts visant à dénigrer la qualité de l'ensemble de données de sa propre NPPTS étaient déplacés et dénués de fondement.

64. **Ensemble de données de l'ITC.** L'Australie s'est appuyée sur un article publié par Yong *et al.* (2015), dans lequel l'ensemble de données de l'ITC servait à évaluer l'incidence des mesures concernant l'emballage neutre. Bien que les auteurs (notamment le professeur Geoffrey Fong, l'un des experts de l'Australie) n'aient pas voulu communiquer au Groupe spécial l'ensemble complet de données qu'ils ont analysé, ils ont transmis les parties qu'ils avaient choisi de présenter. Dans leur *analyse* de l'ensemble partiel de données, en employant la même approche analytique que les auteurs, ainsi que leur code informatique, Ajzen *et al.* sont parvenus à une conclusion semblable à celle à laquelle ils étaient arrivés en utilisant l'ensemble complet de données de la NPPTS. Les mesures concernant l'emballage neutre n'ont pas déclenché la chaîne d'effets prévus sur les antécédents du tabagisme, aboutissant même à un léger *recul* dans les intentions et l'intérêt de renoncer au tabac. En outre, même l'ensemble partiel de données partagé par les auteurs montre que l'article de Yong *et al.* (2015) présente de manière erronée les données de l'ITC et sous-estime les résultats qui ne sont pas favorables aux mesures concernant l'emballage neutre.

65. La réponse de l'Australie est équivalente à sa réponse à l'analyse de la NPPTS effectuée par Ajzen *et al.* Bien que le professeur Fong soit le coauteur de Yong *et al.* (2015), ni lui ni l'Australie n'ont défendu cette étude contre les graves critiques formulées, et ils n'ont pas non plus contesté les résultats obtenus par Ajzen *et al.* Au lieu de cela, la réponse de l'Australie a consisté, une fois encore, à ne plus citer cet article et à dénigrer l'ensemble de données de l'ITC lui-même, alléguant qu'il constituait un exemple "biaisé". Ajzen *et al.* ont montré que cette critique était incorrecte et contredite par les données. Il est surprenant que, dans son PIR, l'Australie s'appuie de nouveau sur les résultats de l'ITC présentés par Yong *et al.* (2015), sans mentionner le "biais" des données allégué ou l'une quelconque des lacunes de l'article identifiées par Ajzen *et al.*

66. **Ensemble de données de la CITTS.** Au début de la procédure, l'Australie s'est appuyée sur Dunlop *et al.* (2014), qui examinaient l'ensemble de données de la CITTS de la Nouvelle-Galles du Sud. Cependant, la demande de la République dominicaine visant à obtenir un accès total à cet ensemble de données a été rejetée, et le Cancer Institute New South Wales ("CINSW") a communiqué des renseignements sélectifs. En particulier, le CINSW a refusé de communiquer les données brutes pour l'enquête complète, et a fourni une version rédigée de son questionnaire; après une nouvelle demande, il a refusé de communiquer l'intégralité du questionnaire. Le Honduras et ses experts ont montré, premièrement, que Dunlop *et al.* (2014) avaient "sélectionné" les données de la CITTS à évaluer, et deuxièmement, que l'ensemble de données de la CITTS n'indiquait pas que les mesures concernant l'emballage neutre avaient renforcé l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites ou modifié les intentions de renoncer au tabac.⁴⁸ En réponse, comme elle l'a fait pour les ensembles de données de la NPPTS et de l'ITC, l'Australie a une fois encore choisi de dénigrer la qualité et la pertinence de l'ensemble de données, alléguant que les limitations alléguées des données de la CITTS étaient préoccupantes au point de "soulev[er] des questions quant aux conclusions formulées à partir des analyses utilisant ces données".⁴⁹ Or, dans son PIR, l'Australie s'appuie de nouveau sur Dunlop *et al.* (2014) – sans dénigrer l'ensemble de données de la CITTS.

⁴⁸ Deuxième contre-rapport supplémentaire Klick, pièce HND-165, paragraphe 57.

⁴⁹ Rapport d'expert supplémentaire de F. Chaloupka, pièce AUS-590, paragraphe 24.

67. **Appels reçus par Quitline et étalage des paquets personnels.** L'Australie s'en remet aux articles publiés qui utilisent les données sur les appels effectivement reçus par Quitline (Young *et al.* (2014)) et sur l'étalage des paquets personnels (Zacher *et al.* (2015)). Par référence à Young *et al.* (2014), elle a allégué que les mesures concernant l'emballage neutre avaient entraîné une hausse durable des appels reçus par Quitline, et, par référence à Zacher *et al.* (2015), elle a allégué un comportement durable d'évitement des paquets (c'est-à-dire que les gens prenaient des dispositions pour éviter de voir les mises en garde sanitaires explicites et repoussantes). Cependant, l'Australie a constamment présenté de manière erronée les résultats de ces articles, et ne tient pas compte du fait que les effets de l'emballage neutre perdent de leur impact.

68. Young *et al.* (2014) ont constaté que les appels reçus par Quitline avaient connu un pic initial après l'introduction des mesures concernant l'emballage neutre, mais qu'ils étaient ensuite rapidement retombés aux niveaux d'avant mise en œuvre. Ajzen *et al.* ont confirmé ces résultats. De même, Zacher *et al.* (2015) ont constaté qu'il y avait eu une hausse initiale des comportements d'évitement des paquets mais que ces effets avaient également perdu de leur impact, ce à quoi les auteurs s'attendaient. Là encore, Ajzen *et al.* ont confirmé ces constatations. Le seul effet toujours observé, un an après la mise en œuvre, était un léger recul du tabagisme en extérieur, dans un certain nombre de lieux de deux villes. Cependant, Zacher *et al.* (2015) ont dûment expliqué que ce recul ne pouvait pas être généralisé à la population, ni associé aux mesures concernant l'emballage neutre car il aurait pu être causé par bon nombre d'autres facteurs sans rapport et non neutralisés par l'analyse.

69. **Ensemble de données axé sur les cigares.** Une étude unique effectuée par Miller *et al.* (2015), figurant dans le numéro spécial de *Tobacco Control*, a évalué les effets des mesures concernant l'emballage neutre sur la consommation de cigares. Ayant eu accès à l'ensemble complet de données, Ajzen *et al.* ont constaté que cette étude présentait de sérieuses lacunes méthodologiques. Ils ont également expliqué que l'ensemble de données montrait en fait que les mesures concernant l'emballage neutre n'avaient pas déclenché la chaîne d'effets censés entraîner une modification de la consommation de cigares. L'Australie et ses experts ont choisi de ne pas contester du tout ces arguments et ignorent simplement ces constatations.

70. **Enquête SBS.** Pour évaluer l'incidence des mesures concernant l'emballage neutre chez les jeunes, l'Australie a commandé l'enquête SBS. L'ensemble de données de la SBS constitue la base de deux articles publiés dans le numéro spécial de *Tobacco Control*: White, Williams, et Wakefield (2015), et White *et al.* (2015). Étant donné que l'Australie s'était appuyée sur ces articles, le Groupe spécial a cherché à obtenir les données sous-jacentes dans une version anonyme. Toutefois, les auteurs, les entités missionnées par l'Australie pour effectuer l'enquête ainsi que l'Australie elle-même ont refusé de communiquer les moindres données, quand bien même elles seraient protégées par des procédures spéciales en matière de confidentialité. Aucune raison valable n'a été donnée pour justifier ce refus. Des ensembles de données analogues sur le tabagisme des jeunes sont rendus *publics* dans l'Union européenne et aux États-Unis.⁵⁰ L'Australie n'a pas répondu à ces arguments.

71. Sans accès aux données, il est impossible de procéder à une évaluation objective des constatations formulées dans les deux articles. Pour illustrer la nécessité d'accéder aux données sous-jacentes, la République dominicaine rappelle que, ayant eu accès aux ensembles de données de la NPPTS et de l'ITC, Ajzen *et al.* ont montré que les analyses publiées concernant ces ensembles de données donnaient une "image inexacte et trompeuse" des ensembles de données. Dans son PIR, l'Australie reconnaît également qu'il est extrêmement important d'avoir accès aux ensembles de données sous-jacents pour vérifier les conclusions formulées sur la base de ces données.⁵¹ S'agissant des données de la SBS, même sans avoir eu la possibilité d'évaluer l'ensemble complet de données sous-jacent, ce qui est résumé aux paragraphes 92 et 93 plus loin, la sélection de résultats que les auteurs ont choisi de publier présente des résultats décevants et étaye la position des plaignants.

⁵⁰ République dominicaine, réponse à la question n° 134 du Groupe spécial et note de bas de page 10.

⁵¹ L'Australie rejette certaines assertions formulées dans les consultations relatives au PIR, car les données sous-jacentes "n'ont pas été communiquées ni rendues publiques". Elle a donc déclaré que "le Département n'était pas en mesure de vérifier les allégations formulées en relation avec cet ensemble de données". PIR de l'Australie, pièce AUS-624, paragraphes 136 et 138.

2) Comportement tabagique – prévalence, consommation et descente en gamme⁵²

72. Les plaignants et leurs experts ont analysé le dossier empirique riche portant sur le fonctionnement de l'emballage neutre dans les trois années suivant sa mise en œuvre. Ils ont constaté que les mesures concernant l'emballage neutre n'étaient pas efficaces pour réduire le tabagisme, mais qu'elles avaient provoqué une descente en gamme, des cigarettes à prix élevés aux cigarettes meilleur marché.

73. Pour effectuer ces analyses, les plaignants s'en sont remis à plusieurs experts: le professeur John List; les professeurs David Afshartous, Marcus Hagedorn, Ashok Kaul et Michael Wolf (désignés collectivement par "IPE"); et le professeur John Klick. Appliquant des approches méthodologiques complémentaires à de multiples ensembles de données, les experts des plaignants ont évalué les effets des mesures concernant l'emballage neutre sur divers paramètres importants: la prévalence du tabagisme; les ventes de tabac (comme paramètre de la consommation); l'incidence du tabagisme (la proportion de fumeurs ayant arrêté de fumer au cours de la période couverte par l'enquête); et l'effet de substitution à la baisse ou "descente en gamme" (remplacement des produits du tabac à prix élevés par ceux qui sont meilleur marché).

74. En procédant à leurs évaluations, les experts ont observé les principes fondamentaux de l'investigation scientifique. Pour faire en sorte que leurs constatations ne soient pas des artefacts de données ou d'un modèle particuliers quelconques, les experts ont élaboré au total sept types distincts de méthodes empiriques et utilisé sept ensembles de données, présentant des résultats à travers un large éventail de spécifications et appliquant une batterie de tests de robustesse. Le tableau 1 ci-après résume l'approche des plaignants concernant les données empiriques postérieures à la mise en œuvre relatives au comportement tabagique (prévalence, consommation, descente en gamme). Comme il est montré dans le tableau 1, les plaignants ont obtenu leurs résultats: i) en utilisant tous les ensembles de données disponibles présentant des paramètres comportementaux pertinents⁵³; ii) en ciblant différents produits du tabac; iii) en ciblant des sous-catégories de population pertinentes; et iv) en appliquant une multitude de méthodes empiriques complémentaires et bien établies. En outre, les plaignants ont procédé à des évaluations en retenant d'autres dates de début pour l'emballage neutre. Enfin, conformément aux principes de l'investigation scientifique, les experts sont restés ouverts à la critique constructive de leurs pairs. Pour tenter d'améliorer la qualité de l'analyse, ils ont répondu aux critiques formulées par les experts de l'Australie en effectuant des ajustements de principe de leurs approches.

⁵² Voir République dominicaine, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 196 du Groupe spécial, paragraphes 436 à 539. Voir aussi le rapport IPE, DR-100; le rapport IPE actualisé, pièce DOM-303; le second rapport IPE actualisé, pièce DOM-361; le troisième rapport IPE actualisé, pièce DOM-375; le rapport supplémentaire List, pièce DOM/IDN-3; l'exposé du professeur List à la première audience, Appendice 2 de la déclaration liminaire de la République dominicaine à la première réunion du Groupe spécial; l'exposé du professeur List à la deuxième audience, Appendice 2 de la déclaration liminaire de la République dominicaine à la deuxième réunion du Groupe spécial.

⁵³ Les plaignants ont analysé les meilleurs ensembles de données disponibles, y compris les enquêtes transversales à long terme sur la prévalence et l'incidence du tabagisme (la RMSS et l'enquête du professeur Klick à partir des données de Roy Morgan Research); les données de vente en gros couvrant la totalité du marché australien (IMS) comme indicateur supplétif de la consommation de tabac; et des bases de données sur les ventes au détail répertoriant les ventes effectives aux consommateurs finals (Nielsen et Aztec) comme autre indicateur supplétif de la consommation de tabac; les données de vente en gros couvrant la totalité du marché néo-zélandais (EOS) comme indicateur supplétif de la consommation de tabac; et des bases de données sur les ventes au détail répertoriant les ventes effectives aux consommateurs finals (Nielsen) comme autre indicateur supplétif de la consommation de tabac.

Tableau 1: Approche des plaignants concernant les éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre relatifs au comportement tabagique

Champ	Ensemble de données	Paramètre	Sous-catégorie	Analyse	Constatation
Prévalence	RMSS	Prévalence	Toutes	Analyse statistique des tendances	Pas d'effet de l'emballage neutre
				Régression sur des données temporelles	Pas d'effet de l'emballage neutre
				ARIMA	Pas d'effet de l'emballage neutre
				Modèle microéconométrique Probit en une étape	Pas d'effet de l'emballage neutre
				Modèle microéconométrique Probit en deux étapes	Pas d'effet de l'emballage neutre
	RMSS	Prévalence	Mineurs	Analyse statistique des tendances	Pas d'effet de l'emballage neutre
				Modèle microéconométrique Probit en deux étapes	Pas d'effet de l'emballage neutre
	RMSS	Prévalence	Jeunes adultes	Analyse statistique des tendances	Pas d'effet de l'emballage neutre
				Modèle microéconométrique Probit en deux étapes	Pas d'effet de l'emballage neutre
	RMSS	Prévalence	Mineurs et jeunes adultes	Modèle microéconométrique Probit en deux étapes	Pas d'effet de l'emballage neutre
				Modèle microéconométrique Probit en deux étapes	Pas d'effet de l'emballage neutre
	RMSS	Prévalence de la consommation de cigares	Toutes	Régression sur des données temporelles	Pas d'effet de l'emballage neutre
				ARIMA	Pas d'effet de l'emballage neutre
Incidence du tabagisme	Roy Morgan	Prévalence	Toutes	Estimation en doubles différences	Pas d'effet de l'emballage neutre
Ventes	IMS	Consommation	Toutes	Régression sur des données temporelles	Pas d'effet de l'emballage neutre
				ARIMA	Pas d'effet de l'emballage neutre
				Analyse des événements	Pas d'effet de l'emballage neutre
	Aztec	Consommation	Toutes	Régression sur des données temporelles	Pas d'effet de l'emballage neutre
				ARIMA	Pas d'effet de l'emballage neutre
				Analyse des événements	Pas d'effet de l'emballage neutre
	Nielsen	Consommation	Toutes	Régression sur des données temporelles	Pas d'effet de l'emballage neutre
				ARIMA	Pas d'effet de l'emballage neutre
				Estimation en doubles différences	Pas d'effet de l'emballage neutre
	EOS	Consommation	Toutes	Estimation en doubles différences	Pas d'effet de l'emballage neutre
Descente en gamme	IMS	Consommation	Toutes	Régression sur des données temporelles	Effet de descente en gamme
				ARIMA	Effet de descente en gamme
				Étude des événements	Effet de descente en gamme
	RMSS	Prévalence	Toutes	Modèle microéconométrique Probit en une étape	Effet de descente en gamme
	Aztec	Consommation	Toutes	Régression sur des données temporelles	Effet de descente en gamme
				ARIMA	Effet de descente en gamme
				Analyse des événements	Effet de descente en gamme

75. Jusqu'à la deuxième audience, l'Australie et ses experts avaient affirmé qu'il ne s'était pas écoulé suffisamment de temps pour détecter un effet sur le comportement tabagique. Cependant, confrontés aux résultats décevants concernant les antécédents, ils ont brusquement changé de cap, alléguant, en se fondant sur l'analyse de Mme Chipty, qu'ils avaient constaté un effet statistiquement significatif de l'emballage neutre sur le comportement tabagique. L'Australie a donc demandé instamment au Groupe spécial d'évaluer l'emballage neutre à la lumière de son incidence sur le comportement tabagique effectif, "sans tenir compte" des éléments de preuve sur les antécédents.⁵⁴ Il s'agit là d'un revirement tout à fait remarquable en quatre mois seulement.

76. En outre, les quelques résultats favorables de Mme Chipty se trouvent compromis par au moins quatre erreurs méthodologiques capitales. La correction de ces erreurs, une par une, ou toutes à la fois, infirme les résultats de Mme Chipty. *Premièrement*, bien que l'autre expert de l'Australie, le professeur Scharfstein, ait estimé qu'il s'agissait d'une approche incorrecte, Mme Chipty applique une tendance linéaire unique et ininterrompue pendant toute la période 2001-2015. De ce fait, elle introduit une erreur fondamentale de spécification du modèle en ne tenant pas compte des ruptures de la tendance séculaire du tabagisme dans le temps. *Deuxièmement*, bien qu'elle convienne de la nécessité d'un "échantillon national représentatif",

⁵⁴ Australie, réponse à la question n° 196 du Groupe spécial, paragraphe 238.

Mme Chipty refuse de tenir compte de certains cas importants dans lesquels il y a eu une repondération des échantillons, opérée par Roy Morgan Research elle-même, pour faire en sorte que l'échantillon reste représentatif de la population australienne. *Troisièmement*, Mme Chipty insiste sur l'utilisation de *variables muettes relatives aux taxes* comme variable de contrôle pour la cherté du tabac, et rejette des variables de contrôle supérieures, comme les niveaux effectifs des prix ou des taxes, bien que ces variables suivent plus étroitement la trajectoire de la hausse du coût du tabac. L'approche de Mme Chipty explique seulement 60% des augmentations totales des droits d'accise, et un pourcentage encore moins élevé concernant les hausses totales des prix. *Quatrièmement*, pour calculer les erreurs types, Mme Chipty adopte une approche qui n'est pas conforme aux critères scientifiques appropriés qui ont été mis en œuvre par les experts des plaignants. Cette approche conduit à de "faux positifs" (c'est-à-dire au signalement d'un effet de l'emballage neutre alors qu'en réalité il n'y en a pas) presque *quatre fois plus souvent* que l'approche utilisée par les experts des plaignants.

77. Tout au long de la présente procédure, Mme Chipty a manqué de constance dans ses choix de modélisation. Par exemple, sa constatation d'un effet de l'emballage neutre, dans le cas où une modification est appliquée au modèle en deux étapes du professeur List, exige, entre autres, une période d'observation raccourcie (2006-2015) et l'utilisation des *prix* comme variable de contrôle pour la cherté du tabac. Or, en modifiant les modèles de l'IPE, Mme Chipty applique une période d'observation longue (2001-2015), et rejette explicitement les prix comme variable de contrôle au profit de *variables muettes relatives aux taxes*. Ainsi, le seul élément constant dans son approche est qu'elle applique n'importe quelle combinaison de choix de modélisation lui permettant de constater un effet de l'emballage neutre.

78. Mme Chipty a constamment fait valoir que les modèles économétriques du comportement tabagique étaient viciés s'ils ne constataient *pas* que les augmentations des droits d'accise entraînaient une *réduction* statistiquement significative de la prévalence et de la consommation. À plusieurs reprises, elle a qualifié d'"absurde" tout résultat issu d'un modèle qui donnait à penser qu'une hausse des taxes entraînait une *hausse* de la prévalence ou de la consommation.⁵⁵ Pourtant, dans ses deux rapports finals dans le cadre de la présente procédure, Mme Chipty a justement produit elle-même – sans le signaler – un résultat "absurde" de ce type: un coefficient *positif*, statistiquement significatif, pour l'augmentation des droits d'accise de 2013. La République dominicaine a montré que ce résultat "absurde" était capital pour la conclusion de Mme Chipty selon laquelle les mesures concernant l'emballage neutre avaient fait baisser la consommation.

79. Enfin, la République dominicaine note que l'Australie a demandé à Mme Chipty de préparer un nouveau rapport pour son PIR, en utilisant l'ensemble de données de la RMSS que le Groupe spécial connaît bien. Le rapport pour le PIR de Mme Chipty fournit une évaluation incorrecte et trompeuse fondée sur une sélection réduite et intéressée d'ensembles de données, de paramètres comportementaux et de méthodes présentés dans la procédure engagée à l'OMC. Par commodité, l'Australie ne mentionne pas dans le PIR que l'analyse de Mme Chipty dans le cadre du PIR – reprenant en grande partie ce qui a été présenté dans le cadre de la procédure de l'OMC avec quelques nouveaux ajustements – a fait l'objet de critiques nourries de la part des experts des plaignants, notamment s'agissant du fait qu'elle n'a pas tenu compte des ruptures de la tendance séculaire du tabagisme, ou de la repondération. Le rapport de Mme Chipty pour le PIR ignore complètement ces critiques. À l'OMC, la République dominicaine a montré que la correction de ces erreurs infirmait les constatations de Mme Chipty concernant les effets de l'emballage neutre. En outre, la République dominicaine a identifié des incohérences importantes entre les travaux de Mme Chipty dans le cadre de l'OMC et le rapport qu'elle a élaboré pour le PIR, que cette dernière n'a pas expliquées.

3) PIR de l'Australie

80. Le 26 février 2016, l'Australie a présenté son PIR sur les mesures concernant l'emballage neutre pour évaluer leur efficacité.⁵⁶ Les directives sur le PIR de l'Australie indiquent que les

⁵⁵ Rapport d'expert supplémentaire de T. Chipty, pièce AUS-535, paragraphe 39; rapport d'expert supplémentaire de T. Chipty, pièce AUS-586, paragraphe 33a; rapport d'expert supplémentaire de T. Chipty, pièce AUS-605, note de bas de page 45.

⁵⁶ PIR, pièce AUS-624.

éléments de preuve qui y sont utilisés devraient être "réunis de façon rigoureuse et présentés de manière équilibrée".⁵⁷

81. Toutefois, l'Australie n'a pas respecté les directives en donnant une impression subjective et trompeuse des éléments de preuve. Elle reprend l'argument et les éléments de preuve qu'elle a elle-même présentés initialement au Groupe spécial, sans remédier aux erreurs graves qui y ont été identifiées. En fait, sa description des éléments de preuve dans le PIR n'est souvent pas conciliable avec les dernières positions qu'elle a adoptées dans le cadre de l'OMC – et les contredit même parfois –. Par exemple, bien qu'elle ait dénigré les ensembles de données de la NPPTS et de l'ITC dans le cadre de l'OMC, elle les a de nouveau utilisés dans le PIR.

82. En réponse, l'Australie a dit que les éléments de preuve traités dans le PIR étaient plus limités que ceux traités dans le cadre de l'OMC.⁵⁸ Cela ne permet pas d'expliquer pourquoi elle a évalué des éléments de preuve d'une façon dans le cadre de l'OMC, et d'une autre dans le PIR. En tout état de cause, le PIR traite presque tous les ensembles de données faisant l'objet d'un examen par le Groupe spécial.⁵⁹ Ayant elle-même accès à ces données, l'Australie aurait pu procéder à un examen "rigoureux" et "équilibré" (par exemple, au lieu de perpétuer les erreurs des articles de *Tobacco Control*, elle aurait pu analyser l'ensemble complet de données de la NPPTS en employant des techniques dépourvues d'erreurs et d'incohérences). Étonnamment, elle demande même instamment au Groupe spécial de ne pas tenir compte de son PIR et de privilégier l'argument et les éléments de preuve qu'elle a présentés dans le cadre de l'OMC. Le Groupe spécial doit cependant évaluer tous les éléments de preuve qui lui ont été présentés, y compris le PIR.

ii) *Éléments de preuve prévoyant les effets des mesures concernant l'emballage neutre*

1) *Recherche sur l'emballage neutre antérieure à la mise en œuvre*⁶⁰

83. L'Australie s'appuie sur un ensemble d'articles qui cherchaient à prévoir l'incidence de l'emballage neutre au moyen d'hypothétiques paquets neutres dans un contexte de recherche. Ces études laissaient entendre que les mesures concernant l'emballage neutre auraient une incidence presque immédiate sur des facteurs comme la connaissance des risques sanitaires, les intentions de fumer et le comportement tabagique. Rien de tout cela ne s'est en fait produit dans un contexte réel.

84. Pour évaluer la rigueur scientifique de ces articles, la République dominicaine et le Honduras ont commandé deux examens indépendants. *Premièrement*, dans le cadre du projet d'examen collégial, chaque article a fait l'objet d'un examen par deux examinateurs indépendants, reproduisant le processus d'évaluation par les pairs que l'on trouve dans le monde réel pour les revues de haut niveau dans le domaine du comportement du consommateur.⁶¹ *Deuxièmement*, appliquant un outil d'évaluation existant, un groupe distinct d'experts en méthodologies de recherche dans le domaine des sciences sociales a procédé à un examen systématique.⁶² Les deux

⁵⁷ Directives sur le PIR, page 5 (pas d'italique dans l'original).

⁵⁸ Voir la lettre adressée par l'Australie au Groupe spécial (22 mars 2016).

⁵⁹ L'Australie a dit précédemment que les "éléments de preuve mis à disposition à des fins d'analyse dans l'examen après mise en œuvre étaient nécessairement *plus limités* que ceux dont le Groupe spécial disposait en l'espèce [...]". Voir Australie, réponse à la question n° 149 du Groupe spécial, paragraphe 34 (pas d'italique dans l'original).

⁶⁰ Voir République dominicaine, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 196 du Groupe spécial, paragraphes 540 à 581. Voir aussi les rapports d'experts suivants: projet d'examen collégial, pièce DR/HON-3; contre-rapport sur l'examen collégial, pièce DOM/HND-17; deuxième contre-rapport sur l'examen collégial, pièce DOM/HND-17; examen systématique, pièce DOM/HON-4; contre-rapport sur l'examen systématique, pièce DOM/HND-13; deuxième contre-rapport sur l'examen systématique, pièce DOM/HND-18.

⁶¹ Le professeur Jeff Inman (Université de Pittsburgh) a joué le rôle de rédacteur, et son équipe se composait des six examinateurs suivants: le professeur Marc Fischer (Université de Mannheim), le professeur Rik Pieters (Université de Tilburg), le professeur Debra Ringold (Université de Willamette), le professeur Alan Sawyer (Université de Floride), le professeur Luk Warlop (KU Leuven) et le professeur Klaus Wertenbroch (INSEAD).

⁶² L'examen systématique a été réalisé par le professeur Jos Kleijnen, directeur de Kleijnen Systematic Reviews, qui a reçu le soutien du professeur Alan Bryman (Université de Leicester) et du professeur Michael Bosnjak (Université de Mannheim).

groupes sont parvenus à une conclusion constante: les publications sur l'emballage neutre comportent de sérieuses lacunes omniprésentes, au point de ne pas pouvoir constituer une base de recherche fiable en matière de politique publique. Pour les deux examens, l'évaluation détaillée de chaque article sur l'emballage neutre a été mise à la disposition de l'Australie.

85. L'Australie a répondu d'une manière limitée aux deux séries d'examen. S'agissant de certaines lacunes qu'il avait effectivement commentées initialement, le professeur Fong n'a jamais donné suite aux réponses fournies par les équipes chargées de l'examen systématique et de l'examen collégial, qui soulignaient que ses réponses étaient sélectives, incorrectes et fallacieuses. Pour la grande majorité des études concernant l'emballage neutre, l'Australie et ses experts n'ont tout simplement pas tenu compte des critiques. Dans le même temps, ils ont continué de s'appuyer sur les études, y compris dans le PIR, comme s'ils ignoraient qu'elles suscitaient de sérieuses préoccupations quant à leur fiabilité scientifique.

86. Au lieu de contester les critiques, l'Australie et le professeur Fong ont fait valoir que les articles devaient être évalués par rapport à des critères scientifiques moins rigoureux, et qu'ils devraient même échapper à la critique parce qu'ils avaient été "soumis à un examen collégial". Ces deux arguments ne sont pas convaincants. *Premièrement*, le professeur Fong n'a pas du tout expliqué *pourquoi* la recherche sur la lutte antitabac devrait s'en tenir à des critères scientifiques moins rigoureux que ceux utilisés dans d'autres domaines des sciences sociales, quels qu'ils soient; et, le cas échéant, *quels* seraient, parmi les critères scientifiques fondamentaux, ceux qui, selon lui, pourraient être transgressés dans la recherche sur la lutte antitabac. *Deuxièmement*, il est bien reconnu, tant au sein de la communauté scientifique qu'à l'extérieur, que le processus d'évaluation par les pairs est faillible. Les faits portés à la connaissance du Groupe spécial le confirment. Ajzen *et al.* ont, par exemple, démontré qu'en dépit d'avoir été soumis à un examen collégial, les articles de *Tobacco Control* fondés sur la NPPTS n'étaient pas fiables.

87. Dans une dernière tentative pour détourner l'attention des lacunes des articles, l'Australie et ses experts soutiennent qu'il faudrait se fier à l'orientation générale des publications sur l'emballage neutre, sans tenir compte des lacunes omniprésentes et systématiques. L'approche de l'Australie est contraire au principe généralement admis selon lequel tout examen approprié des publications commence par une évaluation de la qualité des études pertinentes. Comme les experts de la République dominicaine l'ont dit, cette approche est essentielle parce que, "si les fondations sont défectueuses, l'édifice ne tient pas".⁶³ En effet, la convergence peut résulter des lacunes des études sous-jacentes, y compris des lacunes systématiques du type de celles qui ont été identifiées dans les études sur l'emballage neutre et qui rendent les résultats partiels.

88. La divergence manifeste entre l'incidence prévue et l'incidence réelle de l'emballage neutre confirme que les "fondations" antérieures à l'emballage neutre sur lesquelles s'appuie la politique sont en fait "défectueuses". Les articles surestiment largement l'effet de l'emballage neutre sur les trois mécanismes, sur les antécédents en aval et sur le comportement tabagique. Il convient de noter qu'aucun des articles sur l'emballage neutre n'a correctement prévu que celui-ci n'aurait pas d'effet sur les antécédents déterminants du tabagisme et sur le comportement tabagique effectif en Australie.

2) Initiation⁶⁴

89. Pour comprendre le comportement tabagique chez les jeunes, la République dominicaine a consulté le professeur Laurence Steinberg, spécialiste reconnu du comportement à risque de l'adolescent. Il a expliqué qu'en raison du développement du cerveau, les adolescents étaient particulièrement sensibles à la gratification (à court terme) (par exemple, le statut social) et accordaient moins d'importance au coût (à long terme) (par exemple, les risques pour la santé). Par conséquent, bien que les adolescents soient tout à fait conscients des risques, ils sont attirés par des comportements à risque (comme le fait de fumer) associés à l'âge adulte, en raison d'une gratification sociale de leurs pairs qui est liée à l'adoption du *comportement* lui-même et non du fait d'un quelconque élément de *l'emballage*.

⁶³ Deuxième contre-rapport sur l'examen systématique, pièce DOM/HND-18, paragraphe 4.

⁶⁴ Voir République dominicaine, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 196 du Groupe spécial, paragraphes 582 à 610. Voir aussi le rapport Steinberg sur l'initiation, pièce DR/HON-6; le contre-rapport Steinberg, pièce DR/HON-10; le troisième rapport Steinberg, pièce DOM/HND-15; la réponse de Steinberg à la question n° 159 du Groupe spécial, pièce DOM/HND-20.

90. Les experts de l'Australie (les professeurs Slovic et Biglan) partageaient en grande partie les vues du professeur Steinberg sur les facteurs influençant l'initiation des jeunes, y compris le fait que les jeunes ont une propension plus élevée à adopter des comportements à risque (comme le fait de fumer); qu'"il est hautement improbable qu'un adolescent qui s'intéresse au tabac refuse une cigarette offerte par un ami à cause de l'emballage"⁶⁵; et que les "jeunes ne prêtent pas attention à l'information sur le risque".⁶⁶

91. Malgré cette identité de vues, l'Australie et ses experts soutiennent que les mesures concernant l'emballage neutre réduiront l'initiation au tabagisme chez les adolescents en *éliminant l'attrait* (ce que l'on appelle les "perceptions et associations positives"⁶⁷ ou un "fort affect positif"⁶⁸) suscité par les éléments distinctifs de l'emballage, et en les *informant mieux* des risques du tabagisme pour la santé. Toutefois, comme le professeur Steinberg et le professeur Ajzen l'ont expliqué, les résultats de la SBS de l'Australie qui ont été publiés contredisent les deux arguments, contradiction au sujet de laquelle les experts de l'Australie n'ont pas répondu.

92. *Premièrement*, White, Williams et Wakefield (2015) ont montré que l'emballage de marque antérieur à l'emballage neutre (avec des mises en garde sanitaires explicites sur 30% de la surface) n'avait pas suscité les perceptions positives présumées. Au contraire, *avant l'emballage neutre*, les paquets de marque en Australie, y compris des marques les plus populaires chez les adolescents, étaient considérés comme *non* attrayants et faisaient l'objet d'associations *négatives* ("moche", "pas cool", "répugnant", et "dégoûtant"). Par conséquent, l'emballage de *marque* antérieur à l'emballage neutre avait déjà précisément créé les associations négatives pour lesquelles l'Australie jugeait nécessaire d'introduire l'emballage *neutre*. Les résultats de la SBS publiés montrent que, depuis que les paquets ont été modifiés, les évaluations concernant les incitations déjà négatives sont simplement devenues *un peu* plus négatives.

93. *Deuxièmement*, les modifications apportées au paquet n'ont pas rehaussé le niveau déjà élevé de sensibilisation aux risques du tabagisme pour la santé, ni amené davantage les adolescents à lire les mises en garde ou à y penser, à renoncer aux cigarettes ou à penser à arrêter (White *et al.* (2015)).

94. Confrontée à ces résultats, l'Australie critique le fait que les experts de la République dominicaine mettent indûment en évidence les résultats publiés à partir des données de la SBS, bien qu'il s'agisse du seul ensemble de données qu'elle ait commandé pour évaluer l'incidence des mesures concernant l'emballage neutre sur les adolescents.⁶⁹

3) Sevrage et récidive⁷⁰

95. Pour comprendre les comportements en matière de sevrage et de récidive, la République dominicaine a consulté le professeur Gabriele Fischer, psychiatre et directeur médical du centre des addictions de l'Université de médecine de Vienne. Celle-ci a expliqué que les déterminants des comportements en matière de sevrage et de récidive étaient bien documentés et n'incluaient pas la conception de l'emballage pour la vente au détail. Le sevrage est principalement déterminé par des facteurs tels que les préoccupations liées à la santé, l'efficacité personnelle, la motivation à renoncer et la faible dépendance au tabac. La récidive est fréquemment associée à des émotions négatives, à une situation de stress et à la dépendance au tabac.

96. L'expert de l'Australie, le docteur Brandon, n'est pas de cet avis car il estime que les paquets neutres constituent des stimuli au tabagisme *moins importants* que les paquets de marque. Il reconnaît que son argument n'est pas étayé sur le plan empirique, mais considère que

⁶⁵ Rapport d'expert de P. Slovic, pièce AUS-12, paragraphe 111.

⁶⁶ Rapport d'expert de P. Slovic, pièce AUS-12, paragraphe 110.

⁶⁷ Australie, première communication écrite, paragraphes 8, 157 et 158.

⁶⁸ Rapport d'expert de P. Slovic, pièce AUS-12, paragraphes 13 et 83 (fort affect positif), 14, 104 et 111 (cachet); deuxième rapport d'expert de P. Slovic, pièce AUS-532, paragraphes 3 (fort affect positif), 4, 85 et 87 (cachet, conçu pour être populaire).

⁶⁹ Australie, réponse à la question n° 196 du Groupe spécial, paragraphe 268 b) et c).

⁷⁰ Voir République dominicaine, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 196 du Groupe spécial, paragraphes 611 à 628. Voir aussi le rapport Fischer sur le sevrage et la récidive, pièce DR/HON-7; le contre-rapport Fischer, pièce DR/HON-11, le troisième rapport Fischer, pièce DOM/HON-18.

les paquets neutres sont *moins* visibles pour les fumeurs et seraient *moins* susceptibles d'être associés au tabagisme que les paquets de marque.

97. Le professeur Fischer explique pourquoi cet argument n'est pas fondé. Dans ses *propres* travaux de recherche, le docteur Brandon constate que les objets sans marque et sans attrait (comme les cigarettes sans marque, les cendriers, les allumettes et même un environnement exposé au tabac) sont *largement visibles* et *largement associés* à l'administration de la nicotine. Il a expliqué que généralement les cigarettes *sans marque* constituaient le stimulus *le plus fort*. En outre, la recherche sur la réactivité aux stimuli confirme que le fait de rendre les stimuli plus "personnels" (par exemple, au moyen de marques) ne les renforce *pas*. Malgré les nombreuses occasions, le docteur Brandon a choisi de ne jamais répondre à ces arguments.

98. Comme le professeur Fischer l'explique, tous les paquets, quelle que soit leur apparence, relèvent du même processus de conditionnement chez les fumeurs, et sont tous étroitement reliés au fait de fumer. Après une brève période d'adaptation des fumeurs, les nouveaux paquets qui sont conçus acquièrent tout simplement le même statut incitatif que les anciens. Les éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre sont compatibles avec les prévisions du docteur Fischer et contredisent celles du docteur Brandon. Les nouveaux paquets de l'Australie n'ont eu aucune incidence sur les antécédents du tabagisme ou sur le renoncement et la récidive effectifs. Il y a eu un pic initial des appels reçus par Quitline. Toutefois, conformément à la position du professeur Fischer, une fois ces modifications des paquets assimilées par les fumeurs, l'effet initial en question a rapidement disparu.

4) Marketing⁷¹

99. L'expert en marketing de la République dominicaine – le professeur Jan-Benedict Steenkamp – prévoyait que les mesures concernant l'emballage neutre n'auraient aucune incidence sur la prévalence du tabagisme et la consommation de tabac: en fait, la suppression des marques affaiblirait la différenciation des produits sur le marché, ce qui réduirait la fidélité du consommateur à une marque, ceci entraînant probablement une plus grande substitution des marques au profit des produits meilleur marché.

100. L'Australie et ses experts – les professeurs Tavassoli et Dubé – ne partagent pas cet avis. Ils font valoir que les mesures concernant l'emballage neutre auront un effet marqué sur la prévalence et la consommation. Le professeur Tavassoli prévoyait qu'il n'y aurait *pas* d'effets de substitution des marques, tandis que le professeur Dubé a refusé de faire de quelconques prévisions. Leur prévision selon laquelle la demande primaire baissera inévitablement repose sur une analogie entre la publicité dans les médias traditionnels et l'emballage neutre de l'Australie.

101. Le professeur Steenkamp a exposé les raisons pour lesquelles l'emballage pour la vente au détail, en particulier l'emballage en Australie, qui est recouvert par de grandes mises en garde sanitaires explicites et repoussantes, ne pouvait pas être assimilé à de la publicité traditionnelle.⁷² L'expert en marketing de l'Australie, le professeur Dubé, semble en convenir. Il a expliqué que la publicité traditionnelle et l'emballage étaient distincts et utilisés dans un "contexte différent", et qu'il "n'avait connaissance d'aucun élément de preuve" indiquant que les effets de la publicité sur la consommation "constituaient une analogie appropriée pour les effets probables de l'emballage neutre du tabac".⁷³

102. Les évaluations des effets de l'emballage neutre effectuées par des spécialistes de la lutte antitabac – y compris les rapports du Directeur du Service de santé publique des États-Unis – confirment que les effets de la publicité traditionnelle et de l'emballage sur la demande des consommateurs ne peuvent pas être simplement assimilés. Au lieu de formuler des conclusions fondées sur les effets de la publicité, les principaux spécialistes de la lutte antitabac s'appuient sur des éléments de preuve provenant de recherches *spécifiques concernant l'emballage neutre*. Ils ont également souligné la nécessité de mener des recherches après mise en œuvre sur les effets

⁷¹ Voir République dominicaine, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 196 du Groupe spécial, paragraphes 629 à 641. Voir aussi les rapports d'experts suivants: le rapport Steenkamp sur les marques, pièce DR/HON-5; le contre-rapport Steenkamp, pièce DOM/HND-14; le deuxième contre-rapport Steenkamp, pièce DOM/HND-19.

⁷² Contre-rapport Steenkamp, pièce DOM/HND-14, section 3.3.2.

⁷³ Rapport d'expert de Jean-Pierre Dubé, AUS-11, paragraphe 11.

effectifs de l'emballage neutre afin d'examiner si les prévisions restaient effectivement valables dans le monde réel.

103. Les éléments de preuve présentés par l'Australie confirment que son analogie simple est infondée: l'emballage de marque antérieur à l'emballage neutre, même assorti de plus petites mises en garde sanitaires, avait une incitation *négative*. Ainsi, un emballage partiellement recouvert par une marque, assorti de mises en garde sanitaires explicites, n'avait pas les *mêmes effets* que la publicité traditionnelle, qui véhicule des messages très *positifs*.

104. Il convient de noter que l'Australie et ses experts n'ont pas donné un seul exemple convaincant pour illustrer le lien de causalité allégué entre l'attrait du paquet et le tabagisme. À la première réunion, l'Australie a cité des exemples d'emballage comme ceux de Fantasia, Sobranie et Vibes – qu'elle jugeait *très attrayants*. Cependant, la République dominicaine a montré qu'il n'y avait presque *personne en Australie* qui *fumait* des produits de ces marques très attrayantes. L'Australie a également mentionné Longbeach et Peter Jackson, mais, selon ses propres recherches, les emballages de ces deux marques comptent parmi les *moins attrayants*, et leurs produits font partie de ceux qui sont les *plus consommés* en Australie, y compris chez les jeunes.

105. L'Australie semble reconnaître que son analogie avec la publicité traditionnelle est encore moins crédible lorsque l'emballage est recouvert de grandes mises en garde sanitaires explicites et repoussantes. Tout au long de la procédure, l'Australie et ses experts ont présenté de nombreuses images d'emballage de marque et même de publicité pour le tabac. Il convient de noter que pas une seule ne présentait un emballage assorti des mises en garde sanitaires explicites dominantes prescrites par l'Australie.

106. Les éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre, décrits plus haut, *confirment* aussi les prévisions du professeur Steenkamp et contredisent celles des experts de l'Australie: les mesures concernant l'emballage neutre ont accentué la descente en gamme sur le marché, sans modifier la prévalence du tabagisme ou la consommation de tabac.

5) Théorie du comportement⁷⁴

107. Au début de la procédure, l'Australie et ses experts se sont appuyés sur un "modèle de chaîne de causalité" visant à établir un lien entre l'*attrait* de l'emballage du tabac et le *comportement tabagique*, au moyen des théories du comportement. Ils ont fait valoir que ces théories prévoyaient de manière fiable qu'une modification de l'*attrait* des produits du tabac modifierait également les antécédents du comportement tabagique, puis le comportement tabagique lui-même. Autrement dit, l'Australie s'est servie des théories du comportement pour combler l'écart entre les éléments de preuve indiquant une modification de l'attrait du paquet et ceux attestant de la modification du comportement tabagique.

108. Pour ce qui est des théories du comportement spécifiques, le professeur Fong s'est appuyé sur les publications *concernant la relation attitude-comportement*, indiquant que les "[t]héories de la psychologie sociale, notamment la *"théorie de l'action raisonnée"* (Fishbein & Ajzen, 1975), et les recherches qui en étaient issues, démontraient clairement que les attitudes étaient effectivement liées au comportement".⁷⁵ Il a allégué qu'on pouvait donc "en conclure directement que, si l'emballage neutre diminuait l'*attrait* des produits du tabac, cela réduirait la probabilité de *comportements* comme celui consistant à commencer à fumer ou à fumer habituellement".⁷⁶ Le professeur Slovic, quant à lui, s'est appuyé sur sa théorie de l'*heuristique d'affect* pour alléguer que, en modérant "l'affect positif", les mesures concernant l'emballage neutre accentueraient la

⁷⁴ Voir République dominicaine, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 196 du Groupe spécial, paragraphes 642 à 669. Voir aussi le rapport Ajzen sur le comportement, pièce DOM/HON/IND-3; l'exposé du professeur Ajzen intitulé "Examination of Australia's Reliance on Behavioral Theories to Support its Tobacco Plain Packaging Legislation", pièce DR/HON/IND-3; le rapport Ajzen supplémentaire, pièce DR/HON/IND-4; la réponse de Ajzen, pièce DOM/HND/IDN-5; la réponse de Ajzen aux questions n° 146, 202 et 203 du Groupe spécial, pièce DOM/HND/IDN-6; l'exposé présenté par le professeur Ajzen à la deuxième audience, Appendice 1 de la déclaration liminaire de la République dominicaine à la deuxième réunion du Groupe spécial.

⁷⁵ Rapport d'expert de G. Fong, paragraphe 252 (pas d'italique dans l'original).

⁷⁶ Rapport d'expert de G. Fong, pièce AUS-14, paragraphe 32 (pas d'italique et non souligné dans l'original).

perception des risques liés au tabagisme et atténueraient celle des avantages qu'on lui prête, ce qui réduirait finalement le comportement tabagique, en particulier chez les jeunes.

109. Pour examiner ces arguments, la République dominicaine a demandé l'avis du professeur Icek Ajzen, désigné comme le psychologue le plus éminent dans le domaine des théories du comportement, qui a élaboré la *théorie de l'action raisonnée*, puis la *théorie du comportement planifié* qui a suivi. Celui-ci a expliqué que les arguments de l'Australie reposaient sur des erreurs d'appréciation fondamentales concernant les théories du comportement, y compris – mais pas exclusivement – ses propres théories. Il a souligné que les théories du comportement ne pouvaient pas *prouver* un lien entre l'attrait de l'emballage et le comportement. En fait, si elles sont correctement appliquées, les théories peuvent générer des *hypothèses* utiles devant être confirmées ou rejetées empiriquement.

110. Le professeur Ajzen a expliqué pourquoi une interprétation correcte des théories du comportement conduisait à la prévision selon laquelle il était peu probable que les mesures concernant l'emballage neutre soient efficaces. Les recherches sur le lien attitude-comportement, menées de longue date, donnent à penser que les attitudes des individus à l'égard d'une cible autre que comportementale (l'emballage) ne permettent pas de prévoir de façon fiable le comportement qu'ils auront à l'égard de la cible (le fait de fumer). Pour que l'emballage neutre modifie le comportement tabagique, il faudrait qu'il déclenche une chaîne d'effets qui, à partir des modifications apportées aux paquets, via les changements d'attitude face aux paquets, aux marques et aux produits, modifieraient les perceptions et les croyances liées aux risques du tabagisme pour la santé, puis les attitudes et les intentions à l'égard du tabac, et enfin le comportement tabagique effectif. Le professeur Ajzen a estimé qu'il était peu probable que les modifications apportées aux paquets en Australie se répercutent tout au long de cette chaîne de causalité, mais a souligné qu'il s'agissait en fin de compte d'une question empirique.

111. Avec les professeurs Hortaçsu, List et Shaikh, le professeur Ajzen a, par la suite, examiné ses prévisions – et celles des experts de l'Australie – à la lumière des éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre. Comme il est résumé plus loin, les prévisions de l'Australie fondées sur les théories du comportement sont incorrectes: bien que les modifications apportées aux paquets aient réduit dans une certaine mesure l'*attrait* qu'ils exerçaient, et que les gens aient davantage *remarqué* les mises en garde sanitaires explicites bien plus grandes, il n'y a pas eu de changement dans les antécédents des comportements en aval ni dans les comportements tabagiques. Le résultat qui, selon le professeur Fong, pouvait "directement"⁷⁷ être postulé – à savoir, si l'attrait du paquet change, les antécédents de comportement et le comportement changeront – ne s'est pas matérialisé dans la réalité. De même, contrairement à l'évaluation du professeur Slovic, les paquets *antérieurs* à l'emballage neutre n'avaient pas un "fort affect positif", et les paquets neutres n'ont pas accentué la perception des risques ou atténué celle des avantages prêtés au tabac.

112. On peut trouver une raison majeure de l'échec des mesures concernant l'emballage neutre dans les données de la propre NPPTS de l'Australie: la relation (corrélation) supposée entre l'*attrait des produits du tabac* d'une part, et de multiples *antécédents et comportements tabagiques en aval* d'autre part, fait défaut. Utilisant l'ensemble de données de la NPPTS, Ajzen *et al.* ont examiné 130 corrélations possibles entre l'attrait des produits du tabac et les antécédents du comportement tabagique ou le comportement tabagique lui-même, en aval. Sur les 130 relations possibles ayant été examinées, *aucune* n'a montré de corrélation significative dans la direction attendue.

113. En réponse, l'Australie a minimisé le rôle des théories du comportement. L'Australie et ses experts ont cessé de mentionner les théories du comportement du professeur Ajzen, si ce n'est pour dire qu'ils ne les avaient jamais invoquées. Le cadre conceptuel sous-tendant l'emballage neutre n'était plus fondé sur la théorie du comportement mais sur la *Loi PP* elle-même. Enfin, les professeurs Fong et Slovic n'ont jamais tenté d'expliquer l'incompatibilité qu'il y avait entre leurs prévisions fondées sur la théorie et les éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre.

⁷⁷ Rapport d'expert de G. Fong, pièce AUS-14, paragraphe 32.

*iii) Les assertions de l'Australie concernant une contribution future ne sont pas étayées par des éléments de preuve suffisants*⁷⁸

114. Bien qu'elle fasse valoir que les effets des mesures concernant l'emballage neutre seront majeurs à plus long terme, l'Australie a donné étonnamment peu de détails sur les hypothèses sous-tendant cet argument, et a présenté encore moins d'éléments de preuve à l'appui. Comme l'Organe d'appel l'a affirmé, l'enchaînement menant aux effets futurs allégués doit être "fondé sur un ensemble d'hypothèses qui sont vérifiées et étayées par des éléments de preuve suffisants".⁷⁹

115. L'Australie a proposé différentes hypothèses, l'une pour expliquer l'effet différé des mesures concernant l'emballage neutre sur l'initiation et le renoncement (une hypothèse fondée sur une "contribution différée" pour faire baisser l'initiation et progresser le renoncement), une autre pour expliquer l'aptitude différée des techniques économétriques à détecter ces changements dans les données sur la prévalence et la consommation au niveau de la population (l'hypothèse d'une "détection différée"). Ces hypothèses ne sont pas vérifiées ou bien, si elles le sont, sont contredites par les éléments de preuve. Ainsi, l'enchaînement allégué menant à des effets à long terme n'est pas étayé par des éléments de preuve, a fortiori par des éléments de preuve suffisants.

116. Avant d'examiner les hypothèses, il importe de noter que, dans son argument relatif aux effets à long terme, l'Australie suppose que les effets des mesures concernant l'emballage neutre se renforceront dans le temps. Or il est bien documenté que la réaction d'un individu confronté à un nouvel emballage est plus forte à la première exposition et s'estompe au fur et à mesure qu'il s'habitue au nouveau paquet. Ce phénomène d'"usure" est bien documenté par les spécialistes de la lutte antitabac, y compris en ce qui concerne l'emballage du tabac (tant pour ce qui est des mises en garde sanitaires explicites que de l'emballage neutre), et confirmé par les données postérieures à la mise en œuvre. Ces données montrent que, avant même que le comportement tabagique ne se modifie, les quelques réactions initiales observées dans les antécédents en aval (par exemple, appels passés à Quitline, dissimulation du paquet) avaient diminué. Comme le professeur Ajzen l'a expliqué, si les gens se sont déjà adaptés au nouvel emballage, et si leurs réactions négatives ont diminué sans que le comportement change, il n'y a aucune raison de s'attendre à une modification du comportement à l'avenir.

117. S'appuyant sur le professeur Slovic, l'Australie a rejeté la possibilité d'une "perte d'impact", faisant valoir qu'en l'absence de marques sur le paquet, "il n'y avait tout simplement pas d'élément qui pouvait perdre de son impact".⁸⁰ Le professeur Ajzen a expliqué que cet "argument quelque peu obscur" était fondé sur une mauvaise compréhension fondamentale de la perte d'impact. L'Australie a alors cessé de recourir à cet argument, pour admettre en fait que les données de la NPPTS montraient qu'un certain nombre d'effets avaient effectivement diminué.

118. **Hypothèse relative à une "contribution différée".** Selon la première série d'hypothèses formulées par l'Australie, l'incidence majeure sur la réduction de l'initiation et le renoncement sera différée jusqu'à long terme. En ce qui concerne l'initiation, sans trop d'explications ou d'éléments de preuve, voire aucun, l'Australie fait l'hypothèse que l'effet des mesures concernant l'emballage neutre sera plus prononcé dans le long terme parce qu'"il faudra du temps pour que le groupe d'enfants non exposés à l'emballage du tabac entièrement recouvert de marques arrivent à l'adolescence".⁸¹ Cette affirmation pose un problème fondamental. L'Australie suppose expressément que l'emballage de marque antérieur à l'emballage neutre a créé de fortes associations positives avec le tabagisme pour la génération actuelle, et que ces associations positives mettront jusqu'à la génération suivante pour disparaître. Cependant, les données de la SBS montrent que les paquets antérieurs à l'emballage neutre en Australie, sur lesquels figuraient des mises en garde sanitaires explicites, avaient déjà conduit les jeunes à établir des associations fortement négatives avec le tabagisme. En outre, même si l'Australie fait valoir que les associations positives alléguées découlent des effets persistants de la publicité

⁷⁸ Voir République dominicaine, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 200 du Groupe spécial.

⁷⁹ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 149 (pas d'italique dans l'original).

⁸⁰ Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 503.

⁸¹ Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 496.

traditionnelle, la génération actuelle n'a jamais été exposée à la publicité traditionnelle qui a été interdite il y a presque 25 ans.

119. Au sujet de l'incidence différée sur le renoncement, l'Australie n'a donné guère plus d'explications que les suivantes: de "*multiples tentatives de renoncement*" sont souvent nécessaires pour qu'un fumeur puisse réussir à arrêter de fumer.⁸² Les effets sur le renoncement prendront donc du temps à se manifester. Là encore, son affirmation est contredite par les éléments de preuve. L'ensemble de données de la NPPTS de l'Australie montre qu'*aucune* des dizaines de variables relatives au renoncement, y compris les tentatives d'arrêter, n'a indiqué un changement dans la direction envisagée par les mesures concernant l'emballage neutre. En fait, au lieu que les modifications du paquet aient entraîné une *augmentation* du nombre de tentatives de renoncement, elles l'ont fait *diminuer*.

120. **Hypothèse relative à la "détection différée".** L'autre hypothèse de l'Australie est que les techniques économétriques ne sont pas capables de détecter la contribution initiale des mesures concernant l'emballage neutre pour réduire le comportement tabagique parce que l'incidence sur l'initiation et le sevrage est trop faible pour être détectée, mais que cette incidence augmentera. Les résultats du professeur List contredisent cette hypothèse: les données sur la prévalence de la RMSS ne révèlent aucun effet statistiquement significatif de l'emballage neutre sur la prévalence du tabagisme chez les jeunes. Mme Chipty n'a pas répondu à ces constatations en faisant valoir de quelconques travaux empiriques propres. En outre, à la fin de la procédure, l'Australie n'a plus affirmé qu'il ne s'était pas écoulé suffisamment de temps pour détecter des changements dans la prévalence et la consommation. Mme Chipty a en fait expliqué que l'"examen de la puissance [pour la détection] n'était plus essentiel".⁸³

*iv) Conclusion*⁸⁴

121. Au début de la procédure, les experts de la République dominicaine ont expliqué, à travers le prisme de leurs expertises respectives, pourquoi les mesures concernant l'emballage neutre seraient un instrument de lutte antitabac inefficace et pourquoi elles n'étaient pas fondées sur une base scientifique crédible. À mesure que de nombreux éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre sont devenus disponibles, les prévisions initiales effectuées par ses experts ont été, les unes après les autres, confirmées par ce qui s'est produit dans la réalité. En outre, les multiples éléments de preuve présentés au Groupe spécial se combinent d'une manière cohérente et constante aux arguments et aux éléments de preuve de la République dominicaine.

122. En revanche, les différents éléments de preuve ne peuvent pas se combiner d'une manière cohérente et constante aux arguments de l'Australie. L'image qui émerge de ces arguments est confuse et incohérente, d'une manière générale. Les prévisions des experts ne se combinent pas non plus aux éléments de preuve sur les antécédents ou à ceux qui concernent le comportement tabagique; et les éléments de preuve relatifs aux antécédents et au comportement tabagique ne se combinent pas aux arguments de l'Australie. Dans une tentative visant à combiner de force tous les éléments, l'Australie a été contrainte de modifier ses arguments, rendant les derniers arguments incompatibles avec les précédents. Les théories du comportement n'apportent plus la réponse; les antécédents, comme les intentions, ne constituent plus la meilleure manière d'évaluer les mesures concernant l'emballage neutre; les ensembles de données de la NPPTS et de l'ITC ne sont plus fiables; les articles publiés dans *Tobacco Control* ne fournissent plus une évaluation globale des mesures concernant l'emballage neutre; et, en fait, les éléments de preuve sur le comportement tabagique effectif comptent désormais – au moins en ce qui concerne l'évaluation sélective et erronée de Mme Chipty – alors que ce n'était pas le cas auparavant.

123. La compatibilité et la cohérence entre la totalité des éléments de preuve et les arguments des plaignants, associées à l'incompatibilité et à l'incohérence entre la totalité des éléments de preuve et les arguments de l'Australie en disent long. La conclusion qui doit être tirée de ces éléments de preuve est claire: les mesures concernant l'emballage neutre ne modifient pas, et ne modifieront pas, le comportement tabagique en Australie.

⁸² Australie, première communication écrite, paragraphe 670 et annexe E, paragraphe 12.

⁸³ Rapport d'expert supplémentaire de T. Chipty, pièce AUS-591, paragraphe 2.f.

⁸⁴ Voir République dominicaine, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 196 du Groupe spécial, paragraphes 670 à 684.

2) *Mesures de rechange moins restrictives*a) *Solutions de rechange proposées*

124. Dans le cas où le Groupe spécial devrait constater que les mesures concernant l'emballage neutre apportent une contribution, la République dominicaine propose quatre solutions de rechange. À travers ces solutions de rechange, elle montre sa détermination à faire en sorte que l'Australie puisse prendre des mesures de lutte antitabac efficaces. Les solutions de rechange consistent à: 1) faire passer de 18 à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat; 2) relever le taux des droits d'accise; 3) renforcer les campagnes de marketing social; et 4) établir des mécanismes de contrôle préalable pour examiner les attributs de la marque et les éléments de forme figurant sur l'emballage des produits du tabac et les produits eux-mêmes. Qu'elles soient considérées séparément ou conjointement, ces solutions de rechange: 1) constituent une entrave à l'usage des marques moins importante que les mesures concernant l'emballage neutre (c'est-à-dire qu'elles sont moins restrictives pour les marques); 2) apportent une contribution à la réduction de la prévalence du tabagisme et de la consommation de tabac qui est équivalente ou supérieure à celle des mesures concernant l'emballage neutre; et 3) sont raisonnablement disponibles pour l'Australie comme mesures de rechange. En ce qui concerne les mesures concernant l'emballage neutre, les éléments de preuve n'étaient rien de plus qu'une conclusion selon laquelle la contribution serait, au mieux, d'une importance *négligeable*, avec une *probabilité très faible* de se matérialiser à un moment indéterminé dans le *long terme*; par ailleurs, les solutions de rechange ont une *probabilité bien plus élevée* d'apporter une *contribution significative* à l'objectif de l'Australie, tant *immédiatement qu'à l'avenir*, sur le long terme.

125. Il importe de noter que l'Australie ne conteste pas que les solutions de rechange proposées contribueraient à la réduction du tabagisme, en particulier pour le groupe ciblé – les jeunes. Par exemple, pour ce qui est de l'augmentation des taxes, l'Australie admet que la taxation est "la seule politique, et la plus efficace, pour réduire la consommation du tabac".⁸⁵ L'expert de l'Australie, le professeur Chaloupka, a lui-même dit avoir constaté que la recherche "démontrait 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*".⁸⁶ Une augmentation des taxes a un effet presque immédiat qui se répercute jusque dans le long terme, avec une élasticité à long terme supérieure à l'élasticité à court terme.⁸⁷

126. L'Australie n'a pas non plus contesté les éléments de preuve présentés par la République dominicaine selon lesquels une augmentation de l'âge minimum légal pour l'achat, qui passerait de 18 à 21 ans, garantirait une "forte" réduction (de 25%) du tabagisme chez les 15-17 ans; et une réduction "moyenne" (de 15%) du tabagisme chez les moins de 15 ans et chez les 18-20 ans.⁸⁸ Si l'on traduit ces chiffres en taux de prévalence, le passage de 18 à 21 ans de l'âge minimum légal pour l'achat ferait baisser de 12% les taux de prévalence globaux à long terme.⁸⁹ Le relèvement à 21 ans de l'âge minimum légal pour l'achat apporterait donc une contribution à la réduction du tabagisme qui serait bien *supérieure* à l'éventuelle contribution que les mesures concernant l'emballage neutre pourraient apporter un jour, et il est certain qu'il y aura un effet à court terme sur le tabagisme des jeunes qui entraînera nécessairement des incidences à long terme.

127. L'Australie n'a pas examiné les mesures de rechange proposées par la République dominicaine au titre de l'article 20, parce qu'elle suppose à tort que la disposition n'exige pas l'examen de solutions de rechange. Elle formule néanmoins des arguments concernant les solutions de rechange au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*, qui sont examinés ci-après par la République dominicaine.

⁸⁵ Australie, première communication écrite, paragraphe 719.

⁸⁶ Rapport d'expert supplémentaire de F. Chaloupka, pièce AUS-582, paragraphe 29 (pas d'italique dans l'original).

⁸⁷ Voir Gallet et List (2003), pièce DR-120, page 824; Bardsley et Olekalns (1999), pièce DR-122, page 237, figure 5; H. Ross et F. J. Chaloupka, "Economic Policies for tobacco control in developing Countries", *Salud Publica Mexico* 2006;48 suppl 1: S116-S117, pièce DR-118; Chaloupka et Hu (2000), pièce DR-121, page 251.

⁸⁸ Rapport de l'Institut de Médecine des États-Unis, pièce DR-232, pages 7 à 11.

⁸⁹ Rapport de l'Institut de Médecine des États-Unis, pièce DR-232, page S-6.

b) Les arguments interprétatifs de l'Australie sont dénués de fondement

128. L'Australie s'oppose aux solutions de rechange proposées pour deux motifs tenant à l'interprétation: premièrement, une version renforcée d'une mesure existante "ne constitue pas une "solution de rechange" valable"⁹⁰; et, deuxièmement, même si une mesure existante était susceptible de constituer une solution de rechange, elle devrait employer le même mécanisme que celui utilisé par la mesure contestée.⁹¹

129. En ce qui concerne le premier argument, l'Australie présente de manière erronée les constatations du Groupe spécial et de l'Organe d'appel dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés* en déclarant que ceux-ci ont constaté qu'"une mesure de rechange proposée qui était déjà mise en œuvre, en totalité ou en partie, ou en train de l'être", ne constituait pas une solution de rechange "valable".⁹² En fait, les mots "en totalité ou en partie" ne figurent dans aucune des constatations du Groupe spécial et de l'Organe d'appel. Dans ce différend, l'Union européenne a proposé, comme solution de rechange à l'interdiction de l'importation des pneumatiques rechapés, des mesures qui n'étaient pas nouvelles, et qui avaient été pleinement mises en œuvre par le Brésil, ou qui étaient en train de l'être. Les mesures de rechange proposées n'étaient pas des versions *renforcées* de mesures existantes, comme le sont les solutions de rechange proposées en l'espèce. Enfin, l'argument de l'Australie selon lequel des versions renforcées de mesures existantes ne peuvent pas servir de solutions de rechange est directement contredit par les constatations du Groupe spécial *Chine – Terres rares*.⁹³

130. Le deuxième argument de l'Australie – selon lequel une solution de rechange ne peut pas apporter une contribution équivalente si elle fonctionne au moyen d'un mécanisme *différent* de celui employé par la mesure contestée – est catégoriquement contredit par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – EPO (article 21:5)*, lequel a constaté qu'il n'était pas nécessaire qu'une mesure de rechange apporte sa contribution avec le *même moyen ou mécanisme* que la mesure contestée.⁹⁴

c) Les arguments factuels de l'Australie concernant les solutions de rechange sont dénués de fondement⁹⁵

131. Bien que l'Australie ne conteste pas que les solutions de rechange proposées contribueraient à réduire le tabagisme, elle fait valoir, en fait, que celles-ci n'apportent pas une contribution équivalente. En particulier, elle affirme, sur quelques lignes seulement qu'elle répète tout au long de ses communications, que le remplacement des mesures concernant l'emballage neutre par un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat, une augmentation des droits d'accise ou un meilleur marketing social i) "*aboutirait à un ensemble plus limité des mécanismes en jeu*"; ii) affaiblirait donc "*la capacité de l'Australie d'influencer le plus large éventail de consommateurs et de consommateurs potentiels*"; et iii) réduirait les synergies avec d'autres mesures de lutte antitabac.⁹⁶ Ces trois arguments ne peuvent pas être retenus.

132. Comme dans le cas de son premier argument – selon lequel les solutions de rechange limiteraient l'ensemble des mécanismes en jeu – l'Australie donne à penser que les mesures concernant l'emballage neutre portent sur de *nouveaux mécanismes de politique générale* alors que les solutions de rechange visent à *renforcer des mécanismes existants*, insinuant que, sans les mesures concernant l'emballage neutre, les mécanismes de politique générale en jeu seraient moins nombreux. La République dominicaine n'est pas de cet avis.

133. *Premièrement*, l'Australie comprend mal la question: la question ne concerne pas le *nombre de mécanismes* en jeu, mais le *degré de contribution* qui résulte du fonctionnement des mesures. *Deuxièmement*, son opinion selon laquelle les mesures concernant l'emballage neutre

⁹⁰ Australie, réponse à la question n° 148 du Groupe spécial, paragraphe 21.

⁹¹ Australie, réponse à la question n° 148 du Groupe spécial, paragraphes 22 et 23.

⁹² Australie, réponse à la question n° 148 du Groupe spécial, paragraphe 21.

⁹³ Rapport du Groupe spécial *Chine – Terres rares*, paragraphe 7.186.

⁹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5)*, paragraphe 5.215.

⁹⁵ Voir République dominicaine, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 148 du Groupe spécial, paragraphes 72 à 115.

⁹⁶ Australie, réponse à la question n° 148 du Groupe spécial, paragraphe 27 (pas d'italique dans l'original).

comprennent de nouveaux mécanismes de politique générale est incompatible avec la façon dont elle a elle-même qualifié lesdites mesures tout au long de la présente procédure. L'Australie a fait valoir que les mesures concernant l'emballage neutre impliquaient l'*extension d'un mécanisme de politique générale existant*, à savoir, ses interdictions visant la publicité, le marketing et la promotion, qui étaient également conçues pour réduire l'attrait des produits du tabac. De même, les deux autres mécanismes au moyen desquels les mesures concernant l'emballage neutre étaient censées fonctionner (l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et la diminution de l'aptitude à induire en erreur) sont des extensions des mécanismes de politique générale existants (par exemple, les mises en garde sanitaires explicites, le marketing social et l'interdiction générale visant un comportement propre à induire en erreur). Par conséquent, il n'est tout simplement pas correct de dire que les mesures concernant l'emballage neutre impliquent l'ajout de *nouveaux* mécanismes de politique générale, quels qu'ils soient, à sa stratégie globale de lutte antitabac. Les solutions de rechange proposées sont donc équivalentes aux mesures concernant l'emballage neutre à cet égard: elles représentent toutes une extension des mécanismes de politique générale existants. En conséquence, le remplacement des mesures concernant l'emballage neutre par des solutions de rechange ne limiterait pas "l'ensemble des mécanismes de politique générale en jeu".

134. Le deuxième argument de l'Australie est que les solutions de rechange affaibliraient *sa capacité d'influencer le plus grand éventail de consommateurs et de consommateurs potentiels*. Cependant, cet argument repose explicitement sur son premier argument selon lequel les mesures concernant l'emballage neutre impliquent de *nouveaux* mécanismes de politique générale qui seraient éliminés de sa stratégie de lutte antitabac si les mesures concernant l'emballage neutre étaient remplacées par les solutions de rechange. Or, comme il vient d'être dit, cela n'est pas exact: les trois mécanismes de politique générale qui, d'après les allégations, fonctionnent dans le cadre des mesures concernant l'emballage neutre continueraient de fonctionner par le biais d'autres mesures de lutte antitabac.

135. Les éléments de preuve montrent également que les mesures concernant l'emballage neutre n'ont guère, voire pas, entraîné de changement supplémentaire dans le fonctionnement des mécanismes: l'incitation concernant le produit était déjà négative et cela n'a guère changé; les gens étaient déjà bien informés des risques du tabagisme pour la santé et cela n'a pas changé; il ne semble donc pas qu'ils aient été induits en erreur quant à ces risques sanitaires, et les niveaux d'aptitude à induire en erreur n'ont pas non plus changé. Sans surprise, ces changements décevants dans les mécanismes de politique générale n'ont pas modifié les antécédents se rapprochant davantage du comportement tabagique (par exemple, les intentions), ni le tabagisme effectif.

136. En revanche, pour les solutions de rechange proposées, de nombreux éléments de preuve montrent que les mécanismes de politique générale existants pourraient encore être renforcés, avec des résultats favorables. Par exemple, l'âge minimum légal pour l'achat s'appuie sur l'extension d'un mécanisme de politique générale fondé sur l'accès bien plus efficace que l'emballage neutre, parce que le fait d'*interdire* aux jeunes de fumer est préférable au fait de les autoriser à fumer des cigarettes de paquets moins attrayants sur le plan visuel. De même, l'augmentation des taxes fonctionne par le biais d'un mécanisme de politique générale qui est considéré, y compris par les spécialistes de la lutte antitabac eux-mêmes, comme la seule mesure de lutte antitabac, et la plus efficace, y compris pour réduire le tabagisme chez les jeunes. En résumé, les solutions de rechange proposées constituent un moyen bien plus efficace que les mesures concernant l'emballage neutre pour influencer le plus large éventail possible d'individus. En conséquence, le remplacement des mesures concernant l'emballage neutre par les solutions de rechange renforcerait – au lieu d'affaiblir – la capacité de l'Australie d'influencer le plus large éventail de consommateurs.

137. Enfin, le troisième argument de l'Australie est que, si les mesures concernant l'emballage neutre étaient remplacées par les solutions de rechange proposées, il y aurait une perte de synergies avec les autres mesures de lutte antitabac.⁹⁷ L'essence de cet argument semble être que les mesures concernant l'emballage neutre contribuent indirectement à réduire le tabagisme en rendant la taxation et les campagnes de marketing social *plus efficaces*. À l'appui de son argument, l'Australie n'a mentionné qu'une seule étude, qui ne concernait pas l'emballage neutre mais la publicité au point de vente et ses synergies avec les mesures concernant les prix. Elle n'a pas expliqué en quoi ces constatations pouvaient être extrapolées à l'emballage neutre. Bien

⁹⁷ Australie, réponse à la question n° 148 du Groupe spécial, paragraphe 26.

entendu, les synergies alléguées, le cas échéant, entre les interdictions de la publicité au point de vente et d'autres mesures de lutte antitabac de l'Australie ne seraient pas plus faibles du fait du remplacement des mesures concernant l'emballage neutre. En outre, les éléments de preuve spécifiques à l'emballage neutre contredisent directement la position de l'Australie, montrant que, après mise en œuvre, la taxation n'est pas devenue plus efficace. Enfin, l'Australie ne tient pas compte du fait que les mesures de rechange proposées aboutiraient elles-mêmes à un renforcement des synergies.

B. Allégations juridiques au titre de l'Accord OTC

1. L'Accord OTC s'applique aux mesures concernant l'emballage neutre dans leur ensemble⁹⁸

138. L'Organe d'appel a établi un triple critère pour déterminer la question liminaire de savoir si une mesure, considérée comme "un tout intégré"⁹⁹, constitue un "règlement technique" au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC. Les mesures concernant l'emballage neutre satisfont aux trois éléments du critère: *premièrement*, elles s'appliquent à un "groupe de produits identifiable", à savoir, les produits du tabac¹⁰⁰; *deuxièmement*, elles "énoncent" les caractéristiques d'un produit – tant d'une manière permissive que prohibitive – pour les produits du tabac et leur emballage quant au point de savoir si et/ou comment les marques peuvent apparaître sur les cigares et les cigarettes; de manière indépendante, elles peuvent être considérées comme des prescriptions en matière d'emballage, de marquage et d'étiquetage; *troisièmement*, il est strictement obligatoire de respecter les prescriptions des mesures concernant l'emballage neutre.¹⁰¹

139. L'Australie cherche à exclure les "prescriptions relatives à la marque" des mesures concernant l'emballage neutre¹⁰² de l'examen du Groupe spécial au titre de l'Accord OTC au motif que "[ces] prescriptions" sont régies par l'Accord sur les ADPIC. Cependant, les obligations dans le cadre de l'OMC énoncées dans différents accords visés s'appliquent de manière cumulative, sauf indication contraire expresse ou en cas de conflit. Étant donné qu'il n'existe ni l'un ni l'autre, tant l'article 2.2 de l'Accord OTC que l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC s'appliquent aux mesures concernant l'emballage neutre.

2. Les mesures concernant l'emballage neutre ne sont pas conformes aux normes internationales¹⁰³

140. L'Australie invoque l'article 2.5 de l'Accord OTC pour faire valoir que les mesures concernant l'emballage neutre sont "conformes aux normes internationales pertinentes" et que, par conséquent, elles "ser[ont] présumé[s] – cette présomption étant réfutable – ne pas créer un obstacle non nécessaire au commerce international". Elle entend par "normes internationales", deux directives pour l'application des articles 11 et 13 de la Convention-cadre pour la lutte antitabac (les "Directives de la FCTC"), adoptées par la Conférence des Parties à la FCTC. Les deux directives recommandent que les parties à la FCTC "envisage[nt]" d'adopter l'emballage neutre.

141. Les propres actions de l'Australie amènent à se demander si elle-même considère qu'elle satisfait aux conditions prévues par l'article 2.5. Par exemple, lors de la notification de ses

⁹⁸ Voir République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 934 à 949; deuxième communication écrite, paragraphes 815 à 841; réponses aux questions n° 62, 89 et 115 du Groupe spécial; observations sur les réponses de l'Australie à la question n° 145 du Groupe spécial; déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 57 et 58.

⁹⁹ Rapport de l'Organe d'appel CE – *Produits dérivés du phoque*, paragraphes 5.28 et 5.29. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel CE – *Amiante*, paragraphe 64. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel États-Unis – EPO (article 21:5), paragraphes 5.239 et 5.241.

¹⁰⁰ République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 939 et 940.

¹⁰¹ République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 948 et 949.

¹⁰² À la différence des "prescriptions de forme" qui réglementent la forme des produits et de l'emballage, les "prescriptions relatives à la marque" réglementent le point de savoir si, et comment, les marques apparaissent sur les produits du tabac et l'emballage.

¹⁰³ Voir République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 814 à 920; réponses aux questions n° 66, 67, 68, 69, 70, 130, 131, 136, 150 et 163 du Groupe spécial; observations sur les réponses de l'Australie aux questions n° 147, 150, 162 et 163 du Groupe spécial; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 27 à 33.

mesures concernant l'emballage neutre au Comité OTC, l'Australie¹⁰⁴ a coché la case indiquant qu'"il n'exist[ait] pas de normes internationales pertinentes, ou que la teneur technique d'un règlement technique projeté n'[était] pas conforme à celle des normes internationales pertinentes".

142. Bien que les parties conviennent que le fait d'invoquer l'article 2.5 avec succès établit une présomption réfragable de la conformité avec l'article 2.2, la République dominicaine conteste l'assertion de l'Australie selon laquelle les conditions donnant lieu à la présomption prévue dans l'article 2.5 ont été respectées; et, par ailleurs, la nature de la présomption qui en résulterait si elles l'avaient été.

143. *Premièrement*, bien que les Directives de la FCTC poursuivent un objectif valable, elles n'ont pas été élaborées par un "organisme international à activité normative" compétent au sens de l'*Accord OTC*¹⁰⁵, et ne constituent donc pas une "norme internationale". Si l'on garde à l'esprit le rôle joué par les "normes internationales" dans la poursuite de l'objectif de l'*Accord OTC* visant à faciliter les échanges internationaux¹⁰⁶, une organisation comme la Conférence des Parties à la FCTC, dont le but même est de mettre un terme au commerce international des produits du tabac, ne peut pas être considérée comme une organisation internationale de normalisation.¹⁰⁷

144. De même, la Conférence des Parties à la FCTC ne respecte pas au moins trois des six principes applicables aux organisations internationales de normalisation énoncés dans la Décision du Comité OTC.¹⁰⁸ Elle n'est pas "ouvert[e]"¹⁰⁹, ni "impartial[e]"¹¹⁰ car, pour mettre en œuvre le traité, les parties à la FCTC doivent suivre des *choix de politique générale préétablis qui privilégient* des intérêts et des points de vue particuliers.¹¹¹

145. La Conférence des Parties à la FCTC ne satisfait pas non plus aux prescriptions du principe d'"efficacité [et de] pertinence"¹¹², voulant que les normes internationales reposent sur une base scientifique appropriée. Lorsque la République dominicaine a demandé pour la première fois à ce qu'on lui communique le "fondement scientifique" des Directives de la FCTC, le Secrétariat de la FCTC a refusé.¹¹³ Lorsque le Groupe spécial a demandé ce même renseignement, le Secrétariat de la FCTC n'a cité qu'un *document de recherche scientifique sur l'emballage neutre* constitué d'une étude d'une page présentant des lacunes méthodologiques et aboutissant à des *conclusions mitigées* quant au bien-fondé de cette mesure.¹¹⁴ Les activités de la Conférence des Parties à la FCTC contrastent fortement avec celles des organisations généralement considérées comme des organisations internationales de normalisation, comme l'Organisation internationale de normalisation et la Commission du Codex Alimentarius, qui sont ouvertes, impartiales et conformes à des projets dictés par des considérations scientifiques. Pour souligner encore le fait que la Conférence des Parties à la FCTC n'a pas le statut d'organisation internationale de normalisation, le Secrétariat de l'OMS et le Secrétariat de la FCTC ont, dans leur communication conjointe au Groupe spécial, mis en avant les activités normatives de l'OMS – l'organisation qui chapeaute la Conférence des Parties à la FCTC – même si celle-ci ne mène aucune activité de normalisation en relation avec le tabac.¹¹⁵

146. *Deuxièmement*, les Directives de la FCTC ne sont pas des "normes" au sens de l'article 1.2 de l'*Accord OTC* parce qu'elles ne se prêtent pas à des "usages communs et répétés". Pour remplir leur rôle en matière d'harmonisation et de facilitation des échanges, les normes internationales

¹⁰⁴ Voir G/TBT/N/AUS/67 (8 avril 2011).

¹⁰⁵ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 359.

¹⁰⁶ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphes 214 et 215; voir deuxième examen triennal de l'Accord, Normes internationales, Contribution de l'Australie: document G/TBT/W/139, paragraphe 8.

¹⁰⁷ Voir par exemple la FCTC, pièce JE-19, articles 3, 7, 23, 22.1 b) iii) et 26.3, partie III.

¹⁰⁸ Décisions et recommandations adoptées par le Comité des obstacles techniques au commerce de l'OMC depuis le 1^{er} janvier 1995, G/TBT/1/Rev.12 (21 janvier 2015).

¹⁰⁹ Voir la *Décision du Comité OTC*, page 47.

¹¹⁰ Voir la *Décision du Comité OTC*, page 48.

¹¹¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 376. Par exemple, pour participer à la Conférence des Parties à la FCTC, un pays producteur de tabac, comme la République dominicaine, doit, pour l'accession, consentir des efforts visant à réorienter la production agricole vers d'autres cultures qui sont susceptibles de ne pas être aussi profitables sur le plan économique.

¹¹² Voir la *Décision du Comité OTC*, page 48.

¹¹³ Lettre de la République dominicaine au chef du Secrétariat de la FCTC (25 avril 2014), pièce DR-46.

¹¹⁴ Voir le rapport d'expert de G. Fong, pièce AUS-14, paragraphes 333 et 334.

¹¹⁵ Voir la communication de l'OMS/la FCTC.

doivent être suffisamment précises pour faire en sorte que les mesures internes puissent simplement les adopter sans variation. Sans la précision requise, la teneur de la réglementation nationale varie inévitablement, compromettant de fait l'objectif visant à harmoniser les conditions du commerce international.

147. Les Directives de la FCTC n'ont pas la précision nécessaire pour constituer une norme internationale. Par exemple, les prescriptions en matière d'emballage ne spécifient pas de conditions normalisées en ce qui concerne: le type, la couleur et la taille des caractères pour le nom commercial et le nom de variante; la couleur de fond de l'emballage; l'emplacement du nom commercial 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 commercial, le nom de variante et le nom de pays; et la couleur de fond de la bague du cigare. Enfin, en l'absence d'une *quelconque* directive de la FCTC recommandant d'interdire l'utilisation du nom commercial et du nom de variante sur les bâtonnets de cigarettes, l'Australie a néanmoins interdit leur utilisation.

148. *Troisièmement*, même si les Directives de la FCTC étaient des normes internationales, les mesures concernant l'emballage neutre n'y sont pas "conformes" parce qu'il manque le degré élevé de correspondance requis entre le règlement technique d'un Membre et une norme internationale.¹¹⁶ Un règlement technique est "conforme" à une norme internationale s'il "*incorpor[e] complètement* la norme internationale et la *transform[e]* en pratique en une norme nationale".¹¹⁷ Le texte de l'article 2.5 de l'*Accord OTC* exige qu'"un règlement technique", et non quelques-uns de ses sous-éléments, soit "conforme" à une norme internationale. Par conséquent, contrairement à l'argument de l'Australie, il n'est pas approprié d'atomiser un règlement technique en des éléments qui sont conformes à la norme internationale et d'autres qui ne le sont pas.

149. Comme il a été expliqué plus haut, les Directives de la FCTC laissent une grande marge de manœuvre aux organismes de réglementation nationaux pour les mettre en œuvre sur le plan interne. En outre, les mesures concernant l'emballage neutre interdisent l'utilisation des noms commerciaux sur les cigarettes, ce qui n'entre pas dans le cadre des Directives. Les mesures concernant l'emballage neutre ne sont donc pas conformes aux Directives de la FCTC.

150. Par conséquent, puisqu'elle n'a pas démontré que les Directives de la FCTC étaient des "normes internationales" ou que les mesures concernant l'emballage neutre étaient "conformes" à ces directives, l'Australie ne peut pas bénéficier d'une présomption réfragable de compatibilité au titre de l'article 2.2.

151. Même si le Groupe spécial devait ne pas partager cet avis, la présomption accordée dans le cadre de l'article 2.5 a été réfutée par la République dominicaine. Contrairement à l'argument de l'Australie, la présomption se rapporte aux facteurs qui doivent être examinés dans une analyse au titre de l'article 2.2, y compris le caractère restrictif pour le commerce de la mesure contestée, sa contribution, les risques que la non-réalisation entraînerait et l'existence de solutions de rechange raisonnablement disponibles. Toutefois, la nature et la teneur précises de la présomption résultant d'un cas particulier dépendent du point de savoir si, et comment, une norme internationale donnée traite les facteurs énoncés à l'article 2.2. En l'espèce, au mieux, les Directives de la FCTC traitent le point de savoir si les mesures concernant l'emballage neutre "contribuent" à la réalisation de leurs objectifs.¹¹⁸ Cependant, pour ce qui est de la contribution, le dossier du Groupe spécial confirme que la Conférence des Parties à la FCTC n'a pas la base d'éléments de preuve suffisante permettant d'étayer la conclusion selon laquelle l'emballage neutre réduirait probablement le tabagisme: comme il a déjà été noté, lors de leur adoption, les Directives de la FCTC n'avaient pour fondement scientifique qu'une seule étude sur l'emballage neutre qui ne comportait qu'une page et dont les résultats étaient mitigés.¹¹⁹ En outre, les éventuels éléments de preuve prédictifs sur lesquels reposait l'élaboration de ces directives ont été dépassés depuis par les éléments de

¹¹⁶ Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 163.

¹¹⁷ Voir République dominicaine, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphes 310 et 311, faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphes 170 et 171 (pas d'italique dans l'original).

¹¹⁸ Voir *ci-après* les paragraphes 152 à 163.

¹¹⁹ République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 544. Voir aussi le rapport d'expert de G. Fong, pièce AUS-14, paragraphes 333 et 334.

preuve postérieurs à la mise en œuvre plus probants que les plaignants ont présentés en l'espèce. Pour ce qui est des solutions de rechange raisonnablement disponibles, les Directives de la FCTC n'examinent, ou ne soupèsent, *en aucun cas* les mérites respectifs des mesures concernant l'emballage neutre et des mesures de rechange proposées. En fait, cela constituerait un anathème pour les objectifs de la FCTC d'identifier la ou les mesures qui auront les effets les *moins* restrictifs pour le commerce des produits du tabac, puisque celle-ci cherche à mettre fin au commerce des produits du tabac en *maximisant* les effets restrictifs sur le commerce.

3. Les mesures concernant l'emballage neutre sont incompatibles avec l'article 2.2¹²⁰

152. L'article 2.2 exige un exercice global de soupesage et de mise en balance des facteurs suivants dans le cadre d'une analyse de la "nécessité": a) le caractère restrictif pour le commerce de la mesure contestée; b) la contribution de la mesure à l'objectif légitime; c) les risques que la non-réalisation entraînerait; et d) les mesures de rechange raisonnablement disponibles.¹²¹ Étant donné qu'un bon nombre de ces facteurs ont été examinés dans l'analyse des allégations au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, la République dominicaine met en l'espèce l'accent sur des aspects distincts de l'analyse au titre de l'article 2.2.

a. Les mesures concernant l'emballage neutre sont très restrictives pour le commerce¹²²

153. Aux termes de l'article 2.2, le "caractère restrictif pour le commerce" désigne une limitation des possibilités de concurrence pour les produits échangés sur le plan international. L'évaluation doit tenir compte des possibilités relatives à "la situation avant la promulgation" des mesures contestées. Les obligations dans le cadre de l'OMC ne protègent pas les flux commerciaux existants mais les possibilités de participer au commerce international, y compris les possibilités futures de développement et de croissance des exportations.¹²³ Ainsi, pour réussir à démontrer le "caractère restrictif pour le commerce", un plaignant n'est pas tenu de démontrer les effets effectifs de la mesure sur le commerce, mais, en fait, une limitation des possibilités de concurrence. L'effet d'une mesure sur les possibilités de concurrence doit être déterminé par référence à la conception, aux principes de base, à la structure et au fonctionnement de cette mesure.

154. Selon l'Australie, une limitation des possibilités de concurrence exige qu'il y ait une diminution *globale* des volumes d'importation effectifs des produits du tabac *dans leur ensemble*. Elle illustre son argument en faisant référence à un règlement technique qui affecte différents segments du marché de l'automobile.¹²⁴ Dans cet exemple, un règlement technique qui *supprime complètement* les possibilités de concurrence sur le segment de marché *de plus grande valeur* ne restreint pas le commerce, parce que le "compensation" des ventes d'automobiles meilleur marché implique que les volumes d'échanges globaux ne chutent pas.

155. La République dominicaine ne partage pas cet avis. L'article 2.2 oblige un Membre à faire en sorte qu'*aucun* des produits visés par un règlement technique ne soit soumis à une restriction au commerce non nécessaire. Ainsi, si un Membre impose une restriction au commerce non nécessaire sur certains des produits visés par un règlement technique, il ne peut pas "compenser" ce traitement incorrect en n'imposant pas de restrictions non nécessaires sur le commerce des autres produits visés par ce règlement ou en créant des possibilités de concurrence pour ces autres produits. Une note élaborée par le Comité OTC de l'OMC étaye l'interprétation selon laquelle

¹²⁰ Voir République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 952 à 954; deuxième communication écrite, paragraphes 922 et 923; réponses aux questions n° 117, 118, 121 et 165 du Groupe spécial; observations sur les réponses de l'Australie aux questions n° 151 et 152 du Groupe spécial.

¹²¹ Voir les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 318, 320 et 322; *États-Unis – EPO*, paragraphes 374 et 376.

¹²² Voir République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 957 à 963; deuxième communication écrite, paragraphes 924 à 961; réponses aux questions n° 152 et 153 du Groupe spécial; observations sur les réponses de l'Australie aux questions n° 152, 154 et 165 du Groupe spécial; déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 59 à 62; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 34 à 36.

¹²³ Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Boissons alcooliques*, paragraphes 112 et suivants.

¹²⁴ Voir Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 385 à 396.

un effet sur le commerce peut être mesuré par référence à l'effet d'une mesure sur "un produit déterminé, d'un groupe de produits ou de produits en général".¹²⁵

156. L'Australie fait également valoir que, même si les restrictions au commerce qui affectent des segments de marché particuliers ne sont pas soumises aux disciplines de l'article 2.2, elles sont soumises à discipline si elles entraînent une discrimination fondée sur l'origine au regard de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.¹²⁶ Cependant, qu'une mesure restreigne le commerce de produits sur le marché global ou sur des segments particuliers, la restriction peut être interdite en vertu du droit de l'OMC tant du fait de son caractère discriminatoire au regard de l'article 2.1 que de son caractère non nécessaire au regard de l'article 2.2. Rien ne permet de conclure que les rédacteurs entendaient interdire les restrictions au commerce des produits vendus sur des segments de marché particuliers si les restrictions étaient discriminatoires, mais les autoriser si elles étaient non nécessaires.

157. Lorsqu'on applique le critère juridique correct, les mesures concernant l'emballage neutre sont restrictives pour le commerce parce qu'elles limitent les possibilités de concurrence pour tous les produits du tabac, en particulier la possibilité pour les producteurs de se différencier par rapport à des offres concurrentes sur le marché, ce qui a une incidence sur la fidélité du consommateur et son consentement à payer un supplément pour un produit différencié.

158. Même si cela n'est pas nécessaire, la République dominicaine a également présenté des éléments de preuve empiriques non contestés attestant des effets défavorables sur le commerce engendrés par cette perte de possibilités de concurrence. En particulier, les mesures concernant l'emballage neutre ont amené les consommateurs à se détourner des produits du tabac plus chers au profit des meilleur marché (c'est-à-dire à descendre en gamme). Une mesure qui limite la capacité d'échanger des produits du tabac plus chers est une restriction au commerce international de ces produits fondée sur la valeur. Les pays cherchent à maximiser leurs recettes d'exportation, et une mesure qui incite les consommateurs à se tourner vers des produits meilleur marché supprime des recettes d'exportation. Ainsi, même dans le cas où une démonstration des effets sur le commerce serait exigée, la République dominicaine a établi que les mesures concernant l'emballage neutre ont eu de tels effets.

*b. Les solutions de rechange proposées par la République dominicaine sont moins restrictives pour le commerce que les mesures concernant l'emballage neutre*¹²⁷

159. Aux termes de l'article 2.2, un plaignant est tenu de montrer que la solution de rechange proposée est "moins restrictive pour le commerce" que la mesure contestée (par opposition au caractère moins restrictif pour la "*marque*" dans le cadre de l'article 20). Si le Groupe spécial devait arriver à l'examen de solutions de rechange, il n'aurait pas souscrit à l'avis des plaignants selon lequel les mesures concernant l'emballage neutre ne contribuent pas à la réduction du comportement tabagique. Selon cette hypothèse, la perte des possibilités de concurrence qui résulte des mesures concernant l'emballage neutre donne lieu à *deux* types distincts d'effets restrictifs pour le commerce: 1) une baisse des ventes globales des produits du tabac due à une incidence supposée sur les consommateurs qui, soit arrêtent de fumer, soit ne commencent pas; et 2) une baisse des ventes des produits du tabac plus chers au profit des meilleur marché (c'est-à-dire, une descente en gamme fondée sur la valeur) résultant de l'incidence sur les consommateurs qui fument toujours, mais qui fument des cigarettes meilleur marché.

160. Chacune de ces solutions de rechange est moins restrictive pour le commerce que les mesures concernant l'emballage neutre. En ce qui concerne les effets sur le volume, les mesures concernant l'emballage neutre et les solutions de rechange réduiraient les ventes de tabac dans une mesure *équivalente* ou, selon qu'il sera nécessaire, les solutions de rechange pourraient être calibrées à cette fin.¹²⁸ S'agissant des effets sur la valeur (ou descente en gamme), les solutions

¹²⁵ Voir par exemple G/TBT/W/2/Rev.1 (21 juin 1995), page 7 et G/TBT/M/2 (4 octobre 1995).

¹²⁶ République dominicaine, réponse à la question n° 154 du Groupe spécial, paragraphes 57 et suivants.

¹²⁷ Voir République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 972 à 978; deuxième communication écrite, paragraphes 966 à 990; réponse aux questions n° 63, 151, 152, 153, 157 et 165 du Groupe spécial; observations sur les réponses de l'Australie aux questions n° 151, 152, 154 et 158 du Groupe spécial.

¹²⁸ Voir plus haut les paragraphes 153 à 158 pour l'examen effectué par la République dominicaine du caractère restrictif pour le commerce des mesures concernant l'emballage neutre.

de rechange seraient moins restrictives pour le commerce: l'âge minimum légal pour l'achat n'amène pas les fumeurs habituels à remplacer les produits du tabac plus chers par des meilleur marché; une augmentation des taxes a un effet moindre sur la descente en gamme, et l'Australie n'a pas démontré le contraire; le marketing social n'entraîne pas de descente en gamme; et le contrôle préalable aboutirait à une descente en gamme moins importante, puisqu'il y aurait moins d'éléments distinctifs qui seraient retirés de l'emballage. Enfin, en ce qui concerne leur traitement dans le cadre de l'accord visé, alors que les mesures concernant l'emballage neutre sont soumises à discipline, en tant que règlement technique restreignant le commerce international, et "entravent l'usage des marques", l'augmentation des taxes, l'âge minimum légal pour l'achat et le marketing social ne sont pas restrictifs pour le commerce/la propriété intellectuelle au regard de l'une quelconque des disciplines énoncées dans les accords visés.

- c. *Les mesures concernant l'emballage neutre sont plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire "compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait"*¹²⁹

161. L'article 2.2 exige qu'un groupe spécial tienne compte des "risques que la non-réalisation entraînerait", ce qui impose d'examiner: premièrement, la nature des risques en cause; et deuxièmement, la gravité des conséquences qui découleraient de la non-réalisation de l'objectif légitime.¹³⁰ Suivant les termes de cet article, la nature des risques porte sur i) la possibilité ou la probabilité que ii) un événement négatif survienne – à savoir, la non-réalisation, en totalité ou en partie, de l'objectif souhaité. La gravité des risques se rapporte à celle des conséquences découlant de la matérialisation de l'événement négatif.

162. S'agissant de la nature des risques dans le cadre des mesures concernant l'emballage neutre, les données économiques montrent que ces mesures n'ont pas réduit le tabagisme et n'ont donc pas réalisé leur objectif; les éléments de preuve tirés de la NPPTS donnent également à penser qu'elles n'ont même pas les effets visés sur les mécanismes par lesquels elles sont finalement censées réduire le tabagisme. Ainsi, dans le meilleur des cas, il y a toujours *un risque considérable de non-réalisation* de l'objectif de réduction du tabagisme en raison des incertitudes quant au point de savoir si les mesures concernant l'emballage neutre réduiront le tabagisme un jour. En revanche, les mesures de rechange proposées par la République dominicaine ne présentent collectivement *aucun risque* de non-réalisation, mais s'accompagnent en fait 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.

163. À propos de la gravité des risques de non-réalisation, l'Australie ne conteste pas que celle-ci soit identique pour les mesures concernant l'emballage neutre et les solutions de rechange.

III. CONSTATATIONS DEMANDÉES

164. Pour conclure, la République dominicaine demande au Groupe spécial de constater que les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie enfreignent l'article 2.2 de l'*Accord OTC* et les dispositions suivantes de l'*Accord sur les ADPIC*: les articles 15:4, 16:1, 20, 2:1 (et l'article 10*bis* de la Convention de Paris), l'article 22:2 b) et l'article 24:3. Elle demande que, conformément à l'article 19:1 du Mémoire d'accord, le Groupe spécial recommande à l'Organe de règlement des différends qu'il demande à l'Australie de rendre ses mesures concernant l'emballage neutre conformes à ses obligations au titre de l'*Accord sur les ADPIC* (y compris les dispositions de fond de la *Convention de Paris*, telles qu'elles sont incorporées dans l'*Accord sur les ADPIC*) et de l'*Accord OTC*.

¹²⁹ Voir République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 1025 à 1031; deuxième communication écrite, paragraphes 991 à 1011; réponse à la question n° 65 du Groupe spécial.

¹³⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II*, paragraphe 321. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5)*, paragraphe 5.215.

ANNEXE B-3**RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DES ARGUMENTS DE CUBA*****I. INTRODUCTION ET IMPORTANCE DU PRÉSENT DIFFÉREND POUR CUBA**

1. Le présent différend est la première procédure de règlement des différends engagée par Cuba contre un autre Membre de l'OMC. La décision de déposer ce recours contre l'Australie était l'aboutissement d'une réflexion et d'une analyse approfondies de la part des autorités cubaines.

2. Le gouvernement cubain accorde beaucoup d'importance à la santé publique et accepte tout à fait que la consommation de tabac a de graves conséquences pour celle-ci. Cuba ne souhaite pas s'immiscer indûment dans la capacité des Membres de l'OMC d'adopter des mesures efficaces de lutte antitabac, car elle considère que chaque pays a le droit souverain et le devoir primordial d'appliquer des mesures visant à protéger la santé de sa population.

3. Toutefois, dans le même temps, chaque Membre de l'OMC est tenu de respecter les engagements qu'il a contractés au niveau multilatéral, mais aussi de tenir dûment compte des incidences socioéconomiques qui en résulteront pour les petites économies vulnérables en développement, avant de les mettre en œuvre. Le recours de Cuba ne vise pas à remettre en cause le droit de l'Australie de protéger la santé de sa population, mais à démontrer que l'emballage neutre ("PP" pour son sigle en anglais) constitue une restriction injustifiée et non nécessaire au commerce qui porte atteinte à la protection des marques, reconnue dans les conventions internationales sur la propriété intellectuelle, dans la mesure où il compromet l'identification et la caractérisation des produits par les consommateurs et où il interdit l'usage des signes distinctifs, des sceaux de garantie et de l'appellation d'origine du produit.

4. Cuba s'oppose à la mesure PP établie par l'Australie le 1^{er} décembre 2012 (les "mesures PP") parce qu'elle considère qu'il n'y a pas d'élément de preuve convaincant indiquant que cette mesure a généré, ou générera, des avantages tangibles pour la santé publique en Australie, puisqu'il s'agit d'une mesure disproportionnée qui a un effet dommageable notable sur l'industrie cubaine du tabac et sur la propriété intellectuelle que Cuba a construite depuis des générations.

5. L'application de ces mesures représente une dilution totale des éléments distinctifs des marques qui permettent d'identifier les produits de l'industrie du tabac du fait qu'elles uniformisent l'apparence de l'emballage. Il devient donc difficile pour les consommateurs de différencier et de caractériser les produits sur la base de la préférence de marque, en raison de la suppression de fonctions de la marque, notamment celles qui consistent à "distinguer un produit ou service d'un autre", à "indiquer l'origine" et à "identifier la qualité".

6. C'est pourquoi Cuba a engagé la présente procédure. Cuba fonde son recours sur la défense des gros cigares roulés à la main compte tenu des répercussions sociales, historiques, culturelles et économiques que cela a pour le pays. Les cigares cubains haut de gamme renferment une mine de connaissances traditionnelles, de culture, d'histoire et de cubanité qui devient en soi un secteur, un rempart de l'identité du pays et qui est associée à une histoire vieille de plus de cinq siècles. Un grand nombre de femmes, de personnes âgées et de paysans, etc., dont d'autres membres de la famille dépendent économiquement, sont rattachés à ce secteur qui constitue le principal pilier économique dans plusieurs régions de Cuba, comme la province de Pinar del Río. Par ailleurs, la singularité de ce produit a été prise en considération, et celui-ci est identifié comme étant un produit emblématique de Cuba par des signes distinctifs de propriété industrielle, la marque géographique et l'appellation d'origine Habanos, le sceau de garantie de la République de Cuba et des marques de tabac, dont certaines existent depuis un siècle et sont en outre protégées comme des œuvres d'art historiquement liées à cette même origine géographique.

7. Depuis les débuts de sa culture à Cuba, avant la colonisation, le tabac en carotte fait partie des traditions historiques et culturelles du pays. Il s'agit de la seule coutume qui a été attestée par les premiers Espagnols, à leur arrivée en 1492, concernant la population autochtone de l'île. Les

* Version originale en langue espagnole.

"vegueros" (producteurs de tabac en carotte), probablement la première corporation à avoir obtenu une représentation sociale à Cuba, organisèrent les premières journées de protestation et les premiers soulèvements contre le régime colonial espagnol dès le XVII^e siècle. Les écôteuses et les cigariers ont été les protagonistes de très importantes journées de lutte qui se sont inscrites dans l'histoire du mouvement ouvrier et syndical cubain. La culture du tabac en carotte était si enracinée dans la vie culturelle de Cuba qu'elle a bénéficié d'une attention privilégiée de la part des chercheurs en sciences sociales et des anthropologues. Le plus éminent d'entre eux, Fernando Ortiz, connu comme étant le troisième découvreur de Cuba pour ses apports inestimables à l'étude des traditions afrocubaines, a écrit un essai classique intitulé "Controverse cubaine entre le tabac et le sucre" dans la première moitié du XX^e siècle. Dans cet ouvrage, l'auteur présente et analyse les facteurs sociaux et culturels qui sont associés à ces deux produits cubains.

8. Le gros cigare cubain roulé à la main a été présenté à l'UNESCO en 2009, en tant que patrimoine immatériel de la nation cubaine, et les lectures dans les fabriques de tabac constituent un patrimoine culturel de la nation cubaine car elles "incarnent le dialogue culturel permanent entre les ouvriers de l'industrie du tabac et la société environnante et sont reconnues comme étant une expression importante du patrimoine culturel immatériel de la nation".

9. Les corporations cubaines comptent 50 marques indépendantes enregistrées en Australie dans la classe 34 de la classification internationale (la classe concernant les produits du tabac) (les "marques cubaines de la classe 34"). Une liste complète de ces 50 marques enregistrées est établie à l'annexe 1 de la première communication écrite de Cuba. Bon nombre d'entre elles sont utilisées depuis la moitié du XIX^e siècle et s'associent avec une bonne volonté considérable. De fait, elles sont plusieurs à avoir été reconnues en tant que "marques notoirement connues" par les tribunaux de juridictions aussi diverses que la République dominicaine, la France, l'Espagne, le Mexique et les États-Unis.

10. Cuba a également mis en place une indication géographique pour ses gros cigares roulés à la main. La "Denominación de Origen Protegida (DOP) Habanos" (Appellation d'origine protégée (AOP) Habanos) (l'"indication géographique Habanos") est une marque composée de couleur, constituée du mot "Habanos" suivi du sigle "DOP" (AOP) et d'une image de chevrons qui forment une feuille. L'indication géographique Habanos est protégée sur les principaux marchés d'exportation. La marque composée actuelle est utilisée depuis 1994, mais le nom "Habanos" est utilisé et protégé depuis bien plus longtemps. Une description plus détaillée de l'évolution de cette indication géographique est présentée à l'annexe 1 de la première communication écrite de Cuba. L'indication géographique Habanos est utilisée pour désigner les cigares qui: 1) ont été produits à Cuba conformément à des normes de qualité strictes et globales; et 2) contiennent certaines variétés de tabac noir cubain cultivé dans des régions spécifiques de Cuba.

11. Les normes de qualité applicables, ainsi que l'usage des indications géographiques Habanos, sont actuellement réglementées par le "Conseil régulateur de l'appellation d'origine protégée Habanos". Celui-ci agit en vertu de la Résolution n° 201/2009, promulguée par le Ministère de l'agriculture de la République de Cuba. Les prescriptions strictes imposées par le Conseil régulateur visent à garantir que la qualité authentique et particulière exigée par les gros cigares cubains roulés à la main soit présente dans chaque produit portant l'indication géographique Habanos. Comme bon nombre d'indications géographiques, l'indication géographique Habanos sert à désigner un produit qui reflète le patrimoine culturel du lieu où il est produit, à partir de matériaux naturels, suivant des méthodes traditionnelles.

12. Cuba prescrit également l'apposition d'un sceau officiel sur tous les produits du tabac exportés à partir de son territoire (le sceau de garantie du gouvernement cubain). Ce sceau a été utilisé pour la première fois en 1889 à la suite d'un décret royal espagnol. Le modèle actuel remonte à la législation promulguée par la République de Cuba en 1912. Cela constitue une garantie d'authenticité pour les consommateurs et permet également l'identification et la traçabilité des exportateurs cubains. Comme les marques commerciales cubaines de la classe 34 et les indications géographiques 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.

13. Pour faciliter leur visualisation, le sceau de garantie et l'indication géographique Habanos sont reproduits ci-dessous:



Indication géographique Habanos

Sceau de garantie

14. Les gros cigares cubains roulés à la main jouissent d'une réputation sans égale de par leur qualité. D'une manière générale, leur prix est nettement plus élevé que celui des produits du tabac concurrents et ils sont régulièrement classés parmi les meilleurs cigares du monde par la critique.

15. Cette réputation est le fruit d'un investissement collectif du peuple cubain sur plusieurs générations, et résulte de la conjonction de l'environnement naturel de Cuba et du savoir-faire et des techniques qu'emploient les cultivateurs et les producteurs de tabac cubains. Cuba a maintenu, au prix de grands efforts, une méthode de production dans laquelle les gros cigares roulés à la main sont entièrement fabriqués à la main par des travailleurs hautement qualifiés. Le respect de méthodes traditionnelles de production a une incidence économique significative: d'une manière générale, une fabrique de cigares faits à la machine employant 100 personnes peut produire 670 000 cigares par jour, alors qu'une fabrique équivalente de cigares cubains roulés à la main produit seulement 9 000 cigares dans le même laps de temps.

16. Le fait que les consommateurs du monde entier soient disposés à payer un supplément pour bénéficier de la longue expérience de Cuba dans la fabrication des gros cigares roulés à la main signifie qu'il y a un intérêt à utiliser ces méthodes traditionnelles de fabrication. Cependant, en créant une distorsion dans la propriété intellectuelle de Cuba (en particulier en ce qui concerne les marques cubaines de la classe 34, les indications géographiques Habanos et le sceau de garantie du gouvernement cubain), les mesures de l'Australie affecteront la capacité de l'industrie cubaine à percevoir ce supplément, à maintenir la fidélité des clients et à poursuivre son engagement en faveur de telles méthodes de fabrication.

17. La réplique des mesures PP de l'Australie sur les principaux marchés d'exportation, comme l'Union européenne, limitera la capacité des exportateurs cubains de soutenir la concurrence sur la base de la qualité, ce qui aura une incidence négative considérable sur l'industrie cubaine du tabac. Parallèlement, tout effet défavorable sur cette industrie aura des effets négatifs notables sur l'économie cubaine dans son ensemble pour les raisons suivantes:

- a. les produits du tabac représentent plus de 5% du total des exportations de Cuba (en valeur). En tant que petite économie vulnérable dotée de possibilités d'exportation limitées, Cuba sera notablement affectée par la perte de ces exportations. Le tabac est l'une des rares cultures agricoles qui peuvent être cultivées de manière rentable à Cuba. Cela est dû à la valeur ajoutée qui est créée au niveau local et à la valeur importante qui est inhérente à la propriété intellectuelle cubaine associée à ces produits;
- b. Cuba dispose de 465 unités de production de tabac et emploie plus de 200 000 personnes dans le secteur du tabac. Si on l'exprime en pourcentage, le secteur du tabac représente 4% de la population économiquement active de Cuba. Pour remettre ces chiffres dans leur contexte, le secteur bancaire emploie une proportion similaire de la population économiquement active en Suisse¹;

¹ Swiss Bankers Association, The Economic Significance of the Swiss Financial Centre, annexe CUB-14, Cuba, première communication écrite.

- c. les employés des fabriques de cigares roulés à la main qui participent à la production de cigares ont consacré des années d'effort pour acquérir un savoir-faire spécialisé. Ces employés ne pourront pas transférer leur savoir-faire à d'autres secteurs si, du fait de l'emballage neutre et dans une situation où les produits du tabac cubain sont perçus comme ne se distinguant pas des produits du tabac d'autres origines, les consommateurs à l'étranger ne sont pas disposés à payer un supplément pour les exportations cubaines;
- d. la population de certaines régions comme celles de San Luis, dans la province de Pinar del Río, et de Florencia, dans la province de Ciego de Ávila, est dans une large mesure tributaire du secteur du tabac. Le tabac y est cultivé depuis des centaines d'années;
- e. les bénéfices tirés des exportations de tabac génèrent également des recettes fiscales et des revenus économiques pour le gouvernement cubain, ce qui lui permet de répondre aux besoins de la population cubaine dans son ensemble; et
- f. il est actuellement impossible pour Cuba d'abandonner l'industrie du tabac en carotte, qui constitue à présent l'une des offres exportables les plus importantes, en particulier dans le contexte de l'application, par les États-Unis d'Amérique, de la politique de blocus économique, commercial et financier qui empêche l'accès aux marchés pour les biens, les services et les crédits qui permettrait de renforcer le développement économique du pays.

18. L'Australie répond à ces préoccupations concernant la protection de la propriété intellectuelle en alléguant qu'elle continue de protéger les marques cubaines parce que: 1) celles-ci peuvent être inscrites au registre des marques australien dans leur forme d'origine; et que 2) leurs titulaires conservent la capacité d'empêcher que des tiers utilisent les marques cubaines des produits du tabac. Or cette réponse n'aborde pas le véritable problème, ni de près ni de loin. Les tiers ne peuvent pas utiliser les marques cubaines dans leur forme d'origine sur les paquets de tabac parce que cela constituerait une violation des lois PP australiennes. En conséquence, l'Australie confère un droit des titulaires de marques cubaines qui est totalement illusoire, parce que ces derniers ne peuvent pas tirer avantage de ces marques en les utilisant dans leur forme d'origine reconnaissable. Le système australien a été créé dans le seul but de préserver les apparences selon lesquelles l'Australie continue de protéger les marques des produits du tabac, mais en réalité il n'assure pas une véritable protection de ces marques.

II. EFFICACITÉ DE L'EMBALLAGE NEUTRE

19. Cuba conteste les théories ésotériques invoquées par l'Australie quant à l'incidence que l'emballage neutre peut avoir sur le comportement du consommateur, dont le point culminant est la "*théorie de l'heuristique d'affect*" et le "*stimulus conditionné*" concernant les marques de tabac. Il n'est pas approprié que le Groupe spécial s'appuie sur ces théories, en particulier dans un contexte où les données montrent que l'emballage neutre n'a pas contribué à faire baisser la prévalence du tabagisme. En outre, Cuba considère que l'on peut élaborer une théorie sur le comportement pour justifier n'importe quelle conclusion (y compris des conclusions clairement contradictoires entre elles). Par conséquent, le Groupe spécial devrait faire preuve de prudence en évaluant ces théories. La question simple dont il est saisi est de savoir si l'emballage présenté sur la figure 1 ci-dessous (un emballage de gros cigares roulés à la main portant une mise en garde sanitaire, mais sans l'effet d'autres aspects des mesures PP) – est moins susceptible de réaliser l'objectif de santé publique de l'Australie que l'emballage figurant sur la figure 2 (un emballage de gros cigares roulés à la main portant une mise en garde sanitaire avec l'effet des mesures PP). La question est de savoir si la différence entre les deux est suffisamment importante pour justifier les mesures PP.

Figure 1:



Figure 2:



20. La réponse est clairement "non". Cuba soutient que les mises en garde sanitaires explicites dominantes et peu attrayantes (qui doivent obligatoirement figurer sur tous les emballages du tabac) supprimeraient effectivement l'attrait esthétique des emballages. Il s'ensuit que toute uniformisation additionnelle de l'apparence des paquets de tabac (sur la partie résiduelle qui, à titre d'exemple, occupe 25% de la face avant et 10% de la face arrière des paquets de cigarettes) ne peut pas avoir d'effet dissuasif sur la décision d'adopter un comportement à la fois risqué et faisant l'objet d'une désapprobation sociale générale en Australie.

21. Le Groupe spécial ne pourrait abonder dans le sens de l'Australie que si les données et les éléments de preuve étaient écrasants et clairement en faveur de celle-ci. Cela n'est certainement pas le cas. Les données postérieures à la mise en œuvre concernant la prévalence et la consommation sur le marché de l'Australie établissent que l'emballage neutre n'a pas réduit les taux de tabagisme après son introduction en décembre 2012.

22. Différents types d'analyses portant sur plusieurs sources de renseignements indiquent que l'emballage neutre n'a pas réussi à réduire le taux de tabagisme et de consommation. L'emballage neutre a eu pour seul effet d'accélérer la tendance actuelle à la descente en gamme (c'est-à-dire le fait que les consommateurs se tournent vers des produits ou des marques meilleur marché) dans certains segments du marché australien du tabac. Il s'agit d'un effet imprévu des mesures PP qui, loin de réduire les taux de tabagisme et de consommation, comporte un risque réel d'entraîner des conséquences défavorables pour la santé publique. L'accélération de la descente en gamme est en accord avec les préoccupations de Cuba concernant l'effet de l'emballage neutre à l'avenir.

23. Par ailleurs, les études invoquées par l'Australie ne constituent pas une base solide permettant de conclure que les mesures PP réduiront la consommation de tabac. La consommation réelle de tabac des individus n'est mesurée par aucune de ces études, qui utilisent des variables de substitution à la place. Cette lacune est explicitement reconnue dans le rapport Chantler. En outre, ces études ont utilisé des modèles de recherche qui laissent planer des doutes considérables quant à la fiabilité des conclusions formulées, quelles qu'elles soient. La grande majorité de ces études n'évaluent pas l'incidence de l'emballage neutre dans le monde réel.

24. Par conséquent, les mesures PP ne peuvent pas "justifier" l'"entrave" totale imposée aux marques de fabrique de Cuba aux fins de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC. De la même manière, les mesures PP sont bien plus restrictives qu'il n'est nécessaire pour réaliser l'objectif de l'Australie de réduire la prévalence du tabagisme et sont donc contraires à l'article 2.2 de l'Accord OTC.

25. Dans sa deuxième communication écrite, l'Australie laisse toujours entendre que l'utilisation des marques de fabrique et des indications géographiques sur les gros cigares roulés à la main fabriqués à Cuba exerce un attrait sur les enfants et les adolescents. À cet égard, Cuba souhaite souligner que les autorités australiennes sont en droit d'interdire les boissons alcooliques particulièrement attrayantes pour les mineurs. Or aucune autorité australienne n'a jamais laissé entendre que les marques de fabrique et les indications géographiques ne pouvaient plus figurer sur les boissons alcooliques haut de gamme, par exemple, sur les bouteilles de la marque de champagne présentée ci-après:

Figure 3:



III. MESURES CONCERNANT L'EMBALLAGE NEUTRE ET INCIDENCE DE CES MESURES SUR LES GROS CIGARES ROULÉS À LA MAIN DE CUBA

26. Cuba souhaite attirer l'attention du Groupe spécial sur le phénomène récent des importations dites parallèles en Australie de gros cigares cubains roulés à la main. Celles-ci ont pu avoir lieu du fait du retrait obligatoire du sceau de garantie du gouvernement cubain devant être apposé sur tous les gros cigares roulés à la main qui sont exportés depuis Cuba. Avant les mesures PP, les consommateurs qui achetaient de gros cigares cubains roulés à la main n'achetaient que des produits présentant un sceau de garantie authentique et intact. En règle générale, les consommateurs n'achètent jamais de gros cigares cubains roulés à la main ne

présentant pas de sceau de garantie parce qu'il s'agit de produits haut de gamme de luxe dont le prix unitaire est élevé. Or, du fait des mesures PP, il est impossible de commercialiser le produit avec le sceau de garantie, ce qui permet à des commerçants parallèles d'acheter, en dehors de l'Australie, de gros cigares cubains roulés à la main et de les reconditionner eux-mêmes dans des emballages conformes aux mesures PP, mais sans le sceau de garantie. Avant l'adoption des mesures PP les importations parallèles n'étaient pas importantes, étant donné que ces importations exigent toujours un reconditionnement des cigares et, par conséquent, la rupture du sceau de garantie sans qu'il soit possible d'en inclure un nouveau. Alors qu'en règle générale les consommateurs n'achètent pas de gros cigares cubains roulés à la main sans un sceau de garantie intact, ces derniers sont actuellement tous commercialisés en Australie sans ce sceau, ce qui a permis le développement des importations parallèles.

27. La manipulation du produit, qui est effectuée par des tiers non soumis au contrôle de l'industrie cubaine et n'est pas assujettie aux normes de qualité strictes de cette dernière, risque très probablement d'affecter la qualité des cigares, et affectera avec certitude la présentation des cigares dans le paquet. En outre, cette pratique impliquera une réduction des prix au consommateur (puisque la capacité de proposer des prix moins élevés aux consommateurs est la raison d'être du commerce parallèle).

IV. LES MESURES CONCERNANT L'EMBALLAGE NEUTRE SONT CONTRAIRES À L'ARTICLE 20 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

28. Les mesures PP adoptées par l'Australie sont contraires à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC parce qu'elles entravent de manière injustifiée, par l'établissement de prescriptions spéciales, l'usage des marques de fabrique relatives aux produits du tabac, au cours d'opérations commerciales. Cette disposition établit des limites à la capacité des Membres de l'OMC de restreindre l'usage des marques de fabrique par les opérateurs commerciaux au cours d'opérations commerciales.

A. LES MESURES CONCERNANT L'EMBALLAGE NEUTRE CONSTITUENT UNE PRESCRIPTION SPÉCIALE

29. Les mesures PP imposent une série de conditions qui doivent être respectées par les opérateurs commerciaux qui participent à la fabrication et à la distribution des produits du tabac en Australie. Par conséquent, les mesures australiennes imposent des "prescriptions".

30. Les obligations découlant des mesures PP sont "spéciales" puisqu'elles n'affectent que les marques utilisées sur les produits du tabac. Des prescriptions équivalentes ne sont pas appliquées aux marques d'une manière générale ou concernant les marques commerciales utilisées en relation avec d'autres types de produits.

B. LES MESURES CONCERNANT L'EMBALLAGE NEUTRE ENTRAVENT L'USAGE D'UNE MARQUE RELATIVE AUX PRODUITS DU TABAC AU COURS D'OPÉRATIONS COMMERCIALES NORMALES

31. Selon son sens ordinaire pertinent, le terme "entraver" s'entend de "faire obstacle, empêcher, agir comme un frein ou une restriction". Les entraves ont pour effet de restreindre la visibilité d'une marque et de limiter sa capacité de distinguer des produits de produits concurrents.

32. C'est précisément l'effet qu'ont les restrictions imposées par l'Australie à la présentation des marques commerciales. Ces restrictions entraînent des "obstacles", des "freins" et des "restrictions" à l'usage et à l'apposition des marques par leurs titulaires, et limitent la capacité des marques de distinguer des produits du tabac spécifiques d'autres produits du tabac.

33. Les mesures PP interdisent l'usage des marques de fabrique au point de vente. Dans la mesure où il est permis d'utiliser certaines marques commerciales (par exemple, la marque et les noms de variété), les mesures PP exigent que ces marques soient utilisées sous une forme, et dans une police de caractères, spécifiques. Il s'agit de "*prescriptions spéciales*" imposées à l'usage d'une marque de fabrique "*d'une manière qui nui[t] à sa capacité de distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises*". Cela entraîne l'imposition d'une entrave à l'usage des marques de fabrique "*au cours d'opérations commerciales*".

34. L'Australie indique que les mesures PP n'affectent pas l'usage des marques de fabrique "*au cours d'opérations commerciales*" parce que son marché est un "marché discret" et que, de ce fait, l'emballage n'est pas visible jusqu'à la conclusion de l'opération. Cette interprétation est indûment étroite et n'est pas conforme au sens ordinaire de l'expression (telle qu'elle est employée dans d'autres articles; par exemple, à l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC et à l'article 10*bis* 3) de la Convention de Paris). En fait, l'expression "*au cours d'opérations commerciales*" désigne plus largement tout usage "dans le commerce" ou tout "usage commercial" de la marque.

35. L'interprétation correcte de l'article 20 exige que, une fois qu'il est établi qu'une mesure impose des prescriptions spéciales qui limitent l'usage d'une marque de fabrique, la charge de justifier ces prescriptions spéciales incombe au Membre de l'OMC qui met en œuvre cette mesure. Il en est ainsi car i) il ne devrait être permis d'imposer des entraves à l'usage d'une marque de fabrique que dans des circonstances exceptionnelles et ii) il n'est pas approprié d'obliger un plaignant à identifier et à réfuter une justification dont il pourrait ne pas avoir connaissance ou qui pourrait ne pas être individualisée.

C. LES MESURES CONCERNANT L'EMBALLAGE NEUTRE SONT INJUSTIFIABLES

1. Les mesures PP n'apportent aucune contribution à l'objectif de l'Australie de réduire le taux de tabagisme

36. Cuba soutient que les prescriptions spéciales que l'Australie impose à l'usage des marques du tabac sont inefficaces parce qu'elles ne peuvent pas réaliser l'objectif légitime de réduire la prévalence du tabagisme. Cuba se fonde principalement sur les données concernant le marché australien postérieures à la mise en œuvre de l'emballage neutre, qui démontrent que les mesures de l'Australie n'ont pas eu l'effet souhaité. En outre, Cuba va plus loin et démontre que la mesure de l'Australie n'est pas fondée sur un raisonnement convaincant et solide.

37. Cuba a expliqué de façon détaillée, dans la section IV.A de sa première communication écrite, que les éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre établissaient que les mesures PP, notamment les restrictions en matière de marque, n'avaient entraîné aucune baisse appréciable des taux de prévalence (ou des niveaux de consommation de tabac) en Australie. En particulier, ces mesures n'ont pas donné lieu à des changements importants dans la prévalence ou la consommation par rapport aux taux observés en Nouvelle-Zélande, et n'ont pas modifié les taux de prévalence du tabagisme chez les mineurs ou les jeunes adultes. Par ailleurs, les ventes de gros cigares roulés à la main, comme l'attestent les données de Pacific Cigar Co. Ltd., sont restées stables et les pourcentages concernant les fumeurs de cigares, selon les données de l'enquête de Roy Morgan, n'ont pas varié du fait de l'application des mesures PP.

38. Les éléments de preuve montrent que les "prescriptions spéciales" établies par les mesures PP n'ont pas été efficaces s'agissant de la consommation de tabac en général. En outre, même dans le cas où de tels éléments de preuve seraient disponibles, il est peu plausible que l'interdiction d'utiliser les marques de fabrique de propriété cubaine, comme Cohíba et Habanos, sur les gros cigares roulés à la main ait une incidence sur la prévalence du tabagisme en Australie.²

39. Par ailleurs, Cuba affirme que la justification des restrictions en matière de marque donnée par l'Australie présente des lacunes importantes.

40. Tout d'abord, les publications avancées à l'appui des mesures de l'Australie sont constituées d'études qui présentent plusieurs limitations horizontales.

41. L'affirmation de l'Australie, selon laquelle l'emballage neutre réduira l'attrait des emballages et modifiera donc les décisions des fumeurs, comporte un certain nombre de lacunes. L'affirmation de l'Australie, selon laquelle l'emballage neutre augmentera l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et fera de ce fait baisser les taux de tabagisme, est également erronée. Enfin, l'affirmation selon laquelle l'emballage neutre réduit l'aptitude des emballages à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabac ne peut pas justifier les mesures PP de l'Australie. Pour toutes ces raisons, Cuba affirme que les restrictions imposées aux marques sont

² Habanos est une marque de fabrique et une indication géographique.

inefficaces parce qu'elles ne s'inscrivent pas dans une logique soutenable. En conséquence, et pour cette raison, elles sont injustifiables.

42. Enfin, Cuba souhaite mentionner que, le 26 février 2016, l'Australie a notifié au Groupe spécial les résultats de l'examen après mise en œuvre des mesures PP (en anglais "Post-Implementation Review") qu'elle a réalisé au niveau interne. L'examen de l'Australie conclut que les mesures PP réalisent effectivement leur objectif d'améliorer la santé publique en Australie. Le 21 mars 2016, Cuba a informé le Groupe spécial qu'elle souscrivait aux observations présentées par le Honduras en relation avec l'examen après mise en œuvre de l'Australie. Ces observations indiquent en substance que la conclusion exposée dans l'examen après mise en œuvre est fondée sur certains éléments de preuve dont l'invalidité a déjà été démontrée par les plaignants en l'espèce.

2. L'Australie disposait de mesures de rechange moins restrictives qui lui auraient permis de réaliser son objectif

43. Si le Groupe spécial conclut, contrairement à la position défendue par Cuba, que les restrictions imposées aux marques ont été efficaces pour réduire les taux de prévalence et les niveaux de consommation par habitant en Australie, ces changements peuvent être obtenus au moyen de mesures de rechange qui constitueraient une entrave moins importante à l'usage des marques.

44. Ces mesures de rechange sont les suivantes:

- a. un relèvement du niveau des droits d'accise sur les produits du tabac. Cela suffirait à entraîner une baisse des taux de prévalence et des niveaux de consommation par habitant d'une ampleur aussi modeste que celle qui pourrait éventuellement découler des mesures PP. Il est évident que la hausse des droits d'accise n'affecte pas la capacité des titulaires de marques de tabac de faire usage de leurs droits;
- b. un contrôle préalable des éléments distinctifs figurant sur l'emballage. Cela suffirait à répliquer les avantages de l'emballage neutre. Il n'y a pas d'éléments de preuve indiquant que tous les éléments distinctifs des emballages des produits du tabac et des marques entraînent des changements dans le comportement tabagique, et il serait donc approprié d'identifier et d'éliminer, au moyen d'un système de contrôle préalable, les seuls éléments spécifiques de l'emballage qui pourraient affecter le tabagisme (sans restreindre sévèrement la capacité des fabricants de distinguer leurs produits de produits différents de sources distinctes en utilisant les marques);
- c. un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat des produits du tabac apporterait au moins une contribution équivalente à la réduction des taux de prévalence et à l'élimination des produits du tabac des réseaux sociaux des adolescents, et serait particulièrement efficace pour faire baisser la prévalence chez les jeunes; et
- d. de meilleures campagnes sociales de lutte antitabac. À cette fin, il serait nécessaire de remédier aux lacunes des campagnes de marketing social actuelles en Australie, et il n'y aurait aucune incidence sur les droits de propriété intellectuelle des titulaires de marques du tabac.

D. L'Australie n'a pas réfuté l'allégation *prima facie* de Cuba en relation avec l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC

45. L'Australie fait valoir que "le champ des "prescriptions spéciales" en cause [énoncées dans l'article 20] n'inclut pas les aspects de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac qui interdisent d'utiliser certaines marques de fabrique sur l'emballage et sur les produits pour la vente au détail du tabac." Selon elle, l'article 20 empêche uniquement d'adopter des mesures imposant des obligations positives au titulaire de la marque de fabrique, mais n'empêche pas d'adopter des mesures prenant la forme d'interdictions de l'usage.

46. L'argument de l'Australie est erroné. Le terme "prescription" est plus large que le terme "interdiction", et il ne fait aucun doute qu'il inclut également les interdictions. "Interdire" n'est rien

d'autre que "prescrire, négativement" de faire, ou de s'abstenir de faire, quelque chose. En outre, la mesure PP impose des prescriptions tant négatives que positives en interdisant l'usage de toutes les marques et par ailleurs en prescrivant, par exemple, l'usage du nom commercial sous une forme, et dans une police de caractères, spécifiques. Par conséquent, la mesure PP établit une série de prescriptions positives et négatives concernant l'usage des marques de fabrique.

47. L'Australie fait également valoir à tort que le rôle des marques de fabrique se limite à l'identification du fabricant. Bien que l'une des principales fonctions d'une marque de fabrique soit de garantir l'origine des produits et des services, ce n'est pas là son seul objectif. L'ensemble de la jurisprudence internationale concernant les marques de fabrique indique clairement que celles-ci remplissent plusieurs fonctions importantes qui vont bien au-delà de la simple indication de l'origine du produit (comme permettre la distinction des produits du titulaire de la marque de fabrique de ceux des autres commerçants). Cela est applicable concrètement aux marques de luxe, haut de gamme, comme en ce qui concerne les gros cigares cubains roulés à la main commercialisés en Australie.

48. Les marques de fabrique remplissent d'importantes fonctions de qualité, de communication et d'investissement, outre leur fonction d'indication d'origine. S'agissant des cigares cubains, leur réputation est communiquée par la marque et leur association à Cuba. Enfin, les marques de fabrique ont une fonction d'investissement. Cette fonction consiste à utiliser la marque de fabrique pour acquérir ou préserver une réputation et conserver ainsi la fidélité des consommateurs dans la durée.

49. Les arguments de l'Australie font abstraction de ces fonctions essentielles et plus larges des marques de fabrique. En fait, ils réduisent et limitent le rôle des marques de fabrique à leur fonction étroite et historique de simple élément permettant de différencier le titulaire de la marque de fabrique d'autres producteurs en termes de différence d'origine.

50. L'Australie tente de faire valoir que ses mesures PP sont "justifiables" en distinguant ce qu'elle appelle la "*fonction essentielle d'indication de la source*" des marques de fabrique et ce qu'elle appelle leur "*fonction publicitaire*". Selon elle, les mesures PP respectent l'"*indication essentielle de la source*" parce qu'elles permettent d'utiliser le nom de la marque (dans une police de caractères standard et sans éléments illustrés) et n'interdisent que la "*publicité inadmissible*".

51. Cuba ne partage pas du tout l'avis de l'Australie selon lequel l'utilisation de marques de fabrique, incluant des éléments et couleurs figuratifs, sur l'emballage d'un produit n'est pas protégée par l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC. Les deux types de marques de fabrique (à savoir, celles qui contiennent uniquement du texte et celles qui incluent des éléments figuratifs) sont protégées de façon indépendante par l'Accord sur les ADPIC (articles 15:1, 22 et 23 de l'Accord sur les ADPIC). Il est également évident qu'une marque de fabrique qui ne peut pas être utilisée n'est pas à même de remplir sa *fonction essentielle d'indication de la source* – les mesures PP empêchant ainsi qu'une marque de fabrique remplisse sa fonction première. De nombreux Membres de l'OMC réglementent ou interdisent la publicité de produits comme les boissons alcooliques, les produits de santé et le tabac. Cependant, aucun Membre de l'OMC, autre que l'Australie, n'a mis en œuvre une interdiction visant l'utilisation des marques de fabrique sur l'emballage d'un produit.

52. En outre, les éléments illustrés jouent un rôle fondamental dans l'indication de la source. À titre d'exemple, la version complète de la marque de fabrique Cohiba fait référence au peuple autochtone de Cuba, les indiens Tainos, qui fumaient la "cohoba" lors d'un rituel ancestral du même nom, avant l'arrivée de Christophe Colomb. L'élément illustré de la marque de fabrique qui évoque l'héritage culturel dans lequel s'inscrit le produit est au moins aussi important, sinon plus, que le nom lui-même pour la fonction d'indication de la source.

53. Il n'est pas raisonnable de supposer que la présence de cet élément figuratif sur une boîte de cigares recouverte à 75% et à 90% de mises en garde sanitaires affectera négativement l'objectif de santé publique de l'Australie (et certainement pas dans un contexte où les éléments de preuve montrent que les mesures PP n'ont pas renforcé l'efficacité des mises en garde sanitaires et n'ont eu aucune incidence sur le comportement tabagique réel).

54. En outre, on ne peut en aucun cas considérer que l'utilisation d'une marque de fabrique complète (c'est-à-dire, comportant des éléments figuratifs) sur une boîte de cigares recouverte à 75% et à 90% de mises en gardes sanitaires explicites est inappropriée ou fait l'objet d'"entraves justifiées" dans le contexte de l'OMC. Les échanges ne sont possibles que s'il y a un niveau minimum de communication qui permet au vendeur de pouvoir informer l'acheteur des qualités et de l'origine de son produit ainsi que des différences avec d'autres produits. Sur un "marché discret", l'apposition de la marque de fabrique sur le paquet est la seule façon de communiquer ces renseignements au consommateur. L'Australie décrit cela comme étant de la "*promotion*" et non de la communication, ce qui fait abstraction de ce qui se passe réellement lorsqu'un cigare cubain est mis sur le marché avec la marque de fabrique figurant sur le paquet, en particulier dans le contexte de la réglementation australienne existante, qui restreint la visibilité des marques de fabrique à un espace très réduit sur les paquets. Dans ces circonstances, le vendeur cherche principalement à communiquer à l'acheteur la qualité, l'origine, le caractère traditionnel et les caractéristiques du produit ainsi que les différences avec d'autres produits similaires. Il s'agit là de la véritable raison pour laquelle les marques de fabrique et les indications géographiques ont été créées et sont protégées par les règles de l'OMC. Toutefois, et comme l'Australie elle-même l'a expliqué, le but et l'objectif des mesures PP sont précisément de supprimer toute variabilité entre les emballages de différents produits du tabac et d'"éliminer" la possibilité pour un fabricant de différencier ses produits par l'emballage du tabac. Ce faisant, l'Australie invalide la fonction essentielle de protection de la marque de fabrique dans le contexte du commerce international. Ce que ne fait pas la visibilité des marques de fabrique dans l'espace restant limité sur le paquet de tabac, c'est inciter à fumer.

E. LES MARQUES DE FABRIQUE ONT UNE IMPORTANCE ESSENTIELLE POUR LA CRÉATION DE L'IMAGE DE MARQUE ET LA DIFFÉRENCIATION DES PRODUITS DU TABAC HAUT DE GAMME

55. Les gros cigares roulés à la main de Cuba ne sont pas des produits du tabac "standard" de qualité médiocre. Ce sont des produits de luxe et, comme pour les autres produits de luxe, la création de l'image de marque par l'usage des marques de fabrique est fondamentale pour la réputation commerciale et la valeur économique.

56. Comme Cuba l'a expliqué, la réputation incomparable de ses gros cigares roulés à la main et leur positionnement dans les marques de prestige sont le fruit d'un investissement collectif du peuple cubain sur de nombreuses générations. Ils résultent de la conjonction de l'environnement naturel de Cuba et du savoir-faire et des techniques qu'emploient les producteurs cubains de tabac et les fabricants hautement qualifiés qui font les cigares entièrement à la main.

57. Des règles et des normes strictes ont été mises en œuvre et sont rigoureusement appliquées pour maintenir la qualité des gros cigares roulés à la main de Cuba. C'est la raison pour laquelle les consommateurs du monde entier considèrent à juste titre que les cigares cubains sont un produit de la plus haute qualité, et les fabricants cubains de cigares ont cherché à préserver cette position en investissant substantiellement dans la création de l'image de marque des gros cigares roulés à la main, sur une longue période, et en s'appuyant sur certaines marques de fabrique utilisées depuis plus d'un siècle (par exemple, Partagás – 1845; Hoyo de Monterrey – 1865; Romeo Y Julieta – 1875; Bolívar – 1902).

58. À cet égard, Cuba juge utile d'imaginer l'incidence dévastatrice que des mesures similaires auraient sur d'autres produits haut de gamme comme le champagne, même en l'absence de mises en garde sanitaires. La **figure 4** ci-après représente une étiquette portant une marque de fabrique et une indication géographique. La **figure 5** montre à quoi ressemblerait l'étiquette si les mesures PP étaient appliquées.

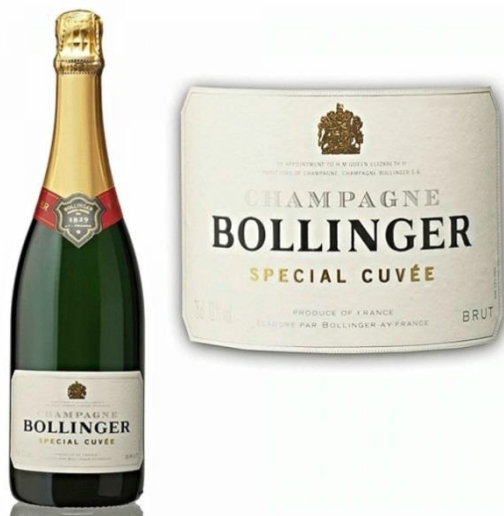


Figure 4: Étiquette du champagne Bollinger Special Cuvée.

Sur cette étiquette, la marque de fabrique est "Bollinger Special Cuvée" et l'indication géographique "Champagne".



Figure 5: Étiquette du champagne Bollinger Special Cuvée si elle était soumise à la mesure concernant l'emballage neutre (sans la mise en garde sanitaire).

59. Tout Membre de l'OMC qui introduirait des mesures PP semblables se heurterait à une forte opposition d'un certain nombre de pays développés Membres de l'OMC, notamment de l'Union européenne, mais aussi de l'Australie et des États-Unis. Ceux-ci feraient valoir qu'il est impensable que cette mesure respecte d'une quelconque manière l'Accord sur les ADPIC puisqu'elle compromettrait ce que l'Accord sur les ADPIC vise par essence. Cuba en convient et insiste fermement sur le fait que la conclusion devrait être la même en l'espèce. Cette conclusion ne peut pas être différente seulement parce que les produits affectés dans la présente affaire sont des gros cigares roulés à la main haut de gamme au lieu de boissons alcooliques haut de gamme, et parce que le pays ayant une position dominante sur le marché est un petit pays en développement comme Cuba.

60. L'Australie elle-même a reconnu que les gros cigares roulés à la main de Cuba occupaient un segment de valeur supérieur, et a fait remarquer, dans sa première communication écrite, que les cigares étaient "de plus en plus associés à un statut haut de gamme, au luxe, à la richesse, à la sophistication et au style". Le fait que les cigares cubains soient perçus comme un produit haut de gamme et de luxe par le consommateur ne tient pas au hasard; la perception de la valeur et de la qualité de ces cigares résulte de l'investissement dans les marques de fabrique réalisé durant des années ainsi que des éléments incorporels importants et de l'utilité qui sont associés à ces marques.

61. Dans ce contexte, il est totalement erroné et de surcroît incohérent que l'Australie fasse valoir que les marques de fabrique ne distinguent pas les produits du point de vue de leur "qualité, [de leurs] caractéristiques et [de leur] réputation". Au contraire, l'essence de ces marques de fabrique est de communiquer les traditions, la culture et l'investissement qui contribuent à la qualité des cigares cubains, connus dans le monde entier. Les consommateurs ne payent pas un prix substantiellement plus élevé en reconnaissance de l'identité d'un producteur; ils payent un supplément parce qu'ils adhèrent à la proposition de la marque, communiquée par une marque de fabrique.

62. Cette "entrave" importante est injustifiée car elle n'est ni nécessaire, ni raisonnable ni rationnelle à la lumière de l'objectif de santé publique de l'Australie de réduire la prévalence du

tabagisme. Les mesures PP sont inefficaces, et il existe des mesures de rechange qui seraient plus efficaces sans constituer une entrave aux marques de fabrique, comme: une augmentation des droits d'accise, le contrôle préalable des éléments distinctifs figurant sur l'emballage ou un relèvement de l'âge minimum pour l'achat.

V. LES MESURES CONCERNANT L'EMBALLAGE NEUTRE SONT CONTRAIRES À L'ARTICLE 24:3 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

63. Cuba affirme que les mesures PP sont contraires à l'article 24:3 de l'Accord sur les ADPIC car elles ont pour effet de diminuer le niveau de protection accordé aux indications géographiques cubaines par rapport au niveau de protection qui existait en Australie avant le 1^{er} janvier 1995. En particulier, Cuba souligne que l'utilisation de l'indication géographique Habanos sur l'emballage pour la vente au détail des gros cigares cubains roulés à la main était permise au titre de la loi nationale australienne avant le 1^{er} janvier 1995, alors que l'utilisation de cette indication géographique spécifique sur l'emballage pour la vente au détail est actuellement interdite.

64. Contrairement aux allégations de l'Australie, Cuba a démontré que l'indication géographique Habanos jouissait depuis 1968 d'une réputation en Australie, qui était couverte par la protection contre le délit de substitution ("passing off") régie par la common law en matière de dommage, et l'Australie a admis que cela pourrait impliquer la protection des indications géographiques aux fins de l'article 24:3 de l'Accord sur les ADPIC.³

65. Cuba observe que l'article 24:3 impose à l'Australie et aux autres Membres l'obligation de ne pas diminuer le niveau de protection assuré aux indications géographiques spécifiques par rapport au niveau de protection qui existait avant la conclusion de l'Accord sur les ADPIC. Compte tenu de cette obligation, Cuba estime que, dans la mesure où la protection qui préexiste dans un Membre inclut le droit de faire usage des indications géographiques, le Membre ne peut pas diminuer ultérieurement la protection en interdisant l'usage des indications géographiques.

VI. LES MESURES CONCERNANT L'EMBALLAGE NEUTRE SONT INCOMPATIBLES AVEC L'ARTICLE 10BIS DE LA CONVENTION DE PARIS LU CONJOINTEMENT AVEC L'ARTICLE 2:1 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

66. Cuba a établi *prima facie* que les mesures PP étaient contraires à l'article 10bis de la Convention de Paris, incorporé dans l'Accord sur les ADPIC par le biais de son article 2:1. L'article 10bis 1) exige que les Membres assurent une "protection effective contre la concurrence déloyale" résultant de l'utilisation des marques sur des produits.

67. Plus spécifiquement, au titre de l'article 10bis 3) i) les Membres doivent interdire "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"; et au titre de l'article 10bis 3) iii) interdire "[tout acte qui], dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le public en erreur" quant à la nature et aux caractéristiques des marchandises. La mesure concernant l'emballage neutre de l'Australie retire tous les éléments distinctifs de l'emballage du tabac à l'exception de la marque et du nom de variante, qui peuvent uniquement être imprimés dans les types et tailles de police de caractères prescrits. En conséquence, la mesure PP de l'Australie exige que les entreprises adoptent des pratiques anticoncurrentielles, ce que l'Australie doit empêcher au titre de l'article 10bis de la Convention de Paris. L'emballage neutre crée délibérément de la confusion et la possibilité d'induire le public en erreur, des aspects que les Membres doivent empêcher.

68. Les mesures PP sont en outre contraires à l'article 10bis parce qu'elles exigent que les commerçants fassent croire à tort aux consommateurs que des produits différents sont similaires. En raison des grandes similitudes dans l'apparence des paquets et des produits, les consommateurs auront des difficultés à identifier les produits du tabac haut de gamme et seront probablement amenés à conclure à tort que tous les cigares (qu'ils soient fabriqués de façon industrielle ou à la main) et toutes les cigarettes sont interchangeables. La situation qui en résulte est préjudiciable aux producteurs de produits haut de gamme parce que, bien qu'ils aient réalisé des investissements importants dans la qualité, il est très peu probable qu'ils en soient

³ Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 70 et 71.

récompensés par les consommateurs. Cela est particulièrement injuste pour ceux qui bénéficient des indications géographiques, 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.

69. Les mesures PP entraînent une concurrence déloyale parce qu'elles mettent en péril la capacité des producteurs cubains de se protéger face au commerce des marchandises contrefaites. Pour garantir l'authenticité de ses exportations, Cuba exige que chaque boîte de cigares: 1) porte une étiquette adhésive sur laquelle 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. Du fait qu'elles empêchent d'utiliser ces protections, les mesures PP permettent aux contrefacteurs de reconditionner les cigares cubains contrefaits, ou de reconditionner des cigares non cubains comme d'authentiques cigares cubains, entraînant de ce fait un détournement de marchandises qui affecte Cuba.

70. Comme il a été observé plus haut, le sceau de garantie du gouvernement cubain est un élément distinctif des cigares cubains dont l'histoire remonte à 1889. Outre son rôle unique et irremplaçable pour garantir l'authenticité des gros cigares cubains roulés à la main, le sceau de garantie du gouvernement cubain est aussi une indication géographique, au sens de l'article 22:1 de l'Accord sur les ADPIC, car sa fonction est de garantir l'origine cubaine. En conséquence, tous les arguments exposés par Cuba en relation avec les indications géographiques en l'espèce s'appliquent également au sceau de garantie du gouvernement cubain.

71. La position de Cuba à cet égard est en outre étayée par le rapport du Groupe spécial *Mexique – Télécommunications*. Dans cette affaire, le Groupe spécial a examiné l'obligation faite à un Membre de l'OMC d'adopter des "mesures appropriées" en vue d'empêcher des "pratiques anticoncurrentielles".

VII. LES MESURES CONCERNANT L'EMBALLAGE NEUTRE SONT CONTRAIRES À L'ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC

72. Les mesures PP sont incompatibles avec l'article 2.2 de l'Accord OTC du fait qu'elles constituent un règlement technique plus restrictif qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime.

A. LES MESURES CONCERNANT L'EMBALLAGE NEUTRE SONT RESTRICTIVES POUR LE COMMERCE À LA LUMIÈRE DE LEUR CONCEPTION, DE LEUR STRUCTURE ET DE LEUR FONCTIONNEMENT

73. Les mesures PP sont restrictives pour le commerce, comme en témoignent la conception, la structure et le fonctionnement des mesures elles-mêmes. Comme cela a été expliqué, les cigares cubains sont des produits de luxe pour lesquels les marques de fabrique et leur association à Cuba au moyen de l'indication géographique sont essentielles. L'Australie explique, dans sa deuxième communication écrite, que les mesures PP ont pour objet d'éliminer la possibilité que les fabricants utilisent l'emballage du tabac pour faire la promotion de leurs produits et de supprimer toute variabilité de cet emballage. Cela implique inévitablement que les consommateurs se détourneront des produits haut de gamme de luxe pour se tourner vers des produits standard de moins bonne qualité.

74. L'Australie semble faire valoir que cet effet restrictif notable sur les possibilités de concurrence pour les cigares cubains n'a pas d'importance (et qu'il n'est pas restrictif pour le commerce) si la demande se réoriente vers d'autres produits importés. Or, de toute évidence, il a effectivement de l'importance, et l'effet restrictif pour le commerce est tout à fait manifeste dans le cas de notre pays. Cuba ne connaît aucun principe énoncé dans les règles de l'OMC qui permettrait qu'une restriction de fait qui serait imposée au commerce avec un pays soit justifiée par une augmentation des importations en provenance d'un autre pays. Cela n'est pas surprenant puisqu'un tel principe entrerait en conflit avec le principe de la nation la plus favorisée. L'interprétation exposée par Cuba laisse donc complètement intacte la distinction entre l'article 2.1 et l'article 2.2. La position de Cuba à cet égard est en outre étayée par les recommandations du Comité OTC approuvées le 4 octobre 1995.

75. Cuba affirme que l'Australie fait erreur lorsqu'elle indique que ses mesures PP doivent avoir un "effet limitatif sur le commerce en général" des produits du tabac pour être restrictives pour le commerce. La question pertinente pour évaluer la restriction au commerce est de savoir si la mesure a eu un effet défavorable sur les possibilités de concurrence des produits importés, en décourageant les exportations vers l'Australie et en créant de l'incertitude pour les exportateurs. Comme il est établi par le professeur Damien Neven, les mesures PP ont une incidence négative sur cette variable.

76. Par ailleurs, pour pouvoir accéder au marché australien, les exportateurs sont obligés, du fait des mesures PP, d'adapter leurs procédés de production aux exigences spécifiques et aux prescriptions détaillées; cela implique des coûts d'adaptation et de mise en conformité importants, ce qui constitue intrinsèquement une restriction au commerce. Cela est également étayé par le Comité OTC dans ses recommandations relatives à la notion d'"effet notable sur le commerce".

77. Les mesures PP exigent une modification particulièrement notable du procédé de production selon laquelle le sceau de garantie du gouvernement cubain ne peut plus être apposé sur les boîtes de gros cigares cubains roulés à la main qui sont commercialisées en Australie. Comme Cuba l'a expliqué, le respect des mesures PP exige l'ouverture de la boîte originale scellée qui est produite à Cuba pour reconditionner les cigares dans des boîtes conformes aux mesures PP, après avoir manipulé les cigares pour remplacer aussi les bandes. Naturellement, cela implique également qu'il n'est plus possible de garantir que le produit n'a pas été manipulé entre le moment où il a quitté la fabrique à Cuba et le moment où le consommateur ouvre la boîte.

78. Par ailleurs, le Groupe spécial devrait prendre en considération la conception, la structure et le fonctionnement des mesures PP pour évaluer leur caractère restrictif pour le commerce. L'Australie elle-même a expliqué que les mesures PP avaient pour objectif d'éliminer la possibilité qu'un fabricant utilise les produits du tabac pour faire la promotion de ses produits et de supprimer toute variabilité de l'emballage du tabac. Cette mesure est intrinsèquement restrictive pour le commerce. Dans le cas de produits de luxe, comme les gros cigares cubains roulés à la main, cette mesure aura des conséquences désastreuses car les marques de fabrique et les indications géographiques sont essentielles pour mettre en avant l'association des produits à Cuba et le rôle historique de ce pays dans la fabrication et l'exportation des cigares, ainsi que pour différencier ces produits du reste. Cela est particulièrement important dans le contexte d'un "marché discret", comme dans le cas des produits du tabac en Australie.

79. À cet égard, nous devons souligner qu'il ne s'agit pas d'une coïncidence si l'article 23 de l'Accord sur les ADPIC introduit une protection additionnelle pour les indications géographiques concernant les vins et les boissons alcooliques. Cette protection est particulièrement importante en ce qui concerne ces produits parce qu'ils font partie d'une catégorie de produits pour lesquels les consommateurs apprécient les différences en fonction de l'origine géographique, de la qualité et du caractère traditionnel, bien plus que pour le reste des produits. Les gros cigares cubains roulés à la main appartiennent à la même catégorie, et une mesure dont l'objectif spécifique est d'éliminer toute variabilité de l'emballage du tabac, et la dernière possibilité de communiquer la tradition et la qualité, est intrinsèquement restrictive pour le commerce de Cuba.

80. Enfin, nous devons souligner que l'Australie elle-même a reconnu que les mesures PP étaient restrictives pour le commerce (et qu'elles n'étaient fondées sur aucune norme internationale pertinente) lorsqu'elle les a notifiées au titre de l'article 2.9.2 de l'Accord OTC.

B. LES MESURES PP RESTREIGNENT LE COMMERCE PLUS QU'IL N'EST NÉCESSAIRE ÉTANT DONNÉ QUE L'AUSTRALIE AVAIT DES MESURES DE RECHANGE À SA DISPOSITION

81. L'argument de Cuba est que les mesures PP sont inefficaces étant donné qu'elles ne peuvent pas réduire les taux de tabagisme en Australie. Cuba incorpore dans cette section les arguments antérieurs qu'elle a formulés dans le contexte de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC en relation avec les raisons pour lesquelles les mesures PP ne contribueront pas à l'objectif de l'Australie.

82. Même dans le cas où le Groupe spécial conclurait que les mesures PP apportent effectivement une contribution à l'objectif de l'Australie, Cuba soutient que celle-ci avait à sa disposition diverses mesures de rechange qui auraient apporté ce même degré de contribution. Les

mesures de rechange sont les mêmes que celles exposées précédemment dans le cadre de l'allégation de Cuba au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC. À titre de rappel, ces mesures de rechange sont: i) une augmentation des droits d'accise sur les produits du tabac; ii) un contrôle préalable des éléments distinctifs figurant sur l'emballage; iii) un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat des produits du tabac; et iv) de meilleures campagnes de marketing social pour la lutte antitabac.

83. Cuba souhaiterait rappeler que le Bureau de la meilleure pratique réglementaire (l'"OBPR") de l'Australie n'a trouvé aucune justification concernant les mesures PP. De fait, le 23 avril 2009, dans la lettre qu'il a adressée au Département de la santé et du vieillissement (le "DHA") de l'Australie, l'OBPR a non seulement informé le DHA que l'exposé d'impact réglementaire ne respectait pas les principes établis par le manuel de la meilleure pratique réglementaire de l'Australie, mais il a aussi indiqué ce qui suit: *"[il nous] est difficile de déterminer quel est le problème et quelle est son importance. Le deuxième paragraphe mentionne qu'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. Il apparaît que les programmes actuels réalisent leurs objectifs et qu'il n'existe pas de raisons évidentes pour l'adoption d'autres initiatives."*⁴

C. LES MESURES CONCERNANT L'EMBALLAGE NEUTRE N'ONT PAS ÉTÉ ADOPTÉES CONFORMÉMENT AUX NORMES INTERNATIONALES CORRESPONDANTES

84. L'Australie tente de s'appuyer sur l'article 2.5 de l'Accord OTC, qui établit que lorsqu'il existe une norme technique approuvée ayant un objectif légitime, conformément aux normes internationales correspondantes, il sera présumé, cette présomption étant réfutable, que l'obstacle au commerce international n'est pas non nécessaire. Toutefois, les Directives de la FCTC ne constituent pas une norme internationale pertinente, premièrement parce qu'elles ne correspondent pas à la définition d'une "norme" et deuxièmement parce que la Conférence des Parties à la FCTC n'est pas un organisme international de normalisation reconnu.

1. Les Directives de la FCTC ne sont pas des normes

85. Pour constituer une norme, les Directives doivent répondre à la définition établie à l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC, qui dispose que les normes doivent fournir des *"lignes directrices ou des caractéristiques pour des produits ou des procédés et des méthodes de production connexes"* pour des *"usages communs et répétés"*. À l'évidence, cela fait référence à des *"usages communs et répétés"* de la part de producteurs et au caractère non contraignant à l'égard de ces derniers. Ce qui vient d'être dit est parfaitement illustré par les normes ISO, qui sont appropriées pour des *"usages communs et répétés"* par les producteurs, sans être contraignantes, mais qui permettent qu'un producteur assure sous une *"forme normalisée"* un certain niveau de qualité, de sécurité ou de compatibilité technique. La norme ISO 3394 sur les dimensions des emballages rectangulaires rigides pour l'expédition constitue un exemple représentatif, et a été citée antérieurement par le Honduras.

86. Les Directives de la FCTC diffèrent totalement de ces normes et cherchent à inciter les autorités à imposer des normes techniques contraignantes pour les 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 un producteur. C'est pourquoi elles ne sont ni précises ni prescriptives: il s'agit de recommandations de politique générale pour les régulateurs et les législateurs et non de guides techniques détaillés pour les producteurs.

2. La Conférence des Parties à la FCTC n'a pas d'activités de normalisation reconnues

87. Cuba et l'Australie conviennent qu'un organisme doit satisfaire à deux prescriptions pour être qualifié d'organisme ayant des *"activités normatives reconnues"*. Premièrement, la normalisation devra être l'une des fonctions de l'organisme en question (ce que l'Australie mentionne comme étant la *"dimension normative"*). Deuxièmement, il faut que les Membres de l'OMC soient conscients, ou aient des raisons de penser, que l'organisme international en question

⁴ Australian Government, Office de Best Practice Regulation, *Draft RIS for the Tobacco Control Act* (23 avril 2009), annexe HON-12, page 3.

mène des activités de normalisation (ce que l'Australie mentionne comme étant la "*dimension factuelle*").

88. La Conférence des Parties à la FCTC n'est pas un organisme de normalisation dans un sens normatif parce que le cadre documentaire sur lequel elle repose ne dit rien au sujet du fait qu'elle constitue un organisme de normalisation. En outre, il n'est pas possible d'affirmer que les Membres de l'OMC sont conscients, ou ont des raisons de penser, que la Conférence des Parties à la FCTC mène des activités de normalisation. Le texte de la FCTC indique clairement qu'il s'agit d'une "convention-cadre", et même les États sceptiques sont d'accord pour considérer qu'elle ne les engage pas à adopter une quelconque action spécifique.

89. Pour ces raisons, il est inapproprié que l'Australie invoque la présomption réfragable énoncée à l'article 2.5 de l'Accord OTC.

VIII. LES MESURES CONCERNANT L'EMBALLAGE NEUTRE SONT INCOMPATIBLES AVEC L'ARTICLE IX:4 DU GATT DE 1994

90. Cuba soutient que les mesures PP sont incompatibles avec l'article IX:4 du GATT de 1994 car, en empêchant que l'indication géographique "Habanos" figure sur les gros cigares cubains roulés à la main, ces mesures entraînent une réduction substantielle de la valeur de ces produits.

91. La réduction substantielle de la valeur est due au fait que l'indication géographique "Habanos" fait partie des renseignements qui permettent de certifier l'authenticité du produit au consommateur; en d'autres termes, elle garantit au consommateur que le produit est authentique et n'a pas une origine illicite. Les mesures de l'Australie empêchent l'apparition de certains renseignements, ce qui crée de l'incertitude pour le consommateur quant à savoir si le produit qu'il entend acheter est authentique. Il s'agit là d'un avantage connu de l'indication géographique "Habanos".

92. En outre, la réduction substantielle de la valeur tient également à ce que, en empêchant l'apparition de l'indication géographique "Habanos" sur les gros cigares cubains roulés à la main, les mesures de l'Australie limitent la possibilité qu'ont les exportateurs cubains de maintenir le supplément de prix pour ces produits.

93. Cuba a dûment étayé ces affirmations factuelles au moyen d'éléments de preuve divers, notamment les pièces CUB-10, CUB-31, CUB-34, CUB-36 et JE-24(50).

94. L'Australie fait erreur en alléguant que l'article IX:4 du GATT de 1994 impose une charge de la preuve particulière. Comme Cuba l'a précisé tout au long du présent différend, la démonstration *prima facie* d'une violation au titre de l'article IX:4 suit les mêmes règles générales que celles établies par l'Organe d'appel, selon lesquelles "[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".⁵

95. Il convient de mentionner que, selon Cuba, la "valeur" d'un produit peut être réduite soit quantitativement soit qualitativement. Cuba a déjà établi les raisons pour lesquelles la valeur du produit était réduite en termes quantitatifs. S'agissant de la réduction de la valeur en termes qualitatifs, elle observe que le sens ordinaire du mot "valor" (valeur) est "[g]rado de utilidad o aptitud de las cosas para satisfacer las necesidades o proporcionar bienestar o deleite" ([d]egré d'utilité ou aptitude des choses à répondre aux besoins ou à assurer le bien-être ou le plaisir).⁶ Conformément à ce sens, la valeur de l'indication géographique "Habanos" peut également se mesurer en termes qualitatifs compte tenu de la grande utilité de cette indication pour répondre à un besoin spécifique, à savoir, son utilité en tant qu'instrument important pour déterminer l'authenticité du produit. L'atteinte à cette "valeur" de l'indication géographique "Habanos" en termes qualitatifs étayerait également l'allégation de Cuba au titre de l'article IX:4 selon laquelle les mesures PP réduisent substantiellement la valeur des gros cigares cubains roulés à la main.

⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 140 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses*, page 16).

⁶ Diccionario de la Real Academia Española, pouvant être consulté à l'adresse suivante: <http://dle.rae.es/?id=bJeLxWG>.

96. L'indication géographique "Habanos" est l'un des principaux éléments de la réputation des gros cigares cubains roulés à la main en tant que produits de grande qualité s'appuyant sur une longue tradition. Comme elle l'a établi dans sa déclaration orale liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, Cuba estime que l'incidence d'une interdiction visant l'utilisation de l'indication géographique "Habanos" est similaire à celle de l'interdiction de l'utilisation du terme "champagne" pour le vin de la région de Champagne. Personne ne contesterait que cette interdiction du terme "champagne" aurait une incidence substantielle et considérable sur les prix plus élevés des vins de Champagne par rapport à d'autres vins mousseux. Même dans le cas où l'incidence sur les prix ne serait pas immédiate, elle se produirait inévitablement avec le temps. Les indications géographiques qui sont utilisées pour garantir la qualité et le caractère traditionnel des produits de luxe visent spécifiquement à différencier ces produits d'autres produits "standard".

97. Le remplacement de l'indication géographique Habanos par les expressions "Fabriqué à Cuba", "Roulé à la main" et "Pacific Cigar Company", qui composent le texte figurant actuellement sur l'emballage neutre des cigares cubains en Australie, est clairement insuffisant pour communiquer l'association à l'origine cubaine et à la longue tradition dans la culture du tabac et la fabrication des cigares qui se transmet par l'utilisation de l'indication géographique Habanos.

98. En outre, tous les cigares cubains ne remplissent pas les conditions requises pour pouvoir utiliser l'indication géographique Habanos – celle-ci étant réservée exclusivement aux meilleurs cigares cubains qui respectent des normes de qualité strictes. En fait, les expressions "Fabriqué à Cuba", "Roulé à la main" et "Pacific Cigar Company", qui figurent actuellement sur l'emballage neutre des cigares cubains en Australie, recouvrent une catégorie bien plus large que celle des cigares remplissant les conditions requises pour être inclus dans l'indication géographique Habanos. En conséquence, ces expressions ne peuvent pas communiquer les mêmes renseignements concernant l'origine, le caractère traditionnel et la qualité que l'indication géographique Habanos.

IX. AUTRES ALLÉGATIONS JURIDIQUES

99. Cuba a également fait siennes les allégations présentées par les autres coplaignants en relation avec:

- a. l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC, qui dispose que la nature du produit ou du service auquel une marque s'appliquera ne constituera en aucun cas un obstacle à l'enregistrement de la marque;
- b. l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC, qui établit que le titulaire d'une marque enregistrée aura le droit exclusif d'empêcher tous les tiers agissant sans son consentement de faire usage de signes identiques ou similaires pour des produits ou des services identiques ou similaires;
- c. l'article 16:3 de l'Accord sur les ADPIC, qui établit une protection renforcée pour les marques notoirement connues, pour lesquelles le titulaire de la marque a le droit d'empêcher un usage non autorisé même si la marque est utilisée pour des produits non similaires;
- d. l'article 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC, qui dispose que, pour ce qui est des indications géographiques, les Membres de l'OMC prévoient 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); et
- e. l'article 6*quinqüies* de la Convention de Paris (en relation avec l'article 2 de l'Accord sur les ADPIC), qui dispose que toute marque enregistrée dans le pays d'origine sera admise au dépôt et protégée telle quelle dans les autres pays de l'Union.

X. MOYEN DE DÉFENSE AU TITRE DE L'ARTICLE XX DU GATT DE 1994

100. L'Australie ne peut pas invoquer le moyen de défense au titre de l'article XX du GATT de 1994 car les mesures PP ne peuvent pas être qualifiées comme étant "nécessaires" pour réaliser l'objectif de santé publique de l'Australie de réduire la prévalence du tabagisme. Conformément à la jurisprudence constante de l'OMC, pour qu'une mesure soit "nécessaire" plusieurs facteurs sont

requis, notamment i) la "contribution de la mesure à la réalisation des buts qu'elle poursuit"; et ii) la disponibilité de mesures de rechange compatibles avec les règles de l'OMC, dont on pourrait raisonnablement attendre qu'elles soient appliquées par l'Australie. S'agissant du premier facteur, les éléments de preuve montrent que les mesures PP n'ont pas contribué à la réduction du tabagisme durant les trois ans qui ont suivi la mise en œuvre. Pour ce qui est du deuxième facteur, comme cela a été dit au paragraphe 44, il existe des mesures de rechange qui pourraient être efficaces pour réaliser l'objectif de l'Australie.

XI. CONCLUSION

101. Pour les raisons exposées précédemment, Cuba demande de nouveau que le Groupe spécial conclue que:

- a. les mesures PP sont contraires à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC;
- b. les mesures PP sont contraires à l'article 24:3 de l'Accord sur les ADPIC;
- c. les mesures PP sont contraires à l'article 10*bis* de la Convention de Paris (lu conjointement avec l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC);
- d. les mesures PP sont contraires à l'article 2.2 de l'Accord OTC;
- e. les mesures PP sont contraires à l'article IX:4 du GATT de 1994; et que
- f. les mesures PP enfreignent les articles 15:4, 16:1, 16:3 et 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC et l'article 6*quinquies* de la Convention de Paris (lu conjointement avec l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC).

102. Cuba demande que le Groupe spécial recommande, conformément à l'article 19:1 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, que l'Organe de règlement des différends demande que l'Australie rende les mesures en cause conformes à l'Accord sur les ADPIC, à l'Accord OTC et au GATT de 1994 dans un délai raisonnable.

ANNEXE B-4**RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DES ARGUMENTS DE L'INDONÉSIE****I. INTRODUCTION**

1. Le 1^{er} décembre 2012, l'Australie a interdit ou dans certains cas fortement restreint l'usage des marques, des indications géographiques ("IG"), des couleurs distinctives et autres éléments distinctifs dans leur ensemble sur les produits du tabac et leur emballage. Elle a aussi demandé i) que les parties de l'emballage du tabac ne comportant pas déjà de grandes mises en garde sanitaires explicites aient un fini mat uniforme et une couleur brun foncé terne; et ii) que le nom commercial (par exemple, "Marlboro") et le nom de variante (par exemple, menthol) apparaissent avec des caractères, une taille, une couleur et un emplacement uniformes sur l'emballage. Ces prescriptions concernant ce qu'il est convenu d'appeler l'"emballage neutre" sont radicales et sans précédent. Aucun autre Membre de l'Organisation mondiale du commerce ("OMC") n'a jamais demandé à un fabricant d'un produit licite de supprimer ses marques de fabrique ou de commerce, ses IG, sa présentation commerciale, ses logotypes et autres marquages de produits avant la vente au détail.

2. L'Indonésie a un intérêt très important dans la présente affaire. Elle a engagé la présente procédure parce que l'emballage neutre menace les possibilités d'exportation pour son industrie des cigarettes, en particulier son industrie des cigarettes aux clous de girofle. Cette industrie représente environ 1,66% de son produit intérieur brut total. Les cigarettes aux clous de girofle font partie intégrante de l'économie indonésienne. C'est le deuxième secteur le plus important de l'Indonésie, et il emploie plus de 6 millions de personnes. Plus de la moitié des citoyens indonésiens vivent dans des zones rurales où l'agriculture et l'industrie des cigarettes aux clous de girofle sont les principales sources de revenus. L'Indonésie exporte ses cigarettes dans le monde entier, y compris vers l'Australie, et a exporté des produits du tabac pour environ 700 millions de dollars en 2013. Elle soumet le présent différend pour protéger ses intérêts dans ces exportations.

3. L'OMC accorde une grande latitude aux Membres pour poursuivre des objectifs légitimes de politique publique tels que la prévention du tabagisme. De ce fait, aucun des plaignants dans les présents différends ne conteste le droit de l'Australie de restreindre la publicité des produits du tabac, les prescriptions en matière d'étiquetage, les limitations concernant les points de vente, les mises en garde sanitaires obligatoires et les nombreuses autres mesures prises par celle-ci pour réduire la consommation¹ de produits du tabac et faire baisser les taux de prévalence² du tabagisme à l'intérieur de ses frontières. En particulier, l'Indonésie ne conteste pas les prescriptions concernant les mises en garde sanitaires explicites. En fait, elle a récemment adopté son propre ensemble de règles exigeant des mises en garde sanitaires explicites sur les produits du tabac.³

4. La question soumise au Groupe spécial n'est pas de savoir si le tabac est nocif ou devrait être réglementé. En fait, la question est de savoir si les modifications de l'image et de l'apparence de l'emballage du tabac (à savoir la faible part des emballages de cigarettes qui ne comportent pas déjà des mises en garde sanitaires explicites en Australie) et des cigares et cigarettes individuels sont compatibles avec les obligations de l'Australie dans le cadre de l'OMC.

¹ La "consommation" de tabac représente la quantité totale de tabac consommé, habituellement exprimée en nombre de "sticks" vendus.

² La "prévalence" du tabagisme mesure le nombre de personnes qui fument dans une population donnée. Elle est habituellement exprimée en pourcentage.

³ Voir Australian Broadcasting Commission News, "Indonesia pushes for graphic health warnings on cigarettes" (25 juin 2014).

II. CONTEXTE FACTUEL

A. Réglementation des produits du tabac et de leur emballage en Australie avant le 1^{er} décembre 2012

5. Il est important de considérer l'emballage neutre compte tenu de l'environnement réglementaire existant lorsque les mesures ont été adoptées et des diverses restrictions en matière de commercialisation du tabac qui étaient déjà en place au moment où l'emballage neutre a été mis en œuvre. Aucune de ces autres politiques de lutte antitabac n'est en cause dans le présent différend.

6. L'Australie est un "marché discret", ce qui signifie qu'elle prohibe toutes les formes de publicité pour le tabac et de promotion du tabac.⁴ En 1973, le gouvernement australien a commencé à supprimer progressivement la publicité à la radio et à la télévision pour les produits du tabac, et une interdiction totale a pris effet le 1^{er} septembre 1976. En décembre 1990, une interdiction de la publicité imprimée (journaux et magazines) est entrée en vigueur dans le cadre de la *Loi prohibant les publicités pour les produits du tabac*. La *Loi de 1992 prohibant la publicité pour le tabac* stipulait des restrictions additionnelles, y compris des interdictions des publicités sous forme de films, des publicités en plein air et des parrainages.

7. L'Australie exige des mises en garde sanitaires sur les emballages de tabac depuis 1973.⁵ En 1985, des mises en garde sanitaires additionnelles ont été introduites et ont occupé davantage de place sur les emballages. Le *Règlement de 2004 sur les pratiques commerciales (normes d'information sur les produits de consommation) (tabac)* a exigé que les emballages de la plupart des produits du tabac (à l'exception, par exemple, des cigares enveloppés individuellement) comportent des mises en garde sanitaires explicites et divers messages en alternance sur les risques du tabagisme pour la santé.⁶

8. À compter du 1^{er} mars 2006, tous les emballages ont dû comporter des mises en garde sanitaires graphiques couvrant 30% du recto et 90% du verso du paquet. Lorsqu'elle s'est orientée vers l'emballage neutre, l'Australie a nettement augmenté la taille de ses mises en garde sanitaires explicites en vertu de la *Norme d'information de 2011 sur la concurrence et les consommateurs (tabac)* (la "Norme d'information"). Pour les paquets de cigarettes, la taille exigée du texte et de l'élément graphique de la mise en garde est passée de 30% à 75% de la surface du recto.⁷ Pour les étuis à cigares, le texte de la mise en garde doit occuper 95% de la longueur totale de la surface externe et au moins 60% de la circonférence de cette surface.⁸

9. Au niveau des États et au niveau local, l'Australie a également mis en œuvre des interdictions de consommer des produits du tabac dans certaines zones et dans certaines circonstances ("interdictions de fumer"), en principe dans les endroits publics. Les États et territoires australiens où des interdictions de fumer sont en vigueur représentent plus de 99% de la population totale de l'Australie en termes de résidence.⁹

10. Les produits du tabac sont lourdement taxés en Australie. De 1999 à mars 2010, le droit d'accise a été relevé deux fois par an conformément à l'inflation globale – passant de 0,18872 cent par stick à 0,26220 cent par stick. Le 1^{er} août 2013, l'Australie a annoncé en outre des hausses additionnelles de la taxation du tabac au cours des années à venir. Quatre droits d'accise additionnels de 12,5% chacun ont été prévus pour le 1^{er} décembre 2013, le 1^{er} septembre 2014, le 1^{er} septembre 2015 et le 1^{er} septembre 2016.¹⁰

11. Des campagnes antitabac dans les médias sont également courantes en Australie.¹¹ Il s'agit notamment de campagnes de marketing social, consistant en messages des services publics visant des segments spécifiques de la population qui sont communiqués par le biais de médias très divers

⁴ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 54.

⁵ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 57.

⁶ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 57.

⁷ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 58.

⁸ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 58.

⁹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 62.

¹⁰ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 67.

¹¹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 69.

(par exemple, la télévision, la radio, la presse, les réseaux pour la santé et les réseaux sociaux, et les médias numériques).

12. Pour tenter de démontrer que la réglementation de l'emballage du tabac était nécessaire, l'Australie a réitéré des préoccupations concernant l'emballage du tabac qui remontaient à plusieurs décennies.¹² L'examen après la mise en œuvre ("PIR") reprend ces allégations dans la section 1.3, citant des documents et des pratiques de cigarettiers datant de plus de 20 ans.¹³ Ce que l'examen après la mise en œuvre ne mentionne pas, c'est qu'en raison de nombreuses politiques mentionnées plus haut, un bon nombre de ces problèmes n'étaient plus pertinents lorsque l'emballage neutre a été adopté.

B. Aperçu concernant l'emballage neutre en Australie

1. Loi T/PP et règlement connexe

13. La *Loi de 2011 sur l'emballage neutre du tabac* ("*Loi T/PP*") a été adoptée par les deux Chambres du Parlement le 21 novembre 2011 et a reçu l'approbation royale le 1^{er} décembre 2011.¹⁴ Le *Règlement de 2011 sur l'emballage neutre du tabac* ("*Règlement T/PP*") a été promulgué le 7 décembre 2011.¹⁵ Au regard des mesures concernant l'emballage neutre, tous les emballages de tabac devaient être fabriqués conformément aux prescriptions en matière d'emballage neutre à compter du 1^{er} octobre 2012.¹⁶ Les points de vente au détail se sont vu accorder deux mois supplémentaires pour liquider leurs stocks ayant des emballages non conformes, mais à compter du 1^{er} décembre 2012, tous les produits du tabac vendus dans les points de vente au détail devaient être conformes aux mesures concernant l'emballage neutre.¹⁷

a. Prescriptions en matière de marques de fabrique ou de commerce et de marques

14. L'article 20 de la *Loi T/PP* prohibe l'usage de toute marque ou marque de fabrique ou de commerce sur l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac, autre que ce qui est expressément autorisé. L'apparition du nom commercial, de la raison sociale, du nom de la société ou du nom de variante est strictement réglementée, et des conditions détaillées sont prévues pour la place et l'apparence.¹⁸ Le *Règlement T/PP* dispose que les éléments suivants doivent apparaître sur l'emballage pour la vente au détail: des marques concernant l'origine, des marques concernant le calibrage, une marque concernant les dimensions et la désignation commerciale, un code-barres, une indication du risque d'incendie, une indication de produit fabriqué localement, et un nom et une adresse.¹⁹

15. L'article 26 de la *Loi T/PP* prohibe l'usage de marques de fabrique ou de commerce et de marques où que ce soit sur un produit du tabac, autre que ce qui est autorisé par le Règlement. La section 3.1.2 du *Règlement T/PP* permet qu'une cigarette soit marquée seulement d'un code alphanumérique. La division 3.2 du *Règlement T/PP* impose des prescriptions similaires pour les cigares et les bidis.

b. Prescriptions en matière de présentation/d'apparence

16. L'article 18 de la *Loi T/PP* impose des prescriptions uniformes concernant la forme ou les caractéristiques physiques de l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac. L'emballage ne doit pas avoir "d'arêtes, d'estampes, de renflements décoratifs ou autres irrégularités de forme ou de texture, ou tous autres ornements, autres que ce qui est permis par les règlements".²⁰ Les paquets et les cartouches de cigarettes peuvent être faits uniquement en carton et doivent être rigides et parfaitement rectangulaires, sans aucune caractéristique

¹² Indonésie, observations sur l'examen après la mise en œuvre, paragraphe 8.

¹³ Australian Department of Health and Ageing, "Post – Implementation Review: Tobacco Plain Packaging 2016," ("PIR") (March 2016), pièce AUS-624, paragraphes 20 à 22.

¹⁴ Indonésie, première communication écrite, paragraphe 73.

¹⁵ Indonésie, première communication écrite, paragraphe 73.

¹⁶ Voir la *Loi T/PP*, article 2; le *Règlement T/PP*, section 1.1.2.

¹⁷ *Loi T/PP*, article 2.

¹⁸ *Loi T/PP*, article 21.

¹⁹ *Règlement T/PP*, division 2.3.

²⁰ *Loi T/PP*, article 18 1); voir aussi le *Règlement T/PP*, section 2.1.6.

distinctive.²¹ La manière dont s'ouvrent les paquets et les cartouches est également réglementée, et tout autre élément indiquant l'ouverture du produit est supprimé.²² Le *Règlement T/PP* indique également toute une série de dimensions auxquelles les paquets de cigarettes doivent se conformer.²³ Pour les cigares, les étuis doivent être cylindriques et rigides, avec les deux extrémités coniques ou arrondies.²⁴

17. L'article 19 de la *Loi T/PP* impose des limitations rigoureuses concernant la couleur et le fini de l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac. Le *Règlement T/PP* uniformise également l'apparence des produits du tabac. En vertu de la section 3.1.1 1), toutes les cigarettes, indépendamment de la marque, doivent se ressembler.²⁵

2. Loi portant modification de la Loi sur les marques

18. Parallèlement à l'adoption de la *Loi T/PP*, le Parlement australien a adopté la *Loi de 2011 portant modification de la Loi sur les marques (emballage neutre du tabac)* ("*Loi portant modification de la Loi sur les marques*"). La *Loi portant modification de la Loi sur les marques* donne un vaste pouvoir à l'organisme de réglementation en vertu de la *Loi T/PP* pour modifier la législation australienne sur les marques, et permet que les règlements l'emportent sur les protections de marques spécifiques en relation avec les produits du tabac lorsque ces protections sont autrement d'application générale en ce qui concerne toutes marques pour tous les produits autres que ceux du tabac.

3. Objectif de l'emballage neutre

19. Selon l'Australie, l'objectif général de l'emballage neutre est de contribuer à "faire baisser le taux de tabagisme {sa 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 Déroit de Torres".²⁶ Par conséquent, l'emballage neutre vise à protéger la santé en réduisant la prévalence du tabagisme. L'Australie estime que l'emballage neutre permettra de réaliser ces objectifs de la manière suivante:

Le Parlement a l'intention de contribuer à réaliser les objectifs énoncés dans la sous-section 1) *en réglementant l'emballage pour la vente au détail et l'apparence des produits du tabac afin*:

- a) de réduire l'attrait exercé par les produits du tabac sur 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 réduire la possibilité que l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac induisent les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme ou de la consommation de produits du tabac.²⁷

20. Après avoir pris des positions contradictoires sur la question, l'Australie a confirmé que ces "mécanismes" n'étaient pas eux-mêmes des objectifs de la *Loi T/PP*.²⁸

21. L'Australie a aussi indiqué qu'un objectif additionnel de l'emballage neutre était de satisfaire à certaines "prescriptions" alléguées de la Convention cadre pour la lutte antitabac, très récemment dans l'examen après la mise en œuvre.²⁹ La FCTC n'exige pas que les parties adoptent des mesures concernant l'emballage neutre, et certainement pas des mesures concernant

²¹ *Loi T/PP*, article 18 2) a) à c). *Règlement T/PP*, section 2.1.2.

²² En ce qui concerne les paquets de cigarettes, leur seule ouverture peut être un couvercle à abattant, avec une charnière au dos du paquet. *Règlement T/PP*, section 2.1.2.

²³ Voir le *Règlement T/PP*, section 2.1.1 1) et la *Loi T/PP*, article 18 3) b) à d).

²⁴ *Règlement T/PP*, section 2.1.4.

²⁵ *Règlement T/PP*, section 3.1.3. La section 3.1.3 du *Règlement T/PP* dispose de même qu'un bout filtre doit être blanc.

²⁶ Document de consultation concernant l'avant-projet de loi sur l'emballage neutre, page 1.

²⁷ *Loi T/PP*, article 3 2) (pas d'italique dans l'original).

²⁸ Australie, réponse à la question n° 1 de la République dominicaine.

²⁹ Indonésie, observations sur l'examen après la mise en œuvre, paragraphes 10 à 13.

l'emballage neutre qui prohibent les marques, les IG, les présentations commerciales, les logotypes et autres marquages dans leur ensemble sur les produits du tabac eux-mêmes, en sus de leur emballage. En fait, l'article 11 autorise un emballage faisant la promotion d'un produit du tabac dès lors qu'il n'est pas "illégal, de nature à induire en erreur, trompeur ou susceptible de donner une impression erronée". L'article 13 exige que les parties interdisent globalement la publicité, la promotion et le parrainage pour le tabac dans leur ensemble.

22. Les Directives pour les articles 11 et 13 recommandent que les parties à la Convention se contentent d'"envisager d'adopter" l'emballage neutre, mais n'exigent pas qu'elles le fassent. La nature non contraignante de ces recommandations est soulignée par le fait que l'emballage neutre ne fait pas partie intégrante de l'évaluation par l'OMS du respect de la FCTC par les pays.³⁰ En fait, en 2011, l'OMS a donné à l'Australie la note parfaite de 10 sur 10 pour son respect des interdictions directes et indirectes concernant la publicité, le parrainage et la promotion, *avant* que celle-ci ait mis en œuvre l'emballage neutre.³¹ Par conséquent, l'adoption de l'emballage neutre n'améliore pas le respect par l'Australie de ses obligations au titre de la FCTC.

C. Prescriptions au 1^{er} décembre 2012

23. La prévalence du tabagisme chez les fumeurs quotidiens en Australie âgés d'au moins 14 ans a diminué de presque dix points de pourcentage, tombant de 24,3% en 1991 à 15,1% en 2010.³² La prévalence du tabagisme observée a baissé régulièrement à compter de 2006 à un taux annuel d'environ 0,59 point de pourcentage. Cancer Council Victoria a déterminé qu'une combinaison de majorations fiscales et d'un accroissement des dépenses pour des campagnes dans les médias sociaux et d'autres mesures antitabac ferait baisser la prévalence du tabagisme juste en-dessous de 10% d'ici à 2020 même *sans* la mise en œuvre de l'emballage neutre.³³

24. Si l'Australie n'avait pas été aussi pressée d'adopter l'emballage neutre, l'évolution des taux de prévalence aurait montré clairement que le même objectif que celui fixé pour l'emballage neutre serait atteint pendant la même période. En fait, étant donné l'effet bien documenté des majorations fiscales sur les taux de prévalence du tabagisme, et compte tenu des quatre majorations fiscales additionnelles prévues à compter du 1^{er} décembre 2013, l'Australie aurait pu tout à fait dépasser ses objectifs sans adopter l'emballage neutre.

D. Prévalence du tabagisme en Australie depuis que les prescriptions en matière d'emballage neutre ont été mises en œuvre au 1^{er} décembre 2012

25. Au moment de son adoption, l'emballage neutre a été salué par ses partisans comme une "mesure décisive" dans le cadre des efforts déployés par l'Australie pour la lutte antitabac.³⁴ Il a été dit aux Australiens et aux milieux d'affaires internationaux que l'emballage neutre "rédui[rait] considérablement les taux de tabagisme ... permet[trait] de faire des progrès significatifs pour empêcher les gens de commencer à fumer et réduire les taux de consommation de tabac ... [et aurait] un énorme potentiel pour faire baisser les taux de tabagisme".³⁵

26. Plus de trois ans se sont écoulés depuis que les mesures concernant l'emballage neutre ont pris effet. C'est une longue période et il est raisonnable d'escompter que si l'emballage neutre avait dû faire baisser le taux de prévalence pendant cette période, cet effet pourrait être observé dès à présent.

27. Depuis la mise en œuvre, de nombreuses études quantitatives ont été menées pour examiner l'incidence de l'emballage neutre sur la prévalence du tabagisme et la consommation de

³⁰ La conformité avec la FCTC est incluse dans le rapport Tobacco Control Country Profiles de l'OMS. World Health Organization, "FCTC Surveillance and Monitoring", pièce IND-34. Ces profils de pays comprennent une évaluation de plusieurs mesures figurant dans la FCTC, y compris des mises en garde sanitaires sur les produits du tabac et des interdictions concernant la publicité, le parrainage et la promotion.

³¹ World Health Organization, "Report on the Global Tobacco Epidemic, 2011: Country Profile - Australia", (2011), pièce IND-35.

³² Voir Indonésie, première communication écrite, paragraphe 109 et tableau VI.1 intitulé "Faits et chiffres clés concernant le tabac".

³³ Indonésie, première communication écrite, paragraphe 111.

³⁴ Mémoire explicatif concernant le *Projet de loi de 2011 sur l'emballage neutre du tabac*.

³⁵ D. Hill, "Tobacco Industry has much to Fear: Plain Packaging will Slash Smoking Rates – and Cigarette Makers Know It", *The Sydney Morning Herald* (8 April 2011).

tabac. Ces études: 1) ont été effectuées par des équipes de chercheurs indépendantes; 2) utilisent plusieurs techniques économétriques courantes; et 3) sont basées sur différents ensembles de données à long terme et à grande échelle couvrant, respectivement, des données sur la prévalence, la consommation et les ventes avant et après la mise en œuvre.

28. Aucune des études comparant les données sur la prévalence avant et après la mise en œuvre de l'emballage neutre n'a conclu que l'emballage neutre avait apporté une contribution importante pour réduire la prévalence du tabagisme. Non seulement l'emballage neutre n'a pas contribué à une baisse durable de la prévalence, mais certaines études au niveau des États ont indiqué que la prévalence du tabagisme dans ces États avait *augmenté*. Selon chaque évaluation analytique, l'emballage neutre n'a pas apporté *une quelconque* contribution mesurable pour réduire la prévalence du tabagisme en Australie. Ce à quoi il contribue, c'est à un transfert de la consommation des produits du tabac de marque, plus coûteux, vers des produits moins chers et des produits illicites.

29. L'Australie a fait effectuer l'enquête nationale de suivi de l'emballage neutre ("NPPTS") dans le but exprès d'évaluer l'efficacité de ses mesures concernant l'emballage neutre.³⁶ La NPPTS était une "enquête nationale de suivi mensuel visant les fumeurs et les personnes ayant récemment arrêté de fumer, effectuée par le Centre de recherche comportementale sur le cancer, Cancer Council Victoria ("CCV"), et financée par le DHA.³⁷ Le gouvernement australien a dit que la NPPTS était l'"enquête clé" pour l'examen après la mise en œuvre.³⁸

30. En avril 2015, Mme Wakefield et son équipe de cinq coauteurs du CCV ont publié une série d'articles dans *Tobacco Control* pour présenter les résultats de la NPPTS. Ces articles contenaient des constatations et des conclusions favorables quant à l'incidence que les mesures concernant l'emballage neutre avaient eue sur les antécédents postulés en matière de comportement tabagique.³⁹

31. Au cours du présent différend, les experts des plaignants ont eu pleinement accès à l'ensemble des données de la NPPTS et au code informatique des auteurs. Ils ont identifié plusieurs graves lacunes dans l'analyse effectuée par les coauteurs des articles publiés, y compris "une *succession de mauvais résultats*" que Mme Wakefield et les coauteurs ont simplement préféré ne pas indiquer dans leurs articles.⁴⁰ La très grande majorité des résultats non signalés montraient que les mesures concernant l'emballage neutre n'avaient guère d'effet durable, sinon aucun, sur les variables faisant l'objet de mesures. Les tentatives pour arrêter de fumer enregistraient même un *fléchissement* léger mais statistiquement significatif. Ces lacunes ont conduit à la conclusion que les articles publiés "donnaient une *image inexacte et trompeuse* des résultats de la [NPPTS]", pâtissant du fait que les résultats n'étaient pas tous signalés.⁴¹

32. En réponse à ces constatations, l'Australie a adopté l'approche surprenante consistant à récuser sa propre NPPTS, alléguant qu'elle était inappropriée pour évaluer l'incidence des mesures concernant l'emballage neutre – un point de vue qui n'avait pas été indiqué précédemment par l'Australie, les entités recueillant les données, ou les auteurs s'appuyant sur les ensembles de données dans les publications examinées par des pairs.⁴² Opportunément, l'Australie considère encore l'ensemble des données de la NPPTS comme étant bien approprié – et même comme un "outil puissant" – pour évaluer l'incidence des mesures concernant l'emballage neutre sur le très petit nombre de variables qui démontrent *effectivement* une incidence de l'emballage neutre.⁴³ Toutefois, l'enquête est désormais considérée utile pour évaluer l'incidence sur la grande majorité des variables de la NPPTS, qui se trouvent être pratiquement toutes non affectées par les modifications des paquets.⁴⁴ Comme la République Dominicaine l'a si bien expliqué, il apparaît que "l'Australie a dépensé 3 millions de dollars australiens pour une enquête qui, d'après les

³⁶ NPPTS Technical Report, pièce DOM-307, page 6; examen après la mise en œuvre, paragraphe 69.

³⁷ Examen après la mise en œuvre, paragraphe 69.

³⁸ Commonwealth of Australia, Proof Committee Hansard, Finance Administration Legislation Committee, Estimates (26 May 2015 and 2 June 2015), pièce DOM-371, page 85.

³⁹ Indonésie, observations sur l'examen après la mise en œuvre, paragraphe 14.

⁴⁰ Indonésie, observations sur l'examen après la mise en œuvre, paragraphe 15.

⁴¹ First Data Expert Rebuttal Report, pièce DOM/IDN-6, paragraphe 3 (pas d'italique dans l'original).

⁴² Indonésie, observations sur l'examen après la mise en œuvre, paragraphe 17.

⁴³ Australie, réponse à la question n° 198 du Groupe spécial, paragraphe 291.

⁴⁴ Australie, réponse à la question n° 196 du Groupe spécial, paragraphes 224 et 225. Voir aussi First Data Expert Rebuttal Report, pièce DOM/IDN-6, paragraphes 8 et 9 et paragraphes 36 à 38.

allégations, n'était pas appropriée pour mesurer la grande majorité des variables qu'elle était censée mesurer".⁴⁵

33. Malgré les propres réserves de l'Australie concernant l'utilité de la NPPTS pour évaluer l'efficacité de l'emballage neutre, l'examen après la mise en œuvre s'appuie abondamment sur ses constatations contestables, ainsi que sur celles d'autres études que les plaignants ont réfutées quant au fond tout au long du présent différend.⁴⁶ L'Indonésie note qu'il n'y a rien de nouveau dans les constatations de l'étude indiquées dans l'examen après la mise en œuvre. L'Australie continue de déformer les données de l'enquête par tous les moyens nécessaires pour étayer sa conclusion prévue d'avance selon laquelle l'emballage neutre fonctionne.

III. ALLÉGATIONS JURIDIQUES

A. Les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie violent l'Accord sur les ADPIC

34. Les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie sont incompatibles avec plusieurs de ses obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC. Ce qui revêt une importance particulière pour discerner les protections prévues dans l'Accord sur les ADPIC, c'est la manière dont les marques fonctionnent et le rôle central de l'usage dans leur protection.

1. Marques de fabrique ou de commerce et Accord sur les ADPIC

35. L'article 15:1 de l'Accord sur les ADPIC définit une "marque de fabrique ou de commerce" 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". Des mots, des lettres, des noms, des logotypes, des images, des couleurs, des nombres, la forme des produits ou leur emballage, des sons et toute combinaison de ces éléments peuvent servir de marques de fabrique ou de commerce.⁴⁷ En fait, un produit peut comporter plusieurs de ces signes et chacun d'eux peut être enregistré individuellement en tant que marque.

36. Aux fins des allégations de l'Indonésie au titre de l'Accord sur les ADPIC, nous faisons référence à deux catégories de marques. La première catégorie comprend les marques dénominatives, qui incluent les lettres ou les caractères formant le nom commercial. La seconde catégorie comprend les marques non dénominatives, qui incluent les marques semi-figuratives, figuratives ou stylisées comme les logotypes et les marques combinées contenant des lettres stylisées, les marques de forme et les marques de couleur.

37. La fonction des marques est de distinguer les produits et les services d'une entreprise de ceux d'une autre entreprise 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.⁴⁸

38. Le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques* ("CE – IG") souligne la relation entre 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" et l'intérêt légitime qu'a le titulaire de la marque de "préserver le caractère distinctif de sa marque ou la capacité de la distinguer, afin qu'elle puisse remplir" sa fonction.⁴⁹ Autrement dit, une marque qui ne peut pas être utilisée ne peut plus remplir sa fonction de "distinguer les produits ou les services de certaines entreprises au cours d'opérations commerciales".⁵⁰ C'est exactement ce que font les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie – en limitant fortement l'usage des marques, l'emballage neutre compromet leur fonction et ne permet donc pas de bénéficier des protections garanties par l'Accord sur les ADPIC.

⁴⁵ Indonésie, observations sur l'examen après la mise en œuvre, paragraphe 17.

⁴⁶ Examen après la mise en œuvre, paragraphes 69 à 98.

⁴⁷ Indonésie, première communication écrite, paragraphe 128.

⁴⁸ Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.664 (non souligné dans l'original).

⁴⁹ Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.664.

⁵⁰ Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.664.

a. Les marques ont pour fonction de différencier les produits et de promouvoir la concurrence

39. Comme l'indique l'article 15:1 de l'Accord sur les ADPIC, la principale fonction d'une marque est de différencier les produits et les services d'une entreprise de ceux d'une autre entreprise. Pour dire les choses simplement, la fonction de distinction d'une marque est de donner des renseignements sur la qualité et les autres caractéristiques qualitatives d'un produit. L'Australie affirme que seules les marques dénominatives sont propres à distinguer les produits auxquels elles s'appliquent.⁵¹ Toutefois, les marques dénominatives sont rarement, voire jamais, *utilisées* sous la forme même ayant servi à les enregistrer. Elles sont toujours utilisées conjointement avec des caractères, une couleur, une taille, un emplacement et des éléments distinctifs qui contribuent au caractère distinctif du produit. Contrairement aux arguments formulés par l'Australie, la fonction de distinction est protégée en ce qui concerne *toutes* les marques – y compris les marques purement figuratives.

40. Le Groupe spécial *CE – IG* a également reconnu que la capacité de distinguer était importante à la fois pour les titulaires de marques *et* pour les consommateurs. Il a fait observer que "{l}es 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".⁵²

41. L'Australie fait valoir que les marques ont une autre fonction qui est subversive – à savoir la publicité et la promotion.⁵³ Elle estime que, du fait que les marques sont utilisées pour la publicité et la promotion et que les Membres peuvent limiter la publicité et la promotion pour un produit pouvant nuire aux consommateurs, elle peut aussi restreindre l'usage des marques *sur les produits eux-mêmes*.⁵⁴

42. Toutefois, l'Australie confond à tort l'usage de marques sur l'emballage avec la publicité ou la promotion. En fait, "il n'est *pas* courant en marketing de considérer un emballage de marque comme un support publicitaire spécifique, pour une bonne raison".⁵⁵ Un emballage de marque "n'a pas les qualités essentielles concernant la fonction, la portée, la versatilité, la taille et l'interactivité en comparaison avec les outils publicitaires".⁵⁶ C'est pour ces raisons que l'emballage de marque est considéré par les professionnels du marketing comme faisant partie du produit lui-même, et non comme une publicité et une promotion.⁵⁷

b. Rôle central de l'usage en ce qui concerne les marques

43. La capacité qu'a le titulaire d'une marque d'utiliser sa marque est sous-jacente à l'aptitude d'une marque à remplir sa fonction de distinction. Par conséquent, l'usage est une pierre angulaire de la protection des marques. À cet égard, les marques ne sont pas comme les autres droits de propriété intellectuelle. Un brevet, par exemple, a de la valeur pour son titulaire même s'il reste inutilisé sur une étagère. Les titulaires de brevets peuvent faire cesser les contrefaçons sans avoir besoin de démontrer qu'ils ont utilisé ces brevets. Par contre, l'usage a un rôle central en ce qui concerne les marques et "le titulaire d'une marque ... l'enregistre principalement afin de pouvoir l'utiliser".⁵⁸ Sans être utilisée, une marque n'a aucune valeur sociale ou économique et, avec le temps, perdra son caractère distinctif et ne pourra plus être protégée.

44. Bien que l'enregistrement d'une marque confère certaines protections, la raison d'être d'une marque est son aptitude à distinguer des produits, qui résulte de son usage.⁵⁹ L'importance de l'usage est reflétée dans son rôle central dans l'enregistrement et la protection des marques. Certains pays comme les États-Unis ont un système d'enregistrement fondé sur l'usage, dans lequel l'usage d'une marque est exigé avant que celle-ci puisse être enregistrée. D'autres pays comme l'Australie ont un système fondé sur l'enregistrement, dans lequel l'usage préalable n'est

⁵¹ Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 100.

⁵² Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.675 (pas d'italique dans l'original).

⁵³ Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 24, note de bas de page 31.

⁵⁴ Australie, première communication écrite, paragraphes 210 et 211.

⁵⁵ Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 27.

⁵⁶ Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 27.

⁵⁷ Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 27.

⁵⁸ Indonésie, première communication écrite, paragraphe 137.

⁵⁹ Indonésie, première communication écrite, paragraphe 138.

pas exigé avant l'enregistrement. Toutefois, même dans les systèmes fondés sur l'enregistrement, l'usage joue un rôle important dans la législation sur les marques. Cela est vrai pour la législation australienne sur les marques.⁶⁰ En vertu de l'article 17 de la *Loi de 1995 sur les marques* de l'Australie, on entend par marque "un signe utilisé, ou destiné à être utilisé, pour distinguer les produits ou les services négociés ou fournis par une personne au cours d'opérations commerciales des produits ou des services négociés ou fournis par toute autre personne".⁶¹ Par conséquent, celui qui demande l'enregistrement d'une marque doit utiliser ou avoir l'intention d'utiliser la marque. Le non-usage d'une marque est un motif d'annulation d'un enregistrement en Australie.⁶² L'Australie a reconnu l'importance de l'usage dans son système et a inclus une disposition dans la *Loi T/PP* qui contourne ses propres prescriptions en matière d'enregistrement et permet l'enregistrement des marques applicables au tabac malgré l'impossibilité de les utiliser.⁶³

45. L'usage joue aussi un rôle important en ce qui concerne la portée de la protection et du respect des marques. Les tribunaux australiens ont noté à maintes reprises l'importance de l'usage dans les actions pour atteinte à une marque.⁶⁴ Pour déterminer si une marque contrevient à une marque enregistrée, les tribunaux australiens tiennent compte de la manière dont les deux marques sont effectivement utilisées sur le marché et de la manière dont ces marques sont perçues par les consommateurs. Par conséquent, la capacité d'utiliser une marque accroît la capacité de son titulaire de faire respecter le droit d'usage exclusif par rapport à d'autres qui utilisent leurs marques sans autorisation.

46. Pour ces raisons, l'Indonésie fait valoir que l'Accord sur les ADPIC envisage une possibilité *minimale* d'utiliser une marque au cours d'opérations commerciales.⁶⁵ Cette possibilité d'usage minimale est fondée sur le texte de l'Accord sur les ADPIC et étayée par le texte, le contexte ainsi que l'objet et le but du traité, et n'est pas illimitée. Toutefois, sans une possibilité d'usage minimale, les dispositions de l'Accord sur les ADPIC concernant les marques n'auraient absolument aucun sens. Comme l'Indonésie l'examinera plus bas dans le contexte de l'article 16:1 et 16:3, l'usage est essentiel pour faire respecter les droits privés que les Membres de l'OMC sont tenus d'accorder aux titulaires de marques en vertu de l'Accord sur les ADPIC. Cela est vrai même dans les juridictions, telles que l'Australie, où il n'existe aucun "droit [réglementaire] d'utiliser" une marque.⁶⁶

47. Le fait que l'Accord sur les ADPIC n'accorde pas aux détenteurs de marques un "droit [absolu] d'utiliser" les marques ne réduit pas l'importance du rôle que joue l'usage dans la protection des droits de propriété intellectuelle. Une marque enregistrée, sans une quelconque possibilité d'être utilisée sur le marché, n'a aucune valeur.⁶⁷ L'objet et le but de l'Accord sur les ADPIC, comme il est indiqué dans son préambule, est de prévoir des "normes et principes adéquats concernant l'existence, la portée et l'exercice des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce".⁶⁸ Une interprétation des droits conférés aux titulaires de marques enregistrées qui n'inclut pas une quelconque possibilité d'utiliser les marques en rapport avec les produits et les services qu'elles sont censées distinguer va complètement à l'encontre de l'objet et du but du traité.

c. L'expression "au cours d'opérations commerciales" inclut des usages très divers

48. L'expression "au cours d'opérations commerciales" est pertinente pour plusieurs allégations de l'Indonésie, comme il apparaît à l'article 10*bis* 3) de la Convention de Paris ainsi qu'aux articles 16:1 et 20 de l'Accord sur les ADPIC.⁶⁹ L'Australie a fait valoir que l'expression "au cours d'opérations commerciales" concernait des activités limitées qui se terminaient au point de

⁶⁰ Indonésie, première communication écrite, paragraphe 141.

⁶¹ *Loi de 1995 sur les marques: loi relative aux marques de fabrique ou de commerce*, Loi n° 119 de 1995, telle que modifiée ("*Loi de 1995 sur les marques*").

⁶² *Loi de 1995 sur les marques*, articles 27 1), 92 4).

⁶³ *Loi T/PP*, article 28.

⁶⁴ Voir Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 16 et section II.D.

⁶⁵ Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 13.

⁶⁶ Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 71.

⁶⁷ Comme un conseil pour l'Indonésie l'a noté pendant la première réunion de fond, la valeur des marques résulte de leur usage sur le marché. C'est le contraire pour les brevets, qui conservent leur valeur même s'ils restent enfermés dans un tiroir et ne sont pas utilisés par leurs titulaires.

⁶⁸ Pas d'italique dans l'original.

⁶⁹ Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphes 28 et 29.

vente.⁷⁰ Son interprétation de cette expression est basée sur une division fictive entre l'usage d'une marque "avant la vente" et "après la vente", qui est fondamentalement incompatible avec le texte, le contexte ainsi que l'objet et le but de l'Accord sur les ADPIC.⁷¹

49. L'expression "au cours d'opérations commerciales" fait référence aux activités exercées dans un contexte commercial par opposition à un usage privé. Ces activités ne se terminent *pas* au point de vente. L'usage d'une marque enregistrée sur un panneau d'affichage, dans une publicité télévisée ou pour un courrier promotionnel constituerait l'usage d'une marque "au cours d'opérations commerciales" même s'il n'y a aucune transaction de vente immédiate dans ces activités commerciales. À cet égard, l'Indonésie souscrit à la déclaration faite par l'Union européenne dans sa communication en tant que tierce partie.⁷²

50. Même si l'Australie a eu raison de dire que l'usage d'une marque "au cours d'opérations commerciales" cessait au point de vente, elle n'a pas tenu compte du fait que les marques étaient "utilisées" sur l'emballage *à partir du lieu de fabrication* et que ses mesures concernant l'emballage neutre imposaient des restrictions à l'usage des marques sur les produits du tabac et leur emballage à chaque étape de la chaîne de valeur, y compris "la vente ou la fourniture", "l'achat", "l'emballage" et "la fabrication".⁷³

2. L'Accord sur les ADPIC n'inclut pas une exception générale pour les mesures de santé publique

51. L'Australie surestime à plusieurs reprises le niveau de déférence accordé aux mesures de santé publique par l'Accord sur les ADPIC. Ce faisant, elle passe sous silence la prescription selon laquelle les mesures de santé publique doivent être contrebalancées par les obligations énoncées dans l'Accord sur les ADPIC et les intérêts des titulaires des droits de propriété intellectuelle.

a. Article 8:1 de l'Accord sur les ADPIC

52. L'Australie fait valoir que les Membres ont un "droit souverain de réglementer l'usage des marques pour faire progresser les objectifs de politique publique (comme il est reconnu dans le principe énoncé à l'article 8:1)".⁷⁴ Cela est tout simplement inexact. Le 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. L'Australie a invoqué l'article 8:1 et il lui incombe donc de prouver que l'emballage neutre est "nécessaire" pour protéger la santé publique. Même si elle a allégué que ses mesures concernant l'emballage neutre contribueraient à son objectif en matière de santé qui consiste à réduire le tabagisme, elle n'a pas présenté d'arguments et d'éléments de preuve suffisants pour prouver que ces mesures répondaient aux critères requis afin d'être considérées "nécessaires" pour protéger la santé publique. Par conséquent, l'Indonésie ne voit pas clairement pourquoi l'article 8:1 devrait être supposé s'appliquer dans ce cas. Même s'il s'applique effectivement, l'Australie a décrit de façon inexacte le sens que le Groupe spécial devrait attribuer à cette disposition. En vertu de l'Accord sur les ADPIC, le droit d'un Membre de réglementer la santé publique doit être contrebalancé par l'obligation de protéger les droits de propriété intellectuelle, tels que les marques de fabrique ou de commerce et les indications géographiques.

b. Article 19:1 de l'Accord sur les ADPIC

53. L'Australie a indiqué que l'article 19 lui permettait de réglementer, et même de prohiber, l'usage des marques.⁷⁵ Contrairement à son interprétation, l'article 19:1 vise à protéger les marques pour qu'elles ne soient pas invalidées. Les marques ne peuvent être invalidées que si elles sont inutilisées pendant au moins trois ans, et ensuite uniquement si le non-usage n'est pas dû aux mesures réglementant le produit correspondant. L'exemple souvent cité du type de mesure envisagé à l'article 19 est le produit pharmaceutique qui n'a pas encore été approuvé pour la vente.⁷⁶ L'Accord ne prévoit *pas* de scénario dans lequel un Membre choisit de réglementer des marques à titre de *substitution* flagrante pour restreindre la vente d'un produit de consommation

⁷⁰ Australie, première communication écrite, paragraphe 311.

⁷¹ Indonésie, première communication écrite, paragraphe 270.

⁷² UE, communication en tant que tierce partie, paragraphe 23.

⁷³ Voir la *Loi T/PP*, pièce JE-1, articles 31 à 35.

⁷⁴ Australie, première communication écrite, paragraphe 374.

⁷⁵ Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 44.

⁷⁶ Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 45.

potentiellement dangereux.⁷⁷ Par conséquent, le fait que l'Australie s'appuie sur l'article 19:1 à titre de moyen de défense pour sa prohibition de l'usage de certaines marques est peu judicieux.

c. Déclaration de Doha

54. De l'avis de l'Australie, "la Déclaration [de Doha] indique 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".⁷⁸ L'Indonésie note que cette déclaration 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. La Déclaration de Doha sert simplement à souligner le fait que l'Accord sur les ADPIC, tel qu'il a été rédigé initialement, donne une grande latitude aux Membres pour prendre des mesures visant à protéger la santé publique qui sont compatibles avec les obligations qui y sont énoncées.

2. L'emballage neutre viole l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC

55. Conformément à l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC, l'Australie est tenue de se conformer à l'article 10*bis* de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (1967). L'article 10*bis* de la Convention de Paris exige que l'Australie assure une protection efficace contre la concurrence déloyale. L'Australie viole l'article 10*bis* en imposant, par ses mesures concernant l'emballage neutre, un comportement qu'elle est tenue de prohiber. En particulier, l'emballage neutre crée de la confusion parmi les produits du tabac des concurrents et induit les consommateurs en erreur sur les caractéristiques de ces produits.

56. L'article 2:1 incorpore certaines dispositions de la Convention de Paris dans l'Accord sur les ADPIC. Les Membres de l'OMC doivent se conformer à ces obligations mêmes s'ils ne sont pas parties à la Convention de Paris.⁷⁹ En vertu de l'article 10*bis*, tel qu'il est incorporé à l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC, les Membres de l'OMC ont l'obligation générale d'assurer "une protection efficace contre la concurrence déloyale". L'article décrit la concurrence déloyale comme étant "tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale". Afin d'assurer une protection contre la concurrence déloyale, les Membres de l'OMC doivent au minimum assurer une protection efficace contre les trois types de faits décrits à l'article 10*bis*, y compris celui de créer de la confusion en ce qui concerne les produits ou les activités commerciales d'un concurrent; et celui d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication ou les caractéristiques des produits.

57. L'Australie fait exactement le contraire. Les mesures concernant l'emballage neutre obligent les concurrents à adopter une présentation commerciale identique pour leurs produits, avec un nombre limité de termes descriptifs. Ce faisant, elles les obligent à présenter leurs produits d'une manière qui crée de la confusion. Par exemple, il existe plusieurs variantes similaires de marques dénominatives pour les produits du tabac qui sont déjà enregistrées en Australie. Les marques dénominatives elles-mêmes sont, dans de nombreux cas, insuffisantes pour différencier une marque d'une autre. L'Indonésie a fourni une liste exemplative de telles marques dénominatives dans sa première communication écrite.⁸⁰

58. Le fait que les marques dénominatives sont insuffisantes à elles seules pour différencier les produits concurrents est particulièrement vrai pour les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie, qui exigent que toutes les marques dénominatives soient présentées de façon identique. Toutefois, en ce qui concerne l'usage des marques dénominatives, l'emballage pour la vente au détail prévu dans les mesures concernant l'emballage neutre est dénué de toutes caractéristiques distinctives, et les marques dénominatives elles-mêmes sont dénuées de tout élément stylistique distinctif. Cela est particulièrement problématique sur le marché discret de l'Australie, où les consommateurs n'ont guère la possibilité d'examiner attentivement l'emballage du tabac.⁸¹

⁷⁷ Indonésie, réponse à la question n° 95 du Groupe spécial, paragraphe 23.

⁷⁸ Australie, première communication écrite, paragraphe 382.

⁷⁹ Indonésie, première communication écrite, paragraphe 152.

⁸⁰ Indonésie, première communication écrite, paragraphe 166.

⁸¹ Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 49.

59. La confusion entre les marques créée par l'emballage neutre va à l'encontre du but de l'article 10*bis* qui consiste à protéger les concurrents, en particulier ceux sur les segments moyen et supérieur du marché, contre la concurrence déloyale. N'ayant pas les moyens de distinguer leurs produits de ceux de leurs concurrents, les fabricants ne sont pas incités à entrer en concurrence sur la qualité et sont conduits à rivaliser sur le prix. C'est pourquoi les consommateurs n'ont rien d'autre que le prix pour fonder leurs décisions d'achat, en l'absence des "moyens d'information"⁸² que fournit un emballage de marque bien identifié.

60. En outre, l'apparence presque identique de produits du tabac concurrents risque de faire croire à tort aux consommateurs que tous les produits du tabac sur le marché ont la même qualité, les mêmes caractéristiques et la même réputation. En fait, c'était le but exprès des mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie. L'Australie a choisi les prescriptions spécifiques en matière d'emballage qui figurent dans ses mesures concernant l'emballage neutre précisément parce qu'elles laissent entendre aux consommateurs que tous les produits du tabac sont – selon les termes de l'étude GfK Bluemoon – de "qualité très inférieure".⁸³

61. En résumé, les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie ôtent aux fabricants de produits du tabac la capacité d'établir une distinction entre leurs produits en fonction de la qualité et "entraînent la marchandisation" sur le marché du tabac. L'Australie a cherché à faire en sorte que les fabricants ne puissent *pas* établir une distinction entre leurs produits ou se faire concurrence sur la base des perceptions de la qualité par les consommateurs. Par conséquent, l'emballage neutre viole l'article 2:1 en n'assurant pas la protection effective contre la concurrence déloyale juridiquement prescrite.

3. L'emballage neutre viole l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC

62. L'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC impose aux Membres de l'OMC l'obligation positive de ne pas empêcher l'enregistrement d'une marque en raison de la nature des produits et services auxquels la marque s'appliquera.⁸⁴ Cette prescription est clairement comprise lorsqu'elle est examinée dans le contexte et selon la portée de l'article 15.⁸⁵

63. Dans l'affaire *États-Unis – Article 211*, l'Organe d'appel a indiqué que l'article 15:1 "donn[ait] une définition de ce qui [pouvait] constituer une marque".⁸⁶ En vertu de cette disposition, les Membres doivent garantir que les signes qui sont "distinctifs" sont "susceptibles d'être enregistrés comme marques dans le cadre de la législation nationale". L'article indique aussi que les Membres peuvent "subordonner" l'enregistrabilité des signes non intrinsèquement distinctifs "au caractère distinctif acquis par l'usage". Cela dit, l'article 15:1 n'exige pas que tout signe "propre à être enregistré" soit effectivement enregistré. L'enregistrement peut être soumis à d'autres conditions sur la base du texte de l'article 15:2, 15:3 et 15:4.⁸⁷ En vertu de l'article 15:2, les Membres peuvent refuser l'enregistrement d'une marque pour "d'autres motifs" (même s'ils sont distinctifs) "à condition que ceux-ci ne dérogent pas aux dispositions de la Convention de Paris (1967)". En vertu de l'article 15:3, les Membres peuvent aussi subordonner l'enregistrabilité à l'usage. Toutefois, l'article 15:4 indique clairement que le refus d'un enregistrement pour "d'autres motifs" en vertu de l'article 15:2 peut ne pas être justifié en raison de "la nature des produits ou services auxquels une marque de fabrique ou de commerce s'appliquera".

64. Eu égard à ce contexte, l'Australie n'a pas dûment mis en œuvre ses obligations au titre de l'article 15 de l'Accord sur les ADPIC. Elle exige, au moyen de sa *Loi de 1995 sur les marques*, que l'enregistrabilité des marques non intrinsèquement distinctives soit subordonnée à l'usage.⁸⁸ En vertu de cette loi, l'enregistrement d'une marque non intrinsèquement distinctive sera rejeté si "le requérant n'a pas *utilisé* la marque avant la date du dépôt de la demande de façon à ce qu'elle distingue effectivement les produits ou services désignés comme étant les siens".⁸⁹ L'usage en ce

⁸² Indonésie, première communication écrite, paragraphe 168.

⁸³ Indonésie, première communication écrite, paragraphe 174.

⁸⁴ Indonésie, première communication écrite, paragraphe 185.

⁸⁵ Indonésie, première communication écrite, paragraphe 186.

⁸⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 154.

⁸⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphes 155 à 164.

⁸⁸ *Loi de 1995 sur les marques*, pièce JE-6, article 41 1) à 3).

⁸⁹ *Loi de 1995 sur les marques*, pièce JE-6, article 41 2) et 41 3).

qui concerne les produits est défini par la loi comme étant l'usage de la marque "sur les produits, ou en relation physique ou autre avec ceux-ci".⁹⁰

65. En même temps, en vertu des mesures concernant l'emballage neutre, l'Australie prohibe l'usage des signes non intrinsèquement distinctifs liés aux produits du tabac. Lorsqu'un Membre exige un usage préalable afin d'enregistrer des marques non intrinsèquement distinctives, comme l'a fait l'Australie, mais restreint parallèlement la capacité d'un requérant d'utiliser un signe lié à une catégorie particulière de produits pour acquérir un caractère distinctif, il viole l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC. L'Australie a créé un "obstacle à l'enregistrement de la marque" lié à la "nature des produits ou services auxquels une marque de fabrique ou de commerce s'appliquera".

66. L'Australie a fait valoir: i) que l'article 15:4 ne créait pas un "droit d'utiliser" un signe sur un produit quelconque⁹¹; ii) que l'interprétation de l'article 15:1 et 15:4 donnée par les plaignants compromettrait la capacité des pouvoirs publics de réglementer la promotion et la vente de produits dangereux et entraînerait l'échec de presque toutes les mesures antitabac adoptées par les Membres de l'OMC dans le monde⁹²; et iii) que les signes non intrinsèquement distinctifs n'ayant pas permis d'acquérir un caractère distinctif par l'usage n'étaient pas des "marques susceptibles d'être enregistrées" et n'étaient donc pas assujettis aux disciplines énoncées dans l'article 15:4.

67. L'Indonésie convient avec l'Australie que l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC ne crée pas un "droit d'utiliser" une marque. Elle note en outre que l'article 15:4 n'altère pas la capacité des Membres de réglementer des *produits* sur leurs territoires respectifs. Toutefois, lorsqu'un Membre choisit de subordonner l'enregistrabilité des marques à l'usage (comme ils sont autorisés à le faire au titre de l'article 15:1), ils sont tenus en vertu de l'article 15:4 de ne pas prohiber l'usage de ces marques en raison de la nature des produits auxquels elles s'appliquent. C'est précisément ce que l'Australie a fait dans sa *Loi T/PP*, ce qu'elle admet elle-même.⁹³

68. Par conséquent, les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie violent l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC.

4. L'emballage neutre viole l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC

69. L'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC dispose que les Membres doivent assurer la protection des titulaires de marques enregistrées contre l'usage non autorisé de ces marques par des tierces parties. Les Membres doivent seulement protéger les titulaires de marques contre leur usage non autorisé lorsque i) la marque d'un titulaire est valablement enregistrée conformément à la législation nationale; ii) la marque d'une tierce partie est utilisée sur des produits identiques ou apparentés; et iii) la marque d'une tierce partie est utilisée d'une manière qui risque de créer de la confusion.⁹⁴ L'Accord sur les ADPIC ne prévoit pas de critère relatif au "risque de confusion", et il appartient donc à chacun des Membres de l'OMC de mettre en œuvre l'obligation dans sa législation intérieure.

70. En vertu de la jurisprudence australienne, un risque de confusion est établi lorsque des marques sont faussement similaires, de telle façon qu'un consommateur ne peut pas se rappeler la différence entre deux marques.⁹⁵ Cette comparaison "fondée sur une impression" n'est pas une comparaison directe, mais plutôt une évaluation de ce dont une personne se souviendrait raisonnablement au sujet d'une marque. Le titulaire d'une marque enregistrée en Australie qui cherche à empêcher un usage non autorisé par une tierce partie en raison d'une similitude trompeuse doit établir qu'un consommateur normalement intelligent aurait des difficultés à faire la distinction entre les deux marques, séparément, en se basant sur ses souvenirs.

71. Les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie compromettent la capacité d'un titulaire de marque d'empêcher un "risque de confusion" avec des marques presque identiques. En outre, l'emballage neutre compromet le caractère distinctif des marques, et donc la capacité des titulaires de marques d'empêcher l'usage de marques similaires ou identiques sur des produits

⁹⁰ *Loi de 1995 sur les marques*, pièce JE-6, article 7 4).

⁹¹ Australie, première communication écrite, paragraphes 299 et 300.

⁹² Australie, première communication écrite, paragraphe 306 et note de bas de page 498.

⁹³ Australie, première communication écrite, paragraphe 307.

⁹⁴ Indonésie, première communication écrite, paragraphe 205.

⁹⁵ Indonésie, première communication écrite, paragraphes 207 à 212.

similaires ou identiques. En pareils cas, "une grande importance est accordée" aux "éléments de preuve montrant une réelle confusion" résultant de l'usage des marques sur le marché.⁹⁶ En fait, les titulaires de marques qui peuvent montrer que les consommateurs sont effectivement déconcertés par des usages similaires de marques ont bien plus de chance de réussir en exerçant leurs droits "exclusifs" que les titulaires de marques qui ne peuvent pas présenter de tels éléments de preuve. Même lorsque ces éléments de preuve ne sont pas disponibles, les tribunaux en Australie tirent des conclusions sur la manière dont les marques pourraient être utilisées sur le marché dans des conditions normales. En prohibant l'usage de marques sur les produits du tabac, les mesures concernant l'emballage neutre créent une distorsion juridique très réelle à l'encontre des titulaires de marques applicables au tabac qui veulent exercer leurs droits d'exclusion "négatifs".

72. L'Indonésie a fait valoir séparément que les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie exigeaient que les marques autorisées sur l'emballage du tabac apparaissent d'une manière qui risquait d'entraîner de la confusion en violation de l'article 16:1.⁹⁷ Les titulaires de marques enregistrées pour les produits du tabac se trouvent légalement tenus de présenter leurs marques d'une manière qui les rend faussement similaires à d'autres marques de tabac. Les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie accroissent le risque de confusion chez les consommateurs, que l'article 16:1 est censé empêcher au moyen d'un droit d'action privé.

73. La *seule* réfutation formulée par l'Australie est que les mesures concernant l'emballage neutre n'exigent pas que certaines marques dénominatives apparaissent d'une manière qui risque d'entraîner de la confusion parce que "le responsable du registre a déterminé que ces marques [étaient] effectivement propres à distinguer les produits du requérant des produits d'autres personnes".⁹⁸ Toutefois, le fait qu'une marque est enregistrée n'empêche pas son usage d'une manière qui pourrait entraîner de la confusion avec une autre marque enregistrée. La *Loi de 1995 sur les marques* donne au responsable du registre le pouvoir d'annuler l'enregistrement d'une marque s'"il est raisonnable d'annuler l'enregistrement, compte tenu de toutes les circonstances"⁹⁹, y compris "tout usage qui a été fait de la marque" ainsi que "toute procédure judiciaire passée, présente ou proposée en relation avec la marque".¹⁰⁰ Par conséquent, le simple fait de l'enregistrement n'exclut pas la possibilité d'une annulation ultérieure fondée sur un usage de la marque prêtant à confusion.

74. En outre, la manière dont les marques sont utilisées et le contexte de leur usage – y compris leur présentation commerciale – sont un élément important des actions pour atteinte à une marque en Australie.¹⁰¹ Selon le critère du "souvenir imparfait", les tribunaux australiens tirent des conclusions sur ce qu'un consommateur *se rappellerait* en ce qui concerne des marques, et comparent la manière dont les marques *sont utilisées ou censées être utilisées* sur le marché.¹⁰² Dans le cas des marques dénominatives, ils ont reconnu sans demander de preuve formelle "que souvent, d'après l'expérience commune, les gens ne lis[aient] pas les mots attentivement et ne les pronon[çaient] pas distinctement".¹⁰³ Étant donné que les mesures concernant l'emballage neutre ont la propension de créer un risque de confusion, l'Australie viole l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC.

5. L'emballage neutre viole l'article 16:3 de l'Accord sur les ADPIC

75. L'article 16:3 de l'Accord sur les ADPIC exige que les Membres accordent aux titulaires de marques un droit d'action privé lorsque: i) une marque enregistrée, notoirement connue, ii) est utilisée par une tierce partie non autorisée, iii) sur des produits ou des services non similaires, iv) un tel usage indique un lien avec le titulaire de la marque et v) un tel usage risque de nuire aux intérêts du titulaire de la marque. Cette protection prévoit de refuser ou d'annuler l'enregistrement des marques portant atteinte à un droit et de prohiber leur usage.

⁹⁶ Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 81.

⁹⁷ Indonésie, première communication écrite, paragraphes 214 à 219.

⁹⁸ Indonésie, première communication écrite, page 66, tableau V.1.

⁹⁹ *Loi de 1995 sur les marques*, article 84 1) b), pièce JE-6, page 83.

¹⁰⁰ *Loi de 1995 sur les marques*, article 84 3) a) à b), pièce JE-6, pages 83 et 84 (pas d'italique dans l'original).

¹⁰¹ Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 97.

¹⁰² Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 76.

¹⁰³ Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 97.

76. Le but de l'article 16:3 est de préserver la valeur commerciale d'une marque notoirement connue en rapport avec un produit ou un service particulier. Cela est souvent considéré comme une protection contre l'affaiblissement. 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".¹⁰⁴

77. L'Australie fait valoir que ses mesures concernant l'emballage neutre n'ont pas compromis les droits accordés aux titulaires de marques notoirement connues en vertu de l'article 16:3 parce qu'il s'agissait uniquement de droits "négatifs", et qu'elle n'est pas obligée de s'abstenir de prendre des mesures qui auraient une incidence sur le caractère notoirement connu de marques.¹⁰⁵ Elle n'a présenté aucun argument pour réfuter l'allégation des plaignants selon laquelle l'article 16:3 oblige les Membres à protéger les marques notoirement connues d'un affaiblissement¹⁰⁶, et elle n'a pas réfuté la mention par les plaignants de sa jurisprudence concernant le processus par lequel les marques deviennent notoirement connues.

78. Par conséquent, le Groupe spécial devrait constater que les mesures concernant l'emballage neutre 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 notoirement connues applicables au tabac ne soient plus protégées, selon la définition de la jurisprudence australienne, et en empêchant que d'autres marques applicables au tabac obtiennent la reconnaissance nécessaire pour bénéficier du niveau de protection élevé accordé aux marques notoirement connues.

6. L'emballage neutre viole l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC

79. L'article 20 de l'Accord sur les ADPIC interdit aux Membres d'adopter des "prescriptions spéciales" qui "entravent" sans justification l'usage d'une marque "au cours d'opérations commerciales".

a. Les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie sont des "prescriptions spéciales"

80. 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". L'Australie n'a pas contesté que les mesures concernant l'emballage neutre imposaient des "prescriptions spéciales".¹⁰⁷ Par conséquent, cet élément de l'article 20 est respecté.

b. Les prescriptions en matière d'emballage neutre de l'Australie entravent l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales

81. Comme il est expliqué plus haut, les prescriptions en matière d'emballage neutre de l'Australie affectent l'usage des marques au cours d'opérations commerciales en établissant des obligations relatives à leur usage à chaque étape de la chaîne de valeur.¹⁰⁸

82. Les prescriptions en matière d'emballage neutre de l'Australie entravent l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales en empêchant l'usage de marques figuratives, de marques stylisées, de la plupart des marques dénominatives et des combinaisons d'une ou plusieurs des marques mentionnées ci-dessus sur l'emballage pour la vente au détail et les produits du tabac eux-mêmes. En outre, les marques dénominatives pouvant figurer sur l'emballage doivent apparaître dans des caractères, une taille, une casse et une couleur particuliers.

83. L'Australie a répondu par un argument circulaire, en alléguant qu'une prohibition de l'usage ne pouvait pas être visée par l'article 20 parce qu'il n'y *avait* aucun usage au cours d'opérations commerciales. Au contraire, l'utilisation des termes "telles que" à l'article 20 indiquait clairement que les exemples mentionnés ne constituaient pas une liste exhaustive, et qu'un large éventail de prescriptions spéciales pouvaient être visées par l'article 20 dès lors qu'elles entravaient l'usage

¹⁰⁴ Indonésie, première communication écrite, paragraphe 229.

¹⁰⁵ Australie, première communication écrite, paragraphe 325.

¹⁰⁶ Australie, première communication écrite, note de bas de page 517.

¹⁰⁷ Australie, première communication écrite, paragraphes 79, 120 et 121.

¹⁰⁸ Voir la *Loi T/PP*, articles 31 à 35.

d'une marque au cours d'opérations commerciales. Il n'y avait rien dans le libellé de l'article 20 permettant d'étayer le point de vue selon lequel une prescription spéciale prohibant l'usage au cours d'opérations commerciales était exclue de la portée de l'article 20.

84. L'interprétation donnée par l'Australie créerait une situation indéfendable dans laquelle l'Accord sur les ADPIC donnerait aux Membres une liberté totale pour imposer une prohibition de l'usage d'une marque sans aucune justification ou explication. Et pourtant, les Membres seraient tenus de fournir une justification et une explication pour des limitations beaucoup moins perturbantes concernant l'usage d'une marque.¹⁰⁹

c. Les prescriptions en matière d'emballage neutre de l'Australie entravent "de manière injustifiable" l'usage des marques au cours d'opérations commerciales

85. L'article 20 interdit aux Membres d'entraver "de manière injustifiable" l'usage des marques au cours d'opérations commerciales. Une analyse du terme "injustifiable" figurant à l'article 20 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. Des entraves radicales et sans précédent, telles que celles imposées par l'emballage neutre, exigent de fournir davantage d'éléments de preuve pour prouver que la charge est "justifiée" 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.

86. Chaque type de prescription spéciale et ses entraves connexes doivent aussi être évalués et "justifiés" indépendamment. Il serait inapproprié d'utiliser des éléments de preuve qui peuvent étayer un type d'entrave (à savoir une limitation concernant l'utilisation de certaines couleurs) pour justifier l'imposition d'un type d'entrave différent (prescrivant certains caractères) ou de diverses entraves de manière globale.

87. L'Australie a supposé que *tout* élément d'une marque situé *où que ce soit* avait pour effet de persuader les gens de fumer. Constamment, elle a élaboré ses prescriptions en matière d'emballage neutre afin d'imposer les entraves les plus extrêmes, sans essayer de déterminer si toute autre approche, comme celle de permettre aux fabricants d'utiliser les caractères et la taille qu'ils préféraient, pouvait répondre aux objectifs de l'emballage neutre. Cette approche est sans fondement et n'est certainement pas justifiée. Il n'y avait *aucun* élément de preuve crédible montrant que les marques spécifiques (à savoir des marques stylisées dont les caractères, la plus grande taille de police, etc., étaient enregistrés) utilisées sur les produits du tabac et leur emballage pour la vente au détail avaient cet effet, et il n'y avait en outre *aucun* élément de preuve crédible montrant de façon plus générale que chaque élément d'une marque faisait de même.

88. Selon toutes les données mesurées après la mise en œuvre, il n'y a aucun élément de preuve montrant que l'emballage neutre contribue à réduire la prévalence du tabagisme en Australie, encore moins à un niveau suffisant pour justifier les entraves draconiennes et sans précédent imposées pour les marques figuratives, les marques stylisées et les marques dénominatives. Des études réalisées par de nombreux chercheurs utilisant des approches analytiques différentes n'ont constaté aucun élément de preuve empirique montrant que les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie réduisaient la prévalence dans l'ensemble de la population ou chez les jeunes qui, selon les prévisions, auraient dû être particulièrement touchés par l'emballage neutre. Après plus de trois années pendant lesquelles l'emballage neutre a été en vigueur, il n'y a aucun élément de preuve montrant qu'il a une incidence positive sur le comportement des consommateurs. Aucune des prévisions concernant les effets de l'emballage neutre ne s'est avérée correcte. L'emballage neutre n'a pas entraîné la baisse de la prévalence du tabagisme prévue par ses défenseurs. Il ne fonctionne pas et n'est pas susceptible de fonctionner, et entrave donc de manière injustifiable l'usage des marques en violation de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC.

¹⁰⁹ Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 125.

7. L'emballage neutre viole les articles 22:2 b) et 24:3 de l'Accord sur les ADPIC

89. L'Indonésie souscrit aux arguments présentés par la République Dominicaine et le Honduras concernant la violation par l'Australie des articles 22:2 b) et 24:3 de l'Accord sur les ADPIC.¹¹⁰

B. L'emballage neutre viole l'article 2.2 de l'Accord OTC

90. Pour établir l'existence d'une violation de l'article 2.2 de l'Accord OTC, des groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont estimé qu'un plaignant devait prouver: 1) que l'objectif de la mesure contestée n'était pas "légitime"; ou 2) que le règlement technique était plus restrictif pour le commerce qu'il n'était nécessaire pour atteindre cet objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait. Du fait que l'Accord OTC s'applique uniquement aux règlements techniques, les plaignants doivent aussi prouver que la mesure contestée est un "règlement technique". L'Indonésie examinera cette question en premier lieu.

1. Les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie sont des "règlements techniques"

91. L'Organe d'appel a établi un triple critère pour déterminer si une mesure était un "règlement technique" au regard de l'Accord OTC: 1) le document doit s'appliquer à un produit, ou groupe de produits, identifiable; 2) le document doit énoncer une ou plus d'une caractéristique du produit, prescrite sous une forme soit positive, soit négative; et 3) le respect des caractéristiques du produit doit être obligatoire.¹¹¹

92. Alors que l'Australie a admis que les "prescriptions en matière de présentation" (qui précisent l'apparence physique des paquets de tabac et des produits du tabac eux-mêmes) étaient des règlements techniques assujettis aux disciplines de l'Accord OTC, elle a allégué à tort que les "prescriptions relatives aux marques" (qui concernent l'usage des marques sur les produits du tabac et leur emballage) n'en étaient pas.¹¹² En réponse, l'Indonésie a répliqué que le paragraphe 1 de l'Annexe 1 de l'Accord OTC indiquait qu'un règlement technique:

... [pouvait] 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)

Dans une constatation n'ayant pas fait l'objet d'un appel, le Groupe spécial de l'OMC *CE – IG* a précisé qu'un document qui énonçait des prescriptions pour les étiquettes d'un produit établissait une caractéristique du produit.¹¹³ Il n'est pas contesté non plus que le respect des prescriptions concernant l'emballage neutre est obligatoire.¹¹⁴ Par conséquent, tous les aspects des mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie sont des règlements techniques assujettis à l'Accord OTC.

2. Les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie ne sont pas conformes à une norme internationale au sens de l'article 2.5 de l'Accord OTC

a. La Conférence des Parties de la FCTC n'est pas un organisme international de normalisation

93. L'Australie a affirmé, sans fournir d'élément de preuve, que la Conférence des Parties de la FCTC et ses Directives satisfaisaient aux prescriptions énoncées dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)* pour être considérées, respectivement, comme une "organisation internationale de normalisation" et des "normes internationales". Une "norme internationale" existe dans les cas où il y a: i) une norme; ii) adoptée par une organisation internationale à activités normatives/de normalisation; et iii) qui est mise à la disposition du public.¹¹⁵

¹¹⁰ Voir République dominicaine, première communication écrite, section VI.J et VI.K, et la première communication écrite du Honduras, section VI.

¹¹¹ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 176 (citant le rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphes 66 à 70).

¹¹² Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 211.

¹¹³ Indonésie, première communication écrite, paragraphe 387.

¹¹⁴ *Loi T/PP*, chapitre 5, partie 2, pages 89 à 100.

¹¹⁵ Indonésie, réponse à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphe 75.

94. Afin d'être considérée comme une "organisation internationale à activités normatives/de normalisation", une organisation doit avoir des "activités reconnues dans le domaine de la normalisation".¹¹⁶ Pour examiner si un organisme international a des "activités reconnues dans le domaine de la normalisation", des éléments de preuve indiquant une reconnaissance par les Membres de l'OMC sont pertinents.¹¹⁷ Une telle reconnaissance par les Membres de l'OMC n'existe pas en ce qui concerne la FCTC. Au total, 19 Membres de l'OMC, dont 15 ayant signé ou ratifié la FCTC, ne sont pas convenus que les Directives de la FCTC étaient une norme internationale.¹¹⁸ Contrairement à l'argument de l'Australie, il n'y a pas de "reconnaissance" des activités de normalisation à la FCTC de la part des Membres de l'OMC. En outre, aucun document publié par les organisations pertinentes (OMS, OMC) ne décrit la Conférence des Parties de la FCTC comme étant une organisation de normalisation, et même si la FCTC a attribué plusieurs fonctions spécifiques à la Conférence des Parties, aucune n'était l'élaboration de normes pour des produits.¹¹⁹

95. La question de savoir si un organisme adoptant une mesure adhère aux principes de transparence, d'ouverture, d'impartialité et de consensus contenus dans la décision du Comité OTC intitulée Principes devant régir l'élaboration de normes, guides et recommandations internationaux en rapport avec les articles 2 et 5 et l'Annexe 3 de l'Accord (la "Décision du Comité OTC") est également pertinente pour analyser si une organisation est un organisme international de normalisation.¹²⁰

96. La Conférence des Parties de la FCTC n'a pas, comme l'allègue l'Australie, recommandé l'emballage neutre "par consensus".¹²¹ Elle est seulement parvenue à un consensus pour recommander d'envisager l'emballage neutre, ce qui signifie qu'il n'y a *pas* eu de consensus pour recommander l'adoption de l'emballage neutre dans le cadre des obligations des Membres au titre des articles 11 et 13.

97. Les Directives de la FCTC n'entraînent pas des "usages communs et répétés". Une partie peut "envisager" d'adopter l'emballage neutre et décider de l'adopter, ou elle peut "envisager" de l'adopter et rejeter cette politique. Il existe des résultats très divergents qui ne pourraient absolument pas être considérés comme un usage "commun".

98. Aucun fabricant de tabac n'a adopté volontairement l'emballage neutre. Les prescriptions énoncées aux articles 11 et 13 de la FCTC concernant l'emballage et la publicité sont obligatoires pour les parties à la FCTC; cela veut dire qu'elles ne sont pas "volontaires".¹²² Les Directives pour les articles 11 et 13 formulent des recommandations sur la manière dont les parties devraient mettre en œuvre les dispositions "obligatoires" de ces articles. À ce jour, seule l'Australie, qui a imposé l'emballage neutre en adoptant un règlement technique obligatoire, a fait "usage" des Directives. L'Indonésie ne connaît pas un seul cas où une norme réputée exister n'a pourtant pas été utilisée volontairement ne serait-ce que dans une seule affaire commerciale. À cet égard, les Directives de la FCTC sont nettement différentes des autres normes internationales.

99. Enfin, la Conférence des Parties de la FCTC n'est pas ouverte ou transparente.¹²³ Les règles de procédure pour la Conférence des Parties établissent les critères permettant d'obtenir le statut d'observateur et prévoient que celle-ci n'est ouverte qu'aux "{a}utres organisations non gouvernementales internationales et régionales dont les buts et les activités sont conformes à l'esprit, au but et aux principes de la Convention ...".¹²⁴ Étant donné que les règles de la Conférence des Parties désignent uniquement des observateurs de même tendance, cela signifie que les délibérations auxquelles les observateurs participent ne sont pas ouvertes sur une base non discriminatoire.

100. En outre, les Directives pour l'article 5.3 de la FCTC ("Directives pour l'article 5.3") portent sur les interactions avec les sociétés du tabac. Ces directives contiennent de nombreux avertissements destinés aux parties visant à éviter toute interaction avec les sociétés du tabac,

¹¹⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 356 à 359.

¹¹⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 363.

¹¹⁸ Voir Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphes 239 et 240.

¹¹⁹ Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 244.

¹²⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 373 à 378.

¹²¹ Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 225.

¹²² Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 229.

¹²³ Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphes 230 à 241.

¹²⁴ Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 231.

protègent les politiques des "intérêts commerciaux et autres intérêts particuliers de l'industrie du tabac", et considèrent qu'il existe un "conflit fondamental et insurmontable entre les intérêts de l'industrie du tabac et ceux relatifs aux politiques de santé publique".¹²⁵ Elles sont directement en conflit avec les dispositions de la décision du Comité OTC relatives à la transparence.¹²⁶ Il n'existe aucun ensemble de directives analogue dans d'autres organismes de normalisation reconnus interdisant des interactions avec le secteur.¹²⁷

101. Enfin, la Conférence des Parties de la FCTC ne ressemble aucunement à d'autres organisations de normalisation, telles que la Commission mixte de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture ("FAO")/l'OMS du Codex Alimentarius ("Codex") ou l'Organisation internationale de normalisation ("ISO"). Les directives beaucoup plus souples de la FCTC pour l'application de l'article 11 ou de l'article 13 ne contiennent pas les fondements scientifiques ou techniques nécessaires, ni un processus de normalisation transparent et bien énoncé (ce qui est compréhensible étant donné que la FCTC n'est pas, et n'a jamais été censée être, une organisation de normalisation), qui permettraient de considérer le produit de ses travaux comme une "norme internationale pertinente" au sens de l'article 2.5 de l'Accord OTC.

b. Les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie ne sont pas "conformes" aux directives de la FCTC

102. Pour toutes les raisons mentionnées plus haut, le Groupe spécial devrait constater que les Directives pour les articles 11 et 13 de la FCTC ne sont pas des normes internationales, et son analyse des allégations de l'Australie au titre de l'article 2.5 devrait s'arrêter là. À titre subsidiaire, si le Groupe spécial concluait qu'une norme internationale existe effectivement, l'Indonésie a fait valoir que les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie n'étaient pas "conformes" à cette norme internationale parce qu'elles allaient bien au-delà de ce qui était recommandé dans les Directives.

103. Des interprétations de l'article 3:2 de l'Accord SPS ont indiqué qu'une mesure devait pleinement "se conformer" à tous les aspects de la norme internationale pertinente, ou les "respecter", *sans dépasser* les "règles, lignes directrices ou caractéristiques" établies par la norme".¹²⁸ L'Organe d'appel a estimé qu'une mesure qui dépassait les prescriptions d'une norme internationale n'était pas conforme à cette norme et *ne pouvait pas donner lieu à une quelconque présomption de compatibilité*.¹²⁹

104. Les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie ne sont pas "conformes" à la prétendue norme qui serait, d'après les allégations, établie dans les Directives pour les articles 11 et 13. Premièrement, l'Australie a informé précédemment l'OMC, dans sa notification adressée au Comité OTC au titre de l'article 2.9.2, que ses mesures concernant l'emballage neutre n'étaient pas "conformes" à une norme internationale.¹³⁰ En outre, le texte vague des Directives de la FCTC ne prévoit pas un niveau de spécificité suffisant pour assurer le "*degré de correspondance* [requis] entre le règlement technique du Membre et la norme internationale, de manière à ce que le règlement technique "*incorpore*" *complètement* la norme internationale et la *transforme*" en pratique en une norme nationale".¹³¹

105. En outre, les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie vont au-delà des Directives pour les articles 11 et 13, qui éliminent toute présomption pouvant résulter de l'article 2.5 de l'Accord OTC. Les Directives aussi bien pour l'article 11 que pour l'article 13 ne comprennent pas de prescriptions, telles qu'une interdiction d'utiliser le nom du fabricant sur les produits du tabac eux-mêmes, l'imposition de restrictions sur les enveloppes à l'intérieur des paquets de tabac, ou des détails relatifs à l'emplacement et à la position des renseignements autorisés à apparaître sur l'emballage du tabac et au nombre de fois où certains renseignements peuvent apparaître sur un paquet, tous ces éléments étant prescrits par les mesures concernant

¹²⁵ Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphes 236 et 237.

¹²⁶ Décision du Comité OTC, article 2.1 (G/TBT/1/Rev.9, page 40). (non souligné dans l'original)

¹²⁷ Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 248.

¹²⁸ Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 255.

¹²⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis/Canada – Maintien de la suspension*, paragraphe 694. (pas d'italique dans l'original)

¹³⁰ Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 256.

¹³¹ Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 256.

l'emballage neutre de l'Australie.¹³² Du fait que les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie dépassent les prescriptions énoncées dans les Directives pour les articles 11 et 13, elles ne bénéficient pas d'une quelconque présomption de compatibilité au titre de l'article 2.5 en ce qui concerne l'article 2.2 de l'Accord OTC.

3. Les prescriptions en matière d'emballage neutre de l'Australie sont plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire et créent un obstacle non nécessaire au commerce en violation de l'article 2.2 de l'Accord OTC

106. L'Indonésie convient que les mesures visant à réduire la prévalence du tabagisme ont le potentiel de protéger la santé publique, et ne conteste pas la légitimité de l'objectif poursuivi par les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie. Dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, l'Organe d'appel a conclu qu'une analyse de la compatibilité d'une mesure avec l'article 2.2 supposait une "analyse relationnelle": du caractère restrictif pour le commerce du règlement technique; du degré de contribution qu'il apportait à l'accomplissement d'un objectif légitime; et des risques que la non-réalisation entraînerait.¹³³ L'Indonésie a fait valoir que les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie n'apportaient pas une contribution à cet objectif légitime, qu'elles étaient restrictives pour le commerce et que des mesures de rechange moins restrictives pour le commerce étaient disponibles, tout cela indiquant que les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie étaient plus restrictives pour le commerce qu'il n'était nécessaire.

a. Les prescriptions en matière d'emballage neutre de l'Australie sont restrictives pour le commerce

107. Les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie empêchent les sociétés du tabac d'utiliser des marques pour distinguer leurs produits du tabac de ceux des concurrents et, dans de nombreux cas, exigent des prix élevés. En supprimant les éléments les plus identifiables du marquage (couleurs, formes, caractères, etc.), l'emballage neutre "entraîne la marchandisation" des produits du tabac et le prix devient la principale forme de concurrence.

108. 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 sur le marché national, il leur est difficile de surmonter la distorsion existante résultant des marques nationales. Les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie sont donc plus restrictives pour le commerce parce qu'elles limitent les possibilités de concurrence sur le marché australien en imposant des restrictions sur le droit d'utiliser les marques et sur d'autres aspects de l'identité des marques qui sont nécessaires pour concurrencer les marques nationales.

b. Les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie n'apportent pas une contribution utile à l'objectif légitime qui consiste à réduire la prévalence du tabagisme

109. L'Organe d'appel a précisé dans le contexte de l'article XX b) du GATT de 1994 qu'"une ... contribution exist[ait] lorsqu'il y a[vait] une véritable relation entre l'objectif poursuivi et la mesure en cause pour ce qui [était] de la fin et des moyens".¹³⁴ Pour évaluer s'il y a eu une relation entre les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie et une réduction de la prévalence du tabagisme "pour ce qui est de la fin et des moyens", il est utile de commencer par interpréter l'évolution de la prévalence du tabagisme avant l'introduction de l'emballage neutre. Les propres données de l'Australie en matière de santé montrent que la prévalence du tabagisme est tombée progressivement de 24,3% en 2001 à 15,1% en 2010.¹³⁵ La prévalence du tabagisme observée a baissé régulièrement à compter de 2006 à un taux annuel d'environ 0,59 point de pourcentage. Pour qu'il y ait une relation entre les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie et une réduction de la prévalence du tabagisme "pour ce qui est de la fin et des moyens", l'emballage neutre aurait dû réduire la prévalence au-delà du taux qui existait déjà – dans le cas contraire, il était et il est "non nécessaire".

¹³² *Loi T/PP (JE-1)*, pages 22 à 27.

¹³³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II*, paragraphe 318; rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 374.

¹³⁴ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 145 (pas d'italique dans l'original).

¹³⁵ Indonésie, première communication écrite, paragraphe 408.

110. L'emballage neutre repose sur l'idée selon laquelle tout élément distinctif qui pourrait apparaître sur un paquet ou une cigarette/un cigare est présumé avoir pour effet de persuader les gens de fumer, alors qu'ils ne le feraient pas autrement. Au moment où l'emballage neutre a été adopté par l'Australie, il n'y avait aucun élément de preuve crédible montrant que les éléments distinctifs spécifiques utilisés sur les produits du tabac et leur emballage avaient cet effet, et il n'y avait pas non plus d'éléments de preuve crédibles montrant plus généralement que chaque élément distinctif réglementé par l'emballage neutre faisait de même. Les données après la mise en œuvre continuent de montrer que l'emballage neutre n'a eu aucun effet sur les taux de prévalence du tabagisme en Australie, même trois ans après qu'il a pris effet, et qu'il est peu probable qu'il en ait à l'avenir.

c. Des mesures de rechange moins restrictives sont disponibles

111. Même si l'emballage neutre apportait une très faible contribution à son objectif, il existe des mesures de rechange moins restrictives pour le commerce qui apportent une contribution équivalente ou plus importante à la réduction de la prévalence. Il s'agit notamment des hausses du droit d'accise, de l'accroissement des dépenses pour les campagnes de marketing social, de l'augmentation de l'âge minimum légal pour l'achat et d'un mécanisme de contrôle.¹³⁶

112. L'Australie a allégué que, parmi ces mesures, les trois premières ne pouvaient pas être considérées comme des "mesures de rechange" parce qu'elles étaient déjà en vigueur sur son territoire.¹³⁷ Toutefois, elle expose de façon inexacte les circonstances relatives à l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*. Dans cette affaire, il a été constaté que certaines mesures proposées à titre de mesures de rechange moins restrictives n'étaient pas des "mesures de rechange" valables parce qu'elles étaient mises en œuvre dans le cadre d'une approche globale visant les risques pour la santé et la vie des personnes et des animaux ainsi que la préservation des végétaux.¹³⁸ Toutefois, le Groupe spécial n'a pas abouti à cette conclusion dans l'abstrait. Le Brésil avait versé au dossier de nombreux éléments factuels dans cette affaire, montrant que si des pneumatiques rechapés importés avaient été autorisés sur le marché brésilien, ils auraient supplanté le rechapage local des pneumatiques usagés, entraînant une augmentation des pneumatiques de rebut (pneumatiques non recyclés) au Brésil.¹³⁹ Par conséquent, le Groupe spécial a conclu que le rechapage des pneumatiques au Brésil aurait pu être affecté de façon préjudiciable en l'absence de l'interdiction d'importer des pneumatiques rechapés étrangers. En l'espèce, l'Australie n'a fourni aucun élément de preuve (et certainement rien de comparable aux éléments de preuve présentés par le Brésil) montrant que les droits d'accise, les campagnes de marketing social ou l'âge minimum légal pour l'achat seraient *moins efficaces* en l'absence des mesures concernant l'emballage neutre.

113. Les plaignants ne font pas valoir que les mesures antitabac existantes – comme la taxation, les campagnes de marketing social ou l'âge minimum légal pour l'achat – serviraient de mesures de rechange sous leur forme actuelle. Dans chaque cas, les plaignants ont proposé des modifications de ces politiques pour qu'elles deviennent de nouvelles mesures qui ne sont pas actuellement en vigueur en Australie. Par exemple, 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*.¹⁴⁰ Par ailleurs, la mise en œuvre des modifications structurelles programmées concernant les campagnes de marketing social se solderait par de nouveaux programmes, plus efficaces, qui contribueraient davantage à réduire la prévalence.¹⁴¹

114. En outre, les mesures de rechange proposées par les plaignants sont moins restrictives pour le commerce que l'emballage neutre parce qu'elles ne réduisent pas les possibilités de concurrence en éliminant la capacité des fabricants de distinguer leurs produits de ceux d'autres fournisseurs.

115. Compte tenu de l'analyse ci-dessus, les mesures concernant l'emballage neutre violent l'article 2.2 de l'Accord OTC.

¹³⁶ Indonésie, première communication écrite, paragraphes 430 à 457.

¹³⁷ Australie, première communication écrite, paragraphes 703 à 717.

¹³⁸ Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 289.

¹³⁹ Rapport du Groupe spécial *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 7.142.

¹⁴⁰ Australie, première communication écrite, paragraphe 710.

¹⁴¹ Indonésie, deuxième communication écrite, paragraphe 289.

IV. DEMANDE DE CONSTATATIONS

116. L'Indonésie a demandé au Groupe spécial de constater que la *Loi de 2011 portant modification de la Loi sur les marques (emballage neutre du tabac)*, la *Loi de 2011 sur l'emballage neutre du tabac* et le *Règlement de 2011 sur l'emballage neutre du tabac* de l'Australie, collectivement et individuellement, violent les obligations de l'Australie au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC et des articles 2:1, 15:4, 16:1, 16:3, 20, 22 b) et 24:3 de l'Accord sur les ADPIC.

ANNEXE B-5**RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DES ARGUMENTS DE L'AUSTRALIE****I. INTRODUCTION**

1. Pour les raisons exposées par l'Australie dans ses communications écrites, ses déclarations orales et dans ses réponses aux questions posées par le Groupe spécial et observations sur les réponses des plaignants, les allégations des plaignants selon lesquelles la mesure concernant l'emballage neutre du tabac est incompatible avec les obligations de l'Australie au titre des accords visés sont infondées tant en droit qu'en fait.

2. En droit, les allégations des plaignants sont fondées sur des distorsions claires et des interprétations erronées des dispositions pertinentes de l'Accord sur les ADPIC, de l'Accord OTC et du GATT de 1994, ou ne satisfont pas par ailleurs aux prescriptions juridiques permettant d'établir une allégation de violation au titre de ces dispositions.

3. En outre, même si le Groupe spécial devait constater que les plaignants ont établi l'applicabilité *prima facie* des dispositions juridiques pertinentes, ceux-ci n'ont pas prouvé leurs allégations de violation du point de vue des éléments de preuve.

4. Au titre des deux principales dispositions en cause en l'espèce – l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC et l'article 2.2 de l'Accord OTC – les plaignants ont assumé la charge de prouver que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac n'apporterait *pas* de contribution à ses objectifs de santé publique. Les éléments de preuve qualitatifs et quantitatifs présentés au Groupe spécial, ainsi que les propres arguments contradictoires des plaignants concernant les effets de la mesure, démontrent que les plaignants ne se sont pas acquittés de cette charge.

5. Reconnaisant ce manquement, les plaignants ont tenté tout au long de leurs communications de déplacer la charge juridique qui leur incombait vers l'Australie, en laissant entendre que cette dernière était tenue de démontrer de manière positive que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac avait entraîné un recul immédiatement observable et quantifiable de la prévalence du tabagisme et de la consommation de tabac pendant la période de temps limitée qui s'était écoulée depuis la mise en œuvre de la mesure. Non seulement cet argument fait fondamentalement abstraction de la nature de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac en tant que mesure de santé publique de long terme faisant partie intégrante d'une série globale de mesures de lutte antitabac, et de la nature de la consommation de tabac en tant que problème de santé publique complexe exigeant une réponse globale, mais il constitue également une erreur de droit additionnelle qui corrompt les arguments des plaignants.

6. Compte tenu du fait que les plaignants n'ont pas prouvé que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac était incompatible avec les obligations de l'Australie au titre des accords visés, le Groupe spécial devrait rejeter dans leur totalité les allégations qu'ils ont formulées.

II. RÉSUMÉ DU CONTEXTE PERTINENT POUR L'ÉVALUATION DE LA MESURE CONCERNANT L'EMBALLAGE NEUTRE DU TABAC DE L'AUSTRALIE

7. Le présent différend porte sur le droit d'un Membre de réglementer la publicité et la promotion du tabac – un produit unique, fortement dépendogène qui tue la moitié de ses consommateurs à long terme; qui constitue la première cause mondiale de morbidité et de mortalité évitables; qui est responsable du décès de près de 6 000 000 de personnes par an au niveau mondial, dont 600 000 non-fumeurs exposés au tabagisme passif; pour lequel il n'y a pas de seuil au-dessous duquel la consommation ou l'exposition seraient sans danger; et qui est nocif pour pratiquement chaque organe du corps.¹

¹ Australie, première communication écrite, partie II.A, paragraphes 23, 24 et 27 à 30, et partie II.B, paragraphe 32.

8. En Australie, la consommation de tabac est l'une des principales causes de maladie et de décès prématurés évitables. Plus de 15 000 Australiens meurent chaque année de maladies liées au tabagisme.²

9. Pour lutter contre l'épidémie mondiale de tabagisme³, la FCTC exige des stratégies globales de lutte antitabac, reconnaissant que celles-ci constituent le moyen le plus efficace de réduire l'incidence et la prévalence du tabagisme.⁴ Pour être efficaces, ces stratégies globales doivent couvrir tous les aspects de l'offre et de la demande; s'appliquer à tous les produits du tabac; optimiser les synergies entre des mesures complémentaires; et être constamment actualisées et révisées.⁵

10. La série globale de mesures de lutte antitabac de l'Australie inclut: des mesures qui ont progressivement restreint la publicité des produits du tabac; des mises en garde sanitaires explicites; l'augmentation des droits d'accise; des restrictions à l'accès des jeunes; des interdictions d'étalage à la vente au détail et au point de vente; des interdictions de fumer dans les lieux publics; l'aide au sevrage; et des campagnes de marketing social antitabac et de sensibilisation du public.⁶ La mesure concernant l'emballage neutre du tabac a été introduite pour interdire l'un des derniers moyens permettant de faire la publicité et la promotion des produits du tabac auprès des consommateurs et des consommateurs potentiels en Australie: l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac et le produit lui-même.⁷

11. La mesure réalise cet objectif en interdisant la présence d'éléments distinctifs sur l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac, y compris les marques (autres que le nom commercial, la raison sociale ou le nom de la société, ou le nom de variante), les logos, les symboles, les images, les couleurs et du texte promotionnel; en imposant certaines restrictions sur la forme et le fini de l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac; et en imposant quelques autres prescriptions concernant l'apparence des produits du tabac.⁸ Pour faire en sorte que les sociétés productrices de tabac puissent toujours distinguer leurs produits par rapport aux autres produits sur le marché, la mesure permet d'utiliser le nom commercial, la raison sociale ou le nom de la société et les noms de variante sur l'emballage pour la vente au détail, y compris les noms déposés, sous une forme normalisée.⁹ Ces prescriptions s'appliquent à tous les produits du tabac.¹⁰

12. La décision de l'Australie de mettre en œuvre la mesure concernant l'emballage neutre du tabac était fondée sur un vaste ensemble d'éléments de preuve scientifiques à l'appui¹¹ et sur la recommandation explicite des Directives de la FCTC d'adopter l'emballage neutre du tabac comme moyen de mise en œuvre des obligations des parties au titre de la FCTC.¹² Bon nombre d'autres pays, y compris l'Irlande, le Royaume-Uni, la France, la Hongrie, la Nouvelle-Zélande, la Norvège, le Chili et Singapour, ont adopté à ce jour, ou envisagent d'adopter, leurs propres mesures

² Australie, première communication écrite, partie II.C, paragraphe 34; déclaration liminaire à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 7.

³ Australie, première communication écrite, partie II.B, paragraphe 31; déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 17 et 18.

⁴ Australie, première communication écrite, partie II.D, paragraphes 38 et 46 à 49; deuxième communication écrite, paragraphe 250; déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 8; observations sur les réponses à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphes 34 à 36.

⁵ Australie, première communication écrite, partie II.D, paragraphes 38 à 49; déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 9 et 10; observations sur les réponses à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphes 34 à 36.

⁶ Australie, première communication écrite, partie II.D.2 et partie II.D.3; deuxième communication écrite, paragraphe 552; déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 9.

⁷ Australie, première communication écrite, partie II.D.3.

⁸ Australie, première communication écrite, partie II.G.2.

⁹ Australie, première communication écrite, partie II.G.2; deuxième communication écrite, partie II.C.5 c); déclaration liminaire à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 50 à 54.

¹⁰ Australie, première communication écrite, partie II.G.2 e).

¹¹ Australie, première communication écrite, partie II.E.3 et partie II.I.3; deuxième communication écrite, parties II.C.5 b) et III.D.3.

¹² Australie, première communication écrite, partie II.F; deuxième communication écrite, paragraphes 242 à 245; déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 11.

concernant l'emballage neutre du tabac, conformément aux Directives de la FCTC, pour améliorer la santé publique dans leurs juridictions respectives.¹³

13. Les synergies entre les mesures globales et complémentaires de lutte antitabac de l'Australie sont cruciales.¹⁴ Par exemple, l'emballage neutre du tabac fonctionne de concert avec les augmentations de droits d'accise pour remédier à l'initiation des jeunes à chaque stade, y compris aux premiers stades de l'expérimentation du tabagisme.¹⁵ De même, l'emballage neutre du tabac renforce l'efficacité des campagnes de marketing social de l'Australie, par ailleurs réduite par le marketing des produits du tabac.¹⁶ L'emballage neutre du tabac accroît également l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites, qui, lorsqu'elles sont amplifiées, renforcent les messages véhiculés par les campagnes de marketing social antitabac, et le font à un moment particulièrement important – à savoir, le moment de la consommation.¹⁷ Par conséquent, ces mesures se complètent au lieu de se substituer les unes aux autres.¹⁸

14. La stratégie globale de lutte antitabac de l'Australie a fait baisser les taux de prévalence du tabagisme sur son territoire.¹⁹ La prévalence dans ce pays est à présent à son niveau le plus bas depuis de nombreuses décennies, des baisses substantielles s'étant produites pendant la période où l'emballage neutre du tabac était en vigueur.²⁰

15. La NDSHS la plus récente, qui couvre la période 2010-2013, a montré une réduction notable des taux de prévalence. Les taux de consommation quotidienne de tabac ont diminué chez les Australiens âgés de 18 ans ou plus, passant de 15,9% à 13,3%, et de façon notable chez les Australiens âgés de 14 ans ou plus, pour lesquels ces taux sont passés de 15,1% à 12,8%.²¹ Ce recul de la prévalence, de 2 à 3 points de pourcentage, se traduit par 200 000 fumeurs quotidiens de moins, âgés de 14 ans ou plus.²² De même, selon la vague 2014/15 de l'enquête nationale sur la santé du Bureau australien des statistiques, la consommation quotidienne de tabac chez les Australiens de 18 ans et plus était de 14,5% en 2014/15, contre 16,1% en 2011/12.²³ Ces résultats sont compatibles avec d'autres éléments de preuve présentés au Groupe spécial qui montrent des réductions notables de la prévalence du tabagisme après l'introduction de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac.

16. Des données récentes sur la prévalence du tabagisme tirées de l'enquête mensuelle de Roy Morgan confirment une diminution substantielle de la prévalence. Même si Roy Morgan utilise des méthodes d'enquête différentes, la tendance à la baisse rapide de la prévalence est notable et constante. La prévalence globale pour les fumeurs australiens de 14 ans et plus est passée de 18,7% pendant la période comprise entre janvier et juin 2012 (avant l'introduction de l'emballage neutre du tabac) à 16,2% au cours des six premiers mois de 2015.²⁴ La prévalence chez les Australiens âgés de 14 à 24 ans a également diminué, passant de 16,7% à 14,1%. Cela se traduit

¹³ Australie, observations sur les réponses à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphes 117 et 118; deuxième communication écrite, paragraphes 245 à 249; déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 11.

¹⁴ Australie, déclaration liminaire à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 16 et 17; déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 10; réponse à la question n° 158 du Groupe spécial, paragraphe 73; observations sur les réponses à la question n° 161 du Groupe spécial, paragraphes 107 à 111.

¹⁵ Australie, observations sur les réponses à la question n° 161 du Groupe spécial, paragraphe 108.

¹⁶ Australie, observations sur les réponses à la question n° 161 du Groupe spécial, paragraphe 110.

¹⁷ Australie, déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 10; observations sur les réponses à la question n° 161 du Groupe spécial, paragraphe 110.

¹⁸ Australie, déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 10; deuxième communication écrite, partie III.F; déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 9, 10, 154 et 155.

¹⁹ Australie, première communication écrite, partie II.C, paragraphe 36 et figure 1; partie II.D, paragraphe 53, figure 3; déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 12 à 15.

²⁰ Australie, première communication écrite, partie II.C, paragraphe 36; déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 12 à 15.

²¹ Australie, première communication écrite, partie II.C, paragraphe 36; réponse à la question n° 199 du Groupe spécial, paragraphe 310; déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond, paragraphe 12.

²² Australie, déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 12.

²³ Australie, réponse à la question n° 199 du Groupe spécial, paragraphe 389.

²⁴ Australie, déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 14.

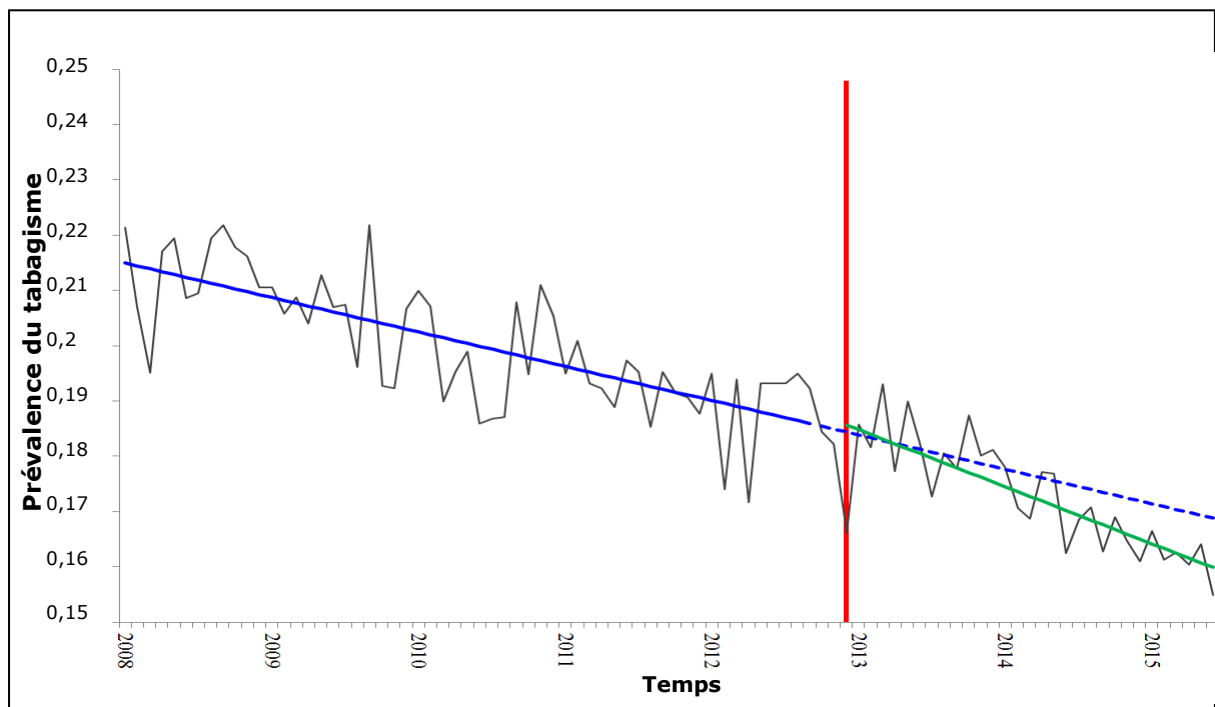
par environ 492 000 fumeurs de moins, âgés de 14 ans et plus, dont environ 86 000 fumeurs de moins chez les jeunes et les jeunes adultes.²⁵

17. Étant donné qu'ils ont assumé la charge d'établir que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac ne pouvait pas contribuer aux objectifs de santé publique de l'Australie, les plaignants sont tenus de démontrer qu'*aucune* baisse notable de la prévalence du tabagisme et de la consommation de tabac survenue depuis l'introduction de la mesure ne peut lui être imputée; et que la mesure ne pourra, à l'avenir, apporter *aucune* contribution à la réduction de la consommation des produits du tabac et de l'exposition à ces produits.

18. Comme l'Australie l'a établi dans ses communications tout au long de la présente procédure, les plaignants ne se sont pas entièrement acquittés de cette charge. Le fait que les plaignants ne s'acquittent pas de cette charge étant rédhibitoire pour leurs allégations principales au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC et de l'article 2.2 de l'Accord OTC, l'Australie résumera les arguments et éléments de preuve pertinents concernant la contribution de la mesure à ses objectifs de santé publique, avant d'aborder les autres lacunes des allégations des plaignants.

III. LES PLAIGNANTS N'ONT PAS DÉMONTRÉ QUE LA MESURE CONCERNANT L'EMBALLAGE NEUTRE DU TABAC NE POUVAIT PAS CONTRIBUER À SES OBJECTIFS

19. L'Australie a constaté une accélération de la réduction notable de la prévalence du tabagisme depuis l'introduction de l'emballage neutre du tabac dans le cadre d'une série globale de mesures de lutte antitabac à la fin de 2012, comme le montre le graphique ci-après.²⁶



20. Au cours de la même période, la consommation des produits du tabac a également diminué. Les ventes mensuelles moyennes par habitant, entre septembre 2014 et septembre 2015, ont baissé de plus de 15% par rapport à la période de 12 mois équivalente antérieure à l'introduction de la mesure.²⁷

21. Néanmoins, les plaignants allèguent qu'il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve pour convaincre le Groupe spécial que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac contribuera un jour à ses objectifs de santé publique. Bien que la charge de prouver cet argument incombe aux

²⁵ Australie, déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 14.

²⁶ Australie, réponse à la question n° 196 du Groupe spécial, paragraphe 222.

²⁷ Australie, observations sur les réponses à la question n° 146 du Groupe spécial, paragraphe 14.

plaignants, l'Australie a démontré que, lorsque les éléments de preuve qualitatifs et quantitatifs présentés au Groupe spécial sont correctement analysés, leur poids étaye très largement la conclusion selon laquelle la mesure est à même de contribuer à la réduction de la consommation des produits du tabac et de l'exposition à la fumée du tabac.

A. LES PLAIGNANTS N'ONT PAS ÉTABLI SUR LA BASE DES ÉLÉMENTS DE PREUVE QUALITATIFS PRÉSENTÉS AU GROUPE SPÉCIAL QUE LA MESURE NE POUVAIT PAS CONTRIBUER À SES OBJECTIFS OU QU'ELLE ÉTAIT INJUSTIFIABLE

22. Tout au long de la présente procédure, l'Australie a présenté un vaste ensemble d'éléments de preuve qualitatifs étayant la conclusion selon laquelle l'emballage neutre du tabac était à même de contribuer à la réduction de la consommation des produits du tabac et de l'exposition à la fumée du tabac. Comme elle l'a expliqué, de multiples hypothèses "vérifiées et étayées par des éléments de preuve suffisants"²⁸ justifient la conclusion selon laquelle la mesure est à même de contribuer aux objectifs de santé publique de l'Australie.

23. Les plaignants n'ont discrédité aucun de ces éléments de preuve. Leur assertion selon laquelle l'emballage neutre du tabac ne peut pas contribuer à ses objectifs revient, au mieux, à demander que le Groupe spécial adopte un point de vue différent sur ces éléments de preuve. Cela est insuffisant en droit pour établir qu'il n'y a pas d'éléments de preuve crédibles étayant la conclusion selon laquelle l'emballage neutre du tabac peut contribuer à ses objectifs.

1. Les plaignants n'ont pas rompu le lien clair entre la publicité et les comportements liés au tabagisme

24. Les éléments de preuve montrent qu'il y a un lien clair entre la publicité et les comportements liés au tabagisme et que, puisque l'emballage pour la vente au détail représente un moyen de faire la publicité et la promotion des produits du tabac, la mesure concernant l'emballage neutre du tabac peut affecter les comportements liés au tabagisme. Le poids manifeste des éléments de preuve scientifiques étaye ce lien. Ces éléments de preuve remontent aux années 1980, et incluent des rapports successifs et remarquables émanant de Directeurs du Service de santé publique des États-Unis, de l'Organisation mondiale de la santé, de l'Institut national du cancer des États-Unis et de l'Institut de Médecine des États-Unis.²⁹ Ces rapports ont systématiquement conclu que les sociétés productrices de tabac orientaient délibérément leur marketing et leur publicité vers les jeunes pour "les inciter à commencer à fumer".³⁰

25. On ne saurait réellement contester que la publicité accroît la demande primaire des produits du tabac. Bien que les plaignants aient tenté de le faire, leurs éléments de preuve ne contredisent véritablement pas l'affirmation selon laquelle la publicité pour le tabac pousse les gens à fumer.³¹

2. L'argument des plaignants selon lequel l'emballage des produits du tabac ne constitue pas une publicité ou une promotion est peu plausible

26. L'Australie a versé au dossier du Groupe spécial un nombre important d'éléments de preuve qualitatifs qui démontrent que l'emballage pour la vente au détail du tabac fait la publicité et la promotion des produits du tabac.³² Ces éléments de preuve incluent la théorie et la pratique du marketing³³ ainsi que des éléments de preuve provenant de l'industrie du tabac elle-même, laquelle estime que le paquet est un "support publicitaire"³⁴ et reconnaît que les "sociétés

²⁸ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 151.

²⁹ Australie, première communication écrite, paragraphe 64; deuxième communication écrite, paragraphes 217 à 236, citant le rapport d'expert de F. Chaloupka, pièce AUS-9.

³⁰ Australie, première communication écrite, partie II.E, paragraphes 62 et 63, citant Teague, pièce AUS-69; R.J. Reynolds, pièce AUS-70; et *USA et al v. Philip Morris USA Inc., et al*, pièce AUS-71.

³¹ Australie, première communication écrite, paragraphes 621 à 626; deuxième communication écrite, paragraphes 214 à 226.

³² Australie, première communication écrite, partie II.E; déclaration liminaire à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 26 à 55, et présentation PowerPoint jointe; deuxième communication écrite, paragraphes 227 à 236.

³³ Australie, première communication écrite, partie II.E.2 b), citant le rapport d'expert de N. Tavassoli, pièce AUS-10; et le rapport d'expert de J.P. Dubé, pièce AUS-11.

³⁴ Australie, première communication écrite, partie II.E.2 a) et c); deuxième communication écrite, paragraphe 231. Voir aussi *JT International SA v. Commonwealth of Australia*, pièce AUS-84.

productrices de tabac, comme d'autres sociétés produisant des biens de consommation, considèrent les emballages de marque comme un des outils publicitaires."³⁵ En bref, l'emballage de marque fonctionne comme une forme de publicité et de promotion qui accroît la demande primaire des produits du tabac.³⁶

27. Les plaignants ont contesté cette affirmation, s'appuyant sur deux arguments clés. Premièrement, ils font valoir que l'emballage ne peut pas constituer une publicité parce qu'il ne correspond pas à une définition classique de la "promotion". Deuxièmement, ils avancent que même s'il fonctionne généralement comme de la publicité, l'emballage ne peut pas remplir cette fonction dans le contexte du marché discret de l'Australie. Ces deux arguments sont dénués de fondement.

a) L'emballage est une publicité

28. L'emballage de marque joue un rôle important dans la prise de décision du consommateur, ce qui est une affirmation étayée par les éléments de preuve provenant de l'industrie du tabac et des experts en marketing de l'Australie et des plaignants.

29. De nombreux éléments de preuve présentés au Groupe spécial démontrent que, depuis des décennies, l'industrie du tabac conçoit et exploite l'emballage du tabac comme l'"un des outils publicitaires" pour les produits du tabac³⁷, y compris les cigares³⁸, afin de projeter des images positives attirant des groupes démographiques spécifiques, en particulier les jeunes fumeurs.³⁹

30. L'Australie a communiqué des éléments de preuve provenant d'experts en marketing, y compris les rapports des professeurs Dubé et Tavassoli⁴⁰, qui expliquent le rôle joué par l'emballage pour attirer les consommateurs et influencer leurs réactions, y compris le comportement en matière d'achat et de consommation.⁴¹ L'affirmation des plaignants selon laquelle l'emballage ne fonctionne pas comme une forme de publicité est directement contredite par leurs propres communications⁴² et par le rapport d'expert du professeur Steenkamp⁴³ qui reconnaît que la publicité joue un rôle important dans la prise de décision du consommateur.⁴⁴

³⁵ Australie, déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 32, citant Chantler, pièce AUS-81, paragraphe 3.22.

³⁶ Australie, première communication écrite, paragraphes 70 à 84; deuxième communication écrite, paragraphes 227 à 236.

³⁷ Australie, première communication écrite, partie II.E.2, citant Chantler, pièce AUS-81; Philip Morris, pièce AUS-82; R.J. Reynolds, pièce AUS-83; et *JT International SA v. Commonwealth of Australia*, pièce AUS-84; Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 227 à 231; déclaration liminaire à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 26 à 55, et présentation PowerPoint jointe.

³⁸ Australie, première communication écrite, partie II.E.2, paragraphes 74 et 82, citant Hammar, pièce AUS-87, pièce AUS-98 et pièce AUS-99; Swedish Match, pièce AUS-100; Miller *et al.*, pièce AUS-102; et Swedish Match, pièce AUS-103.

³⁹ Australie, première communication écrite, paragraphes 66 à 86; deuxième communication écrite, paragraphes 222 à 230, citant le Directeur du Service de santé publique des États-Unis, pièce AUS-76; et l'OMS, pièce AUS-80.

⁴⁰ Australie, première communication écrite, partie II.E.2, paragraphes 70 à 72, citant le rapport d'expert de N. Tavassoli, pièce AUS-10, et le rapport d'expert de J.P. Dubé, pièce AUS-11.

⁴¹ Australie, première communication écrite, partie II.E.2, paragraphes 70 à 84, citant le rapport d'expert de N. Tavassoli, pièce AUS-10; le rapport d'expert de J.P. Dubé, pièce AUS-11; le rapport d'expert de P. Slovic, pièce AUS-12; le rapport d'expert de A. Biglan, pièce AUS-13; le rapport d'expert de G. Fong, pièce AUS-14. Voir aussi Centre for Tobacco Control Research Core, pièce AUS-90; Hammond, pièce AUS-91; et Directeur du Service de santé publique des États-Unis, pièce AUS-76.

⁴² Cuba, première communication écrite, paragraphe 197.

⁴³ Australie, déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 41 et 42, citant le rapport d'expert de J. Steenkamp, pièce DOM/HND-14, paragraphe 92.

⁴⁴ Australie, réponse à la question n° 204 du Groupe spécial, paragraphe 390; déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 37 à 46; observations sur les réponses à la question n° 197 du Groupe spécial, paragraphe 310.

b) L'emballage du tabac fonctionne comme de la publicité sur le marché discret de l'Australie

31. Même si l'emballage constitue une publicité, les plaignants ont affirmé que, du fait que l'Australie était un "marché discret"⁴⁵, l'emballage ne pouvait absolument pas exercer de fonction publicitaire.

32. Cet argument est contredit par les éléments de preuve provenant de l'industrie du tabac elle-même qui montrent que l'emballage du tabac est devenu une forme de publicité et de promotion de plus en plus importante pour les produits du tabac, précisément *du fait* du marché discret de l'Australie.⁴⁶ En fait, l'examen de documents concernant l'industrie australienne du tabac⁴⁷ montre que l'industrie du tabac en Australie a fait des recherches sur des modifications apportées à la conception de l'emballage et qu'elle les a adoptées car elles génèrent une image positive qui exerce un attrait sur ses marchés cibles, nonobstant l'interdiction générale de la publicité de l'Australie. Les plaignants n'ont même pas tenté de répondre à ces éléments de preuve.

33. L'importance de l'emballage sur un marché discret est confirmée par les avis d'expert des professeurs Dubé et Tavassoli, qui ont expliqué que le marché discret de l'Australie *renforçait* probablement, au lieu de la limiter, l'aptitude de l'emballage du tabac à être utilisé comme un moyen publicitaire effectif.⁴⁸ En fait, en l'absence de l'emballage neutre du tabac, les surfaces, la forme, la taille, la structure, les matériaux et la texture de l'emballage du tabac⁴⁹ pourraient tous remplir une fonction publicitaire et promotionnelle, y compris grâce à l'utilisation d'éléments de marque et d'éléments figuratifs et distinctifs.⁵⁰

34. Sur la base des propres affirmations et éléments de preuve des plaignants, la mesure concernant l'emballage neutre du tabac a clairement affecté le comportement des consommateurs d'une manière qui concorde avec l'idée selon laquelle l'emballage des produits du tabac fonctionne comme de la publicité. Par exemple, les plaignants soutiennent que l'absence de l'emballage de marque sur le marché discret de l'Australie a déjà modifié le comportement des consommateurs en entraînant une "descente en gamme".⁵¹ Selon l'expert des plaignants, le professeur Steenkamp, cela tient au fait que la suppression des marques rend les consommateurs moins enclins à payer pour les produits du tabac d'une manière générale, et pour les produits haut de gamme en particulier, et décourage également la fidélité aux marques.⁵² Le professeur Steenkamp est d'avis que l'emballage neutre du tabac "réduit la contribution des marques aux "avantages immatériels", tant pour les marques haut de gamme que pour les marques bon marché", qui peuvent être communiqués aux consommateurs, de produits haut de gamme en particulier.⁵³

35. Si l'emballage de marque (même majoritairement recouvert par une mise en garde sanitaire explicite) a pour effet de promouvoir les "avantages immatériels" d'un produit du tabac, rendant ainsi les consommateurs plus enclins à payer pour ce produit et plus fidèles aux marques dans le contexte du marché discret de l'Australie, on ne saurait sérieusement contester que l'emballage du tabac fonctionne comme de la publicité. En outre, si comme les plaignants le soutiennent, ces "avantages immatériels" ne peuvent plus être communiqués aux consommateurs du fait de

⁴⁵ Australie, première communication écrite, paragraphe 8, note de bas de page 3: l'Australie est un "marché discret" parce qu'elle est dotée d'un cadre réglementaire fortement réglementé pour la publicité et la promotion du tabac.

⁴⁶ Australie, première communication écrite, partie II.E.2, paragraphe 83, citant Philip Morris, pièce AUS-96.

⁴⁷ Australie, première communication écrite, paragraphes 83 et 84; voir aussi le rapport d'expert d'A. Biglan, pièce AUS-13, paragraphes 69 à 75; le rapport d'expert de P. Slovic, pièce AUS-12, paragraphes 60 à 83; et le rapport d'expert de N. Tavassoli, pièce AUS-588, paragraphes 42 à 49.

⁴⁸ Australie, déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 38 et 39, citant le rapport d'expert de J.P. Dubé, pièce AUS-583, section VI; et le rapport d'expert de N. Tavassoli, pièce AUS-588.

⁴⁹ Australie, première communication écrite, paragraphes 125 à 131.

⁵⁰ Australie, réponse à la question n° 204 du Groupe spécial, paragraphes 392 à 399, citant le rapport d'expert de N. Tavassoli, pièce AUS-588, paragraphes 6 à 8 et 20 à 27.

⁵¹ Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 409 à 412.

⁵² Australie, déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 41 et 42, citant le rapport d'expert de J. Steenkamp, pièce DOM/HND-14, paragraphes 96 et 97.

⁵³ Australie, déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 40 à 44, citant le rapport d'expert de J. Steenkamp, pièce DOM/HND-14, paragraphe 93.

l'emballage neutre du tabac, alors comme ils l'admettent eux-mêmes, l'Australie a éliminé un moyen de publicité pour les produits du tabac.⁵⁴

3. Les plaignants n'ont pas réfuté le fait que l'emballage neutre du tabac pouvait affecter les comportements liés au tabagisme en normalisant les produits du tabac

36. Si le Groupe spécial est convaincu que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac a éliminé un moyen qui permettait de faire la publicité des produits du tabac, le poids écrasant des éléments de preuve démontrant que la publicité encourage le tabagisme constitue une base suffisante pour que le Groupe spécial conclue que la mesure peut contribuer aux objectifs de santé publique de l'Australie et qu'elle n'est pas injustifiable.

37. Cependant, et sans préjudice de la charge de la preuve, l'Australie a avancé un certain nombre d'autres bases permettant au Groupe spécial de considérer que la mesure est à même de contribuer aux objectifs de santé publique de l'Australie. Chacune de ces bases fondamentales de l'examen scientifique – à savoir, les sciences du comportement, le marketing et l'économie – constitue une hypothèse distincte qui est "vérifiée[] et étayée[] par des éléments de preuve suffisants"⁵⁵ et permet de formuler la même conclusion selon laquelle, en normalisant l'apparence de l'emballage pour la vente au détail du tabac et celle des produits⁵⁶, la mesure concernant l'emballage neutre du tabac peut affecter les comportements liés au tabagisme⁵⁷ et contribuera à décourager l'initiation au tabagisme et la récurrence, à inciter au renoncement et à réduire l'exposition des individus à la fumée des produits du tabac.⁵⁸

a) Science du comportement

38. L'hypothèse sous-tendant l'emballage neutre du tabac est que, en réduisant l'attrait des produits du tabac, en augmentant l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et en supprimant la capacité de l'emballage à induire en erreur, celui-ci modifiera le comportement.⁵⁹ Cette hypothèse est étayée par la psychologie du comportement⁶⁰ ainsi que par les propres éléments de preuve des plaignants qui confirment que l'emballage neutre du tabac a réduit l'attrait des produits du tabac et augmenté l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites⁶¹, et que ces effets étaient durables.⁶²

39. Comme l'Australie l'a indiqué à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, il s'agit là d'importantes concessions de la part des plaignants. En acceptant le fait que la mesure a réduit l'attrait des produits du tabac et augmenté la visibilité des mises en garde sanitaires explicites, les propres experts des plaignants ont confirmé les constatations de nombreuses études publiées qui visaient à examiner les effets de l'emballage neutre du tabac, y compris des preuves expérimentales.⁶³ Ces concessions représentent une évolution remarquable par rapport aux premiers arguments des plaignants selon lesquels l'ensemble des publications étayant la mesure concernant l'emballage neutre du tabac était biaisées, non publiables et inutiles.⁶⁴ Les propres

⁵⁴ Australie, déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 42.

⁵⁵ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 151.

⁵⁶ Australie, deuxième communication écrite, partie II.C.5 a) et c).

⁵⁷ Australie, première communication écrite, partie II.I.4; deuxième communication écrite, paragraphes 237 à 255; déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 34 à 46.

⁵⁸ Australie, déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 49 à 63; deuxième communication écrite, paragraphes 227 à 236, 444 à 459 et 476 à 481.

⁵⁹ *Tobacco Plain Packaging Act*, pièce AUS-1, article 3.

⁶⁰ Australie, première communication écrite, partie II.I.3; deuxième communication écrite, partie III.D.3; déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 49 à 63.

⁶¹ Australie, déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 51; réponse à la question n° 196 du Groupe spécial, paragraphes 228 à 233, citant le rapport d'expert de I. Ajzen *et al.*, pièce DOM/IDN-2, tableau 1A, page 22 et tableau 2A, page 26; et le rapport d'expert de I. Ajzen *et al.*, pièce DOM/IDN-4, tableau 1, page 6.

⁶² Australie, déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 51, citant le rapport d'expert de I. Ajzen *et al.*, pièce DOM/IDN-2, tableau 1A (dernière colonne), page 22 et tableau 2A (dernière colonne), page 26.

⁶³ Australie, déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 65 à 68, citant, en particulier, Thrasher *et al.*, pièce AUS-229; et Wakefield *et al.*, pièce AUS-149.

⁶⁴ Australie, déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 65 à 67; observations sur les réponses à la question n° 197 du Groupe spécial, paragraphe 351.

éléments de preuve des plaignants confirment la justesse et l'utilité d'au moins 50 études figurant au dossier du Groupe spécial.⁶⁵

40. L'Australie a présenté plusieurs rapports élaborés par des experts du comportement (dont le professeur Slovic, le professeur Fong, le docteur Biglan et le docteur Brandon)⁶⁶ qui ont établi que, en réduisant l'attrait des produits du tabac, en augmentant l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et en atténuant la capacité du paquet à induire en erreur, la mesure concernant l'emballage neutre du tabac donnera lieu à des modifications du comportement⁶⁷, comme le fait qu'il y ait moins de gens qui commencent à fumer⁶⁸ et rechutent, et qu'il y en ait plus qui arrêtent.⁶⁹ Ces éléments de preuve sont aussi compatibles avec les conclusions formulées par l'avocat général Kokott de la Cour de justice européenne dans l'avis qu'elle a récemment publié au sujet de l'emballage neutre du tabac⁷⁰, avec les nombreux éléments de preuve sur les effets du marketing et de la publicité pour le tabac⁷¹ et avec les propres stratégies marketing de l'industrie du tabac.⁷²

41. Pour tenter de contester l'idée selon laquelle la mesure concernant l'emballage neutre du tabac modifiera le comportement tabagique par le biais de ces mécanismes, les plaignants se sont principalement appuyés sur les éléments de preuve présentés par le professeur Ajzen. Celui-ci, invoquant sa propre construction théorique du comportement humain, allègue qu'il n'y a pas d'élément de preuve indiquant que les effets de la mesure se propagent, de l'attrait aux intentions puis au comportement. En formulant cette conclusion, le professeur Ajzen ne tient pas compte des éléments de preuve montrant des changements dans les intentions, qui ont été rapportés dans des études postérieures à la mise en œuvre⁷³, ni des modifications de comportement révélées par les éléments de preuve.⁷⁴ Le professeur Ajzen se concentre en fait sur des enquêtes qui n'ont pas pour objet de détecter les effets de la mesure sur le principal groupe ciblé par celle-ci – les jeunes qui n'ont pas encore commencé à fumer.

42. Le point de vue du professeur Ajzen selon lequel l'attrait des produits du tabac n'est pas lié au comportement tabagique⁷⁵ est contredit par des décennies de recherche concernant les effets du marketing du tabac sur le comportement tabagique, par la propre recherche interne de l'industrie du tabac et par les propres arguments des plaignants se rapportant à la "descente en

⁶⁵ Australie, déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 65 à 67.

⁶⁶ Australie, première communication écrite, paragraphes 78 et 98, citant le rapport d'expert de P. Slovic, pièce AUS-12; le rapport d'expert d'A. Biglan, pièce AUS-13; le rapport d'expert de G. Fong, pièce AUS-14; le rapport d'expert de T. Brandon, pièce AUS-15; deuxième communication écrite, citant le rapport d'expert d'A. Biglan, pièce AUS-533; le rapport d'expert de G. Fong, pièce AUS-531; le rapport d'expert de P. Slovic, pièce AUS-532; et le rapport d'expert de T. Brandon, pièce AUS-534; réponse à la question n° 196 du Groupe spécial, paragraphe 249, citant le rapport d'expert de G. Fong, pièce AUS-585.

⁶⁷ Australie, première communication écrite, partie II.I.3; deuxième communication écrite, paragraphes 452 à 459; déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 49 à 63.

⁶⁸ Australie, première communication écrite, paragraphes 92 à 96 et 161; réponse à la question n° 196 du Groupe spécial, paragraphe 260, citant les rapports d'expert de P. Slovic, pièce AUS-12, paragraphes 26, 46 à 51 et 60 à 67, et pièce AUS-532, paragraphes 77 à 80; les rapports d'expert d'A. Biglan, pièce AUS-13, paragraphes 32 à 51 et 177 à 178, et pièce AUS-533, paragraphes 6 à 15; le rapport d'expert de G. Fong, pièce AUS-14, paragraphes 141 à 179; le rapport d'expert de N. Tavassoli, pièce AUS-10, paragraphes 50 à 53, 68 et 78 à 85; et le rapport d'expert de J. Samet, pièce AUS-7, paragraphe 125; réponse à la question n° 196 du Groupe spécial, paragraphe 268.

⁶⁹ Australie, première communication écrite, paragraphes 97 à 102 et 201 à 205, citant le rapport d'expert d'A. Biglan, pièce AUS-13; déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 68; réponse à la question n° 196 du Groupe spécial, paragraphe 276, citant les rapports d'expert de T. Brandon, pièce AUS-15, et pièce AUS-534.

⁷⁰ Australie, observations sur les réponses à la question n° 159 du Groupe spécial, paragraphe 98, citant l'avis de l'avocat général Kokott, pièce AUS-608.

⁷¹ Australie, première communication écrite, paragraphes 87 à 102; deuxième communication écrite, paragraphes 217 à 236.

⁷² Australie, première communication écrite, paragraphes 73, 74, 77, 80 à 83, 85 et 95; deuxième communication écrite, paragraphes 221, 222 et 227 à 233.

⁷³ Australie, première communication écrite, paragraphe 355, citant Young *et al.*, pièce AUS-214.

⁷⁴ Australie, première communication écrite, paragraphe 202, citant Zacher *et al.*, pièce AUS-222; et Zacher *et al.*, pièce AUS-223. Voir aussi le rapport d'expert de T. Chipty, pièce AUS-591, page 33, tableau 5.

⁷⁵ Exposé PowerPoint de I. Ajzen présenté durant la déclaration liminaire de la République dominicaine à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, diapositive 10.

gamme", et, selon les termes mêmes de la Cour supérieure du Québec, ce point de vue est "totalement contraire au bon sens et à la pratique professionnelle habituelle."⁷⁶

43. En outre, de nombreuses approches admises pour déterminer l'effet de l'attrait sur le comportement ne s'appuient pas sur la théorie particulière du professeur Ajzen, notamment celles qui sont expliquées par le professeur Slovic⁷⁷, le professeur Fong⁷⁸ et le docteur Biglan⁷⁹ dans leurs rapports d'experts élaborés pour l'Australie.

44. La totalité du nombre important de publications sur la santé publique et de preuves expérimentales, ainsi que les avis des experts en psychologie du comportement de l'Australie, combinée aux propres arguments des plaignants signifie qu'on ne saurait sérieusement mettre en doute que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac a réduit l'attrait des produits du tabac et augmenté l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites, et que les mécanismes au moyen desquels la mesure est censée fonctionner sont donc en place.

45. Par conséquent, la science du comportement fournit des hypothèses crédibles, vérifiées et étayées par des éléments de preuve suffisants, qui démontrent que la mesure contribuera à ses objectifs de santé publique. Les éléments de preuve communiqués par les plaignants à cet égard non seulement n'ont pas réfuté les arguments de l'Australie, mais ont en fait confirmé que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac fonctionnait de la manière prévue.

b) Marketing

46. La science marketing confirme également le lien entre l'incidence de l'emballage neutre du tabac sur l'attrait du produit et le comportement tabagique.⁸⁰ Comme il est exposé aux paragraphes 28 à 35, les experts en marketing tant de l'Australie que des plaignants conviennent que l'emballage a le pouvoir d'influencer ce qu'un consommateur perçoit de la qualité et des caractéristiques des produits du tabac.

47. Sur cette base, le professeur Dubé a expliqué qu'il était probable que l'adoption de l'emballage normalisé réduirait la qualité perçue des produits du tabac et rendrait les consommateurs moins enclins à payer pour ces produits.⁸¹ Son évaluation des effets probables de l'emballage neutre du tabac a été confirmée par les constatations de l'enquête de suivi.⁸² Selon lui, puisque l'emballage neutre du tabac émousse l'intérêt suscité par les marques de tabac et rend les consommateurs moins enclins à payer pour tous les segments de prix (propositions acceptées par l'expert en marketing des plaignants, le professeur Steenkamp)⁸³, la demande primaire totale des produits du tabac diminuera du fait de la mesure.

c) Économie

48. Enfin, le domaine de l'économie présente une explication directe quant aux raisons pour lesquelles la réduction de l'attrait des produits du tabac et l'augmentation de l'efficacité des mises en garde sanitaires sur l'emballage du tabac entraîneront des changements dans le comportement

⁷⁶ Australie, déclaration finale à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 5 et note de bas de page 2.

⁷⁷ Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 454 et 455, citant les rapports d'expert de P. Slovic, pièce AUS-12 et pièce AUS-532.

⁷⁸ Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 453, citant le rapport d'expert de G. Fong, pièce AUS-14.

⁷⁹ Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 456, citant les rapports d'expert de A. Biglan, pièce AUS-13 et pièce AUS-533.

⁸⁰ Australie, première communication écrite, paragraphes 55 et 70 à 84; déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 37 à 46, citant les rapports d'expert de J.P. Dubé, pièce AUS-11 et pièce AUS-583; et les rapports d'expert de M. Katz, pièce AUS-18, et pièce AUS-584.

⁸¹ Australie, déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 59, citant le rapport d'expert de J.P. Dubé, pièce AUS-11, paragraphes 25 à 37.

⁸² Australie, déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 51, citant le rapport d'expert de I. Ajzen *et al.*, pièce DOM/IDN-2, tableau 1A page 22.

⁸³ Australie, déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 60, citant le rapport d'expert de J. Steenkamp, pièce DOM/HND-14, paragraphes 92 et 93.

tabagique.⁸⁴ Cette analyse dépend de trois affirmations, qui sont toutes étayées par les propres experts des plaignants.

49. Premièrement, les experts en économie reconnaissent que

si l'on croit que l'emballage neutre réduira l'attrait des produits du tabac et augmentera les prix de ces derniers en même temps, alors il n'est pas nécessaire d'avoir un modèle pour évaluer l'incidence de l'emballage neutre ... la conclusion est immédiate parce que ces deux effets font baisser la consommation.⁸⁵

50. Deuxièmement, et comme il est exposé plus haut aux paragraphes 38 à 41, il est reconnu que les modifications apportées à l'emballage du tabac en 2012 ont réduit l'attrait des produits du tabac comme le prévoyait la mesure.⁸⁶

51. Troisièmement, il est reconnu que depuis l'introduction de l'emballage neutre du tabac, les prix des produits du tabac ont augmenté.⁸⁷ L'expert des plaignants, le professeur Klick, et l'expert de l'Australie, le professeur Katz, ont tous deux examiné ce phénomène. Pour le professeur Klick, l'emballage neutre du tabac semble avoir entraîné une hausse des prix du tabac.⁸⁸ Le professeur Katz a fourni, dans ses rapports, une explication théorique de la raison pour laquelle il en était ainsi et des éléments de preuve empiriques démontrant ce fait.⁸⁹ Par conséquent, dans les cas où la mesure concernant l'emballage neutre du tabac a réduit l'attrait des produits du tabac, et où le prix des produits du tabac a augmenté depuis l'introduction de la mesure, la prévision économique indique clairement que la demande des produits du tabac diminuera.

52. En effet, c'est précisément une baisse de la demande qui a été observée dans les données. Comme il est décrit plus haut aux paragraphes 14 à 16, 19 et 20, la prévalence du tabagisme et la consommation de tabac ont toutes deux reculé depuis l'introduction de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac. Étant donné la force du fondement théorique de la mesure, il serait inique de constater qu'*aucune* des baisses observées dans la prévalence et la consommation depuis l'introduction de l'emballage neutre du tabac n'est imputable à cette mesure.

4. Conclusion

53. Les éléments de preuve qualitatifs étayent fortement la conclusion selon laquelle l'emballage neutre du tabac a apporté, et peut apporter, une contribution aux objectifs de santé publique de l'Australie. En fait, les éléments de preuve sur lesquels l'Australie s'appuie pour étayer la mesure concernant l'emballage neutre du tabac "dénote[nt] ... à tout le moins, l'opinion majoritaire et, potentiellement, l'opinion unanime" au sein de la communauté scientifique internationale.⁹⁰ Chacune des hypothèses distinctes exposées plus haut aboutit à la même conclusion: la mesure concernant l'emballage neutre du tabac est à même de contribuer aux objectifs de l'Australie visant à améliorer la santé publique en décourageant l'initiation à la consommation de tabac; en encourageant le sevrage; en décourageant la récurrence; et en réduisant l'exposition des individus à la fumée du tabac.

⁸⁴ Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 479 et 480; déclaration liminaire à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 61 à 63.

⁸⁵ Australie, observations sur les réponses à la question n° 197 du Groupe spécial, paragraphes 297 et 298, citant le rapport d'expert de D. Neven, pièce HON-123, paragraphe 73.

⁸⁶ Voir Australie, première communication écrite, paragraphes 148 à 162; déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 65.

⁸⁷ Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 412; réponse à la question n° 151 du Groupe spécial, paragraphe 42; observations sur la réponse à la question n° 197 du Groupe spécial, paragraphes 294 à 298.

⁸⁸ Australie, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial, paragraphe 42, citant le rapport d'expert de J. Klick, pièce HND-122, note de bas de page 71.

⁸⁹ Australie, observations sur la réponse à la question n° 197 du Groupe spécial, paragraphes 294 à 298, citant les rapports d'expert de M. Katz, pièce AUS-18, et pièce AUS-584.

⁹⁰ Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 271 et 272; réponse à la question n° 206 du Groupe spécial; observations sur les réponses des plaignants à la question n° 206 du Groupe spécial; rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.401.

B. LES PLAIGNANTS N'ONT PAS ÉTABLI SUR LA BASE DES ÉLÉMENTS DE PREUVE QUANTITATIFS PRÉSENTÉS AU GROUPE SPÉCIAL QUE LA MESURE NE POUVAIT PAS CONTRIBUER À SES OBJECTIFS OU QU'ELLE ÉTAIT INJUSTIFIABLE

54. Les éléments de preuve quantitatifs postérieurs à la mise en œuvre sont compatibles avec les nombreux éléments de preuve qualitatifs pour démontrer que l'emballage neutre du tabac est à même de contribuer aux objectifs de santé publique de l'Australie.

55. Le fait que la prévalence du tabagisme et la consommation de tabac ont diminué pour atteindre leur niveau le plus bas depuis des décennies, après l'introduction de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac, fournit des éléments de preuve quantitatifs, compatibles avec les éléments de preuve qualitatifs présentés plus haut, qui indiquent que cette mesure peut contribuer à réduire le comportement tabagique.

56. Devant ces éléments de preuve quantitatifs, les plaignants ont tenté, en relation avec des ensembles de données de qualité variable, de discerner les effets spécifiques des modifications que l'Australie a apportées à l'emballage du tabac de ceux de toutes les autres mesures de lutte antitabac qu'elle a adoptées. Les plaignants invoquent l'incapacité à démontrer un effet positif qui découlerait de ces modifications comme un élément de preuve indiquant que la mesure n'a pas contribué, et ne contribuera pas, à ses objectifs de santé publique.⁹¹

57. Ainsi, les plaignants ne tiennent pas compte des critères juridiques et en matière de preuve qui sont pertinents pour évaluer la contribution d'une mesure à ses objectifs de santé publique.⁹² En particulier, les arguments des plaignants ignorent les constatations suivantes de l'Organe d'appel dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*:

... 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 ... peuvent uniquement être évalués avec le recul.⁹³

58. L'emballage neutre du tabac constitue clairement une mesure de ce type, qui devrait être abordée de la manière recommandée par l'Organe d'appel. Les plaignants ne peuvent pas s'acquitter de la charge qui leur incombe simplement en affirmant que, à ce stade, ils ne sont pas capables de discerner les effets spécifiques de la mesure dans les données.

59. En outre, même si les éléments de preuve établissaient que, à ce stade, la mesure n'a pas eu, pendant les trois premières années où elle a été mise en œuvre, d'effet discernable sur l'initiation au tabagisme, le renoncement, la récurrence ou sur le fait de fumer en présence des autres (ce qui n'est pas le cas), ces éléments de preuve seraient insuffisants pour établir que la mesure n'est pas à même de contribuer à ses objectifs de santé publique à l'avenir. L'emballage neutre du tabac est une mesure de santé publique de long terme dont les effets, pour les raisons expliquées plus loin, mettront du temps à se manifester pleinement. En outre, les effets immédiats de la mesure peuvent être difficiles à discerner à court terme dans les ensembles de données disponibles. Enfin, les tentatives des plaignants de démontrer qu'il n'est pas possible de percevoir et de discerner, dans les ensembles de données actuelles, un quelconque effet qui découlerait de l'emballage neutre du tabac sur le comportement tabagique sont infondées. Les éléments de preuve quantitatifs des plaignants sont largement entachés d'erreurs et, si l'on corrige ces erreurs, les éléments de preuve quantitatifs sont compatibles avec le fait que l'emballage neutre du tabac a déjà un effet.

⁹¹ Voir, par exemple, République dominicaine, réponse à la question n° 126 du Groupe spécial, paragraphe 273; Honduras, réponse à la question n° 124 du Groupe spécial, page 35.

⁹² Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 434 à 439.

⁹³ Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 436; rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 151.

1. L'emballage neutre du tabac est une mesure de long terme

60. Tout au long de la présente procédure, les plaignants ont soutenu que le point de savoir s'il était possible ou non de discerner un effet de la mesure dans le court laps de temps qui s'était écoulé depuis sa mise en œuvre était déterminant. Contrairement aux arguments qu'ils font valoir⁹⁴, la mesure concernant l'emballage neutre du tabac a toujours été censée produire ses effets les plus importants à long terme⁹⁵ – ce qui était explicitement reconnu au moment de l'introduction de la mesure.⁹⁶ Cela est dû au temps nécessaire pour que le groupe d'enfants n'ayant jamais été exposé à l'emballage du tabac entièrement recouvert de marques arrive à l'adolescence et soit donc inclus dans les enquêtes nationales sur la santé; ainsi qu'à la nature de la dépendance au tabac.⁹⁷

61. Dans ces circonstances, même si les plaignants avaient réussi à établir que la mesure n'avait pas eu d'effet à ce stade (ce qu'ils n'ont pas fait), cela ne serait pas suffisant pour s'acquitter de la charge qui leur incombe. Les plaignants sont en fait tenus d'établir que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac non seulement n'a pas fonctionné à ce jour, mais aussi qu'elle ne fonctionnera jamais.

2. Il peut être difficile de déceler les effets immédiats de la mesure dans les données

62. L'incapacité alléguée des plaignants à discerner un effet statistiquement significatif sur la prévalence du tabagisme ou la consommation de tabac qui soit imputable à la mesure concernant l'emballage neutre du tabac, dans le court laps de temps qui s'est écoulé depuis sa mise en œuvre, n'établit pas en elle-même que la mesure n'est pas déjà en train de fonctionner.⁹⁸ Il faut du temps pour détecter et discerner les effets des mesures de lutte antitabac, comme l'emballage neutre du tabac, dans les données.⁹⁹ Comme le professeur Chaloupka l'a démontré, il a fallu quatre ans pour pouvoir déceler les effets statistiquement significatifs de l'introduction des mises en garde sanitaires explicites au Canada dans les données pertinentes.¹⁰⁰

63. Comme Mme Chipty et le professeur Scharfstein l'expliquent, il se peut très bien que la politique fonctionne exactement de la manière voulue mais que ses effets s'avèrent difficiles à discerner dans les données à court terme.¹⁰¹ L'Australie a examiné les tentatives des experts des plaignants de répondre à certains aspects de ces éléments de preuve.¹⁰² Pour le reste, les plaignants et leurs experts n'ont tout simplement pas répondu à tous les éléments de preuve présentés par les experts de l'Australie.¹⁰³

⁹⁴ Voir, par exemple, République dominicaine, réponse à la question n° 126 du Groupe spécial, paragraphe 283; Honduras, réponse à la question n° 126 du Groupe spécial, page 37; Indonésie, réponse à la question n° 126 du Groupe spécial, paragraphe 77.

⁹⁵ Australie, première communication écrite, paragraphe 12; deuxième communication écrite, paragraphes 495 à 499; déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 20; réponse à la question n° 200 du Groupe spécial, paragraphe 320.

⁹⁶ Australie, première communication écrite, paragraphe 670, annexe E, paragraphes 11 à 17; deuxième communication écrite, paragraphes 489 et 492 à 505;

⁹⁷ Australie, première communication écrite, paragraphe 670, annexe E, paragraphe 12; deuxième communication écrite, paragraphes 495 et 496.

⁹⁸ Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 495 à 499; observations sur les réponses à la question n° 197 du Groupe spécial, paragraphe 211, citant les rapports d'expert de T. Chipty, pièce AUS-586, paragraphes 34 à 40, et pièce AUS-591, paragraphes 47 à 52.

⁹⁹ Australie, première communication écrite, annexe E, paragraphes 12, 14 et 15; deuxième communication écrite, paragraphes 492 à 505; réponse à la question n° 200 du Groupe spécial, paragraphes 319 à 341.

¹⁰⁰ Australie, première communication écrite, annexe E, paragraphe 16; réponse à la question n° 126 du Groupe spécial, paragraphe 160, note de bas de page 38; deuxième communication écrite, paragraphe 497; réponse à la question n° 200 du Groupe spécial, paragraphes 333 à 335, citant le rapport d'expert de F. Chaloupka, pièce AUS-9, paragraphes 89 à 96; observations sur les réponses à la question n° 197 du Groupe spécial, paragraphes 262 à 267.

¹⁰¹ Australie, première communication écrite, annexe E, paragraphes 14, 15 et 23 à 45; réponse à la question n° 4 du Groupe spécial, paragraphes 3 à 12; réponse à la question n° 200 du Groupe spécial, paragraphes 329 à 332.

¹⁰² Australie, réponse à la question n° 200 du Groupe spécial, paragraphes 329 à 332.

¹⁰³ Australie, observations sur les réponses à la question n° 197 du Groupe spécial, paragraphe 213, note de bas de page 341, citant le rapport d'expert de D. Scharfstein, pièce AUS-587.

64. L'affirmation connexe des plaignants selon laquelle les effets de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac "perd[ront] de leur impact" avec le temps est également dénuée de fondement et contraire aux éléments de preuve disponibles.¹⁰⁴ Les propres éléments de preuve des plaignants établissent que l'attrait réduit, qui est associé à l'emballage neutre du tabac, n'a pas perdu de son impact.¹⁰⁵ En outre, plusieurs études postérieures à la mise en œuvre montrent que l'emballage neutre du tabac a eu certains effets sur le comportement tabagique, y compris une baisse notable et *durable* du tabagisme dans les lieux en plein air où les enfants sont présents.¹⁰⁶ Les rapports d'expert des professeurs Slovic et Dubé démontrent clairement que l'absence permanente d'éléments conçus pour attirer les consommateurs et des consommateurs potentiels ne "perd [pas] de son impact" – l'emballage du tabac ne devient pas plus attrayant en l'absence continue de ces éléments.¹⁰⁷ Les éléments de preuve présentés par le professeur Chaloupka établissent que l'incidence de l'emballage neutre du tabac *augmentera* probablement avec le temps.¹⁰⁸

3. Les éléments de preuve quantitatifs postérieurs à la mise en œuvre étayant l'affirmation selon laquelle la mesure fonctionne

65. L'Australie a expliqué aux paragraphes 56 à 65 ci-dessus qu'une incapacité alléguée à discerner un effet de l'emballage neutre dans le laps de temps limité qui s'est écoulé depuis la mise en œuvre de la mesure est insuffisante pour permettre aux plaignants de s'acquitter de la charge qui leur incombe sur le plan juridique. Cependant, à supposer pour les besoins de l'argumentation qu'une telle conclusion serait déterminante pour la question de savoir si la mesure est à même de contribuer à ses objectifs de santé publique, les éléments de preuve présentés au Groupe spécial sont clairement insuffisants pour démontrer que la mesure n'a *en fait* apporté aucune contribution à ses objectifs de santé publique depuis son introduction. En réalité, analysés correctement, les éléments de preuve indiquent que la mesure fonctionne déjà.

66. En particulier, les éléments de preuve de l'Australie, y compris ceux communiqués par Mme Chipty, montrent que les modifications de l'emballage de 2012 ont apporté une contribution statistiquement significative aux réductions de la prévalence du tabagisme et de la consommation de tabac. Mme Chipty a également démontré que des corrections légères et fondées apportées aux modèles proposés initialement par les plaignants produisaient des résultats indiquant un effet de l'emballage neutre statistiquement significatif.

67. Les experts des plaignants ont répondu à ces éléments de preuve en abandonnant les modèles qu'ils préconisaient initialement et en créant de nombreux nouveaux modèles assortis d'hypothèses plus restrictives¹⁰⁹; en formulant des critiques infondées à l'égard de l'expert de l'Australie, y compris en critiquant le fait qu'elle adopte des approches concernant les données auxquelles ils avaient eux-mêmes adhéré initialement¹¹⁰; en affirmant à tort que l'Australie avait seulement répondu à un sous-ensemble restreint d'éléments de preuve empiriques présentés par les plaignants¹¹¹; et en présentant leurs résultats d'une manière plus restrictive que l'approche qu'ils préconisaient initialement, plus tôt au cours de la présente procédure.¹¹²

¹⁰⁴ Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 501 à 505; réponse à la question n° 196 du Groupe spécial, paragraphes 243 à 247; observations sur les réponses à la question n° 197 du Groupe spécial, paragraphes 377 à 380; observations sur les réponses à la question n° 203 du Groupe spécial, paragraphes 395 à 400.

¹⁰⁵ Australie, observations sur les réponses à la question n° 203 du Groupe spécial, paragraphe 398.

¹⁰⁶ Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 464, citant Zacher *et al.*, pièce AUS-223.

¹⁰⁷ Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 502 à 504; observations sur les réponses à la question n° 203 du Groupe spécial, paragraphe 398.

¹⁰⁸ Australie, observations sur les réponses à la question n° 197 du Groupe spécial, paragraphe 380.

¹⁰⁹ Australie, déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 105 à 108; Australie, réponse à la question n° 196 du Groupe spécial, paragraphes 185 et 188 à 220; Australie, observations sur les réponses à la question n° 197 du Groupe spécial, paragraphes 229 à 233, 238 à 244 et 245 à 247.

¹¹⁰ Australie, observations sur les réponses à la question n° 197 du Groupe spécial, paragraphes 223 à 54.

¹¹¹ Australie, observations sur la réponse à la question n° 197 du Groupe spécial, paragraphes 220 à 225.

¹¹² Australie, déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 90 à 104; observations sur les réponses à la question n° 197 du Groupe spécial, paragraphes 255 à 261.

4. Conclusion

68. Par conséquent, les plaignants ne disposent d'aucun élément crédible leur permettant d'affirmer qu'ils ont démontré sur la base d'éléments de preuve "concordants et clairs" que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac n'a "pas fonctionné" et ne fonctionnera pas à l'avenir.¹¹³ En fait, les données quantitatives sur lesquelles ils s'appuient sont totalement compatibles avec le fait que la mesure a contribué à réduire la prévalence du tabagisme et la consommation de tabac dans le laps de temps limité qui s'est écoulé depuis sa mise en œuvre. L'évaluation des données quantitatives postérieures à la mise en œuvre qui sont disponibles confirme donc que les plaignants ne se sont pas acquittés de la charge qui leur incombait d'établir que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac ne contribuait pas, et n'était pas à même de contribuer, à ses objectifs.

IV. LES PLAIGNANTS N'ONT PAS DÉMONTRÉ QUE LA MESURE CONCERNANT L'EMBALLAGE NEUTRE DU TABAC ÉTAIT INCOMPATIBLE AVEC L'ACCORD SUR LES ADPIC

69. Les allégations des plaignants au titre de l'Accord sur les ADPIC sont fondées sur des interprétations des dispositions pertinentes qui ne trouvent aucun fondement dans le sens ordinaire de ces dispositions, lorsqu'elles sont correctement interprétées dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'Accord. Ces allégations sont en fait fondées sur des théories concernant des "intérêts" prétendument "omniprésents" dans l'Accord sur les ADPIC, et sur des tentatives visant à réécrire diverses dispositions de cet accord pour créer des droits et des obligations qui n'existent pas dans le texte lui-même.

A. LES PLAIGNANTS N'ONT PAS DÉMONTRÉ QUE LA MESURE ÉTAIT INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 20 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

70. Les plaignants n'ont pas établi *prima facie* que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac imposait des "prescriptions spéciales" qui "entravaient" l'"usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales". En particulier, les plaignants n'ont pas démontré en quoi une quelconque prescription spéciale imposée par la mesure entravait l'usage d'une marque pour distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises au cours d'opérations commerciales, et n'ont donc pas démontré l'applicabilité de l'article 20 à titre préliminaire. Même si les plaignants ont établi l'applicabilité *prima facie*, ils n'ont pas démontré qu'une quelconque entrave imposée par la mesure concernant l'emballage neutre du tabac l'était "de manière injustifiable".

1. Les plaignants n'ont pas établi que la mesure entravait par des prescriptions spéciales l'usage des marques au cours d'opérations commerciales

a) L'"usage" pertinent d'une marque au sens de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC est l'usage d'une marque pour distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises

71. Toutes les parties semblent convenir que, pour établir qu'il y a violation de l'article 20, un plaignant doit démontrer que l'une quelconque des prescriptions spéciales imposées par la mesure en cause "entrave" l'"usage" d'une marque au cours d'opérations commerciales. Les parties semblent en outre convenir que l'article 15:1 de l'Accord sur les ADPIC constitue la base qui permet d'identifier l'"usage" pertinent d'une marque au sens de l'article 20¹¹⁴; et que cet "usage" s'entend de l'usage d'une marque pour distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises.¹¹⁵ Pour démontrer qu'une mesure entrave l'"usage" d'une marque au cours d'opérations commerciales au sens de l'article 20, un plaignant doit donc 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".

¹¹³ Australie, observations sur les réponses à la question n° 197 du Groupe spécial, paragraphes 257 et 259 à 261.

¹¹⁴ Voir République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 248; Indonésie, première communication écrite, paragraphe 132; Honduras, première communication écrite, paragraphe 155; Cuba, réponse à la question n° 87 du Groupe spécial.

¹¹⁵ Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 86.

72. Toutefois, jusqu'à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, les parties semblaient être en désaccord sur ce que veut dire, pour une marque, le fait de "distinguer" les produits d'une entreprise de ceux d'autres entreprises. Les plaignants ont fait valoir que l'"usage" pertinent d'une marque au sens de l'article 20 englobait aussi l'usage d'une marque pour "distinguer" les produits "du point de vue de leur qualité, de leurs caractéristiques et de leur réputation".¹¹⁶ Cette affirmation n'a pas de base interprétative. Il n'y a rien dans le texte de l'article 15:1 qui concerne l'usage des marques pour distinguer les produits du point de vue de leur "qualité, de leurs caractéristiques et de leur réputation", ou même qui sous-entend un tel usage. En fait, la formulation est tirée d'une section *différente* de l'Accord sur les ADPIC – la section 3 – qui a trait aux indications géographiques.¹¹⁷

73. Leur position ayant évolué¹¹⁸, les plaignants semblent à présent accepter ce que l'Australie entend par un "usage" pertinent de la marque au titre de l'article 20 et par les "usages" qui ne le sont pas. Même si la formulation "qualité, ... caractéristiques et ... réputation" employée par les plaignants semblait n'être qu'un euphémisme pour désigner l'usage des marques visant à faire la publicité et la promotion des produits du tabac¹¹⁹, les plaignants ont, pendant la procédure, requalifié leur concept de "qualité, ... caractéristiques et ... réputation" comme faisant référence à la fonction de "cohérence" des marques.¹²⁰ Les parties semblent à présent convenir que c'est l'aptitude d'une marque à transmettre une *cohérence* de la qualité, et non une quelconque qualité particulière *perçue* ("qualité élevée", "bon marché", "masculine", "féminine", etc.) qui peut être pertinente pour la fonction des marques qui est de distinguer les sources, décrite à l'article 15:1 de l'Accord sur les ADPIC.

b) L'usage des marques pour faire la publicité et la promotion du produit protégé par une marque n'est pas un "usage" pertinent des marques au sens de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC

74. Outre le fait que les marques permettent la distinction entre les produits d'une entreprise et ceux d'autres entreprises, il est largement admis qu'elles remplissent une fonction publicitaire en véhiculant certaines associations avec le produit protégé par une marque.¹²¹ En particulier dans le cas d'un produit de consommation fortement indifférencié comme les produits du tabac, les titulaires de marques calibrent avec soin les associations véhiculées par la marque pour exercer un attrait sur des segments de marché différents.¹²²

75. Bien que l'usage des marques pour faire la publicité et la promotion d'un produit soit une fonction reconnue des marques, aucune partie (ou tierce partie) n'a présenté d'argument quant à la raison pour laquelle il faudrait le considérer comme un "usage" pertinent des marques au titre de l'article 20. Il apparaît donc qu'il y a accord pour reconnaître que la limitation de l'usage des marques visant à renforcer l'attrait apparent des produits du tabac ne constitue pas une "entrave" à l'usage des marques relevant de l'article 20. Il s'ensuit que les éléments de preuve concernant cette limitation, qui est visée par la mesure concernant l'emballage neutre du tabac, ne sont pas pertinents pour établir *prima facie* qu'il y a incompatibilité au titre de cette disposition.

¹¹⁶ République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 14 et 240; réponse à la question n° 87 du Groupe spécial, paragraphe 4; Honduras, première communication écrite, paragraphe 144; Indonésie, réponse à la question n° 87 du Groupe spécial, paragraphe 2.

¹¹⁷ Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 97 à 103; observations sur les réponses des plaignants aux questions n° 167 et 168 du Groupe spécial, paragraphe 127.

¹¹⁸ Voir en particulier République dominicaine, déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 7; réponse à la question n° 167 du Groupe spécial; Australie, observations sur les réponses aux questions n° 167 et 168 du Groupe spécial, paragraphes 127 à 129.

¹¹⁹ Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 118; observations sur les réponses aux questions n° 167 et 168 du Groupe spécial, paragraphe 128.

¹²⁰ République dominicaine, déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 7; Australie, observations sur les réponses des plaignants aux questions n° 167 et 168 du Groupe spécial, paragraphe 130.

¹²¹ Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 91. Voir aussi le rapport d'expert de N. Tavassoli, pièce AUS-10, paragraphe 34.

¹²² Voir le rapport d'expert de N. Tavassoli, pièce AUS-10, sections 2.1 à 2.4; Australie, première communication écrite, paragraphes 71 à 82, 85 et 86, et les pièces qui y sont citées.

c) Les plaignants n'ont même pas tenté de démontrer que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac entravait l'usage pertinent des marques au cours d'opérations commerciales

76. L'existence d'une entrave est une question *de preuve*. Bien que les plaignants aient versé au dossier du présent différend de très nombreux éléments de preuve provenant d'experts, y compris en commandant un grand nombre d'études et d'analyses empiriques spécifiquement aux fins de la présente procédure, ils n'ont pas fourni d'éléments de preuve pertinents.¹²³ En particulier, ils n'ont présenté aucun élément de preuve indiquant que l'une quelconque des prescriptions spéciales établies par la mesure concernant l'emballage neutre du tabac entravait l'usage des marques pour distinguer les produits du tabac d'une entreprise de ceux d'autres entreprises – même en réponse à une question spécifique du Groupe spécial qui leur demandait d'identifier de tels éléments de preuve.¹²⁴ L'incapacité des plaignants à identifier de quelconques éléments de preuve empiriques à l'appui de cette affirmation, qui est un élément essentiel de leur allégation au titre de l'article 20, est également remarquable à la lumière de l'insistance avec laquelle ils affirment que le Groupe spécial se concentre exclusivement sur des éléments de preuve empiriques postérieurs à la mise en œuvre pour évaluer l'efficacité de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac.¹²⁵

77. En l'absence de ces éléments de preuve empiriques, la République dominicaine et l'Indonésie se rabattent sur leurs arguments concernant la "descente en gamme" comme étant des "éléments de preuve" indiquant que l'utilisation du nom commercial et des noms de variante qui est autorisée sur l'emballage pour la vente au détail du tabac ne permet pas de "distinguer correctement l'origine commerciale, la qualité, les caractéristiques et la réputation."¹²⁶ Toutefois, la théorie de la descente en gamme, énoncée par les plaignants, est fondée sur l'incapacité des sociétés productrices de tabac à utiliser des éléments figuratifs et d'autres éléments distinctifs pour créer des différences *apparentes* entre les marques "haut de gamme" et les marques "bon marché".¹²⁷ Comme toutes les parties en conviennent, l'usage des marques pour faire la publicité et la promotion d'un produit (par exemple en créant des perceptions ou des associations positives avec le produit) ne fait pas partie de la fonction des marques qui est de distinguer les sources, protégée au titre de l'article 20. Les assertions des plaignants concernant la descente en gamme, même si elles étaient prouvées, ne leur permettent donc en aucun cas de s'acquitter de leur tâche de démontrer que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac entrave la fonction des marques qui est de distinguer les sources.¹²⁸

78. En l'absence d'un quelconque élément de preuve, les plaignants font essentiellement valoir que, du fait que l'article 15:1 de l'Accord sur les ADPIC dispose que "[t]out signe, ou toute combinaison de signes", y compris "les éléments figuratifs et les combinaisons de couleurs", sera "susceptible[] d'être enregistré[] comme marques de fabrique ou de commerce", toute limitation concernant l'utilisation de couleurs, d'éléments figuratifs et d'autres signes susceptibles d'être enregistrés comme marques constitue une entrave à la capacité de distinguer les produits d'une entreprise de ceux d'autres entreprises.¹²⁹ Cet argument ne permet en aucun cas aux plaignants

¹²³ Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 121 à 128; observations sur les réponses aux questions n° 167 et 168 du Groupe spécial, paragraphes 133 à 136 et 141; République dominicaine, réponse à la question n° 206 du Groupe spécial, paragraphe 313; Honduras, réponse à la question n° 206 du Groupe spécial; Cuba, réponse à la question n° 206 du Groupe spécial.

¹²⁴ Voir République dominicaine, réponse à la question n° 167 du Groupe spécial, paragraphe 185; Cuba, réponse à la question n° 168 du Groupe spécial; Honduras, réponse à la question n° 168 du Groupe spécial; et Indonésie, réponse à la question n° 168 du Groupe spécial, paragraphes 32 à 34.

¹²⁵ Australie, observations sur les réponses aux questions n° 167 et 168 du Groupe spécial, paragraphe 136; République dominicaine, réponse à la question n° 206 du Groupe spécial, paragraphe 313; Honduras, réponse à la question n° 206 du Groupe spécial; Cuba, réponse à la question n° 206 du Groupe spécial.

¹²⁶ République dominicaine, réponse à la question n° 167 du Groupe spécial, paragraphe 185; Indonésie, réponse à la question n° 168 du Groupe spécial, paragraphe 31.

¹²⁷ Voir le paragraphe 33 plus haut; le rapport d'expert de J. Steenkamp, pièce DR-HON-5, paragraphes 62 et 64; République dominicaine, réponse à la question n° 169 du Groupe spécial, paragraphe 194.

¹²⁸ Australie, observations sur les réponses aux questions n° 167 et 168 du Groupe spécial, paragraphes 137 et 138.

¹²⁹ République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 365 et 366; réponse à la question n° 167 du Groupe spécial, paragraphe 170; Honduras, réponses aux questions n° 87 et 168 du Groupe spécial; Cuba, réponse à la question n° 87 du Groupe spécial; Indonésie, réponse à la question n° 87 du Groupe spécial.

de s'acquitter de la charge qui leur incombe de démontrer que l'une quelconque des prescriptions spéciales établies par la mesure concernant l'emballage neutre du tabac entrave l'usage d'une marque pour distinguer les produits d'une entreprise de ceux d'autres entreprises au cours d'opérations commerciales.¹³⁰

2. L'article 20 ne couvre pas les éléments prohibitifs de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac

79. L'article 20 de l'Accord sur les ADPIC ne couvre pas les aspects de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac qui prohibent l'utilisation des marques sur l'emballage et les produits du tabac. Correctement interprété dans son contexte, l'article 20 concerne les prescriptions spéciales qui entravent *la manière* dont une marque peut être utilisée lorsque le droit interne autorise par ailleurs l'usage des marques.¹³¹ Une interprétation contraire de l'article 20 est susceptible de faire entrer dans son champ une variété de mesures qui, selon l'Australie, n'ont jamais été censées être couvertes par l'Accord sur les ADPIC, comme les restrictions concernant la publicité et les restrictions au point de vente.¹³² Les plaignants semblent partager l'avis de l'Australie selon lequel l'article 20 n'était pas destiné à couvrir ces types de mesures¹³³, faisant valoir que l'expression "prescriptions spéciales" n'englobe pas les mesures qui n'affectent qu'"incidemment" l'usage des marques.¹³⁴ C'est sur cette base que les plaignants cherchent à expliquer l'application de l'article 20 à la mesure concernant l'emballage neutre du tabac, mais pas aux autres mesures. Ils n'ont pas fourni de base interprétative permettant de faire cette distinction.¹³⁵ Toutes les tierces parties qui examinent cette question conviennent que rien ne permet de la faire.¹³⁶ Les plaignants ne peuvent pas non plus exposer clairement comment cette distinction fonctionnerait dans la pratique.

80. Cependant, en supposant pour les besoins de l'argumentation que les prescriptions spéciales incluent à la fois les aspects prohibitifs et permissifs de la mesure, et en considérant la mesure concernant l'emballage neutre du tabac dans son ensemble, il n'en demeure pas moins que les plaignants n'ont présenté aucun élément de preuve pour démontrer que la mesure entravait l'aptitude de la marque dénomminative autorisée, sous une forme normalisée, à distinguer le produit d'une entreprise de ceux d'autres entreprises.¹³⁷

3. L'interprétation donnée par les plaignants de l'expression "de manière injustifiable" est dénuée de fondement

81. Même si le Groupe spécial devait constater que les plaignants ont prouvé que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac entravait, par des prescriptions spéciales, un usage pertinent des marques au cours d'opérations commerciales, ils n'ont pas prouvé que l'Australie avait imposé cette entrave "de manière injustifiable".

¹³⁰ Australie, observations sur les réponses aux questions n° 167 et 168 du Groupe spécial, paragraphes 139 à 141.

¹³¹ Australie, première communication écrite, paragraphes 338 à 345.

¹³² Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 132 à 139.

¹³³ Voir Honduras, déclaration liminaire à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 27. Voir aussi République dominicaine, déclaration liminaire à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 16.

¹³⁴ Voir République dominicaine, réponse à la question n° 38 du Groupe spécial; voir aussi Indonésie, réponse à la question n° 38 du Groupe spécial; Honduras, réponse à la question n° 38 du Groupe spécial.

¹³⁵ Voir, par exemple, République dominicaine, réponse à la question n° 95 du Groupe spécial; déclaration liminaire à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 15 à 17; Honduras, réponse à la question n° 38 du Groupe spécial; déclaration liminaire à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 23 à 26; Indonésie, réponse aux questions n° 95 et 96 du Groupe spécial. Voir Australie, première communication écrite, paragraphe 341; réponse à la question n° 38 du Groupe spécial; deuxième communication écrite, paragraphes 134 à 142; observations sur les réponses à la question n° 172 du Groupe spécial, paragraphes 155 à 159.

¹³⁶ Voir aussi Norvège, réponse en tant que tierce partie à la question n° 13 du Groupe spécial; Afrique du Sud, réponse en tant que tierce partie à la question n° 13 du Groupe spécial; Taipei chinois, réponse en tant que tierce partie à la question n° 13 du Groupe spécial; Nouvelle-Zélande, réponse en tant que tierce partie à la question n° 13 du Groupe spécial; Canada, réponse en tant que tierce partie à la question n° 13 du Groupe spécial.

¹³⁷ Australie, première communication écrite, paragraphe 344; deuxième communication écrite, paragraphe 213 et note de bas de page 211.

82. Toutes les parties semblent convenir que, pour qu'il soit constaté qu'elle n'est pas "injustifiable", l'entrave doit être imposée dans la poursuite d'un *objectif légitime*.¹³⁸ La légitimité des objectifs de santé publique de l'Australie n'a pas été mise en cause en l'espèce. Toutes les parties semblent également convenir que, pour qu'il soit constaté qu'elle n'est pas "injustifiable", l'entrave imposée par les prescriptions spéciales doit avoir un *lien* avec son objectif légitime¹³⁹ et cette connexion doit être rationnelle ou raisonnable.

83. Cependant, la République dominicaine, le Honduras, Cuba et une minorité de tierces parties estiment que, pour qu'il soit constaté qu'elle n'est pas "injustifiable", l'entrave doit être *l'option disponible la moins restrictive* pour réaliser l'objectif légitime du Membre, à la lumière des *solutions de rechange raisonnablement disponibles* qui apporteraient un degré égal ou supérieur de contribution à la réalisation de cet objectif, tout en imposant une entrave moins importante à l'usage des marques¹⁴⁰ – un critère qui est fonctionnellement équivalent à un critère de la "nécessité". En outre, les plaignants font valoir que toute interprétation de l'expression "de manière injustifiable" doit tenir compte de "la nature des marques et de leur protection". C'est sur cette base qu'ils font valoir que l'Australie était tenue de procéder à une "évaluation individualisée" des "attributs spécifiques" de marques particulières.

a) L'expression "de manière injustifiable" exige un lien rationnel entre toute entrave à l'usage des marques découlant de la mesure et la poursuite d'un objectif légitime

84. Le sens ordinaire de l'expression "de manière injustifiable" est axé sur la rationalité ou le caractère raisonnable du lien entre l'entrave imposée par une mesure et l'objectif légitime de politique générale publique de cette dernière.¹⁴¹ Selon un critère du lien rationnel, l'examen pertinent est de savoir si les plaignants ont montré que la relation entre l'entrave imposée par la mesure et l'objectif de cette dernière n'était pas une relation qui s'inscrivait dans l'éventail des résultats rationnels ou raisonnables.¹⁴²

85. Toutes les parties semblent convenir qu'une entrave qui "va à l'encontre de" son objectif, ou qui "ne peut pas être conciliée avec" celui-ci, est une entrave qui n'est ni rationnelle ni raisonnable.¹⁴³ Aucun élément de preuve ou argument crédible présenté au Groupe spécial n'indique que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac compromettra ses objectifs de santé publique, et les plaignants ont abandonné cet argument à la première audience.¹⁴⁴ Pour prouver qu'il y a violation de l'article 20, le Membre plaignant est tenu de démontrer que le Membre défendeur a "entravé de manière injustifiable" l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales.¹⁴⁵ Comme pour toute obligation positive, c'est le Membre plaignant qui assume la charge de prouver qu'il y a eu manquement à l'obligation.¹⁴⁶ Les plaignants sont donc tenus de

¹³⁸ Australie, première communication écrite, paragraphe 366; République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 743; Honduras, première communication écrite, paragraphe 296; Cuba, première communication écrite, paragraphes 319 et 320; Indonésie, réponse à la question n° 108 du Groupe spécial.

¹³⁹ Australie, première communication écrite, paragraphes 370 à 383; République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 388; Honduras, première communication écrite, paragraphe 296; Cuba, première communication écrite, paragraphes 317 et 318; Indonésie, réponse à la question n° 108 du Groupe spécial.

¹⁴⁰ Voir par exemple Honduras, réponse à la question n° 108 du Groupe spécial; République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 743; Cuba, première communication écrite, paragraphes 356 à 362.

¹⁴¹ Voir Australie, première communication écrite, paragraphes 370 à 383.

¹⁴² Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 149.

¹⁴³ République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 737; Honduras, première communication écrite, paragraphe 297; Cuba, première communication écrite, paragraphe 319; Indonésie, première communication écrite, paragraphe 360; Australie, réponse à la question n° 105 du Groupe spécial, paragraphes 62 à 66; deuxième communication écrite, paragraphe 150.

¹⁴⁴ Rapport d'expert de J. List, pièce DR/IND-1, paragraphe 16. Voir aussi le rapport d'expert de J. Klick, pièce HON-118, note de bas de page 24; cité dans Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 150.

¹⁴⁵ Voir par exemple République dominicaine, réponse à la question n° 104 du Groupe spécial, paragraphe 113; Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 156 et 157.

¹⁴⁶ Voir Australie, première communication écrite, paragraphes 427 à 430; deuxième communication écrite, paragraphes 154 à 157.

démontrer que toute entrave imposée par la mesure ne peut pas contribuer à ses objectifs pour s'acquitter de la charge de la preuve qui leur incombe.¹⁴⁷

b) L'expression "de manière injustifiable" n'est pas fonctionnellement équivalente à un critère de la "nécessité"

86. La majorité des tierces parties partagent l'avis de l'Australie selon lequel l'expression "de manière injustifiable" exige une évaluation de la rationalité ou du caractère raisonnable de la relation entre l'entrave et son objectif, et selon lequel cette expression ne peut pas être interprétée comme étant équivalente à un critère de la "nécessité".¹⁴⁸ Et pourtant, les plaignants ont considéré que leur analyse du point de savoir si la mesure concernant l'emballage neutre du tabac était "injustifiable" au regard de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC était pour l'essentiel interchangeable avec leur analyse du point de savoir si la mesure était "plus restricti[ve] pour le commerce qu'il n[était] nécessaire" au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Cette approche ne tient pas compte du sens ordinaire du terme "injustifiable" et correspond à une tentative des plaignants de réécrire l'article 20 pour lui faire dire ce qu'il ne dit pas.

i. L'expression "de manière injustifiable" n'exige pas une analyse consistant à "soupeser et à mettre en balance"

87. L'examen pertinent dans le cadre d'une interprétation correcte de l'expression "de manière injustifiable" consiste à savoir s'il y a une relation rationnelle entre l'entrave imposée par la mesure et la poursuite d'un objectif légitime de politique générale publique, et non en une analyse relationnelle de divers facteurs qu'il est plus approprié de considérer dans le contexte d'une analyse de la "nécessité".¹⁴⁹

88. La *Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique* vient souligner que l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20 donne aux Membres une grande latitude pour mettre en œuvre des mesures visant à protéger la santé publique et projetée, à la différence du terme "nécessaire", 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 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.¹⁵⁰ 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".

ii. L'expression "de manière injustifiable" n'impose pas de critère du "caractère le moins restrictif"

89. Interpréter l'expression "de manière injustifiable" pour inclure une prescription relative au "caractère le moins restrictif" rendrait cette expression fonctionnellement équivalente à un critère de la "nécessité".¹⁵¹ Le terme "nécessaire" exige une évaluation du point de savoir si la mesure en cause constituait le moyen le moins restrictif de réaliser l'objectif légitime du Membre à la lumière d'autres mesures de rechange raisonnablement disponibles qui auraient apporté un degré équivalent ou supérieur de contribution à cet objectif.¹⁵² Le fait que l'article 20 n'emploie pas le terme "nécessaire", qui avait un sens bien établi dans l'acquis du GATT avant le Cycle

¹⁴⁷ Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 151.

¹⁴⁸ Voir Nouvelle-Zélande, communication écrite en tant que tierce partie, paragraphes 61 à 63; Singapour, communication écrite en tant que tierce partie, paragraphes 52 et 53; Norvège, communication écrite en tant que tierce partie, paragraphe 59; Uruguay, communication écrite en tant que tierce partie, paragraphes 52 et 53; Argentine, communication écrite en tant que tierce partie, paragraphe 10; Union européenne, communication écrite en tant que tierce partie, paragraphes 24 à 37; Chine, communication écrite en tant que tierce partie, paragraphe 49; Japon, communication écrite en tant que tierce partie, paragraphe 19.

¹⁴⁹ Australie, première communication écrite, paragraphes 384 à 408; réponse à la question n° 105 du Groupe spécial, paragraphes 65 et 66; deuxième communication écrite, paragraphes 159 à 164.

¹⁵⁰ Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 163.

¹⁵¹ Australie, première communication écrite, paragraphes 396 à 408.

¹⁵² Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 167.

d'Uruguay¹⁵³, comme base du critère de la justification qu'il énonce, doit se voir conférer un effet interprétatif¹⁵⁴ et indique que cet article n'impose pas de prescription relative au "caractère le moins restrictif".

90. L'argument des plaignants selon lequel l'expression "de manière injustifiable" devrait être interprétée comme imposant une prescription relative au "caractère le moins restrictif" est fondé sur un argument contextuel. En substance, les plaignants font valoir que du fait que les titulaires de marques ont un "intérêt légitime" à faire usage de leurs marques au titre de l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC ou un "intérêt protégé par le traité" à utiliser des marques, l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20 doit être interprétée comme englobant une prescription relative au "caractère le moins restrictif".¹⁵⁵

iii. Contexte de l'article 17

91. 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. La pertinence contextuelle de l'article 17 pour l'interprétation de l'article 20 intervient essentiellement à titre de comparaison.¹⁵⁶ Il est significatif, d'un point de vue contextuel, que l'Accord sur les ADPIC ne traite pas les entraves à l'usage des marques comme des "exceptions" aux "droits conférés" par une marque. Cela confirme que cet accord ne confère pas aux titulaires de marques un droit de faire usage de leurs marques, comme les parties le reconnaissent désormais.¹⁵⁷ En outre, le fait que l'article 20 n'exige pas que les Membres "tiennent compte des intérêts légitimes du titulaire de la marque", contrairement à l'article 17, donne fortement à penser que les rédacteurs de l'Accord sur les ADPIC n'ont pas jugé qu'il s'agissait d'une prescription pertinente ou nécessaire dans le cas de mesures imposant une entrave à l'usage d'une marque.¹⁵⁸

92. L'obligation énoncée dans l'article 17 – imposant de "[tenir] compte des" "intérêts légitimes" des titulaires de marques pour établir des exceptions aux droits d'exclusion conférés par une marque – est une obligation positive limitée et ne signifie pas qu'un Membre ne doit pas porter préjudice à ces intérêts légitimes.¹⁵⁹ Elle ne constitue pas une base pour l'argument des plaignants selon lequel l'intérêt légitime d'un titulaire de marques est un "intérêt" qui doit être "omniprésent" dans l'interprétation des dispositions de l'Accord relatives aux marques.¹⁶⁰ C'est plutôt l'absence d'une obligation comparable à l'article 20 qui fournit le contexte le plus pertinent pour l'interprétation de l'expression "de manière injustifiable".

iv. "Intérêt protégé par le traité"

93. Dans un argument étroitement lié, les plaignants se réfèrent à l'usage des marques comme étant un "intérêt protégé par le traité" ou un "intérêt protégé", et laissent entendre que, puisque les rédacteurs de l'Accord sur les ADPIC ont choisi de "protéger" cet "intérêt" dans l'article 20, cette disposition doit être interprétée comme exigeant le moins d'intrusion possible dans l'usage des marques.¹⁶¹

¹⁵³ Australie, première communication écrite, paragraphe 392; deuxième communication écrite, paragraphe 168.

¹⁵⁴ Voir Australie, première communication écrite, paragraphe 394 et note de bas de page 575; deuxième communication écrite, paragraphes 169 à 171.

¹⁵⁵ Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 172.

¹⁵⁶ Voir Australie, réponse à la question n° 99 du Groupe spécial; deuxième communication écrite, paragraphes 179 à 185.

¹⁵⁷ Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 180; voir toutefois Cuba, réponse à la question n° 99 du Groupe spécial.

¹⁵⁸ Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 182; Voir aussi, par exemple, Singapour, communication écrite en tant que tierce partie, paragraphe 49; Nouvelle-Zélande, réponse en tant que tierce partie à la question n° 14 du Groupe spécial; Canada, réponse en tant que tierce partie à la question n° 14 du Groupe spécial; Norvège, réponse en tant que tierce partie à la question n° 14 du Groupe spécial.

¹⁵⁹ Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 184.

¹⁶⁰ Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 184.

¹⁶¹ Voir par exemple République dominicaine, réponse aux questions n° 108 et 89 du Groupe spécial, paragraphe 26; Indonésie, réponse à la question n° 99 du Groupe spécial.

94. Cette approche n'est pas étayée par une interprétation correcte de l'article 20 conformément à la Convention de Vienne. Elle n'est pas non plus fondée sur le contexte de l'article 20 ni sur une considération de l'objet et du but de l'Accord sur les ADPIC. L'objet et le but de l'Accord sur les ADPIC sont de promouvoir "une protection efficace et suffisante des *droits* de propriété intellectuelle".¹⁶² Toutes les parties conviennent que ces droits n'incluent pas un "droit" de faire usage des marques.

95. L'obligation énoncée à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC est que les Membres ne peuvent pas entraver, par des prescriptions spéciales, l'usage des marques au cours d'opérations commerciales "de manière injustifiable".¹⁶³ Pour les raisons expliquées par l'Australie, l'expression "de manière injustifiable", lorsqu'elle est interprétée correctement, 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 les "intérêts protégés par le traité", quelle que soit leur pertinence interprétative, n'étaient pas une conclusion différente.

v. Jurisprudence relative au texte introductif de l'article XX

96. Enfin, l'invocation par les plaignants de rapports de groupes spéciaux antérieurs et de l'Organe d'appel interprétant le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994 pour étayer leur interprétation de l'expression "de manière injustifiable" est fondée sur des analogies peu judicieuses entre l'article XX du GATT de 1994 et l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC.

97. La jurisprudence relative au sens du terme "injustifiable" figurant dans le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994 confirme que l'expression "de manière injustifiable" concerne la rationalité ou le caractère raisonnable du lien entre l'entrave et son objectif.¹⁶⁴ Par ailleurs, les plaignants ont cherché à trouver, dans cette jurisprudence, des éléments à l'appui de leur affirmation selon laquelle le sens ordinaire de l'expression "de manière injustifiable" était équivalent à un critère de la "nécessité".¹⁶⁵ L'article 20 de l'Accord sur les ADPIC n'est pas une disposition concernant les exceptions, et rien ne permet de transposer la structure et les fonctions de l'article XX du GATT de 1994 dans l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, comme la République dominicaine le fait valoir. L'expression "de manière injustifiable" figurant dans l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC ne prend pas un sens différent simplement parce qu'elle existe par elle-même, alors qu'elle n'est qu'un élément de l'examen juridique au titre d'une disposition différente et non liée des accords visés.¹⁶⁶ En outre, les exemples cités par les plaignants à l'appui de leurs arguments selon lesquels une mesure doit être "la moins restrictive" pour ne "pas [être] injustifiable" reposent sur l'application par des groupes spéciaux et l'Organe d'appel de *l'ensemble* du critère énoncé dans le texte introductif, à savoir "un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international".¹⁶⁷

c) L'expression "de manière injustifiable" n'exige pas une "évaluation individualisée"

98. Les plaignants, la République dominicaine en particulier, font valoir que toute interprétation de l'expression "de manière injustifiable" doit tenir compte de "la nature des marques et de leur protection"¹⁶⁸, comme étant la base permettant d'affirmer que l'expression "de manière injustifiable" exige une "évaluation individualisée" des "attributs spécifiques" des marques individuelles, au moins dans certains cas.¹⁶⁹

¹⁶² Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 187.

¹⁶³ Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 193.

¹⁶⁴ Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 195 et 199.

¹⁶⁵ Voir par exemple République dominicaine, déclaration liminaire à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 49 et 50; Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 196.

¹⁶⁶ Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 197.

¹⁶⁷ Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 198.

¹⁶⁸ République dominicaine, réponse à la question n° 89 du Groupe spécial, paragraphe 25; déclaration liminaire à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 27 à 29.

¹⁶⁹ République dominicaine, réponse à la question n° 99, paragraphe 69, et à la question n° 108, paragraphes 127 à 131, du Groupe spécial; le Honduras présente également cet argument: voir Honduras, première communication écrite, paragraphes 289 à 291 et 309.

99. L'argument formulé par la République dominicaine concernant l'"évaluation individualisée" n'a pas de base interprétative. Celle-ci a clairement indiqué que le fondement de son argument était sa théorie des "intérêts légitimes"¹⁷⁰, qui a déjà été réfutée par l'Australie aux paragraphes 91 et 92 plus haut, et non le sens ordinaire de l'expression "de manière injustifiable". La République dominicaine 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.¹⁷¹

100. L'argument de la République dominicaine concernant l'"évaluation individualisée" semble être fondé sur l'affirmation suivante: les marques étant enregistrées et appliquées sur une base individuelle, il s'ensuit que toute entrave à l'usage des marques doit être justifiée sur une base individuelle, du moins si la justification de l'entrave se rapporte aux "attributs spécifiques" des marques.¹⁷² Contrairement aux assertions de la République dominicaine, les constatations du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)* ne fournissent aucun élément étayant cette approche. Le Groupe spécial a constaté que, même si la réglementation en cause exigeait une analyse au cas par cas de l'indication géographique 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."¹⁷³

101. En outre, une *catégorie* entière de marques pourraient posséder certains attributs pertinents pour l'objectif d'une mesure couverte par l'article 20. 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. 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 affectées dans son ensemble.¹⁷⁴

i. L'argument des plaignants concernant l'"évaluation individualisée" est fondé sur une méprise ou une qualification inexacte de la manière dont la mesure concernant l'emballage neutre du tabac fonctionne

102. L'hypothèse qui sous-tend l'argument des plaignants concernant l'"évaluation individualisée" est que la préoccupation sous-jacente à la mesure concernant l'emballage neutre du tabac tient à des "attributs spécifiques" de marques particulières qui augmentent l'attrait des produits du tabac, réduisent l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et induisent les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs de la consommation de tabac. Les plaignants semblent croire que l'expression "de manière injustifiable" impose à l'Australie d'identifier chaque marque utilisée sur son territoire en relation avec les produits du tabac, puis de l'évaluer par rapport à un ensemble de critères qui lui permettraient de déterminer si cette marque particulière touche ou non à ses préoccupations de santé publique.¹⁷⁵

103. L'hypothèse qui sous-tend l'argument des plaignants est incorrecte. 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 à l'emballage pour la vente au détail du tabac élimine, ou tout au moins sape de façon significative, la capacité des sociétés productrices de tabac d'utiliser l'emballage pour véhiculer la publicité ou la promotion du produit, ce qui permet de réduire l'attrait des produits du tabac, d'accroître l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et de diminuer l'aptitude de l'emballage à induire en erreur. Ce but n'a rien à voir avec les "attributs spécifiques" des marques et a, en fait, "trait exclusivement aux caractéristiques du produit à l'intérieur de l'emballage", à savoir qu'il s'agit d'un produit de consommation particulièrement dangereux pour la santé humaine. Permettre aux sociétés productrices de tabac d'utiliser des éléments figuratifs et d'autres éléments distinctifs non normalisés sur l'emballage ne peut servir

¹⁷⁰ République dominicaine, réponse à la question n° 99 du Groupe spécial, paragraphe 69.

¹⁷¹ Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 201.

¹⁷² Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 202.

¹⁷³ Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)*, paragraphe 7.672 (non souligné dans l'original), cité dans Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 202.

¹⁷⁴ Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 203 et 204.

¹⁷⁵ Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 288.

qu'à renforcer l'attrait de l'emballage par rapport à une conception de l'emballage dans laquelle l'utilisation de ces éléments n'est pas autorisée.¹⁷⁶

104. La République dominicaine reconnaît qu'aucune "évaluation individualisée" n'est requise lorsque la mesure ne cherche pas à répondre à des préoccupations concernant les "attributs spécifiques" des marques, même selon l'interprétation erronée qu'elle donne de l'expression "de manière injustifiable".¹⁷⁷

105. Pour ces raisons, il ne servirait à rien d'examiner les "attributs spécifiques" de marques particulières car ces attributs, pris isolément, ne sont pas pertinents pour la décision de politique générale de prescrire que tous les produits du tabac soient vendus dans un emballage normalisé et neutre.¹⁷⁸ L'argument des plaignants concernant l'"évaluation individualisée" ne fournit donc aucune base permettant de constater que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac est "injustifiable".¹⁷⁹

4. Les plaignants n'ont pas prouvé qu'une quelconque entrave découlant de la mesure était "injustifiable"

a) En imposant une apparence normalisée et neutre des produits et de l'emballage du tabac, la mesure contribue à son objectif d'améliorer la santé publique

106. La mesure concernant l'emballage neutre du tabac établit des prescriptions détaillées qui spécifient l'apparence normalisée et neutre des produits du tabac et de l'emballage pour la vente au détail du tabac, y compris en prohibant l'utilisation de *tous* les signes, que l'un d'eux soit ou non également une marque. La mesure interdit l'usage des marques (autres que les noms commerciaux et les noms de variante déposés), non pas parce qu'elles sont des marques mais parce que l'usage de ces signes réintroduirait la possibilité de faire de la publicité et de la promotion pour le produit. En même temps, la mesure permet d'utiliser des noms commerciaux et des noms de variantes sous un format normalisé car ces signes particuliers distinguent les produits du tabac d'une entreprise de ceux d'autres entreprises. La mesure concernant l'emballage neutre du tabac réduit donc la capacité des sociétés productrices de tabac d'utiliser l'emballage pour la vente au détail du tabac afin de faire la publicité et la promotion des produits du tabac, tout en préservant la capacité de ces sociétés d'utiliser les marques pour distinguer leurs produits de ceux d'autres entreprises.¹⁸⁰

107. L'"entrave" à l'usage des marques, le cas échéant, qui doit être évaluée par le Groupe spécial en relation avec un critère juridique du "caractère injustifiable" est nécessairement une "entrave" découlant des prescriptions spéciales qui viennent d'être décrites. Comme il est expliqué plus haut, l'Australie ne considère pas que les aspects prohibitifs de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac sont des "prescriptions spéciales" visées par l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC.¹⁸¹ Cependant, à supposer pour les besoins de l'argumentation que les prescriptions spéciales en cause incluent les aspects tant permissifs que prohibitifs de la mesure qui se rapportent à l'usage des marques, la question dont le Groupe spécial est saisi est de savoir si les plaignants ont démontré qu'une quelconque entrave découlant de ces prescriptions spéciales, considérée dans son ensemble¹⁸², était "injustifiable". Même si l'usage des marques de commerce pour faire la publicité et la promotion d'un produit était couvert par l'"usage" au sens de l'article 20, les plaignants n'ont pas prouvé qu'il était "injustifiable" pour l'Australie d'entraver l'usage des marques visant à faire la publicité et la promotion des produits du tabac.

¹⁷⁶ Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 289 à 294 et 296 à 298.

¹⁷⁷ République dominicaine, réponse à la question n° 108 du Groupe spécial, paragraphes 133 et 134.

¹⁷⁸ Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 295.

¹⁷⁹ Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 299.

¹⁸⁰ Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 210 à 212.

¹⁸¹ Voir le paragraphe 78 plus haut.

¹⁸² Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 213 et note de bas de page 211, citant le rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 64; le rapport de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.193.

b) Les éléments de preuve versés au dossier démontrent que le fait d'entraver l'usage des marques visant à faire la publicité et la promotion des produits du tabac peut contribuer aux objectifs de la mesure

108. Sans préjudice de la charge de la preuve, l'Australie a présenté des éléments de preuve importants dans la partie III plus haut, y compris des rapports d'instances éminentes de la santé publique, comme les Directeurs du Service de santé publique des États-Unis, l'OMS, l'Institut national du cancer des États-Unis et l'Institut de médecine des États-Unis, qui démontraient clairement que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac, et toute entrave imposée par cette dernière, *pouvait* contribuer à ses objectifs de santé publique. Ces éléments de preuve montrent: i) qu'il y a un lien clair entre la publicité et les comportements liés au tabagisme; ii) que l'emballage pour la vente au détail est une forme reconnue de publicité et de promotion, et affecte également les comportements liés au tabagisme; et que iii) du fait que l'emballage pour la vente au détail du tabac représente un support publicitaire et promotionnel pour les produits du tabac, la restriction concernant l'utilisation des marques, à des fins publicitaires et promotionnelles, sur l'emballage pour la vente au détail du tabac peut affecter les comportements liés au tabagisme, comme cela a été démontré pour d'autres restrictions relatives à la publicité et à la promotion du tabac.¹⁸³

109. Par conséquent, il y a à l'évidence un lien rationnel entre une entrave quelconque imposée par la mesure concernant l'emballage neutre du tabac et ses objectifs de santé publique.

c) Les plaignants n'ont pas montré qu'une quelconque entrave à l'usage des marques découlant de la mesure ne pouvait pas contribuer à ses objectifs

110. Les plaignants assument la charge de démontrer que toute entrave à l'usage des marques au cours d'opérations commerciales découlant de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac est "injustifiable". Ayant abandonné l'affirmation formulée à la première réunion de fond du Groupe spécial selon laquelle la mesure concernant l'emballage neutre du tabac se "retournerait contre" ses objectifs, ou "irait à [leur] rencontre", c'est-à-dire qu'elle entraînerait une *augmentation* de la prévalence du tabagisme et de la consommation de tabac, les plaignants assument donc la charge de démontrer qu'une quelconque entrave à l'usage des marques découlant de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac ne peut pas contribuer aux objectifs légitimes de santé publique de la mesure. Comme l'Australie l'a démontré dans la partie III plus haut, les plaignants ne se sont pas acquittés de cette charge.

5. Conclusion

111. Les plaignants n'ont pas montré que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac était incompatible avec l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC. Ils n'ont pas montré que la mesure entravait, par des prescriptions spéciales, l'"usage" pertinent d'une marque pour distinguer les produits d'une entreprise de ceux d'autres entreprises au cours d'opérations commerciales, et n'ont donc pas établi l'applicabilité de l'article 20 à titre préliminaire. L'usage des marques pour faire la publicité et la promotion des produits du tabac n'est pas un "usage" pertinent des marques au regard de l'article 20. Par conséquent, toute entrave à cet usage n'est pas pertinente pour établir l'applicabilité de l'article 20.

112. Les plaignants n'ont pas fourni de base interprétative ou factuelle cohérente pour leur assertion selon laquelle les éléments prohibitifs de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac étaient des "prescriptions spéciales" qui relevaient de l'article 20, alors que ce n'était pas le cas d'autres mesures largement adoptées qui affectaient l'usage d'une marque. À supposer pour les besoins de l'argumentation que ces éléments prohibitifs relèvent de l'article 20, les plaignants n'ont pas démontré que la mesure dans son ensemble entravait l'usage pertinent d'une marque.

113. Même si le Groupe spécial constate que les plaignants ont établi une entrave à l'usage d'une marque, ceux-ci n'ont pas démontré que toute entrave à l'usage des marques au cours d'opérations commerciales découlant des prescriptions spéciales en cause était imposée "de manière injustifiable". Spécifiquement, les plaignants n'ont pas démontré qu'une telle entrave allait à l'encontre de ses objectifs ou ne pouvait pas autrement y contribuer et, par conséquent,

¹⁸³ Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 159 à 178.

qu'il n'y avait pas de lien rationnel entre l'entrave et l'objectif. En fait, de nombreux éléments de preuve permettent de démontrer que l'emballage neutre du tabac est apte à contribuer aux objectifs légitimes de santé publique énoncés dans la Loi TPP. En raison de l'obligation imposant de normaliser l'apparence de l'emballage pour la vente au détail du tabac, et celle du produit lui-même, il y a un lien rationnel clair entre l'entrave et les objectifs de santé publique de la mesure, et les plaignants n'ont pas démontré le contraire.

114. Par souci d'exhaustivité, l'Australie note que le Groupe spécial devrait parvenir à la même conclusion même s'il devait accepter la position de certaines parties selon laquelle l'expression "de manière injustifiable" exige que le Groupe spécial "souple et mette en balance" le degré dans lequel la mesure concernant l'emballage neutre du tabac entrave l'usage pertinent des marques, celui dans lequel elle peut apporter une contribution à ses objectifs de santé publique, ainsi que l'importance des objectifs de santé publique qu'elle cherche à réaliser.

115. La mesure concernant l'emballage neutre du tabac préserve la capacité des sociétés productrices de tabac d'utiliser les marques pour distinguer leurs produits de ceux d'autres entreprises, tout en limitant l'utilisation de l'emballage pour la vente au détail du tabac visant à faire la publicité et la promotion des produits du tabac, réduire l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs de la consommation de tabac afin de réaliser un objectif vital de politique générale publique. Si le Groupe spécial devait "soupleser et mettre en balance" ces facteurs, il ne fait aucun doute que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac de l'Australie ne serait pas injustifiable.

116. Ainsi, de quelque façon plausible que l'on interprète l'expression "de manière injustifiable", les plaignants ne se sont pas acquittés de la charge qui leur incombait de prouver que toute entrave à l'usage des marques au cours d'opérations commerciales découlant des prescriptions spéciales imposées par la mesure concernant l'emballage neutre du tabac était "injustifiable". Le Groupe spécial doit donc rejeter les allégations des plaignants au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC.¹⁸⁴

B. LES PLAIGNANTS RECONNAISSENT QU'IL N'Y A PAS DE "DROIT D'USAGE" AU TITRE DE L'ACCORD SUR LES ADPIC, ET, PAR CONSÉQUENT, LEURS ALLÉGATIONS AU TITRE DES ARTICLES 2:1, 15:4, 16:1, 16:3, 22:2 B) ET 24:3 DOIVENT ÊTRE JUGÉES SANS FONDEMENT

117. Les allégations des plaignants au titre des articles 2:1 (incorporant l'article 6*quinquies* A 1) et l'article 10*bis* de la Convention de Paris), 15:4, 16:1, 16:3, 22:2 b) et 24:3 de l'Accord sur les ADPIC, qui sont toutes subordonnées à un "droit d'usage", sont fondamentalement viciées et doivent être rejetées par le Groupe spécial. Les lacunes des allégations des plaignants sont résumées ci-dessous.

118. En relation avec l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC, incorporant l'article 6*quinquies* A 1) de la Convention de Paris, le Honduras soutient que les Membres sont tenus de "faire en sorte que les titulaires de marques puissent "utiliser" leurs marques"¹⁸⁵ pour que celles-ci soient "admise[s] au dépôt et protégée[s] telle[s] quelle[s]", bien qu'il ait reconnu expressément que les titulaires de marques ne jouissaient pas d'un droit positif d'utiliser ces marques. Le Honduras n'a pas démontré que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac de l'Australie empêchait l'enregistrement des marques enregistrées sur le territoire d'un autre Membre sur la base de leur forme et, par conséquent, que cette mesure était incompatible avec l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC incorporant l'article 6*quinquies* A 1) de la Convention de Paris.

119. En relation avec l'article 15:4, les plaignants font valoir que les Membres sont tenus de garantir (ou au moins de ne pas empêcher) l'usage de tous les signes qui ne sont pas encore "aptes à distinguer" les produits, de manière à ce que ces signes "non intrinsèquement distinctifs" puissent ensuite devenir potentiellement des signes distinctifs à l'avenir, afin de pouvoir constituer

¹⁸⁴ Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 301 à 306. L'Australie ne traite pas séparément les arguments des plaignants concernant les "solutions de rechange moins restrictives" au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, car cela n'est clairement pas exigé par un critère juridique du "caractère injustifiable". Voir les paragraphes 89 et 90 plus haut. L'Australie note toutefois que les "solutions de rechange moins restrictives" que les plaignants prétendent identifier dans ce contexte sont les mêmes que celles qu'ils identifient en relation avec leurs allégations au titre de l'Accord OTC, examinées dans la partie E plus bas.

¹⁸⁵ Honduras, première communication écrite, paragraphe 266.

une marque qui sera alors susceptible d'être enregistrée. L'interprétation que les plaignants donnent de l'article 15:4 confond fondamentalement les concepts de "signes" et de "marques".¹⁸⁶ Selon une interprétation correcte de l'article 15:4, il est clair qu'un Membre peut réglementer un produit d'une manière susceptible de restreindre ou de prohiber l'usage d'une marque sur son territoire, tant que le Membre ne refuse pas d'enregistrer cette marque sur la base de la nature d'un produit.¹⁸⁷ Les plaignants n'ont pas établi que, en vertu de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac, l'Australie refusait d'enregistrer des marques sur la base de la nature du produit auquel elles s'appliquaient, et, par conséquent, que la mesure était incompatible avec l'article 15:4.

120. En relation avec l'article 16:1, les plaignants font valoir que les Membres doivent veiller à ce que les marques puissent être utilisées pour s'assurer qu'un "risque de confusion" est créé sur le marché, de manière à ce que les titulaires de marques puissent davantage exercer leur droit d'exclusion pour empêcher cette confusion. Ces arguments, en plus d'être absurdes, ne peuvent pas être conciliés avec le fait que les plaignants admettent que l'article 16:1 oblige les Membres à conférer aux titulaires de marques uniquement des droits négatifs d'exclusion.¹⁸⁸ Les plaignants n'ont pas démontré que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac était incompatible avec l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC.

121. En relation avec l'article 16:3, l'Indonésie fait valoir que les Membres sont soumis à l'obligation de garantir (ou tout au moins de ne pas empêcher) que les titulaires puissent utiliser leurs marques pour "maintenir" leur statut de marque "notoirement connue" ou pour qu'elles "deviennent" des marques notoirement connues à l'avenir.¹⁸⁹ Toutefois, 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 d'exclusion négatifs.¹⁹⁰ Interprété correctement, l'article 16:3 protège les marques enregistrées notoirement connues – pas celles qui sont susceptibles de devenir des marques notoirement connues à l'avenir ou qui l'étaient auparavant.¹⁹¹ La mesure concernant l'emballage neutre du tabac n'empêche en aucun cas un titulaire de marque de se prévaloir des protections qui sont accordées aux titulaires de marques enregistrées notoirement connues conformément à l'article 16:3.¹⁹²

122. En relation avec l'article 2:1, incorporant l'article 10*bis* de la Convention de Paris, les plaignants font valoir que les Membres doivent permettre l'utilisation de signes et de marques sur l'emballage du tabac, car leur omission est susceptible de créer une confusion et d'induire les consommateurs en erreur, et constitue un acte de concurrence déloyale. Cependant, l'article 10*bis* exige en fait que les Membres assurent une protection effective contre "certains actes" de "rivalité" commerciale "malhonnête" ou "fallacieuse" – à savoir, les tentatives d'un agent de marché visant à obtenir un avantage commercial par rapport à un agent de marché concurrent qui sont susceptibles d'influencer les consommateurs sur la base d'indications fausses ou trompeuses.¹⁹³ L'Australie fournit un éventail de mécanismes juridiques permettant aux parties privées affectées d'empêcher les indications fausses ou trompeuses ou d'obtenir réparation à ce titre¹⁹⁴, et donne donc effet à ses obligations au titre de l'article 10*bis*. La mesure concernant l'emballage neutre du tabac n'a pas d'incidence sur la disponibilité de ces mécanismes juridiques¹⁹⁵, et les plaignants

¹⁸⁶ Australie, première communication écrite, paragraphes 303 à 305; deuxième communication écrite, paragraphe 25.

¹⁸⁷ Australie, première communication écrite, paragraphes 244 à 246 et 298 à 301. Voir aussi Singapour, communication écrite en tant que tierce partie, paragraphes 23 à 26; Norvège, communication écrite en tant que tierce partie, paragraphes 27 à 30; Nouvelle-Zélande, communication écrite en tant que tierce partie, paragraphes 17 à 25; Uruguay, communication écrite en tant que tierce partie, paragraphe 50; Argentine, communication écrite en tant que tierce partie, paragraphe 22; Canada, communication écrite en tant que tierce partie, paragraphes 35 à 43; Afrique du Sud, déclaration orale en tant que tierce partie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 3.3 à 3.5.

¹⁸⁸ Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 14.

¹⁸⁹ Voir Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 33.

¹⁹⁰ Voir le rapport d'expert de C. Correa, pièce AUS-16, paragraphe 18.

¹⁹¹ Voir Australie, première communication écrite, paragraphes 324 et 325. Voir aussi Canada, communication écrite en tant que tierce partie, paragraphes 54 à 57; Nouvelle-Zélande, communication écrite en tant que tierce partie, paragraphes 34 à 39; Singapour, communication écrite en tant que tierce partie, paragraphes 31 à 34; Uruguay, communication écrite en tant que tierce partie, paragraphes 46 et 107.

¹⁹² Australie, première communication écrite, paragraphe 331.

¹⁹³ Voir Australie, première communication écrite, paragraphes 446 à 449.

¹⁹⁴ Voir Australie, première communication écrite, paragraphe 458.

¹⁹⁵ Voir Australie, première communication écrite, paragraphe 459.

n'ont pas laissé entendre le contraire. En fait, ils soutiennent que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac est contraire à l'article 10*bis* car, selon les allégations, elle "oblige" les agents privés à accomplir des actes de concurrence déloyale.¹⁹⁶ Même à supposer que les réglementations des pouvoirs publics obligeant les agents privés à se comporter d'une certaine façon devraient relever de l'article 10*bis*, les plaignants n'ont pas démontré que la mesure obligeait à accomplir des actes de concurrence ni qu'elle obligeait à accomplir des actes de concurrence qui étaient déloyaux.¹⁹⁷ Par conséquent, les allégations des plaignants se rapportant à la concurrence déloyale devraient être rejetées dans leur intégralité.

123. En relation avec l'article 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC, les plaignants font valoir que la disposition impose aux Membres de garantir l'utilisation des indications géographiques de sorte que les consommateurs ne soient pas amenés à croire à tort que tous les produits du tabac de toutes origines géographiques sont les mêmes, ce qui constituerait de fait un acte de concurrence déloyale. L'interprétation que les plaignants donnent de l'article 22:2 b) est contraire à son texte même, qui indique clairement que la nature de la protection assurée est négative¹⁹⁸ et impose que les Membres prévoient les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'empêcher tout acte consistant à utiliser une indication géographique qui constitue un acte de concurrence déloyale (selon la définition qui en est donnée à l'article 10*bis* de la Convention de Paris).¹⁹⁹ L'Australie fournit un éventail de mécanismes juridiques qui permettent aux parties intéressées d'empêcher un tel acte de la part de tierces parties.²⁰⁰ Les plaignants n'ont pas démontré que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac était incompatible avec l'article 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC.²⁰¹

124. Enfin, en relation avec l'article 24:3 de l'Accord sur les ADPIC, les plaignants font valoir que les Membres sont tenus d'autoriser l'utilisation des indications géographiques d'une manière qui "permet[tra] [à celles-ci] d'acquérir, de maintenir ou de faire respecter leur statut d'indications géographiques".²⁰² Les allégations des plaignants selon lesquelles la mesure concernant l'emballage neutre du tabac est incompatible avec cette disposition sont fondées sur l'existence d'un "droit d'usage" protégé, selon les affirmations, en relation avec les indications géographiques dans le cadre du droit australien au moment de l'entrée en vigueur de l'Accord sur les ADPIC. Comme les plaignants reconnaissent maintenant à juste titre qu'il n'existait aucun "droit de faire usage" des indications géographiques au titre du droit australien avant le 1^{er} janvier 1995²⁰³, leurs allégations au titre de l'article 24:3 de l'Accord sur les ADPIC doivent être rejetées.²⁰⁴

125. En résumé, et comme l'Australie l'a démontré dans ses communications écrites²⁰⁵, chacune des allégations des plaignants au titre des articles 2:1 (incorporant l'article 6*quinquies* A 1) et l'article 10*bis* de la Convention de Paris), 15:4, 16:1, 16:3, 22:2 b) et 24:3 de l'Accord sur les ADPIC repose sur l'existence d'un "droit d'utiliser" positif en ce qui concerne les signes et les marques et indications géographiques enregistrées. Comme les plaignants eux-mêmes ont reconnu expressément qu'il n'y avait pas un tel "droit d'utiliser", et étant donné qu'ils n'ont pas fourni de justification juridique ni d'éléments de preuve à l'appui de leurs allégations, les allégations qu'ils ont formulées au titre de chacune de ces dispositions doivent être jugées sans fondement.

¹⁹⁶ Indonésie, première communication écrite, paragraphes 151, 161 à 168 et 178 à 181; Cuba, première communication écrite, paragraphes 383 à 388; République dominicaine, première communication écrite, paragraphes 854 à 856, 875 à 879 et 883; Honduras, première communication écrite, paragraphes 687 à 690 et 694.

¹⁹⁷ Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 41 à 44.

¹⁹⁸ Australie, première communication écrite, paragraphes 479 à 485.

¹⁹⁹ Australie, première communication écrite, paragraphes 469 à 472, 480 à 482 et 485; deuxième communication écrite, paragraphe 67.

²⁰⁰ Australie, première communication écrite, paragraphes 486 et 487.

²⁰¹ Voir Australie, première communication écrite, paragraphes 477 à 487.

²⁰² République dominicaine, réponse à la question n° 48 du Groupe spécial, paragraphe 216.

²⁰³ Voir République dominicaine, réponse à la question n° 48 du Groupe spécial, paragraphe 213; Indonésie, réponse à la question n° 48 du Groupe spécial, citant sa réponse à la question n° 44 du Groupe spécial.

²⁰⁴ Voir Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 69.

²⁰⁵ Australie, première communication écrite, partie IV.B et partie IV.C; deuxième communication écrite, partie II.B.

V. LES PLAIGNANTS N'ONT PAS ÉTABLI *PRIMA FACIE* QUE LA MESURE CONCERNANT L'EMBALLAGE NEUTRE DU TABAC ÉTAIT INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC

126. Les allégations des plaignants au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC sont dénuées de fondement à titre préliminaire. La mesure concernant l'emballage neutre du tabac est fondée à bénéficier de la présomption prévue par l'article 2.5 selon laquelle elle ne constitue pas un obstacle non nécessaire au commerce international, et les plaignants n'ont pas réfuté cette présomption avec le type d'éléments de preuve requis.²⁰⁶ Même s'il était constaté que leurs allégations surmontent cet obstacle fondamental, les plaignants n'ont pas non plus établi *prima facie* que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac était *un tant soit peu* restrictive pour le commerce, et encore moins qu'elle était *plus* restrictive pour le commerce qu'il n'était nécessaire compte tenu de la contribution qu'elle apportait à ses objectifs de santé publique et des risques que la non-réalisation de ces objectifs entraînerait.

A. LES PLAIGNANTS N'ONT PAS RÉFUTÉ LA PRÉSUMPTION ÉNONCÉE À L'ARTICLE 2.5 DE L'ACCORD OTC SELON LAQUELLE LA MESURE N'ÉTAIT PAS UN OBSTACLE NON NÉCESSAIRE AU COMMERCE INTERNATIONAL

127. L'Australie a adopté sa mesure concernant l'emballage neutre du tabac conformément aux Directives de la FCTC, qui énoncent la norme internationale pertinente pour l'emballage neutre des produits du tabac.²⁰⁷ Un règlement technique adopté en vue d'un objectif légitime conformément à la norme internationale pertinente bénéficie de la présomption énoncée à l'article 2.5 de l'Accord OTC, par laquelle il est présumé, cette présomption étant réfutable, ne pas constituer un obstacle non nécessaire au commerce international au regard de l'article 2.2.²⁰⁸ La présomption reflète l'un des principaux buts de l'Accord OTC visant à inciter les Membres à adopter et à utiliser les normes internationales pertinentes, afin d'harmoniser les règlements techniques, le plus largement possible.

128. La FCTC – l'un des traités ayant suscité l'adhésion la plus large dans le système des Nations Unies – recommande explicitement la mise en œuvre de l'emballage neutre du tabac dans les Directives de la FCTC concernant l'article 11 (portant sur le conditionnement et l'étiquetage des produits du tabac) et l'article 13 (portant sur la publicité en faveur du tabac, la promotion et le parrainage).²⁰⁹ Les Directives de la FCTC concernant l'article 11 reconnaissent que :

[le conditionnement neutre du tabac] 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.²¹⁰

129. Les Directives de la FCTC reflètent le consensus scientifique international²¹¹ concernant l'éventail global de mesures de lutte antitabac, dont l'emballage neutre du tabac, que les pays devraient adopter pour remédier aux incidences importantes et sérieuses de la consommation du tabac sur la santé, et les 180 parties à la FCTC s'en servent pour mettre en œuvre leurs propres mesures de lutte antitabac.

130. Conformément aux critères permettant de déterminer ce qu'est une "norme internationale" aux fins de l'article 2.5²¹², l'Australie a démontré que les Directives de la FCTC : étaient des normes au sens de l'Accord OTC²¹³ ; avaient été adoptées par la Conférence des Parties à la FCTC, qui était

²⁰⁶ Australie, réponse à la question n° 162 du Groupe spécial; deuxième communication écrite, paragraphes 347 à 356; réponse à la question n° 67 du Groupe spécial, paragraphes 161 à 164.

²⁰⁷ Australie, première communication écrite, paragraphes 567 à 582; deuxième communication écrite, paragraphes 316 à 345; réponses aux questions n° 128, 129, 135 et 150 du Groupe spécial.

²⁰⁸ Australie, première communication écrite, paragraphes 567 à 582.

²⁰⁹ OMS, pièce AUS-109, article 11, page 63, et article 13, pages 99 et 100.

²¹⁰ OMS, pièce AUS-109, article 11, page 63.

²¹¹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.414, cité dans Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 271.

²¹² Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.664, cité dans Australie, première communication écrite, paragraphe 570.

²¹³ Australie, première communication écrite, paragraphes 571 à 574.

un "organisme ou [une] organisation international de normalisation" ayant des "activités reconnues dans le domaine de la normalisation"²¹⁴ et qui [était] ouvert aux organismes compétents d'au moins tous les Membres"²¹⁵; et avaient été mises à la disposition du public.²¹⁶

131. Pour ces raisons, l'Australie a démontré que les Directives de la FCTC constituaient une norme internationale "pertinente" pour la mesure concernant l'emballage neutre du tabac qui a été adoptée "conformément à" ces directives.²¹⁷ Celles-ci ont été élaborées par des groupes de travail auxquels ont participé les parties à la FCTC (y compris au moins un des plaignants), ont été adoptées par la Conférence des Parties à la FCTC et étaient fondées sur les "données scientifiques disponibles et l'expérience dont les parties elles-mêmes dispos[aient] dans la mise en œuvre de mesures de lutte antitabac."²¹⁸ Les Directives de la FCTC fournissent des "lignes directrices", pour des usages communs et répétés, par les parties à la FCTC, pour ce qui est des caractéristiques pour un "produit" (le tabac), et des "procédés et des méthodes de production" connexes (fabrication et vente des produits du tabac).²¹⁹

132. Les plaignants soutiennent que les Directives de la FCTC ne sont pas des "normes internationales" pour deux raisons. Premièrement, ils soutiennent que la Conférence des Parties à la FCTC n'est pas un "organisme international à activité normative". Comme l'Australie l'a démontré, cette allégation est dénuée de fondement: la Conférence des Parties à la FCTC a des "activités reconnues dans le domaine de la normalisation", comme le prouve son rôle dans l'élaboration de directives pour les tests et l'analyse de la composition et des émissions des produits du tabac, et pour la réglementation de cette composition et de ces émissions.²²⁰ Deuxièmement, les plaignants font valoir que, pour qu'elles soient considérées comme une norme internationale, les directives doivent être suffisamment "précises" de manière à être utilisées pour "des usages communs et répétés", au sens de la définition d'une norme énoncée à l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC. Cette affirmation n'a aucun fondement juridique dans l'Accord OTC.²²¹ En outre, les Directives de la FCTC peuvent être utilisées, et de fait sont utilisées, pour "des usages communs et répétés".²²² En particulier, l'Irlande, le Royaume-Uni, la France, la Hongrie, la Nouvelle-Zélande, la Norvège et le Chili ont à présent soit adopté soit proposé leurs propres mesures concernant l'emballage neutre du tabac en s'appuyant sur les Directives de la FCTC.²²³

133. Les plaignants font également valoir que si certains éléments de la mesure de l'Australie vont au-delà de la norme internationale, alors les aspects de cette mesure qui sont compatibles avec les Directives de la FCTC devraient être privés du bénéfice de la présomption prévue par l'article 2.5. Non seulement cet argument n'a pas de base factuelle, étant donné que la mesure de l'Australie est clairement conforme au champ correctement identifié des Directives de la FCTC²²⁴, mais il n'a pas non plus de base juridique dans le texte de l'article 2.5 de l'Accord OTC.²²⁵

134. Étant donné que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac bénéficie de la présomption énoncée à l'article 2.5 de l'Accord OTC selon laquelle cette mesure ne constitue pas un "obstacle non nécessaire au commerce international" au sens de l'article 2.2, et que les plaignants n'ont présenté aucun élément de preuve du type qui serait requis pour réfuter cette

²¹⁴ Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 333 à 341; réponse à la question n° 128 du Groupe spécial.

²¹⁵ Australie, première communication écrite, paragraphes 575 à 579; deuxième communication écrite, paragraphe 316, citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 359.

²¹⁶ Australie, première communication écrite, paragraphe 580.

²¹⁷ Australie, première communication écrite, paragraphe 582; deuxième communication écrite, paragraphes 316 à 318.

²¹⁸ OMS, pièce AUS-42, paragraphe 19. Voir aussi Australie, première communication écrite, paragraphes 103 à 113.

²¹⁹ Australie, première communication écrite, paragraphe 573; deuxième communication écrite, paragraphe 316.

²²⁰ Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 333 à 341.

²²¹ Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 321 à 323; réponse à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphe 101; observations sur les réponses à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphe 119.

²²² Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 324 à 327. réponse à la question n° 163 du Groupe spécial; observations sur les réponses à la question n° 163 du Groupe spécial.

²²³ Australie, réponse à la question n° 163 du Groupe spécial.

²²⁴ Australie, réponse à la question n° 135 du Groupe spécial.

²²⁵ Australie, réponses aux questions n° 135 et 150 du Groupe spécial.

présomption²²⁶, il n'est pas nécessaire que le Groupe spécial aille plus loin dans son analyse de l'allégation des plaignants au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC.

B. LES PLAIGNANTS N'ONT PAS ÉTABLI *PRIMA FACIE* QUE LA MESURE ÉTAIT RESTRICTIVE POUR LE COMMERCE AU SENS DE L'ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC

135. Nonobstant le fait que les plaignants n'ont pas réfuté la présomption établie par l'article 2.5, leurs allégations au titre de l'article 2.2 seraient jugées sans fondement en tout état de cause parce qu'ils n'ont pas établi *prima facie* que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac était "restrictive pour le commerce" selon une interprétation correcte de cette disposition.

1. Les allégations des plaignants se rapportant au caractère restrictif pour le commerce sont sans fondement en droit

136. Correctement interprétées, les expressions "restrictifs pour le commerce" et "obstacle[] ... au commerce international" qui figurent à l'article 2.2 imposent aux plaignants d'établir que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac aura, ou a eu, un effet limitatif sur le commerce international des produits du tabac.²²⁷

137. Les allégations des plaignants relatives au caractère restrictif pour le commerce ne visent même pas à respecter cette prescription fondamentale. Les plaignants ont en fait tenté d'étendre le critère du caractère restrictif pour le commerce à un concept, abstrait et vide de sens, de "limitation des possibilités de concurrence"²²⁸ pour répondre aux besoins de leur allégation principale²²⁹ selon laquelle la conception, la structure et le fonctionnement de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac avaient un effet limitatif sur la *capacité d'utiliser des éléments distinctifs* sur l'emballage du tabac pour faire la publicité et la promotion des produits du tabac.²³⁰ Les plaignants soutiennent en outre qu'une "limitation des possibilités de concurrence", uniquement à l'intérieur d'un segment de produit particulier ou uniquement pour un Membre donné²³¹, suffit à démontrer le caractère restrictif pour le commerce d'une mesure, même lorsque celle-ci *améliore* le commerce global de ce produit.²³²

138. Le critère du caractère restrictif pour le commerce relatif à la "limitation des possibilités de concurrence", proposé par les plaignants, ne peut pas être concilié avec le texte de l'article 2.2 ni avec la jurisprudence de l'Organe d'appel, et, par conséquent, est sans fondement en droit.²³³

2. Les allégations des plaignants se rapportant au caractère restrictif pour le commerce ne sont pas fondées du point de vue des éléments de preuve

139. Les autres bases sur lesquelles les plaignants s'appuient pour alléguer que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac est restrictive pour le commerce tombent en raison de l'absence d'éléments de preuve. Aucun des plaignants n'a étayé ses allégations selon lesquelles la mesure concernant l'emballage neutre du tabac impliquait des coûts de mise en conformité, ou

²²⁶ Australie, réponse à la question n° 162 du Groupe spécial; deuxième communication écrite, paragraphes 347 à 356; réponse à la question n° 67 du Groupe spécial, paragraphes 161 à 164.

²²⁷ Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 363 à 398; première communication écrite, paragraphes 521 à 530; réponse à la question n° 117 du Groupe spécial, paragraphes 110 à 113; observations sur les réponses aux questions n° 151 et 165 du Groupe spécial, paragraphes 37 à 49.

²²⁸ Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 370 à 374; observations sur les réponses aux questions n° 151 et 165 du Groupe spécial, paragraphes 40 à 49.

²²⁹ Australie, observations sur les réponses aux questions n° 151 et 165 du Groupe spécial, paragraphes 43 à 45, 54 et 55.

²³⁰ Australie, déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 157 et 158; observations sur les réponses aux questions n° 151 et 165 du Groupe spécial, paragraphes 43, 44, 54 et 55.

²³¹ Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 383 à 385 et 397; réponse à la question n° 154 du Groupe spécial; observations sur les réponses aux questions n° 151 et 165 du Groupe spécial, paragraphe 63.

²³² Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 383 à 397.

²³³ Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 363 à 398; première communication écrite, paragraphes 521 à 530; réponse à la question n° 117 du Groupe spécial, paragraphes 110 à 113; observations sur les réponses aux questions n° 151 et 165 du Groupe spécial, paragraphes 37 à 49.

renforçait les obstacles à l'entrée sur le marché de façon à constituer un effet limitatif sur le commerce international des produits du tabac.²³⁴

140. La seule tentative des plaignants visant à établir des effets réels sur le commerce est leur argument selon lequel la mesure concernant l'emballage neutre du tabac a entraîné une "descente en gamme" sur le marché australien en réorientant la demande des produits du tabac, des plus chers vers les meilleur marché. Même si le Groupe spécial devait constater que la descente en gamme est imputable en partie à la mesure concernant l'emballage neutre du tabac²³⁵, ce fait seul serait insuffisant à démontrer un effet limitatif sur le commerce global des produits du tabac, en ce qui concerne le volume ou la valeur des échanges.²³⁶ Une baisse alléguée des ventes dans le segment haut de gamme n'établit pas à elle seule un effet limitatif sur le *volume* du commerce global des produits du tabac. En outre, les éléments de preuve non contestés présentés au Groupe spécial montrent que les prix réels pondérés des cigarettes ont augmenté depuis l'introduction de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac; et les propres experts des plaignants admettent que la mesure a *entraîné* une hausse des prix.²³⁷ Par conséquent, les allégations des plaignants concernant la descente en gamme n'établissent pas non plus un effet limitatif sur la *valeur* du commerce global des produits du tabac.

141. Les plaignants reconnaissent que des éléments de preuve indiquant des effets réels sur le commerce peuvent être exigés lorsque l'évaluation qualitative d'un règlement technique non discriminatoire n'établit aucun effet restrictif pour le commerce.²³⁸ Cependant, aucun des plaignants n'a présenté un seul élément de preuve démontrant que les producteurs de tabac dans leurs pays avaient connu une diminution des volumes, des prix et des recettes d'exportation ou des bénéfices à l'exportation réalisés en Australie imputable à la mesure concernant l'emballage neutre du tabac.²³⁹ Compte tenu des ressources dont les plaignants disposent, il est raisonnable de supposer que si ces éléments de preuve étaient leurs allégations, ils auraient été communiqués au Groupe spécial.²⁴⁰

142. Par conséquent, les plaignants n'ont en aucun cas démontré – tant en droit qu'en fait – qu'il y avait une quelconque base crédible permettant de conclure que la mesure de l'Australie était restrictive pour le commerce au sens de l'article 2.2. En conséquence, il n'est pas nécessaire que le Groupe spécial aille plus loin dans son analyse.

C. LES PLAIGNANTS N'ONT PAS ÉTABLI QUE LA MESURE NE POUVAIT PAS CONTRIBUER À SES OBJECTIFS

143. Dans le cas peu probable où le Groupe spécial devrait considérer que les plaignants ont établi *prima facie* que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac était "restrictive pour le commerce" selon une interprétation correcte de cette expression, ceux-ci ont échoué dans leur tentative d'établir que cette mesure ne pouvait pas contribuer à ses objectifs de réduire le tabagisme et l'exposition aux produits du tabac en Australie.

144. Comme il est exposé dans la partie III plus haut, le poids écrasant des éléments de preuve qualitatifs établit sans équivoque que, en interdisant que l'emballage du tabac soit utilisé pour faire la publicité et la promotion des produits du tabac – ce qui permet de réduire l'attrait des produits du tabac, d'accroître l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et de limiter l'aptitude de l'emballage du tabac à induire les consommateurs en erreur – la mesure concernant l'emballage neutre du tabac peut décourager l'initiation au tabagisme et la récurrence, encourager le sevrage et réduire l'exposition des individus aux produits du tabac. Les éléments de preuve quantitatifs

²³⁴ Australie, première communication écrite, paragraphes 547 à 561; réponse à la question n° 155 du Groupe spécial.

²³⁵ Australie, première communication écrite, paragraphes 542 à 545; deuxième communication écrite, paragraphes 414 à 420.

²³⁶ Australie, première communication écrite, paragraphes 533 à 541; deuxième communication écrite, paragraphes 407 et 409 à 413.

²³⁷ Australie, observations sur les réponses aux questions n° 151 et 165 du Groupe spécial, paragraphes 59 et 60.

²³⁸ Voir, par exemple, République dominicaine et Honduras, réponses à la question n° 117 du Groupe spécial.

²³⁹ Australie, réponse à la question n° 117 du Groupe spécial, paragraphes 122 et 123; déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 149.

²⁴⁰ Australie, déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 149.

corroboient cette conclusion, et sont compatibles avec le fait que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac fonctionne en synergie avec d'autres éléments de la politique globale de lutte antitabac de l'Australie afin de réduire davantage la consommation des produits du tabac et l'exposition à la fumée du tabac dans ce pays. En outre, les propres concessions et éléments de preuve des plaignants établissent clairement que la mesure est à même de contribuer à la réalisation de ses objectifs.

145. Par conséquent, les plaignants ne se sont en aucun cas acquittés de la charge qui leur incombait d'établir que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac ne pouvait pas contribuer à ses objectifs de santé publique.

D. LES PLAIGNANTS N'ONT PAS ÉTABLI QUE LES RISQUES DÉCOULANT DE LA NON-RÉALISATION DES OBJECTIFS DE LA MESURE N'ÉTAIENT PAS IMPORTANTS

146. Les risques importants pour la santé publique qui découleraient de la non-réalisation des objectifs de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac militent très largement en faveur d'une constatation selon laquelle cette mesure n'est pas plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser ces objectifs au sens de l'article 2.2. Pour tenter de persuader le Groupe spécial de l'affirmation contre-intuitive selon laquelle ces risques seraient autre chose que des risques sérieux et importants, les plaignants ont, une fois de plus, mal interprété le critère juridique pertinent.²⁴¹

147. À cette fin, la République dominicaine et l'Indonésie ont fondamentalement mal interprété la nature des risques pertinents que le Groupe spécial doit évaluer. Contrairement aux termes mêmes de l'article 2.2, qui indiquent clairement que cet aspect de l'analyse globale impose au Groupe spécial d'évaluer les "risques que la non-réalisation entraînerait" – à savoir les risques encourus *dans l'hypothèse* d'une non-réalisation des objectifs de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac –, les deux plaignants font valoir que le Groupe spécial doit en fait évaluer la *probabilité* que la mesure ne réalise pas ses objectifs.²⁴² Le Honduras formule également l'argument absurde selon lequel, puisque l'Australie a adopté une approche globale de la lutte antitabac qui a permis de faire baisser la prévalence du tabagisme et la consommation de tabac, les conséquences qu'entraînerait le fait de ne pas réduire *davantage* les décès prématurés et les maladies graves liés au tabac au moyen de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac ne seraient pas importantes.²⁴³

148. Correctement interprétés, les risques qui découleraient de la non-réalisation des objectifs de santé publique de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac sont notables et importants, et les conséquences comprendraient une augmentation des décès et des maladies liés au tabac en Australie.²⁴⁴ Cela est confirmé par le fait que le Honduras et la République dominicaine reconnaissent, respectivement, que la nature des sérieux risques pour la santé en cause est une préoccupation "essentielle" pour toute société²⁴⁵, et que les conséquences qu'entraînerait la non-réalisation des objectifs de la mesure "seraient sérieuses et importantes"²⁴⁶, ce qui étaye de façon univoque la conclusion selon laquelle la mesure concernant l'emballage neutre du tabac n'est pas plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser ses objectifs légitimes.

E. LES PLAIGNANTS N'ONT PAS PROPOSÉ DE MESURES DE RECHANGE ÉTABLISSANT QUE LA MESURE CONCERNANT L'EMBALLAGE NEUTRE DU TABAC ÉTAIT PLUS RESTRICTIVE POUR LE COMMERCE QU'IL N'ÉTAIT NÉCESSAIRE

149. Enfin, si le Groupe spécial devait poursuivre son analyse globale au titre de l'article 2.2, nonobstant le fait qu'ils n'ont pas établi que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac

²⁴¹ Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 527.

²⁴² Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 532, 541 et 542; observations sur les réponses à la question n° 157 du Groupe spécial, paragraphes 86 à 94.

²⁴³ Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 545 à 547.

²⁴⁴ Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 531 à 540, 543 et 544; première communication écrite, paragraphes 683 à 694; observations sur les réponses à la question n° 157 du Groupe spécial, paragraphes 86 à 90.

²⁴⁵ Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 540; Honduras, première communication écrite, paragraphe 891.

²⁴⁶ Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 543; République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 1029.

était restrictive pour le commerce selon une interprétation correcte²⁴⁷, les plaignants ne se sont pas acquittés de la charge qui leur incombait de proposer des solutions de rechange raisonnablement disponibles qui étaient moins restrictives pour le commerce que cette mesure et capables d'apporter une contribution équivalente à ses objectifs de santé publique.²⁴⁸

150. En particulier, trois des quatre prétendues "solutions de rechange" avancées par les plaignants – une augmentation des droits d'accise, un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat des produits du tabac et l'amélioration des campagnes de marketing social – ne constituent en aucun cas des solutions de rechange, puisqu'elles sont des variations d'éléments *existants* de la politique globale de lutte antitabac de l'Australie.²⁴⁹ Conformément aux constatations formulées dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, ces mesures ne peuvent pas *remplacer* la mesure concernant l'emballage neutre du tabac²⁵⁰, en particulier du fait de l'importance d'une approche globale de la lutte antitabac.²⁵¹ En fait, toute substitution de ce type réduirait l'éventail des mécanismes déployés dans le cadre de la politique globale de lutte antitabac de l'Australie, ce qui limiterait sa capacité à avoir une incidence sur l'éventail le plus large possible de consommateurs et de consommateurs potentiels et compromettrait l'efficacité des mesures de lutte antitabac existantes.²⁵² Cela affaiblirait la politique globale de lutte antitabac de l'Australie en réduisant les synergies entre ses composants, ainsi que son effet total.²⁵³ Les plaignants n'ont pas démontré que, dans le contexte de cette politique, l'une quelconque des trois variations de mesures existantes qu'ils avaient proposées apporterait (ou pourrait apporter) un degré *équivalent* de contribution aux objectifs de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac.²⁵⁴

151. En outre, les critiques formulées par les plaignants contre les mesures existantes de l'Australie sont entièrement infondées, étant donné que l'Australie: est un chef de file mondial dans l'utilisation des droits d'accise comme mesure de lutte antitabac²⁵⁵ – ce fait étant reconnu expressément par le Honduras²⁵⁶; dispose d'une gamme très étendue et dynamique de politiques pour restreindre l'accès des jeunes au tabac²⁵⁷; et est un chef de file dans l'utilisation des campagnes de marketing social comme stratégie de lutte antitabac.²⁵⁸

152. S'agissant de l'unique mesure *de rechange* effective qu'ils proposent – un système de contrôle préalable –, les plaignants n'ont communiqué aucun élément de preuve ou argument crédible à l'appui de leur assertion peu plausible selon laquelle le système apporterait "une contribution équivalente ou supérieure" à celle de la mesure concernant l'emballage neutre du

²⁴⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 322, note de bas de page 647.

²⁴⁸ Australie, première communication écrite, paragraphes 700 à 742; deuxième communication écrite, paragraphes 550 à 569; réponse à la question n° 157 du Groupe spécial, paragraphes 68 à 71; observations sur les réponses à la question n° 157 du Groupe spécial, paragraphes 74 à 95.

²⁴⁹ Australie, première communication écrite, paragraphes 703 à 706; deuxième communication écrite, paragraphes 551 à 554; réponse à la question n° 64 du Groupe spécial, paragraphes 142 à 144; réponse à la question n° 148 du Groupe spécial, paragraphe 21.

²⁵⁰ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 159 et 172.

²⁵¹ Australie, première communication écrite, paragraphes 38 à 49; observations sur les réponses à la question n° 159 du Groupe spécial, paragraphe 100.

²⁵² Australie, réponse à la question n° 64 du Groupe spécial, paragraphes 141 à 144; deuxième communication écrite, paragraphe 562; réponse à la question n° 148 du Groupe spécial, paragraphes 26 et 27; observations sur les réponses à la question n° 159 du Groupe spécial, paragraphe 102.

²⁵³ Australie, première communication écrite, paragraphe 706; réponse à la question n° 64 du Groupe spécial, paragraphes 142 à 144; réponse à la question n° 69 du Groupe spécial, paragraphe 181; deuxième communication écrite, paragraphes 553 et 554; réponse à la question n° 148 du Groupe spécial, paragraphes 23 à 27; réponse à la question n° 157 du Groupe spécial, paragraphes 38 à 40; réponse à la question n° 158 du Groupe spécial; observations sur les réponses à la question n° 161 du Groupe spécial, paragraphes 107 à 111.

²⁵⁴ Australie, première communication écrite, paragraphes 718 à 724; deuxième communication écrite, paragraphes 556 à 562; réponse à la question n° 139 du Groupe spécial, paragraphe 41; observations sur les réponses à la question n° 157 du Groupe spécial, paragraphes 74 à 80; observations sur les réponses aux questions n° 151 et 165 du Groupe spécial, paragraphes 56 et 57.

²⁵⁵ Australie, réponse à la question n° 158 du Groupe spécial.

²⁵⁶ Australie, réponse à la question n° 158 du Groupe spécial, paragraphe 87.

²⁵⁷ Australie, première communication écrite, paragraphes 709 à 711.

²⁵⁸ Australie, première communication écrite, paragraphes 713 à 717; observations sur les réponses à la question n° 157 du Groupe spécial, paragraphe 79.

tabac alors qu'il vise à supprimer la normalisation de l'emballage du tabac²⁵⁹ et à rétablir l'emballage du tabac comme moyen publicitaire et promotionnel des produits du tabac.²⁶⁰ En tout état de cause, un système de contrôle préalable n'est pas "raisonnablement disponible" en raison des coûts prohibitifs et des charges qui pourraient en résulter.²⁶¹

153. En outre, les plaignants ne se sont pas acquittés de la charge qui leur incombait de proposer des solutions de rechange *moins* restrictives pour le commerce que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac.²⁶² Au regard du critère abstrait de "limitation des possibilités de concurrence" que les plaignants énoncent, leurs solutions de rechange sont en fait *plus* restrictives pour le commerce que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac²⁶³ – une conclusion que les plaignants ont cherché à occulter au moyen de divers arguments artificiels.²⁶⁴ De plus, selon une interprétation correcte du caractère restrictif pour le commerce, les plaignants postulent explicitement que leurs solutions de rechange restreindraient *autant* le volume du commerce des produits du tabac pour apporter une contribution équivalente aux objectifs de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac.²⁶⁵ Rien dans la jurisprudence de l'OMC ne permet de préférer une solution de rechange qui restreint *autant* le commerce à la mesure en cause.²⁶⁶

154. En conséquence, une évaluation des mesures de rechange proposées par les plaignants renforce la conclusion selon laquelle la mesure concernant l'emballage neutre du tabac n'est pas "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" pour réaliser ses objectifs légitimes au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC.

VI. CUBA N'A PAS ÉTABLI D'ÉLÉMENTS *PRIMA FACIE* AU TITRE DE L'ARTICLE IX:4 DU GATT DE 1994

155. Le fondement de l'allégation de Cuba selon laquelle la mesure concernant l'emballage neutre du tabac est incompatible avec l'article IX:4 du GATT de 1994 est que la prohibition de l'utilisation de la marque "Habanos" sur l'emballage des gros cigares cubains fabriqués à la main réduit substantiellement la valeur de ces derniers.

156. Cet argument est totalement dénué de fondement car: i) Cuba n'a pas établi que les mesures affectant les marques, autres que celles se rapportant au pays d'origine, relevaient de l'article IX²⁶⁷; ii) même à supposer pour les besoins de l'argumentation que d'autres marques, comme la marque "Habanos", entraient dans le champ d'application, l'Organe d'appel a confirmé sans ambiguïté que l'article IX soumettait uniquement à discipline les mesures *exigeant* des marques d'origine, et non les mesures interdisant ces marquages²⁶⁸; et iii) Cuba n'a pas étayé son assertion selon laquelle il y avait eu une réduction de la valeur des gros cigares cubains fabriqués

²⁵⁹ Australie, première communication écrite, paragraphe 728; deuxième communication écrite, paragraphe 564.

²⁶⁰ Australie, première communication écrite, paragraphe 728; deuxième communication écrite, paragraphes 564 à 569; réponse à la question n° 157 du Groupe spécial; observations sur les réponses à la question n° 157 du Groupe spécial, paragraphes 84 et 85.

²⁶¹ Australie, première communication écrite, paragraphes 725 à 728, 736 et 740; déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 155; réponse à la question n° 157 du Groupe spécial; observations sur les réponses à la question n° 157 du Groupe spécial, paragraphes 81 à 83.

²⁶² Australie, première communication écrite, paragraphes 734 à 736 et 740; deuxième communication écrite, paragraphe 563.

²⁶³ Australie, première communication écrite, paragraphes 734 à 736 et 740; deuxième communication écrite, paragraphe 563; déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 156; réponse à la question n° 151 du Groupe spécial, paragraphes 45 à 51; observations sur les réponses aux questions n° 151 et 165 du Groupe spécial, paragraphe 61; observations sur la réponse de la République dominicaine à la question n° 153 du Groupe spécial, paragraphes 68 et 69.

²⁶⁴ Australie, observations sur les réponses aux questions n° 151 et 165 du Groupe spécial, paragraphes 50 à 55.

²⁶⁵ Australie, déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 157; réponse à la question n° 151 du Groupe spécial, paragraphe 40; observations sur les réponses aux questions n° 151 et 165 du Groupe spécial, paragraphe 58.

²⁶⁶ Australie, observations sur les réponses aux questions n° 151 et 165 du Groupe spécial, paragraphe 58.

²⁶⁷ Australie, première communication écrite, paragraphes 750 et 751; réponse à la question n° 83 du Groupe spécial; Canada, communication écrite en tant que tierce partie, paragraphe 104.

²⁶⁸ Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 577 et 578; réponse à la question n° 133 du Groupe spécial; rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.356; Australie, première communication écrite, paragraphes 745 à 749.

à la main depuis l'introduction de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac, et encore moins démontré qu'il y avait eu une réduction "substantielle" qui était imputable à la prohibition de l'usage de la marque "Habanos".²⁶⁹ Chacun de ces facteurs est réducteur pour l'argument de Cuba.

157. Même en supposant pour les besoins de l'argumentation qu'il serait constaté d'une manière ou d'une autre que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac était provisoirement incompatible avec l'article IX:4, la mesure bénéficierait de l'exception au titre de l'article XX b).²⁷⁰

158. Étant donné que Cuba n'a pas établi *prima facie* que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac était incompatible avec l'article IX:4 du GATT de 1994, l'allégation qu'elle a formulée doit être rejetée dans son intégralité.

VII. CONCLUSION

159. Pour les raisons exposées dans la présente et que l'Australie a expliquées plus en détail dans ses communications écrites, ses déclarations orales, ses réponses aux questions posées par le Groupe spécial et ses observations sur les réponses des plaignants, chacune des allégations des plaignants en l'espèce est infondée tant en droit qu'en fait.

160. En outre, les allégations et les arguments des plaignants en l'espèce ont des implications préoccupantes pour tous les Membres de l'OMC qui envisagent d'adopter des mesures de santé publique et pour le système de règlement des différends de l'OMC lui-même.²⁷¹ Le critère improbable²⁷² au moyen duquel les plaignants ont demandé au Groupe spécial d'évaluer la mesure concernant l'emballage neutre du tabac de l'Australie n'a pas de fondement dans le droit de l'OMC et fait entièrement abstraction du contexte politique dans lequel les responsables de l'élaboration des politiques de santé publique assument leur importante fonction.²⁷³ Les allégations et les arguments des plaignants en l'espèce menacent le droit essentiel d'un Membre de l'OMC, tel qu'il a constamment été reconnu par des groupes spéciaux antérieurs et l'Organe d'appel, de décider du niveau de protection qu'il cherche à atteindre lorsqu'il s'agit de protéger la vie et le bien-être de ses citoyens.²⁷⁴

161. L'emballage neutre du tabac est une mesure légitime de santé publique, fondée sur un vaste ensemble d'éléments de preuve scientifiques et sur les recommandations explicites des parties à la FCTC. Les éléments de preuve démontrent que la mesure contribue déjà à la réalisation des objectifs de santé publique de l'Australie, et il est probable que ses effets augmenteront dans le long terme. Les plaignants n'ont pas démontré que cette mesure de lutte antitabac efficace était incompatible avec les obligations de l'Australie au titre des accords visés. Par conséquent, l'Australie demande que le Groupe spécial rejette, dans leur intégralité, les allégations des plaignants au titre des articles 2:1 (incorporant l'article 6*quinquies* A 1) et l'article 10*bis* de la Convention de Paris), 15:4, 16:1, 16:3, 20, 22:2b) et 24:3 de l'Accord sur les ADPIC, de l'article 2.2 de l'Accord OTC²⁷⁵ et de l'article IX:4 du GATT de 1994.

²⁶⁹ Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 579 à 585; réponse à la question n° 137 du Groupe spécial.

²⁷⁰ Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 586 à 595; première communication écrite, paragraphes 754 à 761.

²⁷¹ Australie, déclaration finale à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial.

²⁷² Australie, déclaration finale à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 7 à 22.

²⁷³ Australie, déclaration finale à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 15 à 20 et 27 à 35.

²⁷⁴ Australie, déclaration finale à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 30 à 32.

²⁷⁵ L'Australie note que, dans leurs demandes respectives d'établissement d'un groupe spécial, les plaignants ont formulé des allégations au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC et de l'article III:4 du GATT de 1994 (traitement national). Ils n'ont maintenu ces allégations dans aucune de leurs communications écrites ou orales en l'espèce. Ces allégations doivent donc être réputées avoir été abandonnées par les plaignants.

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

ANNEXE C-1**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DES ARGUMENTS DE L'ARGENTINE***

1. L'Argentine estime que la mesure concernant l'emballage neutre de l'Australie est conçue pour sauvegarder la santé publique, qu'elle fait partie d'une campagne visant à dissuader les gens de fumer et qu'elle a été mise en place dans le cadre de l'exercice du pouvoir réglementaire de l'État. La promotion du tabac et les campagnes publicitaires en faveur du tabac comptent parmi les plus grandes menaces pour la santé publique.
2. L'Argentine considère que l'article 8 de l'Accord sur les ADPIC est la reconnaissance expresse du champ d'action que les Membres conservent dans le cadre de cet accord pour adopter des lois et réglementations à des fins de politique publique, y compris la protection de la santé publique.
3. En outre, la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, approuvée par les Membres de l'OMC en novembre 2001¹, constitue un cadre interprétatif pertinent pour le champ d'application de certains articles de l'Accord sur les ADPIC.
4. La Déclaration susmentionnée non seulement établit que l'Accord n'empêche pas et ne devrait pas empêcher les Membres de l'OMC de prendre des mesures pour protéger la santé publique, mais elle réaffirme également le droit des Membres de recourir pleinement aux dispositions de l'Accord, qui ménagent une flexibilité à cet effet. Elle préconise aussi un équilibre entre les pouvoirs des États pour la mise en œuvre des politiques de santé et les droits de propriété intellectuelle établis dans l'Accord sur les ADPIC.
5. L'Argentine relève aussi que la Déclaration de Doha reflète le consensus entre les pays Membres de l'OMC en faveur d'une application directe des principes d'interprétation du droit international à l'Accord sur les ADPIC. Le paragraphe 5 a) de la Déclaration souligne l'importance des règles telles que l'article 8 de l'Accord sur les ADPIC pour l'interprétation des dispositions de l'Accord à la lumière de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui dispose que les traités doivent être interprétés à la lumière de leur objet et de leur but.²
6. Pour ce qui est de l'interprétation du champ d'application de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC en relation avec les principes établis à l'article 8:1 de l'Accord, l'Argentine considère que le Groupe spécial devrait garder à l'esprit que cet instrument devrait être mis en œuvre d'une manière qui appuie le droit des Membres de protéger la santé publique.
7. Sans préjudice de ce qui précède, l'Argentine estime que la normalisation des éléments de la marque (couleur, logo, etc.), prévue par la mesure concernant l'emballage neutre, peut en limiter le caractère distinctif au sens de l'article 15:1. Cette normalisation ainsi que la réduction notable des variables distinctives d'une marque peuvent entraîner une certaine confusion pour le consommateur.
8. En outre, tant l'Australie que plusieurs tierces parties³ ont insisté sur certains aspects de la fonction publicitaire de l'emballage des cigarettes et du tabac, étant donné qu'il s'agit de produits de grande visibilité, que les consommateurs emportent avec eux et laissent en évidence en divers lieux. C'est pourquoi il a été dit que l'emballage des produits du tabac jouait un rôle important dans la communication d'une marque et faisait partie d'un éventail de mesures de commercialisation visant plusieurs types de consommateurs. En particulier, l'accent a été mis sur

* Original espagnol.

¹ Conférence ministérielle de l'OMC, Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique (WT/MIN(01)/DEC/2, 20 novembre 2001).

² *Idem.*

³ Communication de la Norvège en tant que tierce partie, paragraphe 123. Sans préjudice de l'admission par le Groupe spécial de communications non demandées dans la présente procédure, la question a également été traitée par l'Organisation mondiale de la santé dans sa communication d'*amicus curiae* datée du 16 février 2015, page 9.

la façon dont l'emballage des cigarettes contribue à inciter les jeunes à devenir fumeurs. Il s'ensuit, *a contrario*, que l'absence des éléments susmentionnés de la marque qui en font attrait, outre les mises en garde sanitaires, peut faire de l'emballage neutre une mesure efficace pour atteindre les objectifs poursuivis.

9. De l'avis de l'Argentine, la prohibition énoncée à l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC se rapporte à l'enregistrement d'une marque, tandis que la mesure concernant l'emballage neutre prescrit les modalités d'utilisation de la marque enregistrée. Par conséquent, l'Argentine considère que l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC ne concerne pas la jouissance des droits, mais simplement leur existence. Néanmoins, elle conçoit que l'un des principaux objectifs de l'enregistrement, en particulier dans les pays où l'enregistrement est un élément constitutif, est l'usage effectif de la marque enregistrée.

10. S'agissant de l'interprétation de l'article 16 de l'Accord sur les ADPIC, en particulier l'article 16:1 et 16:3, l'Argentine comprend que, comme l'Organe d'appel l'a souligné⁴, les droits conférés par cet article 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*". Elle rappelle que l'enregistrement d'une marque a notamment pour but d'empêcher qu'une tierce partie enregistre ou utilise une marque, et que l'article en question fait référence à ces droits exclusifs sur les marques.

11. L'Argentine croit comprendre qu'en vertu des prescriptions établies par la Loi sur l'emballage neutre pour l'usage d'une marque, un nouveau signe est créé qui diffère de la marque enregistrée, et que c'est la raison pour laquelle deux signes différents coexistent en Australie, pour une même marque depuis l'entrée en vigueur de la Loi sur l'emballage neutre: un signe enregistré d'utilisation restreinte et un signe non enregistré dont l'utilisation est prescrite.

12. L'Argentine considère que cette situation est particulièrement pertinente pour les cas mentionnés à l'article 16:1 et 16:3 de l'Accord sur les ADPIC, et convient avec le Japon que le droit conféré au titulaire de la marque est un droit d'exclusion.⁵

13. L'Argentine note aussi que même si l'emballage neutre du tabac assure une forme standard⁶ d'utilisation de la marque, cette utilisation peut être sujette à des variations des couleurs, des tailles et des polices utilisées, qui pourraient conduire à une prolifération de marques prescrites qui diffèrent d'un pays à l'autre. Elle estime donc que l'utilisation d'une marque sous une forme prescrite devrait bénéficier de la même protection qu'une marque enregistrée, faute de quoi cette marque risquerait de faire l'objet d'une utilisation non autorisée.

14. Pour ce qui est de la question des indications géographiques, l'Argentine est d'avis que l'article 24:3 de l'Accord sur les ADPIC devrait être analysé grammaticalement. La version espagnole de cet article dispose 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 l'élément central et "*de las indicaciones geográficas ...*" le déterminant indirect. En conséquence, l'Argentine ne partage pas l'avis de l'Australie et estime que le but de l'obligation de ne pas diminuer la protection se rapporte à la protection des indications géographiques en général.

15. Cette interprétation est corroborée par la version française de l'article: "*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.*" Là encore, il est clairement fait référence à la protection des indications géographiques en général. En effet, si le texte se rapportait à des indications géographiques particulières, il emploierait le pluriel "*qui existaient*".

⁴ États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits, paragraphes 186 à 188 (WT/DS176/AB/R) "... 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 droits exclusifs protègent le titulaire contre les atteintes que des tiers non autorisés pourraient porter à la marque enregistrée".

⁵ Communication du Japon en tant que tierce partie, paragraphe 4.

⁶ Conformément à la disposition 46 des Directives pour l'application de l'article 11 de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac.

16. En ce qui concerne l'applicabilité de l'Accord OTC en l'espèce, l'Argentine considère que, conformément à l'analyse effectuée par l'Organe d'appel dans l'affaire citée par l'Australie *CE – Bananes III*⁷, lorsqu'une mesure relève de deux accords visés ou plus, c'est la norme qui traite expressément, et de manière détaillée, la question particulière qui devrait s'appliquer. À cet égard, l'Argentine convient avec l'Australie que le cadre juridique approprié pour l'analyse d'une restriction alléguée d'une marque est l'Accord sur les ADPIC et non l'Accord OTC.

17. Cependant, si le Groupe spécial devait estimer que l'Accord OTC s'applique en l'espèce, l'Argentine considérerait qu'il serait tenu, en raison de l'allégation des plaignants, d'examiner si le règlement technique qui régit l'aspect physique de l'emballage neutre est nécessaire au regard de l'article 2.2 de l'Accord OTC. À cet égard, elle rappelle que la question de la nécessité a été analysée⁸ dans des affaires antérieures, et qu'il était entendu que la jurisprudence relative à l'article XX du GATT de 1994 était pertinente pour l'interprétation du mot "nécessaire" au regard de l'Accord OTC.

18. L'article 2.2 de l'Accord OTC établit que "les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime...". En fait, la règle elle-même inclut parmi les objectifs légitimes "la protection de la santé ou de la sécurité des personnes". En outre, le Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* "... a considéré qu'il [allait] de soi que l'objectif qui était de réduire le tabagisme chez les jeunes était un "objectif légitime""⁹.

19. L'Argentine est d'avis qu'il pourrait être utile, dans une analyse pour déterminer si une mesure est ou non incompatible avec l'article 2.2 de l'Accord OTC, de garder à l'esprit que l'article peut être scindé en deux phrases, la première disposant que: "*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.*"

20. La deuxième phrase dispose ce qui suit: "*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.*"

21. Quant aux objectifs légitimes, cet article contient une liste non exhaustive qui inclut expressément les objectifs suivants :

"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."

22. Afin de déterminer si une mesure est contraire aux dispositions de l'article 2.2, il nous faut examiner les points suivants:

- a) le lien entre les première et deuxième phrases: les dispositions énoncées dans les première et deuxième phrases ne font pas référence à des obligations différentes mais à la même obligation. Dans l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, le Groupe spécial a indiqué qu'il suffisait de noter que la deuxième phrase était introduite par les termes "[À] cette fin", qui établissaient un lien direct entre les deux phrases et impliquaient que la deuxième expliquait le sens de la première.¹⁰
- b) les deux Groupes spéciaux *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*¹¹ et *États-Unis – Thon II* ont établi un mécanisme d'examen en deux étapes pour analyser la conformité des règlements techniques contestés avec les dispositions de l'article 2.2. Selon ce

⁷ Première communication écrite de l'Australie, paragraphe 511.

⁸ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 7.353 à 7.368.

⁹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.347.

¹⁰ Document WT/DS406/R, note de bas de page 618.

¹¹ Document WT/DS406/R.

mécanisme, pour déterminer si un règlement technique était conforme à ces dispositions, le Groupe spécial devait:

- i) évaluer si ce règlement visait ou réalisait un objectif légitime;
 - ii) dans l'affirmative, examiner si les dispositions du règlement étaient plus restrictives qu'il n'était nécessaire pour réaliser cet objectif, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait.
- c) la notion de "nécessité" est exprimée tant dans la première phrase que dans la deuxième de l'article 2.2 au moyen, dans la première phrase, des mots "obstacles non nécessaires au commerce international" et, dans la deuxième phrase, des mots "pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire". Comme l'Organe d'appel l'a fait observer dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, l'évaluation de la "nécessité", dans le contexte de l'article 2.2, comporte une "analyse relationnelle" des facteurs suivants:
- i) le caractère restrictif pour le commerce du règlement technique;
 - ii) le degré de contribution qu'il apporte à l'accomplissement d'un objectif légitime;
 - iii) la nature des risques en cause et la gravité des conséquences qui découleraient de la non-réalisation de l'objectif (des objectifs) poursuivi(s) par le Membre au moyen de sa mesure.

23. Dans un cas particulier, la détermination par un groupe spécial de ce qui est considéré comme "nécessaire" sera fondée sur un examen de tous ces facteurs.

24. De par ses termes, l'article 2.2 de l'Accord OTC exige une évaluation de la nécessité du caractère restrictif pour le commerce de la mesure en cause. À cet égard, l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)* a défini l'expression "restrictif pour le commerce" comme signifiant "ayant un effet limitatif sur le commerce". De plus, il a constaté que la référence aux "obstacles non nécessaires" figurant dans l'article 2.2 impliquait qu'"un certain" caractère restrictif pour le commerce était autorisé et, aussi, que ce qui était effectivement prohibé c'étaient les restrictions au commerce international qui "[allaient] au-delà de ce qui [était] nécessaire pour accomplir le degré de contribution qu'un règlement technique apport[ait] à l'accomplissement d'un objectif légitime".

25. Dans l'affaire *États-Unis – Thon*, le Groupe spécial a indiqué qu'il incombait au Mexique, en tant que plaignant, de démontrer que les conditions étaient remplies, pour pouvoir conclure à l'existence d'une violation de l'article 2.2 de l'Accord OTC.¹²

26. Dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, l'Organe d'appel a constaté que le mot "réaliser" avait trait au degré de contribution que le règlement technique apportait à l'accomplissement de l'objectif légitime.¹³ Cette constatation était fondée sur le libellé du sixième considérant¹⁴ du préambule de l'Accord OTC, qui dispose que, sous réserve de certaines restrictions, un Membre ne sera pas empêché de prendre les mesures nécessaires à l'accomplissement de ses objectifs légitimes "aux niveaux qu'il considère appropriés".

27. L'Argentine convient que l'objectif de protection de la santé publique est légitime en soi et que, même si l'objectif de réduire l'attrait des produits n'est pas en lui-même légitime, il l'est dans le présent différend, étant donnée la nocivité des produits du tabac.

28. Quant à la valeur qui devrait être attribuée aux Directives de l'OMS, l'Argentine convient avec le Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* que celles-ci "ne sont pas

¹² Document WT/DS381/R.

¹³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 315.

¹⁴ Le sixième considérant se lit comme 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[.]"

contraignantes pour les parties"¹⁵ et que "les Directives partielles de l'OMS ne s'appliquent pas nécessairement directement aux besoins réglementaires particuliers d'un pays donné".¹⁶ Elle convient également que ces directives, ""s'appuyant sur les meilleures données scientifiques disponibles et sur l'expérience des Parties", montrent effectivement qu'il existe un consensus croissant au sein de la communauté internationale en faveur du renforcement des politiques de lutte antitabac ...".¹⁷

29. Enfin, au sujet des différences dans l'interprétation du mot "injustifiable" figurant dans le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994 et de l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, et en gardant à l'esprit la différence de structure réglementaire entre l'article XX du GATT de 1994 et l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, l'Argentine souhaite souligner avant tout qu'à son avis, chacun des articles susmentionnés ainsi que la terminologie qui y est employée devraient être interprétés à la lumière de l'Accord dans lequel ils figurent.

30. Par conséquent, l'Argentine estime que la notion d'"entrave injustifiable" devrait être interprétée à la lumière des dispositions de l'Accord sur les ADPIC, compte tenu des objectifs et des buts de l'Accord conformément à la Déclaration de Doha, sans extrapoler l'application de l'article XX du GATT.

¹⁵ *États-Unis – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle*, WT/DS406/R, paragraphe 7.230.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

ANNEXE C-2

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DES ARGUMENTS DU BRÉSIL

I. La FCTC en tant que traité international de santé publique

1. La Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac (FCTC) est devenue le premier traité international de santé publique, et elle est aujourd'hui considérée comme le traité ayant recueilli la plus large adhésion dans l'histoire des Nations Unies, avec 180 parties. La FCTC reconnaît que la propagation de l'épidémie de tabagisme est un problème mondial aux conséquences sérieuses pour la santé publique. Des données scientifiques ont établi de manière irréfutable que la consommation de tabac et l'exposition à la fumée du tabac étaient cause de décès, de maladie et d'incapacité. En outre, étant donné que la consommation de tabac peut avoir de graves conséquences économiques pour les systèmes de santé, elle représente une charge plus lourde pour les pays en développement et les pays les moins avancés. Par conséquent, la FCTC lance un appel pour la coopération internationale la plus large possible en vue d'une action internationale efficace, adaptée et globale. Le Brésil estime que la mise en œuvre effective de la FCTC représente un héritage important pour les générations actuelles et futures. En ce sens, il importe de ne pas perdre de vue que la Convention est avant tout un traité fondé sur des données factuelles, qui réaffirme le droit de tous les peuples au niveau de santé le plus élevé possible.

2. Depuis son entrée en vigueur, la FCTC fournit aux gouvernements des orientations importantes et des possibilités de coopération pour le renforcement de leurs politiques nationales de lutte antitabac. L'article 2.1 de la FCTC encourage les parties à mettre en œuvre des mesures allant au-delà de ce qui est prescrit par les dispositions de la Convention et ses protocoles, voire à imposer des restrictions plus sévères pour autant qu'elles soient compatibles avec la Convention et conformes au droit international. Le Brésil est également convaincu qu'il est très important d'actualiser les efforts de lutte antitabac en fonction de toute évolution du marché du tabac et des nouvelles stratégies en matière de lutte, et de le faire en permanence sur la base des considérations scientifiques, techniques et économiques actuelles et pertinentes.

II. Article 2.1 de la FCTC et directives de la Conférence des Parties

3. Conformément à l'article 2.1 de la FCTC, les parties ne sont pas simplement autorisées à aller au-delà de la Convention pour ce qui est des mesures de lutte antitabac, mais elles sont encouragées à le faire, en particulier lorsque cette disposition est lue dans le contexte d'autres dispositions. Par exemple, l'article 5.1 de la FCTC, sous l'intitulé "Obligations générales", établit que "[c]haque 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". En outre, la deuxième partie de l'article 2.1 indique clairement que "... rien dans ces instruments n'empêche une Partie d'imposer des restrictions plus sévères ...". Dans le préambule de la Convention il est jugé nécessaire à la fois "d'être vigilant face aux efforts éventuels de l'industrie du tabac visant à saper ou dénaturer les efforts de lutte antitabac" et de "promouvoir des mesures de lutte antitabac fondées sur les considérations scientifiques, techniques et économiques actuelles et pertinentes".

4. Le Brésil estime que les Directives de la FCTC devraient être prises en considération en tant que contexte pertinent, en particulier si elles doivent être qualifiées de normes internationales pertinentes au regard de l'article 2.5 de l'Accord OTC. Dans le différend *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, par exemple, le Groupe spécial a clairement dit qu'il était 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" et a relevé la pertinence des Directives de la FCTC pour ce qui était de savoir qu'il existait 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". Cette opinion était partagée par l'Organe d'appel, qui a également reconnu l'importance des efforts des Membres pour lutter contre le tabac dans le cadre de l'Organisation mondiale de la Santé et s'est dit convaincu que rien dans les Accords visés ne devait être interprété comme empêchant les Membres d'élaborer et de mettre en

œuvre des politiques de santé publique en général et des politiques de lutte antitabac en particulier.

5. En même temps que l'article 2.1 de la FCTC exige que les mesures qui vont au-delà de la Convention soient conformes au droit international, lequel inclut naturellement le droit commercial international, les Accords de l'OMC visés reconnaissent et respectent pleinement le droit souverain des Membres de prendre des mesures réglementaires pour répondre à des préoccupations légitimes en matière de santé publique.

III. L'OMC reconnaît le droit des Membres de protéger la santé publique

6. Comme il a été reconnu à la quatrième Conférence ministérielle de l'OMC à Doha, en 2001, rien dans les règles de l'OMC n'empêche les Membres de l'Organisation de prendre des mesures pour protéger la vie ou la santé des personnes, aux niveaux qu'ils considèrent 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) ni ne constituent une restriction déguisée au commerce international, iii) et qu'elles soient par ailleurs conformes aux dispositions des Accords de l'OMC.

7. En particulier pour ce qui est des engagements dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, les Membres de l'OMC ont adopté la Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique à la Conférence ministérielle de Doha, où ils sont convenus que cet accord ne les empêchait pas et ne devrait pas les empêcher de prendre des mesures pour protéger la santé publique. En même temps, le droit des Membres de recourir pleinement aux dispositions de l'Accord sur les ADPIC, qui ménagent une flexibilité à cet effet, a été réaffirmé. Les Membres de l'OMC ont reconnu que ces flexibilités incluaient, entre autres, la nécessité impérieuse 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. Le Brésil convient que la protection de la santé des personnes est de la plus haute importance et que les accords visés en général, et l'Accord sur les ADPIC en particulier, ménagent une marge de manœuvre suffisante aux Membres pour poursuivre cet objectif. Néanmoins, il estime qu'en poursuivant leurs objectifs de politique générale publique, les Membres doivent tenir compte des droits et des obligations dans le cadre de l'OMC ainsi que de la nécessité d'assurer un juste équilibre entre eux.

IV. Usage d'une marque enregistrée au cours d'opérations commerciales

8. Le fait même que les marques sont protégées dans le cadre de l'OMC atteste que la propriété intellectuelle est importante pour le système commercial multilatéral, en particulier pour ce qui est de la concurrence loyale et de l'accès au marché. Comme il est souligné dans le mémoire d'*amicus curiae* de la Confédération nationale de l'industrie du Brésil (CNI), les marques sont des actifs importants des sociétés qui ont des plans de croissance à long terme à l'échelle mondiale. De même, l'Association brésilienne de la propriété intellectuelle (ABPI) a rappelé que des investissements considérables étaient réalisés dans la création, le développement et la protection de marques, qui étaient réputées essentielles au succès des opérations commerciales dans le pays et à l'étranger.

9. Bien que l'usage d'une marque enregistrée au cours d'opérations commerciales ne constitue pas une étape automatique après l'enregistrement (car il pourrait y avoir plusieurs prescriptions des pouvoirs publics à respecter auparavant), le Brésil croit comprendre que l'enregistrement d'une marque implique bien une utilisation attendue, tout à fait légitime, qui non seulement concrétiserait la protection conférée aux marques en vertu de l'Accord sur les ADPIC, mais leur permettrait aussi de remplir leur fonction socio-économique. Comme le Groupe spécial *CE – Indications géographiques* l'a affirmé, il est possible de comprendre la fonction des marques, telle qu'elle est décrite à l'article 15:1 de l'Accord sur les ADPIC, comme étant propres à distinguer les produits ou les services des entreprises au cours d'opérations commerciales. Par conséquent, 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 cette fonction. Si la fonction d'une marque est de distinguer des produits ou des services, alors elle peut uniquement être remplie si: i) des tierces parties sont empêchées de faire usage de signes identiques/similaires pour des produits ou services identiques/similaires dans les cas où un tel usage entraînerait un risque de confusion et si ii) la marque est effectivement utilisée au cours d'opérations

commerciales. Par conséquent, l'Accord sur les ADPIC accorde expressément des droits exclusifs aux titulaires des marques enregistrées s'agissant de la première condition (article 16:1) et, pour ce qui est de la deuxième condition, interdit aux Membres d'entraver de manière injustifiable l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales par des prescriptions spéciales (article 20). Le Brésil est conscient qu'il n'y a dans l'Accord sur les ADPIC aucune disposition selon laquelle "le titulaire d'une marque enregistrée aura le droit de l'utiliser au cours d'opérations commerciales". Toutefois, il semble également évident que l'article 20 non seulement reconnaît qu'il importe qu'une marque soit utilisée au cours d'opérations commerciales pour remplir sa fonction socio-économique, mais encore protège cet usage contre des prescriptions spéciales qui constitueraient sinon une entrave injustifiable.

V. L'article 20 de l'Accord sur les ADPIC protège les marques enregistrées pour que leur usage ne soit pas entravé de manière injustifiable par des prescriptions spéciales

10. Le Brésil croit comprendre que l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC établit pour les Membres de l'OMC l'obligation claire de ne pas entraver de manière injustifiable par des prescriptions spéciales l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales. Cette obligation tient compte de l'importance qu'il y a à utiliser une marque pour qu'elle remplisse sa fonction socio-économique, mais en même temps, si elle est lue conjointement avec l'article 8:1, n'empêche pas les Membres d'adopter des mesures pour protéger la santé publique. En ce sens, 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 présenter des éléments de preuve en sa faveur tandis que le défendeur resterait tenu de démontrer le contraire.

11. De l'avis du Brésil, l'expression "prescriptions spéciales" figurant à l'article 20 ne se limiterait pas à des prescriptions applicables spécifiquement à des marques individuelles, de sorte que toute prescription horizontale serait automatiquement réputée injustifiable, et donc incompatible avec cette disposition. Le Brésil croit comprendre que l'expression "prescriptions spéciales" figurant à l'article 20 peut 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 soit horizontale ne semble pas en lui-même constituer une preuve de violation de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC.

12. Le Brésil n'est pas non plus convaincu que l'interdiction de l'usage de marques ne relèverait pas de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC. Cet article contient une liste non exhaustive d'exemples de prescriptions spéciales (introduite par les mots "telles que") qui pourraient constituer une entrave à l'usage des marques, et cette liste en soi n'exclut pas l'interdiction d'utiliser le champ d'application de l'article. D'après la définition donnée par le dictionnaire, le Brésil croit comprendre que "encumbering the use" (entraver l'usage) serait équivalent à "impeding the use" (empêcher l'usage), et il semble donc que les interdictions sont effectivement une forme d'entrave – probablement la plus radicale par comparaison avec les exemples donnés à l'article 20. En outre, si l'interdiction d'utiliser était réputée ne pas relever de l'article 20, cela pourrait alors créer une échappatoire dans l'Accord sur les ADPIC, qui permettrait de contourner l'obligation de ne pas entraver de manière injustifiable l'usage des marques en l'interdisant totalement.

V.1 Interprétation de l'expression "usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales"

13. Le Brésil ne pense pas que le fait qu'un marché d'un produit donné soit considéré comme "discret" (à savoir que les consommateurs ne voient le produit qu'après l'achat, c'est-à-dire après la conclusion des opérations commerciales) ait une incidence sur le champ d'application de l'article 20. L'expression "usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales", qui figure à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, se comprend mieux si on l'oppose à d'autres usages d'une marque qui n'intéressent pas l'OMC, comme l'utilisation d'en-têtes de lettre, de matériel promotionnel et de publicité, voire de contrats de parrainage. Lorsqu'elle est lue conjointement avec l'article 15, l'expression "usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales" semble restreindre le champ d'application de la disposition au cas dans lequel des marques sont appliquées à des produits ou services d'une entreprise pour les distinguer de ceux d'autres entreprises. En conséquence, le champ d'application de l'article 20, notamment en ce qui concerne l'expression "usage d'une marque de

fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales", ne dépend pas du point de savoir si ou à quel moment les consommateurs entrent effectivement en contact direct avec les produits et leurs marques.

V.2 Évaluation du point de savoir si une entrave constituée par une mesure en cause est injustifiable

14. Pour le Brésil, l'expression "de manière injustifiable", telle qu'elle figure à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, 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. Par conséquent, le Brésil estime que, pour évaluer si une prescription spéciale entrave de manière injustifiable l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales, il n'est peut-être pas suffisant de démontrer l'absence d'un lien rationnel entre la mesure en cause et un certain objectif de politique générale. Il faudrait en fait que les plaignants démontrent que l'entrave constituée par la mesure n'est pas proportionnée à l'importance du but poursuivi. De même, il ne suffirait pas que le défendeur explique les raisons pour lesquelles il a adopté une prescription donnée: il serait aussi 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. 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.

15. L'expression "de manière injustifiable" vise à établir un juste équilibre entre la capacité d'un Membre de réglementer et son obligation de s'abstenir d'entraver la manière dont une marque peut être utilisée. Par conséquent, plus que l'évaluation du point de savoir si l'objectif poursuivi est légitime et s'il existe un lien rationnel entre la mesure en cause et cet objectif, l'expression "de manière injustifiable" semble ajouter au critère d'analyse la question de savoir si l'entrave constituée par la mesure est proportionnée/équivalente à l'importance de l'objectif poursuivi.

VI. Obstacles techniques au commerce et article 2.2 et 2.5

16. 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. 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. Ces accords constituent 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.

17. Quant au degré de contribution d'une mesure à son objectif déclaré, le Brésil considère qu'il devrait être discerné d'après la conception, la structure et le fonctionnement de la mesure; les éléments de preuve relatifs à l'application de la mesure devraient être pris en compte en tant que renseignement objectif. Dans les cas où les mesures viennent tout juste d'être mises en œuvre, le Groupe spécial voudrait peut-être non seulement inclure dans son évaluation les éléments de preuve relatifs aux effets de l'application effective de la mesure, mais prendre aussi en compte ce que la mesure – au vu de sa conception et de sa structure – pourrait accomplir à plus long terme. Étant donné que les mesures adoptées s'insèrent dans une stratégie globale qui en comporte d'autres, la réalisation des objectifs déclarés n'est parfois pleinement discernable que dans l'interaction de tous les éléments de la stratégie et au cours du temps.

18. L'analyse de la mesure devrait commencer par l'article 2.5, en ce qui concerne à la fois la compatibilité avec la norme internationale pertinente et l'existence d'un objectif légitime. Cet ordre d'analyse est logique d'un point de vue procédural, parce que si les deux conditions susmentionnées sont remplies et ne sont pas réfutées, il y a présomption de compatibilité avec l'article 2.2: la mesure ne crée pas d'obstacle non nécessaire au commerce international. Quant aux objectifs, bien qu'il puisse y avoir d'autres objectifs légitimes au regard de l'Accord OTC, seuls

ceux qui sont explicitement mentionnés à l'article 2.2 donneront lieu à une présomption réfragable.

19. La deuxième phrase de l'article 2.5 établit une présomption réfragable de compatibilité avec l'article 2.2 pour les règlements techniques élaborés, adoptés ou appliqués pour réaliser un objectif légitime et qui sont conformes aux normes internationales pertinentes. Le Brésil croit comprendre que la deuxième phrase de l'article 2.5, par nature, n'énonce pas une exception mais un droit procédural soumis à condition. La conséquence pertinente de cette conclusion est que la partie défenderesse est uniquement tenue d'établir – sur une base *prima facie* – que la mesure contestée est conforme à une norme internationale et réalise un objectif légitime: la charge de la preuve passe alors à la partie plaignante, qui doit démontrer que la mesure soit ne respecte pas ces deux conditions, soit créé effectivement des obstacles non nécessaires au commerce international. Ce point de vue est confirmé par la dernière phrase de l'article 2.5. En ce sens, le Brésil estime également que la jurisprudence de l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Hormones* concernant le lien entre l'article 3:1, l'article 3:2 et l'article 3:3 de l'Accord SPS peut être pertinente pour l'interprétation de l'article 2.2 et 2.5.

20. Il doit être satisfait à deux prescriptions pour qu'un règlement technique relève de l'article 2.5. En ce qui concerne la première, le règlement technique doit être élaboré, adopté ou appliqué en vue d'atteindre l'un des objectifs légitimes expressément mentionnés au paragraphe 2. En conséquence, bien qu'il puisse y avoir d'autres objectifs légitimes au regard de l'Accord OTC, seules "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 de végétaux ou la protection de l'environnement" peuvent donner lieu à une présomption réfragable pour les mesures relevant de l'article 2.5. Pour ce qui est de la deuxième prescription, relative au concept d'"organismes internationaux à activité normative", le Brésil souhaite rappeler que, contrairement à l'Accord SPS (Annexe A 3)), l'Accord OTC ne contient pas une liste d'organisations internationales de normalisation explicitement énumérées dans le texte; il pourrait alors être considéré comme étant plus ouvert à de nouveaux organismes de normalisation que l'Accord SPS. La jurisprudence dans l'affaire *États-Unis – Thon II* peut être utile pour déterminer si l'entité en question est un organisme international de normalisation. Dans cette affaire, l'Organe d'appel a estimé que l'organisme devait avoir une composition ouverte aux organismes compétents d'au moins tous les Membres, être actif dans le domaine de la normalisation et reconnu en tant que tel. Selon l'Organe d'appel, ces critères devraient être examinés "d'une manière globale".

Conclusion

21. Il ne fait aucun doute que le tabac est un produit unique et que les efforts déployés dans le cadre de la FCTC représentent un engagement mondial toujours plus grand pour lutter contre les conséquences dévastatrices de la consommation de tabac et de l'exposition à la fumée du tabac. En outre, il est reconnu que rien dans les Accords de l'OMC visés n'empêche les Membres de l'Organisation de prendre des mesures pour protéger la vie des personnes, y compris celles qui peuvent affecter la propriété intellectuelle. Le Brésil estime que les interprétations et les constatations du Groupe spécial peuvent et devraient contribuer à établir un juste équilibre entre, d'une part, la marge de manœuvre des pouvoirs publics dans l'application de mesures légitimes pour la protection de la santé publique, et, d'autre part, les droits et les obligations au titre des Accords de l'OMC.

ANNEXE C-3**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DES ARGUMENTS DU CANADA****I ACCORD SUR LES ADPIC****A. Rôle 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 dans l'interprétation de l'Accord sur les ADPIC**

1. Les articles 7 et 8:1 de l'Accord sur les ADPIC et le paragraphe 4 de la Déclaration de Doha sur la santé publique constituent l'angle sous lequel l'Accord sur les ADPIC doit être interprété. Le paragraphe 4 de la Déclaration de Doha sur la santé publique détaille les principes et les objectifs énoncés aux articles 7 et 8:1 de l'Accord sur les ADPIC, et constitue une partie du contexte interprétatif pertinent. La Déclaration de Doha sur la santé publique prescrit clairement et expressément la manière dont les dispositions de l'Accord sur les ADPIC doivent être interprétées. Elle satisfait au critère énoncé par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* en tant qu'"accord ultérieur intervenu entre les parties" au sens de l'article 31.3 a) de la Convention de Vienne.¹ Il est donc nécessaire que le Groupe spécial en tienne compte dans l'interprétation des dispositions de l'Accord sur les ADPIC.

B. Article 2:1 et article 10bis de la Convention de Paris

2. Le Canada rappelle que l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC incorpore par référence certaines dispositions de la Convention de Paris, y compris l'article 10bis. L'article 10bis de la Convention de Paris se compose de deux éléments: une obligation et une définition. Le premier paragraphe établit l'obligation d'assurer aux ressortissants de l'Union de Paris une protection effective contre la concurrence déloyale. Les deuxième et troisième paragraphes énoncent une définition de la "concurrence déloyale" et une liste exemplative d'actes, d'allégations et d'indications qui sont expressément interdits.

3. Le sens ordinaire des termes dans le contexte de l'article 10bis donne à penser que le membre de phrase "acte de concurrence" concerne uniquement le comportement commercial des acteurs qui sont en concurrence sur le marché. Lorsqu'un Membre, par ses mesures, *réglemente* le marché ou ses acteurs privés, celles-ci ne constituent pas des "actes de concurrence" et ne relèvent pas de la définition de la "concurrence déloyale" énoncée à l'article 10bis.

C. Article 15:4

4. Les plaignants confondent deux concepts qui sont distincts dans le cadre de la section 2 de l'Accord sur les ADPIC: 1) l'enregistrement, et 2) les droits qui découlent de l'enregistrement. L'article 15:4 oblige uniquement les Membres à faire en sorte que la "nature des produits" ne constitue pas un obstacle à l'enregistrement de la marque. L'article 15:4 ne traite pas des protections qui découlent de l'enregistrement d'une marque, ni n'établit un droit de faire usage d'une marque enregistrée. En outre, contrairement aux affirmations des plaignants, l'article 15:4 ne garantit *pas* la possibilité ni ne confère le droit d'obtenir un caractère distinctif pour des signes qui ne sont pas intrinsèquement distinctifs. Cela créerait un droit d'utiliser un signe si ce dernier a la possibilité de devenir une marque, ce qui n'est *pas* un droit protégé par l'Accord sur les ADPIC. Une constatation établissant un droit de faire usage d'un signe ou d'une marque au titre de l'Accord sur les ADPIC restreindrait effectivement la capacité des Membres de prendre des mesures légitimes pour protéger la santé publique. Les Membres ont clairement et sans équivoque préservé la liberté de réglementer en faveur de la protection de la santé publique, comme il ressort clairement des articles 7 et 8:1 de l'Accord sur les ADPIC ainsi que du paragraphe 4 de la Déclaration de Doha sur la santé publique. Les articles de l'Accord sur les ADPIC invoqués, y compris l'article 15:4, doivent être interprétés d'une manière qui appuie le droit des Membres de protéger la santé publique.

¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 262.

D. Article 16:1 et 16:3

5. L'unique droit conféré au titulaire d'une marque enregistrée au titre de l'article 16:1 est énoncé dans la première phrase. Comme cela a été confirmé par un groupe spécial antérieur, ce droit comprend *uniquement* le droit pour le titulaire de la marque d'empêcher un usage non autorisé de la part de *tiers* dans les cas où cet usage entraînerait un risque de confusion.² Contrairement aux arguments des plaignants, les Membres de l'OMC ne sont pas tenus au titre de l'article 16:1, ou par d'autres dispositions de l'Accord sur les ADPIC, de préserver ou de renforcer la marque ou la capacité du titulaire de réussir à démontrer qu'il existe un "risque de confusion". L'argument des plaignants au titre de l'article 16:3 s'appuie sur une allégation de l'existence d'un droit de faire usage d'une marque afin d'acquérir ou de maintenir un statut de marque "notoirement connue". 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 la capacité d'acquérir un statut de marque "notoirement connue". L'interprétation que les plaignants donnent de l'article 16:1 et de l'article 16:3 n'est pas étayée par le texte, l'historique de la négociation, la jurisprudence ou l'article 8:1 de l'Accord sur les ADPIC et le paragraphe 4 de la Déclaration de Doha sur la santé publique, et doit être rejetée.

E. Article 20

6. L'article 20 soumet à discipline certaines prescriptions qui peuvent être imposées par les Membres quant à la *manière* dont une marque est utilisée. Si un groupe spécial constate que la mesure constitue une "prescription spéciale" qui "entrave" l'"usage" d'une marque "au cours d'opérations commerciales" il doit alors déterminer si la mesure est "injustifiable". Si la constatation du groupe spécial est positive, alors la mesure est contraire à l'article 20.

7. S'agissant de l'attribution de la charge de démontrer qu'une mesure est "injustifiable", le Canada ne partage pas l'avis des plaignants selon lequel la charge de la preuve passe au Membre défendeur, qui doit prouver qu'une mesure est "justifiable". L'expression "de manière injustifiable" figurant dans le texte ne constitue pas une exception mais est en fait un élément de l'obligation positive. Par conséquent, les plaignants doivent montrer, dans le cadre de leur argumentation *prima facie*, que la mesure australienne est "injustifiable".

8. Il est essentiel que le critère établi pour déterminer si une prescription spéciale est "injustifiable" préserve l'intégrité de l'obligation au titre de l'article 20 tout en assurant la flexibilité réglementaire pour la protection de la santé publique. 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 sur la santé publique, le Canada déclare que les éléments à examiner pour déterminer si une prescription est "injustifiable" au regard de l'article 20 sont les suivants: 1) le point de savoir si l'objectif de la prescription est légitime. Cet élément consiste à identifier l'objectif de la prescription et à déterminer s'il est "légitime"; 2) le point de savoir s'il existe un lien rationnel entre la prescription et l'objectif légitime; 3) le point de savoir si la prescription contribue à l'objectif; et 4) la mesure dans laquelle la prescription entrave la manière dont une marque peut être utilisée. Enfin, la question de savoir si la mesure en cause est "injustifiable" doit être déterminée au cas par cas, compte tenu de tous les faits pertinents, ces éléments étant soupesés et mis en balance.

II. ACCORD OTC – ARTICLE 2.2 ET 2.5

9. En réponse aux arguments des parties concernant l'applicabilité de l'Accord OTC et de l'Accord sur les ADPIC, le Canada considère que ces accords ne s'excluent pas mutuellement – ils peuvent s'appliquer l'un et l'autre à une même mesure, y compris à une mesure ayant trait à la propriété intellectuelle.

10. S'agissant de l'article 2.2, le Canada considère que les constatations de l'Organe d'appel dans les affaires *États-Unis – EPO (article 21:5)* et *Brésil – Pneumatiques rechapés* concernant l'évaluation de la contribution d'une mesure à son objectif sont particulièrement pertinentes en l'espèce. En particulier, il est dit que l'objectif de la mesure, ses caractéristiques, et la nature, la quantité et la qualité des éléments de preuve disponibles auront une incidence sur le point de

² Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)*, note de bas de page 558.

savoir si le degré de contribution de la mesure peut être évalué d'un point de vue quantitatif ou qualitatif, et auront une influence sur le degré de précision de cette analyse.³ Il est aussi constaté qu'un groupe spécial peut s'appuyer sur une analyse qualitative pour évaluer la contribution d'une mesure à la réalisation du but qu'elle poursuit⁴, et que dans le cas de mesures faisant partie d'une stratégie globale se rapportant à une question de politique publique, la contribution que toute mesure de rechange proposée apporterait à la réalisation de l'objectif doit être considérée compte tenu d'une éventuelle diminution de l'efficacité d'autres mesures relevant de la stratégie qui pourrait résulter de la substitution de la mesure contestée.⁵

11. De plus, c'est le degré *global* de contribution que la mesure apporte à son objectif qui est pertinent pour l'identification de la contribution de la mesure en cause, et non un quelconque aspect de la contribution pris isolément; cela reste le cas même lorsque qu'une mesure emploie diverses méthodes ou techniques contribuant conjointement ou séparément à l'accomplissement de l'objectif.⁶ En outre, un groupe spécial peut conclure qu'une mesure de rechange dont il pourrait être constaté par ailleurs qu'elle apportait un degré équivalent de contribution à la réalisation ne le fait pas car, par exemple, l'objectif est d'une importance vitale, la nature des risques met en jeu la santé des personnes, ou la gravité des conséquences de la non-réalisation de l'objectif est importante.⁷

12. Une constatation du Groupe spécial selon laquelle les Directives de la FCTC⁸ sont des "normes internationales pertinentes" aux fins de l'article 2.5 et les mesures australiennes sont "conformes" à ces normes créerait une présomption réfragable selon laquelle les mesures ne sont pas des obstacles non nécessaires au commerce. Le critère de la preuve suivant lequel le Groupe spécial demanderait aux plaignants de démontrer que les mesures australiennes sont contraires à l'article 2.2 doit être plus élevé que celui qui est requis pour l'établissement d'éléments *prima facie* car il doit tenir compte de cette constatation concernant la présomption réfragable.

III. GATT DE 1994 – ARTICLE IX

13. Une "marque d'origine" aux fins de l'article IX:4 n'est pas une marque de fabrique ou de commerce ni une indication géographique. Il s'agit en fait d'un marquage du pays d'origine tel que "produit du Canada" ou "fabriqué au Canada". Le paragraphe 4 de l'article IX dispose que les lois et règlements d'un Membre concernant le marquage des produits importés devront être tels qu'il soit possible de s'y conformer sans, entre autres choses, réduire substantiellement leur valeur. Le membre de phrase "possible de s'y conformer" de l'article IX:4 illustre le but de la disposition, qui est de soumettre à discipline la *manière* dont l'observation d'une réglementation relative au marquage peut être prescrite. La disposition sert uniquement à limiter les lois et règlements d'un Membre en matière de réglementation relative au marquage quant à la *manière dont l'observation* de cette réglementation peut être prescrite.

³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.211.

⁴ Rapports de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 146, 151 à 153; et *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.209.

⁵ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 172.

⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.255.

⁷ *Ibid.*, paragraphe 5.254.

⁸ Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac: directives pour l'application (édition 2013) (pièce AUS-109).

ANNEXE C-4**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DES ARGUMENTS DE LA CHINE****I. INTRODUCTION**

1. La Chine exprime tout d'abord son opinion générale selon laquelle les Membres de l'OMC sont en droit d'adopter des mesures appropriées pour la protection de la santé publique. Elle formule ensuite des observations sur les allégations des plaignants au titre des articles 2:1, 16:1, 16:3, 20, 22:2 b) et 24:3 de l'Accord sur les ADPIC et au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC.

II. LES MEMBRES DE L'OMC PEUVENT PRENDRE DES MESURES APPROPRIÉES POUR LA PROTECTION DE LA SANTÉ PUBLIQUE

2. Les présents différends portent sur la question générale de savoir si, et dans l'affirmative jusqu'à quel point, les Membres de l'OMC peuvent prendre des mesures en matière de santé publique dans le cadre des Accords de l'OMC. Bien que les intérêts commerciaux constituent les principales préoccupations dans le cadre du système de l'OMC, qui est un système commercial multilatéral, les Accords de l'OMC reconnaissent et intègrent des valeurs et intérêts sociétaux, comme la protection de la santé publique qui est "à la fois vitale et importante au plus haut point".¹ Les Membres de l'OMC sont en droit de prendre des mesures appropriées en matière de santé publique. Toutefois, ils n'ont pas le pouvoir discrétionnaire illimité d'adopter des mesures en la matière, mais devraient faire en sorte que les mesures prises ne soient pas incompatibles avec les règles de l'OMC.

3. Pour ce qui est des mesures concernant l'emballage neutre du tabac en cause, la Chine partage l'avis de l'Australie selon lequel la consommation de tabac nuit gravement à la vie et à la santé des personnes, et note que les plaignants ne le contestent pas. De fait, le gouvernement chinois a élaboré et applique diverses mesures effectives de lutte antitabac. La Chine note en outre que la portée des mesures contestées en l'espèce est limitée. L'Australie applique un éventail global de mesures de lutte antitabac. Les plaignants ne contestent pas de mesures autres que celle qui concerne l'emballage neutre dans les présents différends. En outre, certaines allégations visent uniquement des aspects limités de la mesure concernant l'emballage neutre. Par exemple, il apparaît que les allégations au titre des articles 16:1, 16:3 et 20 concernent uniquement les "prescriptions relatives à la marque" en matière d'emballage neutre et non les "prescriptions de forme" en la matière.

III. OBSERVATIONS CONCERNANT CERTAINES ALLÉGATIONS AU TITRE DE L'ACCORD SUR LES ADPIC**A. Allégations au titre de l'article 16:1**

4. Il est nécessaire que le Groupe spécial examine si le titulaire d'une marque a des droits ou des intérêts liés à l'usage de sa propre marque et si son propre usage de la marque est une condition nécessaire pour qu'il puisse exercer effectivement le droit d'empêcher l'utilisation non autorisée par un tiers qui est conféré par l'article 16:1.

5. Le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)* a déclaré que chaque 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", y compris l'intérêt de *faire usage* de sa propre marque en relation avec les produits ou les services pertinents.² Cette déclaration confirme apparemment que la nature intrinsèque d'une marque impose son usage au cours d'opérations commerciales, qu'il s'agisse d'un droit d'usage ou d'une possibilité d'usage minimale. L'article 20 étaye également cette interprétation. Il implique que le titulaire d'une marque a le droit ou un intérêt légitime à faire usage de la marque au cours d'opérations

¹ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 172.

² Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.664.

commerciales; sinon, les Membres de l'OMC pourraient prendre toutes les mesures qu'ils souhaitent pour entraver l'usage d'une marque.

6. La Chine note aussi que dans les cas où une tierce partie utilise des signes *similaires* pour des produits ou services identiques ou similaires, il incombe au titulaire de la marque de démontrer qu'un tel usage par la tierce partie entraîne un risque de confusion. Dans la mesure où l'interdiction ou la stricte limitation de l'usage d'une marque en réduit ou supprime nécessairement le caractère distinctif et empêche donc son titulaire de démontrer qu'il existe un risque de confusion, il pourrait être constaté que ces mesures sont incompatibles avec l'article 16:1.

B. Allégations au titre de l'article 16:3

7. Au vu des arguments présentés par les parties, le Groupe spécial examinera sans doute si le champ d'application de l'article 16:3 pourrait être étendu à l'acquisition et au maintien du statut de marque notoirement connue et si l'usage est une condition nécessaire à l'acquisition ou au maintien de ce statut.

8. La Chine note que l'article 16:3 prévoit une protection additionnelle pour les marques notoirement connues *existantes*, et que cette protection ne s'applique pas aux marques qui peuvent le devenir à l'avenir ni à celles qui l'ont été dans le passé. Néanmoins, le Groupe spécial voudrait peut-être examiner s'il est approprié de dissocier totalement la question de la protection additionnelle des marques notoirement connues de celle de l'acquisition et du maintien du statut de marque notoirement connue. Pour donner un exemple extrême, si un Membre établit un critère si élevé qu'aucune marque ne pourrait être qualifiée de notoirement connue, la protection additionnelle accordée aux marques notoirement connues perdrait tout son sens.

9. Quant à la deuxième question, il apparaît que l'usage est un moyen important, sinon indispensable, pour acquérir ou maintenir le statut de marque notoirement connue. Comme il est énoncé à l'article 16:2, "[p]our 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". Il est aussi largement reconnu que la durée, l'étendue et l'aire géographique de tout usage de la marque sont des indicateurs très pertinents pour la détermination du point de savoir si une marque est ou n'est pas notoirement connue par la partie du public concernée. Par conséquent, il est nécessaire que le Groupe spécial examine si la mesure concernant l'emballage neutre, en interdisant ou en limitant strictement l'usage des marques relatives au tabac, a nécessairement pour effet que ces marques ne peuvent pas acquérir ou maintenir le statut de marque notoirement connue et sont donc privées de la protection accordée au titre de l'article 16:3.

C. Allégations au titre de l'article 20

10. Pour qu'une mesure soit jugée contraire à l'article 20, il faudrait établir qu'elle impose des "prescriptions spéciales" qui "de manière injustifiable" "entrave[nt]" "l'usage d'une marque de fabrique ou de commerce" "au cours d'opérations commerciales".

11. Les "prescriptions spéciales" comprendraient les prescriptions imposées qui: i) s'appliquent à une catégorie limitée de produits; ii) s'appliquent uniquement dans un but particulier; ou qui iii) sont distinctes de celles qui s'appliquent de manière générale ou "habituellement". Pour autant que la mesure concernant l'emballage neutre *interdit* l'usage de certains types de marques, par exemple les marques figuratives, sur les *produits du tabac et leur emballage* et *prescrit* l'utilisation du nom commercial/de la marque dénomminative des *produits du tabac* sous une forme et avec des polices standard, elle impose des "prescriptions spéciales" qui relèvent de l'article 20.

12. Quant au sens de l'expression "au cours d'opérations commerciales", il apparaît que l'Australie en donne une lecture trop étroite en laissant entendre qu'elle concerne uniquement le cours d'une transaction particulière d'achat et de vente. La même expression est employée aux articles 16:1 et 24:8 de l'Accord sur les ADPIC ainsi qu'à l'article 10*bis* 3) de la Convention de Paris qui est incorporé dans l'Accord sur les ADPIC. Il est largement admis que l'expression signifie "dans des activités commerciales" ou "dans le commerce", au sens large.

13. Compte tenu de ce qui précède, il apparaît selon la Chine que le désaccord entre les parties serait axé sur le point de savoir si la mesure concernant l'emballage neutre entrave *de manière injustifiable* l'usage de marques au cours d'opérations commerciales. Notant que le sens de l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20 n'a pas encore été analysé par des groupes spéciaux antérieurs et/ou l'Organe d'appel, la Chine formule plusieurs observations. Premièrement, l'interdiction de faire usage d'une marque n'est pas en soi injustifiable comme certains plaignants le laissent entendre. L'article 20 prévoit que l'usage d'une marque pourrait être interdit, à condition que cette interdiction ne soit pas injustifiable. Deuxièmement, le critère "de manière injustifiable" figurant à l'article 20 n'est pas nécessairement le même que le critère "nécessaire" prévu à l'article 2.2 de l'Accord OTC ou à l'article XX du GATT de 1994. La jurisprudence relative à ce dernier critère ne peut pas être simplement transposée au premier. Troisièmement, le critère fondamental n'est pas seulement une question d'existence ou d'inexistence d'un lien rationnel entre la mesure et les objectifs de politique générale poursuivis, comme il apparaît que l'Australie le laisse entendre, mais exige une évaluation de l'*étendue* du lien rationnel. Même si une prescription spéciale sans "lien rationnel" avec un objectif légitime est injustifiable, cela ne signifie pas nécessairement qu'une prescription spéciale soit justifiable du moment qu'elle a un "lien rationnel" d'une *étendue quelconque* avec un objectif légitime. Cette observation découle initialement du sens ordinaire de l'expression "de manière injustifiable", qui, comme les mots "juste", "raisonnable" et "défendable" suppose un certain jugement discrétionnaire. La Chine note que l'interprétation par l'Australie de l'expression "de manière injustifiable" au regard de l'article 20 repose essentiellement sur l'interprétation par l'Organe d'appel du mot "injustifiable" dans le contexte de l'article XX du GATT de 1994.³ Or les deux termes n'ont pas nécessairement le même sens. Alors que l'article XX du GATT de 1994 énonce un double critère, l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC ne contient qu'un *seul* critère "de manière injustifiable/de manière justifiée", ce qui implique que ce critère devrait comporter plus de fonctions ou établir un seuil plus élevé. Par ailleurs, même les cas identifiés par l'Organe d'appel comme étant "injustifiables" au sens de l'article XX du GATT de 1994 ne se limitent pas à ceux dans lesquels la mesure en jeu n'a pas de lien avec l'objectif légitime. Par exemple, une mesure "informelle" et "simpliste" et qui n'est ni "transparente" ni "prévisible" a été jugée "injustifiable".⁴

14. Sur la base des observations formulées plus haut, la Chine attend du Groupe spécial qu'il soupèse et mette en balance, d'une manière *globale*, tous les facteurs pertinents, 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, le degré de contribution de la mesure à l'objectif de politique générale; et iii) l'étendue de l'entrave imposée par la mesure. Étant donné qu'il n'y a guère de désaccord entre les parties au sujet des facteurs i) et iii) susmentionnés, l'examen par le Groupe spécial serait sans doute axé surtout sur la contribution des prescriptions relatives à la marque à l'objectif de la lutte antitabac. Les deux parties avancent de nombreux éléments de preuve pour montrer que la restriction en matière de marque contribue (ne contribue pas) et peut (ne peut pas) contribuer à cet objectif. Le Groupe spécial devra évaluer objectivement cette question factuelle, et au besoin, exercer son droit de demander des renseignements au titre de l'article 13 du Mémoire d'accord, y compris consulter des experts pour avoir leur avis sur des points factuels concernant des questions scientifiques ou techniques.

D. Allégations au titre des articles 2:1 et 22:2 b)

15. Selon la Chine, le principal point de désaccord est la définition de la "concurrence déloyale" visée par les dispositions pertinentes, c'est-à-dire le point de savoir si celle-ci doit résulter d'actes d'agents du marché ou si elle pourrait aussi englober les mesures réglementaires des pouvoirs publics.

16. Il apparaît que la mesure concernant l'emballage neutre n'est pas un acte de concurrence déloyale au sens de l'article 10*bis* de la Convention de Paris. Premièrement, l'"acte de concurrence" est défini à l'article 10*bis* 2) comme signifiant tout acte "contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale". Il est apparemment difficile de qualifier les actes qui sont accomplis par les concurrents pour se conformer aux prescriptions juridiques d'actes "contraire[s] [à ce qui est] honnête[]". Deuxièmement, l'article 10*bis* 3) dispose que trois catégories d'actes "devront être interdits". La mesure concernant l'emballage neutre ne relève ni de la deuxième ni de la troisième catégorie, à savoir les allégations fausses et les

³ Première communication écrite de l'Australie, paragraphes 366 à 369.

⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphes 180 et 181.

indications ou allégations susceptibles d'induire en erreur, et ne relève pas non plus de la première catégorie qui fait clairement référence aux actes d'"un concurrent".

17. À titre subsidiaire, si le Groupe spécial devait interpréter l'expression "concurrence déloyale" comme englobant les mesures réglementaires des pouvoirs publics et/ou leur incidence sur le marché, il lui faudra évaluer attentivement les faits détaillés du différend, y compris l'éventail de mécanismes juridiques disponibles en Australie, afin de déterminer si la mesure concernant l'emballage neutre oblige les agents du marché à accomplir des actes de concurrence déloyale ou si l'Australie n'assure pas une protection effective contre la concurrence déloyale en raison de la mesure concernant l'emballage neutre.

E. Allégations au titre de l'article 24:3

18. L'article 24:3 est une disposition relative au statu quo en vertu de laquelle un Membre doit, en plus de satisfaire aux critères minimaux établis par les dispositions de l'Accord sur les ADPIC, maintenir le niveau de protection des indications géographiques existant dans ce Membre avant la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC. Il concerne donc la protection préexistante des indications géographiques dans ce Membre. À supposer que la protection des indications géographiques, énoncée dans la section 3 de la partie II de l'Accord sur les ADPIC, concerne uniquement des droits négatifs, à savoir les droits d'empêcher l'utilisation illégale des indications géographiques par des tiers, il ne s'ensuit pas nécessairement que la protection préexistante des indications géographiques 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 indications géographiques, ce Membre n'est pas autorisé à diminuer la protection en interdisant l'utilisation. En tout état de cause, il est nécessaire que les plaignants établissent *prima facie* qu'avant janvier 1995, le droit australien autorisait les titulaires d'indications géographiques à *utiliser* des indications géographiques établies sur leurs produits, et/ou à *utiliser* une indication dénomminative ou non dénomminative sur leurs produits pour développer des indications géographiques.

IV. OBSERVATIONS CONCERNANT LES ALLÉGATIONS AU TITRE DE L'ACCORD OTC

19. Pour établir qu'il y a violation de l'article 2.2 de l'Accord OTC, un plaignant doit d'abord démontrer que la mesure contestée constitue un "règlement technique" au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC. La Chine note qu'il n'est pas contesté que les "prescriptions de forme" qui sont imposées par la mesure concernant l'emballage neutre sont des règlements techniques. À son avis, les "prescriptions relatives à la marque" relèvent aussi de la définition d'un règlement technique, telle que l'Organe d'appel l'a précisée dans des affaires antérieures comme *CE – Amiante*, *CE – Sardines* et *CE – Produits dérivés du phoque*. Ces prescriptions relatives à la marque sont subordonnées *non seulement* aux dispositions de l'Accord sur les ADPIC mais aussi aux dispositions de l'Accord OTC, y compris l'article 2.2.

20. L'article 2.2 de l'Accord OTC établit un triple critère de compatibilité, à savoir: i) si la mesure est "restrictive pour le commerce"; ii) si la mesure réalise un objectif légitime; et iii) si la mesure n'est "pas plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait.

21. En ce qui concerne le premier élément, ce qu'il faudrait évaluer est le point de savoir si la mesure a un effet limitatif sur le commerce, c'est-à-dire l'importation des produits du tabac en l'espèce, plutôt que de savoir si elle entraîne une discrimination entre le traitement des produits importés et celui des produits nationaux. Comme le terme "restrictions" qui figure à l'article XI du GATT de 1994, le caractère restrictif pour le commerce a un large champ d'application. En outre, "il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence de [l'effet limitatif des restrictions] en quantifiant les effets de la mesure en cause", mais celui-ci "peut 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".⁵

22. Pour ce qui est du deuxième élément, le Groupe spécial est censé évaluer objectivement la question factuelle de savoir si les mesures concernant l'emballage neutre apportent une contribution, et dans quelle mesure, à l'objectif de la lutte antitabac. L'Organe d'appel a relevé que

⁵ Rapport de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphe 5.217.

le degré de contribution pouvait ressortir de la *conception, de la structure et du fonctionnement* de la mesure, ainsi que des éléments de preuve relatifs à l'*application* de la mesure.⁶ Les éléments de preuve qui se rapportent à la période suivant la mise en œuvre ne sont pas les *seuls* éléments de preuve établissant la contribution et pourraient ne pas donner non plus d'indications déterminantes.

23. Quant au troisième élément, "une comparaison de la mesure contestée et des mesures de rechange possibles devrait être effectuée"⁷ dans la plupart des cas. Dans le contexte de cette "analyse comparative", il peut être pertinent d'examiner en particulier: i) si la mesure de rechange proposée est moins restrictive pour le commerce; ii) si elle apporterait une contribution équivalente à l'objectif légitime pertinent, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait; et iii) si elle est raisonnablement disponible.⁸ Une question que le Groupe spécial devra peut-être examiner est le sens du membre de phrase "des risques que la non-réalisation entraînerait". La Chine considère que le fait qu'un objectif légitime est très important ne conduit pas en soi à conclure que "[l]es risques que la non-réalisation entraînerait" sont sérieux. Un groupe spécial devrait évaluer l'importance de l'objectif légitime conjointement avec les mesures qui sont appliquées, ou les mesures proposées par les plaignants, pour réaliser cet objectif. Dans le cas où une mesure contestée ne contribuerait pas à l'objectif ou une solution de rechange raisonnablement disponible pourrait apporter une plus grande contribution à l'objectif, "[l]es risques que la non-réalisation entraînerait" ne seraient pas sérieux.

⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 317.

⁷ *Ibid.*, paragraphe 322.

⁸ *Ibid.*, paragraphe 322.

ANNEXE C-5**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DES ARGUMENTS DE L'UNION EUROPÉENNE****I. ACCORD SUR LES ADPIC**

1. L'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20 n'a pas encore été clarifiée par des groupes spéciaux ou l'Organe d'appel. Selon l'UE, tel qu'il est rédigé, l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC prévoit un outil d'interprétation flexible, qui ne précise pas quel degré de justification ou de déférence pourrait être approprié dans des cas particuliers, de même que le degré de déférence visé à l'article XX du GATT de 1994 n'est pas précisé, en ce sens qu'il dépend de l'alinéa spécifique de cette disposition qui est appliqué et, par conséquent, du lien requis entre la mesure et l'objectif légitime. La mesure dans laquelle la déférence est appropriée dans un cas particulier dépend d'autres considérations contextuelles, comme il est indiqué plus loin.

2. Il y a des limites à la mesure dans laquelle la jurisprudence relative à la question de la "discrimination injustifiable" visée à l'article XX peut éclairer l'interprétation de l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC. Cependant, l'Union européenne considère que l'on peut dégager quelques indications sur le sens du mot "injustifiable" figurant à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC à partir des clarifications données antérieurement par l'ORD au sujet de l'expression "discrimination ... injustifiable" figurant dans le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.

3. S'agissant des différents critères examinés par les parties, nous considérons qu'ils sont de même nature ou de nature très similaire, la principale différence étant une différence de degré de justification ou, plus précisément, de déférence. Si elle est interprétée correctement, la structure à cinq niveaux du critère n'est qu'un outil de rationalisation heuristique. Le point de savoir s'il est utilisé comme un outil pour renforcer le contrôle judiciaire des actes des Membres de l'OMC n'est pas déterminé par la structure du critère mais par le degré de modération judiciaire avec lequel ce critère est appliqué. En ce sens, la question de savoir quel est le degré de déférence approprié à l'égard des Membres de l'OMC est plus importante que la structure du critère pour l'examen d'une mesure au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC.

4. À notre avis, l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC prévoit un outil d'interprétation flexible, qui ne précise pas quel degré de justification ou de déférence pourrait être approprié dans des cas particuliers, de même que le degré de déférence visé à l'article XX du GATT de 1994 n'est pas précisé, en ce sens qu'il dépend de l'alinéa spécifique de cette disposition qui est appliqué et, par conséquent, du lien requis entre la mesure et l'objectif légitime. Le concept de "justifiable" est large, en ce sens qu'il est assez large pour appréhender les divers types de justification, avec leurs divers types de lien, qui sont énoncés à l'article XX du GATT de 1994. Nous ne disons pas que cela implique nécessairement un critère moins strict ou davantage de déférence que ce qui serait le cas dans le cadre de l'article XX.

5. Même si l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC prévoit un outil d'interprétation flexible pouvant appréhender l'éventail complet des justifications possibles, l'Union européenne souhaite faire remarquer que, en l'espèce, étant donné que la mesure en cause est un règlement technique, elle considère 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. Cela signifie que dans la mesure où l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC est applicable, une entrave dans ce cas, ne serait pas justifiable si elle était en même temps incompatible avec l'article 2.2 de l'Accord OTC. Cela ne donnerait alors pas lieu à un conflit ni ne poserait la question de savoir comment il faudrait le résoudre.

6. La disposition doit également être lue à la lumière des objectifs et des principes de l'Accord sur les ADPIC. 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. Nous avons fait référence à l'article 7 et à l'article 8 de l'Accord sur les ADPIC pour étayer notre point de vue. Ces dispositions sont importantes 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. Elles constituent un contexte pertinent et précisent l'objet et le but de l'Accord sur les ADPIC, conformément à l'article 31.1 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*. L'Union européenne rappelle également l'importance de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique.

7. Nous ne partageons pas l'avis des plaignants selon lequel la mesure en cause peut être raisonnablement qualifiée d'"entrave suprême". Elle peut être une entrave sérieuse, mais nous ne pensons pas qu'elle soit la plus grave, car le nom commercial et le nom de variante peuvent toujours figurer sur l'emballage. En outre, il nous semble qu'une interdiction générale d'utiliser n'aurait pas plus d'effets sur les détenteurs de droits qu'une utilisation prescrite allant à l'encontre des souhaits du titulaire de la marque, même si c'est une question qu'il faudrait peut-être examiner compte tenu de la particularité des faits dans des cas spécifiques. Nous considérons, toutefois, qu'il s'agit d'une entrave qui devra être justifiée au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC.

8. L'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, considéré dans son ensemble, n'est pas une exception pour une violation. L'élément "de manière injustifiable" peut être interprété comme étant un libellé restrictif qui limite la portée de l'obligation imposée.

9. Quant à l'attribution de la charge de la preuve, il semble artificiel de scinder l'obligation énoncée à l'article 20 car celle-ci prévoit 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". Il incombe donc au plaignant d'établir des éléments *prima facie* à cet égard.

II. ACCORD OTC

A. Règlement technique

10. L'Union européenne considère que le fait que la terminologie, un symbole, une prescription en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage constituent également une marque ou une indication géographique n'exclut pas, sans plus, le document du champ d'application de l'article 2.2 de l'Accord OTC. L'article 20 de l'Accord sur les ADPIC et l'article 2.2 de l'Accord OTC s'appliquent concurremment. Le concept de *lex specialis* est un outil d'analyse utile, mais il ne doit pas être appliqué de façon mécanique. Pour savoir lequel des deux accords, ou laquelle de leurs dispositions spécifiques, doit être analysé plus spécifiquement, le Groupe spécial voudra peut-être examiner 1) la conception globale et les principes de base de l'Accord sur l'OMC, 2) quel indicateur de spécificité pourrait être approprié et 3) l'efficacité procédurale avec laquelle le différend pourrait être réglé.

11. S'agissant de l'ordre d'analyse, l'Union européenne considère que le Groupe spécial dispose d'un pouvoir discrétionnaire, et qu'il resterait dans les limites de ce pouvoir discrétionnaire s'il décidait de traiter d'abord les allégations au titre de l'Accord OTC puis celles au titre de l'Accord sur les ADPIC. Après avoir effectué une analyse au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, le Groupe spécial serait alors bien placé pour examiner les allégations et les arguments des parties au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC. Ce faisant, il pourrait trouver utile de se reporter aux parties précédentes de son analyse (à savoir, par exemple, quel est l'objectif de la mesure et si cet objectif est ou non légitime), et il constatera aussi peut-être qu'il n'a pas nécessairement besoin de résoudre tous les aspects des désaccords entre les parties au sujet de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC.

B. Article 2.5 de l'Accord OTC

12. Le Groupe spécial doit procéder à une évaluation objective de cette question, sur la base d'une analyse globale de la nature, de la teneur et des objectifs des Directives. Il doit examiner si les Directives sont ou non des "normes internationales pertinentes", compte tenu de la définition du terme "norme" qui figure à l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC. Il devrait également prendre en considération la Décision du Comité OTC sur les principes devant régir l'élaboration des normes internationales.

13. Nous considérons que les Directives sont pertinentes qu'elles constituent ou non une "norme internationale pertinente" au sens de l'article 2.5 de l'Accord OTC. Cela tient au fait que

l'article 2.2 de l'Accord OTC exige que le Groupe spécial tienne compte des "risques que la non-réalisation entraînerait". Cet article dispose également 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. L'Union européenne 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.

14. Par conséquent, étant donné que l'objectif de la mesure est de réduire la prévalence du tabagisme, la non-réalisation de l'objectif signifierait que la prévalence du tabagisme ne diminuerait pas, ou que cette diminution serait inférieure à celle qui est visée. Comme l'Australie l'a expliqué, le "risque" que cela "entraînerait" est le risque que la mesure ne contribue pas (ou contribue dans une moindre mesure) à faire changer les comportements face au tabac en Australie, c'est-à-dire qu'elle ne contribuerait pas (ou contribuerait dans une moindre mesure) à la débanalisation du tabagisme. Pour évaluer ce risque, les Directives 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 constituent ou non une "norme internationale pertinente" au sens de l'article 2.5 de l'Accord OTC. En outre, l'analyse qui précède confirme que l'objectif légitime de santé publique en l'espèce peut être défini par une référence spécifique au tabac et au tabagisme. Cela signifie que toute mesure de rechange proposée doit également traiter cette question spécifique, par opposition à d'autres questions de santé publique qui n'entrent pas en ligne de compte.

C. Article 2.2 de l'Accord OTC

1. Restrictif pour le commerce

15. Il apparaît que les expressions "obstacles au commerce international", "restrictif pour le commerce" et "effet sur le commerce" sont utilisées de façon interchangeable dans les dispositions pertinentes de l'Accord OTC et désignent quelque chose qui a un effet limitatif sur le commerce. La question peut être examinée à la fois du point de vue de ce que la mesure cause effectivement (même si les éléments de preuve en la matière, y compris les statistiques commerciales, ne sont pas déterminants) et de ce qu'elle est apte à causer. Dans le cadre de l'exercice global de soupesage et de mise en balance, il ne devrait pas être nécessaire d'examiner si la restriction au commerce est notable ou non, bien que des effets excessivement hypothétiques ou lointains soient insuffisants. Une hausse des coûts, même si elle était absorbée par les entreprises, entraînerait généralement une restriction au commerce. Le caractère restrictif pour le commerce diffère de l'incidence sur les possibilités de concurrence, qui est considérée dans une première étape pour analyser s'il existe ou non une discrimination *de facto*, le premier concept le rapportant à la "taille du gâteau" et le second à la façon dont le gâteau est partagé (entre tous les participants sur le marché). Il serait nécessaire d'examiner la question de la restriction au commerce en ce qui concerne les échanges de tous les Membres, parce qu'une mesure libéralisant fortement les échanges qui établirait une discrimination entre deux Membres ne serait pas restrictive pour le commerce (quand bien même elle pourrait enfreindre les règles proscrivant une discrimination injustifiée).

16. À propos du récent rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, il est à noter que, dans le contexte de l'article 2.2 de l'Accord OTC, il n'est peut-être pas toujours possible de quantifier un facteur particulier ou de le faire avec précision.

17. Nous estimons que les effets de la mesure sur le commerce devraient être mesurés dans leur ensemble, pour tous les Membres. Il ne suffirait pas qu'un plaignant démontre que son volume a diminué (le volume d'un autre plaignant ou de certains autres plaignants ayant augmenté). Par conséquent, nous ne sommes pas convaincus que la question d'une descente en gamme, 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.

18. Nous voyons 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.

2. Objectifs légitimes de la mesure en cause

19. L'Union européenne considère que l'objectif global consistant à améliorer la santé publique en diminuant avec le temps la prévalence du tabagisme est un objectif légitime. Par contre, réduire l'attrait exercé par les produits *d'une manière générale* n'est pas un but légitime en soi. Toutefois, il est légitime de viser à réduire l'attrait exercé par les produits du *tabac*, comme il est indiqué dans les Directives FCTC (auxquelles, comme nous l'avons déjà dit, il faudrait accorder le poids qui convient dans l'évaluation globale), *parce que* les produits du tabac nuisent à la santé publique et qu'il est en soi légitime de protéger la santé publique.

3. Contribution de la mesure en cause à la réalisation des objectifs légitimes

20. Dans le contexte de l'article XX du GATT de 1994, une contribution importante à la réalisation de l'objectif peut être démontrée au moyen d'éléments de preuve ou de données, concernant le passé ou le présent. Il pourrait aussi être déterminé qu'une mesure est nécessaire sur la base d'une démonstration selon laquelle la mesure en cause est à même d'apporter une contribution importante à la réalisation de son objectif. Cette démonstration pourrait consister en des projections quantitatives pour l'avenir, ou en un raisonnement qualitatif fondé sur un ensemble d'hypothèses qui sont vérifiées et étayées par des éléments de preuve suffisants. Il devrait également être possible pour les Membres de défendre leurs mesures sur la base d'une analyse appropriée et/ou d'une évaluation scientifique lorsque, avant l'adoption de la mesure, les données empiriques sur ses effets à long terme ne sont pas encore connues.

21. Nous considérons que les parties sont en droit d'étayer leurs arguments également sur la base de renseignements qui sont depuis devenus disponibles.

22. Nous estimons que l'emballage est pertinent pour ce qui est du comportement des consommateurs, notamment quand il s'agit de décourager le phénomène d'initiation, ce qui est particulièrement important dans le cas d'un produit fortement dépendogène comme le tabac. L'emballage peut servir à véhiculer des messages publicitaires. La publicité est en mesure d'augmenter la demande, y compris en influençant le comportement des adolescents, également pour ce qui est de l'initiation. Certains emballages peuvent être aptes à influencer des comportements en matière de sevrage et de récidive.

4. Mesures de rechange

23. Nous considérons que la contribution des mesures de rechange doit être mesurée par référence à la contribution à l'objectif légitime global d'amélioration de la santé publique par la réduction de la prévalence du tabagisme au fil du temps. Il n'est pas nécessaire de la mesurer par référence à des objectifs subsidiaires. En d'autres termes, les mesures de rechange n'ont pas à fonctionner selon le même enchaînement de causalité que la mesure en cause (même si pour évaluer l'efficacité de la mesure en cause par comparaison avec les mesures de rechange, le Groupe spécial, comme il a déjà été dit, tiendra également compte des buts et des moyens).

ANNEXE C-6**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DES ARGUMENTS DU GUATEMALA*****I. INTRODUCTION**

1. Le Guatemala se félicite de l'occasion qui lui est donnée de présenter ses vues sur les questions à l'examen dans les présents différends. Le Guatemala soumet la présente communication écrite en tant que tierce partie en raison de l'intérêt systémique qu'il a dans l'interprétation correcte de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (l'"Accord sur les ADPIC") et de l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce* (l'"Accord OTC").

2. En aucun cas le Guatemala ne met en cause les objectifs légitimes de l'Australie visant à améliorer la santé publique en encourageant les gens à arrêter de fumer, ou à moins fumer, ou à diminuer leur consommation des produits du tabac ainsi qu'en réduisant l'exposition au tabagisme passif lié aux produits du tabac.

3. Dans la présente communication, le Guatemala ne se prononcera pas sur toutes les questions de droit dans ce différend. En fait, il mettra l'accent sur les points suivants:

- a. la relation entre l'Accord OTC et l'Accord sur les ADPIC pour l'évaluation de la mesure concernant l'emballage neutre;
- b. l'interprétation juridique des articles 19 et 20 de l'Accord sur les ADPIC;
- c. la portée et l'application de l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC; et
- d. la relation entre les obligations de l'Australie au titre de la FCTC et celles qui lui incombent au titre des Accords de l'OMC.

4. Le Guatemala se réserve la possibilité de présenter des vues complémentaires concernant ces questions, et d'autres, à un stade ultérieur de la présente procédure. Il espère que ses communications écrite et orale seront utiles au Groupe spécial.

II. RELATION ENTRE L'ACCORD OTC ET L'ACCORD SUR LES ADPIC POUR L'ÉVALUATION DES MESURES CONCERNANT L'EMBALLAGE NEUTRE

5. Dans leurs premières communications écrites, les plaignants soutiennent que les mesures concernant l'emballage neutre sont des règlements techniques qui relèvent de l'article 2.2 de l'Accord OTC.¹ L'Australie soutient que sa mesure concernant l'emballage neutre devrait être évaluée d'une manière qui différencie les "prescriptions matérielles" et les "prescriptions relatives à la marque" de la mesure:

"La mesure concernant l'emballage neutre du tabac établit:
1) certaines prescriptions relatives à l'usage de marques sur les emballages et les produits du tabac (les "prescriptions relatives à la marque"); et 2) certaines prescriptions concernant les caractéristiques matérielles des emballages et des produits du tabac (les "prescriptions matérielles").²

* La communication écrite du Guatemala est utilisée comme résumé analytique.

¹ Première communication écrite de Cuba, section VI.D (pages 144 à 150); première communication écrite de l'Indonésie, section V.B (pages 142 à 175); première communication écrite de la République dominicaine, section V.II (pages 267 à 293); première communication écrite du Honduras, section VII (pages 163 à 196).

² Première communication écrite de l'Australie, paragraphe 506.

6. Selon l'Australie, les "prescriptions matérielles" sont des règlements techniques qui relèvent de l'Accord OTC.³ Cependant, elle estime que les "prescriptions relatives à la marque" ne sont pas des règlements techniques au regard de l'Accord OTC, et que c'est la raison pour laquelle elles peuvent uniquement être évaluées au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC. L'Australie soutient aussi que l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC traite le sujet plus "... explicitement et en détail" que l'article 2.2 de l'Accord OTC.⁴

7. L'Australie estime que si les "prescriptions relatives à la marque" devaient être examinées au titre tant de l'Accord sur les ADPIC que de l'Accord OTC, le Groupe spécial conviendrait avec les plaignants que l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC et l'article 2.2 de l'Accord OTC traitent de "la même matière".⁵

8. L'Australie fait également valoir que même dans le cas où le Groupe spécial estimerait 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 de la prescription relative à la marque imposée par la mesure concernant l'emballage neutre du tabac, à l'exclusion de l'article 2.2 de l'Accord OTC.⁶

9. Les Accords de l'OMC visés doivent être interprétés d'une manière cohérente et uniforme. Chaque 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. Cette vision harmonisée est conforme aux principes fondateurs de l'OMC, établis dans l'article 2 de l'Accord de Marrakech:

"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."

10. Dans l'affaire *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, dans le cadre d'un examen portant sur l'application d'un accord visé à l'exclusion d'un autre, l'Organe d'appel a indiqué ce qui suit:

"Il est difficile de concilier cette approche interprétative avec l'idée que les dispositions des accords de l'OMC visés devraient être interprétées d'une manière cohérente et uniforme qui donne sens à toutes les dispositions applicables, harmonieusement. Les Membres ont contracté des obligations cumulatives au titre des accords visés et devraient donc garder à l'esprit leurs actions au titre d'un accord lorsqu'ils entreprennent une action au titre d'un autre accord."⁷

11. De même, dans l'affaire *Argentine – Chaussures (CE)*, l'Organe d'appel a expliqué ce qui suit:

".. le Groupe spécial a eu raison d'indiquer que "l'article XIX du GATT et l'Accord sur les sauvegardes [devaient] *a fortiori* être vus comme représentant un *ensemble indissociable* de droits et de disciplines qui [devaient] être considérés conjointement." Cependant, celui qui interprète un traité doit lire toutes les dispositions applicables du traité de façon à donner un sens à *toutes*, harmonieusement. Et une lecture appropriée de cet "*ensemble indissociable de droits et de disciplines*" doit en conséquence donner un sens à *toutes* les

³ Première communication écrite de l'Australie, paragraphe 507.

⁴ Première communication écrite de l'Australie, paragraphe 511.

⁵ Première communication écrite de l'Australie, paragraphe 508.

⁶ Première communication écrite de l'Australie, paragraphe 511.

⁷ 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, paragraphe 570.

dispositions pertinentes de ces deux accords également contraignants."⁸ (pas d'italique dans l'original)

12. Le Guatemala convient avec l'Australie que chacun des Accords en cause traite d'une "matière" différente.⁹ Toutefois, il s'agit de savoir si la mesure en cause peut être évaluée simultanément au titre de différents accords ou si, comme l'Australie le propose, il faudrait considérer que l'Accord sur les ADPIC est plus spécifique et, donc, l'appliquer à l'exclusion de l'Accord OTC.

13. Le Guatemala croit comprendre que l'argument de l'Australie fait référence au principe *lex specialis derogat legi generali*. Ce principe est "indissociablement lié à la question du conflit" et ne s'applique pas si deux accords "... traitent de la même matière d'un point de vue différent ou sont applicables dans des circonstances différentes, ou qu'une disposition a une portée plus vaste que celles de l'autre mais n'est pas incompatible avec elle".¹⁰

14. C'est la première fois que la question de la relation entre l'Accord OTC et l'Accord sur les ADPIC se pose. Toutefois, selon le Guatemala, même à supposer pour les besoins de l'argumentation que l'Accord OTC et l'Accord sur les ADPIC puissent traiter de la même matière, ils le font d'un point de vue différent et s'appliquent dans des circonstances différentes.

15. Par conséquent, le Guatemala n'est pas convaincu que les dispositions de l'Accord sur les ADPIC sont applicables à l'exclusion des dispositions de l'Accord OTC.

III. INTERPRÉTATION DES ARTICLES 19 ET 20 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

16. Dans sa communication écrite, Cuba fait valoir que l'"article 20 (de l'Accord sur les ADPIC) limite la capacité des Membres de l'OMC de restreindre l'usage des marques par des acteurs commerciaux au cours d'opérations commerciales".¹¹ À son avis, c'est la seule disposition de l'Accord sur les ADPIC qui limite explicitement la capacité des États de réglementer l'usage d'un objet protégé.¹²

17. Par ailleurs, l'Australie reconnaît que la mesure concernant l'emballage neutre: "... impose des "prescriptions spéciales" relatives à l'usage des marques, dans la mesure où elle exige que toute marque dénomminative apparaisse sous une certaine forme sur l'emballage du tabac pour la vente au détail. Cependant, l'Australie ne considère pas que les aspects de la mesure concernant l'emballage neutre du tabac qui *interdisent l'usage* de certaines marques sur les produits du tabac et sur leur emballage pour la vente au détail sont des "prescriptions spéciales" qui relèvent de l'article 20"¹³ (pas d'italique dans l'original).

18. L'Australie semble interpréter l'article 20 sur la base de l'article 19 de l'Accord sur les ADPIC. Selon elle, l'article 19 "... prévoit explicitement que les "prescriptions des pouvoirs publics" *pourront interdire* totalement l'usage d'une marque" (pas d'italique dans l'original). Par conséquent, "si le droit interne interdit totalement l'"usage" de certaines marques, alors celles-ci ne sont pas "[utilisées] ... au cours d'opérations commerciales" et, par conséquent, l'article 20 n'entre pas en jeu".¹⁴

19. L'Australie conclut donc qu'"[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".¹⁵

⁸ Rapport de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures de sauvegarde à l'importation de chaussures*, WT/DS121/AB/R, paragraphe 81.

⁹ Première communication écrite de l'Australie, paragraphes 508 à 510.

¹⁰ 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, note de bas de page 649.

¹¹ Première communication écrite de Cuba, paragraphe 297.

¹² *Idem*.

¹³ Première communication écrite de l'Australie, paragraphe 339.

¹⁴ Première communication écrite de l'Australie, paragraphe 341.

¹⁵ Première communication écrite de l'Australie, paragraphe 342.

20. Le Guatemala croit comprendre que, dans ses arguments, l'Australie affirme que les articles 19 et 20 s'excluent mutuellement. Si une mesure impose une interdiction, l'article 19 s'applique à l'exclusion de l'article 20.

21. Le Guatemala n'est pas convaincu par l'interprétation de l'Australie. Premièrement, il croit comprendre que l'article 19 porte spécifiquement sur l'"obligation d'usage" pour "maintenir un enregistrement" tandis que l'article 20 vise d'"autres prescriptions", à l'exclusion de l'"obligation d'usage" énoncée à l'article 19. En outre, conformément à l'article 19, l'obligation d'usage spéciale pour maintenir un enregistrement est applicable dans la mesure où "*il est obligatoire* de faire usage d'une marque de fabrique ou de commerce pour maintenir un enregistrement" (pas d'italique dans l'original). Toutefois, cette disposition ne traite pas les interdictions générales visant l'usage ou l'enregistrement d'une marque comme l'Australie semble le soutenir.

22. Deuxièmement, l'article 20 s'applique à condition que la prescription en cause ne soit pas une "obligation d'usage" pour "maintenir un enregistrement". Toutefois, cette disposition n'est apparemment pas subordonnée au point de savoir si la prescription en cause constitue une entrave ou une interdiction totale. Le sens ordinaire du mot "encumbrance" (entrave) s'entend de "impediment ... a burden"¹⁶ (une entrave ... une charge), et celui des mots "to encumber" (entraver) s'entend de "[h]amper, impede [a person, movement, etc.]; act as a check or restraint on" (gêner, empêcher [une personne, un mouvement, etc.]; agir comme un frein ou une limitation à l'égard de).¹⁷ Par conséquent, le Guatemala note que l'expression "entravé de manière injustifiable" englobe aussi les interdictions de l'usage d'une marque ou les "entraves" injustifiables à son égard.

23. Enfin, d'une manière plus générale, le Guatemala ne voit pas comment l'interprétation de l'Australie justifierait le fait que l'Accord sur les ADPIC permettrait que les Membres imposent une interdiction de l'usage d'une marque, *sans conditions*, alors que ces conditions ne seraient applicables que dans le cas où un Membre imposerait des entraves autres qu'une interdiction totale. Autrement dit, le Guatemala n'est pas convaincu que l'Accord sur les ADPIC étaye l'idée que les Membres sont totalement libres d'imposer des interdictions sauf lorsqu'il s'agit de limitations de l'usage des marques.

IV. PORTÉE ET APPLICATION DE L'ARTICLE 15:4 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

24. L'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC dispose que "[l]a 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". L'Ukraine soutient que "[e]n violation directe de ce principe, la Loi sur l'emballage neutre du tabac est une reformulation de la Loi portant modification de la Loi sur les marques de l'Australie pour créer un sous-ensemble de protection de seconde zone des marques enregistrées, pour les seuls produits du tabac, en raison de la nature du produit auquel ces marques s'appliquent".¹⁸

25. Selon l'Ukraine, la mesure australienne concernant l'emballage neutre "... interdit l'usage de signes qui ne sont pas intrinsèquement distinctifs. La seule raison pour interdire l'usage de ces signes sur les produits du tabac et leur emballage tient à la nature du produit". L'Ukraine ajoute que "la seule raison pour laquelle l'Australie interdit l'usage des marques sur les produits du tabac et leur emballage tient à la nature du produit auquel la marque s'appliquera".¹⁹

26. En réponse, l'Australie fait valoir que "[l]a mesure concernant l'emballage neutre du tabac est compatible avec l'article 15:4 parce qu'elle n'empêche pas l'enregistrement des marques sur la base de la nature du produit concerné (à savoir le tabac)".²⁰ Elle indique également que la Loi sur l'emballage neutre du tabac n'empêche pas un titulaire d'enregistrer une marque au titre de la Loi portant modification de la Loi sur les marques.²¹

¹⁶ Shorter Oxford English Dictionary, sixième édition, Oxford University Press, 2007, volume 1, page 828.

¹⁷ *Ibid*, page 827.

¹⁸ Première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 182.

¹⁹ Première communication écrite de l'Ukraine, paragraphe 183.

²⁰ Première communication écrite de l'Australie, paragraphe 308.

²¹ *Idem*.

27. Selon le Guatemala, le Groupe spécial est saisi de la question de savoir si les règlements de l'Australie "constituent un obstacle à l'enregistrement de la marque" et, dans l'affirmative, si un tel obstacle est lié à la "nature des produits ou services auxquels une marque de fabrique ou de commerce s'appliquera".

28. D'après l'explication de l'Australie, le Guatemala croit comprendre que les mesures en cause n'empêchent pas l'enregistrement des marques des produits du tabac. En fait, l'argument de l'Ukraine est apparemment axé sur des situations dans lesquelles une sous-catégorie spécifique de produits, qui ne sont pas des signes intrinsèquement distinctifs, pourrait néanmoins faire l'objet d'un enregistrement subordonné à l'usage.

29. Si le Guatemala comprend bien, l'Ukraine affirme qu'une interdiction de l'usage d'une marque empêche l'enregistrabilité (cas dans lequel l'article 15:3 serait applicable) et constitue un obstacle à l'enregistrement d'une marque en raison de la "nature des produits" (conformément à l'article 15:4).

30. Si cette interprétation est correcte, alors le Guatemala n'est pas convaincu par l'argument de l'Ukraine. Il fait remarquer que, dans les cas très spécifiques décrits ci-dessus, l'obstacle à l'enregistrement d'une marque allégué serait l'absence d'usage (conformément à l'article 15:3), mais pas nécessairement la "nature des produits ou services auxquels une marque de fabrique ou de commerce s'appliquera" (conformément à l'article 15:4).

31. Cependant, le Guatemala est conscient que les mesures en cause limitent l'usage des marques, et que c'est la raison pour laquelle elles empêchent les agents économiques d'enregistrer des marques sur la base de leur usage. Nonobstant ce qui précède, il ne pense pas que cette situation puisse constituer une violation de l'article 16:4 de l'Accord sur les ADPIC.

V. OBLIGATIONS DE L'AUSTRALIE AU TITRE DE LA FCTC EN RELATION AVEC SES OBLIGATIONS DANS LE CADRE DE L'OMC

32. L'Australie fait valoir qu'elle doit s'acquitter de ses obligations au titre de la FCTC. Elle mentionne en particulier l'article 11 (concernant le conditionnement et l'étiquetage des produits du tabac) et l'article 13 (concernant la publicité en faveur du tabac, la promotion et le parrainage) de la FCTC.²² Selon elle, l'article 11 de la FCTC exige que les parties mettent en œuvre des mesures pour éliminer l'aptitude de l'emballage du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets du tabagisme sur la santé et imposent des mises en garde sanitaires sur l'emballage du tabac.* L'article 13 exige que les parties mettent en œuvre des interdictions globales de la publicité en faveur du tabac, de la promotion et du parrainage" (note de bas de page omise).²³

33. En 2007, la Conférence des Parties à la FCTC a adopté neuf directives. Parmi elles, les Directives pour l'application de l'article 11 énoncent 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)" (pas d'italique dans l'original).²⁴

34. En outre, les Directives pour l'application de l'article 13 énoncent 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

²² Première communication écrite de l'Australie, paragraphe 104.

²³ *Idem*.

²⁴ *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac: directives pour l'application* (édition 2013) pièce AUS-109, article 11, paragraphe 46.

caractères normaux et dans une couleur standardisée (conditionnement neutre)" (pas d'italique dans l'original).²⁵

35. La République dominicaine a fait valoir l'argument selon lequel les Directives pour l'application de la FCTC avaient un caractère non contraignant et selon lequel les articles 11 et 13 de ces directives ne faisaient que des recommandations invitant les parties à la FCTC à "*envisager d'adopter*" l'emballage neutre sans aucune obligation en la matière.²⁶

36. Le Guatemala partage l'avis de la République dominicaine. L'expression "devraient envisager", figurant dans les deux directives à caractère non contraignant, n'équivaut pas à une obligation contraignante pour l'Australie ni pour aucun autre Membre de l'OMC. Par conséquent, selon lui, il n'y a pas conflit entre les obligations internationales.

37. Dans l'affaire *Indonésie – Automobiles*, le Groupe spécial a mentionné des situations dans lesquelles il pouvait y avoir conflit entre deux traités. En particulier, il a expliqué ce qui suit:

"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"". ²⁷

38. Compte tenu de ce qui précède, si l'Australie avait décidé de ne pas mettre en œuvre de mesures concernant l'emballage neutre, elle respecterait toujours ses obligations alléguées au titre de la FCTC. En fait, l'emballage neutre n'est qu'une mesure parmi d'autres dans le cadre de la mise en œuvre d'une approche globale de la lutte antitabac.

39. Le Guatemala pense aussi que les Membres devraient, et peuvent, se conformer aux Directives de la FCTC sans compromettre leurs obligations qui sont énoncées dans les Accords de l'OMC visés.

²⁵ *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac: directives pour l'application* (édition 2013) pièce AUS-109, article 13.

²⁶ Première communication écrite de la République dominicaine, paragraphe 187.

²⁷ 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, note de bas de page 649.

ANNEXE C-7**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DES ARGUMENTS DU JAPON****I. Caractéristiques de la protection des marques au titre de l'Accord sur les ADPIC**

1. L'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC confère aux titulaires de marques le droit d'empêcher des tiers d'en faire usage. Cependant, l'Accord sur les ADPIC indique aussi clairement que les titulaires de marques ont des "intérêts légitimes", que les Membres de l'OMC doivent prendre en compte dans certaines circonstances, comme lorsqu'il s'agit d'accorder des exceptions limitées aux droits de marque, ainsi qu'il est prévu par l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC. Le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques* a identifié l'un de ces "intérêts légitimes" comme étant l'intérêt à utiliser sa propre marque.¹ Par conséquent, "l'usage d'une marque", dans le cadre des intérêts légitimes du titulaire d'une marque, doit être pris en compte dans l'interprétation de l'Accord sur les ADPIC, en particulier, pour analyser le "caractère justifiable" de toute entrave dans le contexte de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC.

II. Article 20 de l'Accord sur les ADPIC**A. Prescriptions spéciales**

2. L'article 20 de l'Accord sur les ADPIC concerne les prescriptions "spéciales". Le Japon croit comprendre que la première phrase de l'article 20 interdit aux Membres d'imposer des conditions différentes ou additionnelles qui restreindraient "de manière injustifiable" l'usage d'une marque, dans le contexte de l'achat ou de la vente de produits ou de services.

3. Pour interpréter l'expression "prescriptions spéciales" au sens de l'article 20, le Japon souhaite souligner que la raison d'être fondamentale d'une marque est de permettre aux consommateurs de distinguer les produits ou les services. L'article 15 dispose que les marques doivent être "propre[s] à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises". Étant donné que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac amoindrit la capacité du titulaire d'une marque de distinguer ses produits ou services de ceux d'autres agents économiques, il ne fait pas de doute que cette interdiction constitue une "prescription spéciale" au sens de l'article 20.

4. L'Australie convient que "la mesure concernant l'emballage neutre du tabac impose des prescriptions spéciales sur l'usage de marques, au moins à certains égards".² Cependant, elle fait valoir qu'"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".³

5. Le Japon ne souscrit pas à l'interprétation par l'Australie du champ d'application de l'article 20. Une interdiction d'utiliser une marque est une "prescription spéciale" au sens de l'article 20. L'interprétation proposée par l'Australie produirait des résultats contraires au sens commun. Des conditions qui affectent, mais sans interdire l'usage d'une marque, seraient uniquement autorisées au titre de l'article 20 s'il s'agissait de restrictions justifiables. Or selon l'interprétation de l'Australie, une interdiction totale d'utiliser une marque serait toujours autorisée en l'absence de toute discipline, même si elle privait effectivement la marque de sa valeur.

B. Caractère injustifiable

6. Pour ce qui est de savoir si la mesure concernant l'emballage neutre entrave "de manière injustifiable" l'usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales", l'Australie invoque un aspect de l'interprétation du mot "injustifiable" figurant à

¹ Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques*, paragraphe 7.664.

² Première communication écrite de l'Australie, paragraphe 336.

³ *Ibid.* paragraphe 342.

l'article XX du GATT de 1994⁴ pour conclure que l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC exige "un lien rationnel entre toute prescription spéciale imposée sur l'usage de marques au cours d'opérations commerciales et un objectif légitime de politique générale publique".⁵

7. Le Japon convient que, pour interpréter l'expression "de manière injustifiable" qui figure à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, des indications peuvent être tirées de l'interprétation du mot "injustifiable" figurant dans le texte introductif de l'article XX du GATT. Toutefois, dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, l'Organe d'appel a fait observer que la question de savoir si la discrimination pouvait être conciliée avec l'objectif de politique générale, ou si elle était rationnellement liée à cet objectif était "un élément dans l'évaluation "cumulative" d'une "discrimination injustifiable"⁶, et a en outre expliqué que "[d]ans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, l'Organe d'appel s'[était] appuyé sur *plusieurs facteurs* pour constater que la mesure en cause avait pour résultat une discrimination arbitraire ou injustifiable".⁷ Par ailleurs, dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, l'Organe d'appel a constaté que "[d]ans certains cas les effets de la discrimination [pouvaient] être un facteur pertinent, entre autres, pour déterminer si la cause ou la raison d'être de la discrimination [était] acceptable ou défendable et, en fin de compte, si la discrimination [était] justifiable".⁸ De même, dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, l'Organe d'appel a examiné l'existence d'une mesure de rechange raisonnablement disponible en tant que l'un des facteurs pertinents pour déterminer si la discrimination était injustifiable.⁹

8. Par conséquent, quand bien même l'analyse devrait être axée "sur la cause de la discrimination, ou la raison d'être avancée pour expliquer son existence,"¹⁰ et il est difficile de voir comment une discrimination peut être justifiée si "la raison d'être ... de la discrimination est sans rapport avec la poursuite de l'objectif [de la mesure] ... ou irait à l'encontre de cet objectif", pour déterminer s'il existe un lien rationnel entre la raison d'être de la discrimination et l'objectif de politique générale poursuivi il faut examiner "plusieurs facteurs". Cet examen peut aussi consister à analyser l'effet et la nature des moyens de discrimination adoptés pour réaliser un objectif de politique générale ainsi que le lien rationnel entre les moyens adoptés et l'objectif poursuivi.

9. Il importe aussi de noter que l'analyse requise au titre de l'article XX du GATT, qui fait référence à une discrimination injustifiable, peut avoir un champ plus limité que l'analyse requise au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, qu'il n'est pas obligatoire d'axer exclusivement sur les aspects discriminatoires de l'entrave.

10. De l'avis du Japon, un groupe spécial examinant une allégation au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC 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? L'entrave est-elle raisonnablement calibrée pour contribuer à l'objectif de politique générale?

11. Le Japon note en outre qu'il y a une certaine incertitude dans la description par l'Australie des objectifs de sa mesure. Il est évident que si l'objectif d'une mesure en cause n'est pas indiqué avec précision, il serait irréalisable d'évaluer effectivement et correctement si la mesure est raisonnablement calibrée pour contribuer à son objectif de politique générale. Il apparaît que le premier objectif ("réduire l'attrait exercé par les produits du tabac sur les consommateurs"), tel qu'il est énoncé à l'article 3 2) a) de la Loi sur l'emballage neutre du tabac, vise à décourager le tabagisme chez les fumeurs, qu'ils soient ou non parfaitement informés des effets nocifs des produits du tabac. Par contre, il apparaît que les deuxième et troisième objectifs, tels qu'ils sont énoncés à l'article 3 2) b) et 3 2) c), visent à empêcher les consommateurs de méconnaître les

⁴ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.306. L'Australie fait également référence au rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 225, 227 et 228.

⁵ Première communication écrite de l'Australie, paragraphe 383.

⁶ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.306.

⁷ *Ibid.* paragraphe 5.305. (pas d'italique dans l'original; notes de bas de page omises)

⁸ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 230.

⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 171.

¹⁰ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 226.

risques des produits du tabac pour la santé (plutôt qu'à les amener à ne pas fumer même s'ils comprennent parfaitement et exactement ces risques).¹¹

12. Pour ce qui est du premier objectif énoncé à l'article 3 2) a), le Japon invite le Groupe spécial à demander à l'Australie 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 justifiées. Par ailleurs, en ce qui concerne les deux derniers objectifs énoncés à l'article 3 2) b) et 3 2) c), le Japon invite le Groupe spécial à demander à l'Australie quels aspects des marques, en particulier les aspects figuratifs des marques, conduisent les consommateurs à méconnaître la nocivité des produits présents sur le marché australien. Si un quelconque aspect figuratif des marques peut donner lieu à cette méconnaissance, le Japon souhaiterait inviter le Groupe spécial à demander également si et en quoi la position de l'Australie est compatible avec l'interprétation générale de la fonction des marques, qui, par nature, est de distinguer les produits ou les services au cours d'opérations commerciales, comme le prévoit l'article 15, et non de contribuer à la méconnaissance des consommateurs au sujet des produits et de leur qualité.

13. Enfin, le Japon estime également que l'article 8:1 de l'Accord sur les ADPIC indique clairement que les mesures nécessaires à la protection de la santé publique sont uniquement admissibles si elles sont "compatibles avec les dispositions du présent accord". L'article 8:1 n'est pas une exception à l'Accord, mais l'affirmation que l'Accord dans son ensemble tient déjà compte de la capacité des Membres de prendre des mesures conformément à des objectifs de politique générale publique. Par conséquent, l'adoption d'une mesure en faveur de la santé publique ne rend pas en elle-même et à elle seule la mesure justifiable. Permettre qu'il en soit autrement accorderait aux Membres de trop larges pouvoirs pour restreindre les marques.

III. Relation entre l'Accord sur les ADPIC et l'Accord OTC

14. Le Japon conteste l'argument de l'Australie selon lequel "l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC s'appliquerait à l'exclusion de l'article 2.2 de l'Accord OTC s'agissant" des prescriptions dites "prescriptions relatives à la marque". Il conteste aussi l'affirmation de l'Australie selon laquelle l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC traiterait clairement cette question [à savoir les prescriptions affectant l'usage des marques] plus "... explicitement et en détail" que l'article 2.2 de l'Accord OTC.¹²

15. Selon le Japon, la relation entre différents accords visés doit être déterminée sur la base d'un examen objectif des dispositions pertinentes de ces accords, étant donné que deux accords visés, quels qu'ils soient, "font tous deux "partie intégrante" de l'Accord sur l'OMC et sont "contraignants pour tous les Membres".¹³

16. En outre, comme l'Australie le reconnaît, l'article 2.2 de l'Accord OTC "englobe toutes sortes de "règlement techniques,"" qui sont définis dans l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC. Rien dans l'Accord OTC n'exclut *a priori* des mesures réglementant l'usage d'une marque du champ d'application de l'article 2.2. Le Japon est d'avis que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac est en fait un "règlement technique", suivant la définition donnée à l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC.

17. Enfin, l'Australie fait référence à une déclaration de l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Bananes III* pour étayer sa position.¹⁴ Or les constatations de l'Organe d'appel dans cette affaire se rapportaient à l'ordre d'analyse et ne corroborent 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.

¹¹ Le Groupe spécial voudra peut-être confirmer si l'Australie considère que l'objectif de la mesure concernant l'emballage neutre est d'empêcher la méconnaissance de la part des consommateurs et non d'amener les consommateurs australiens à ne pas fumer même s'ils comprennent parfaitement et exactement les risques des produits du tabac pour la santé (sans interdire la consommation et la vente de ces produits).

¹² Première communication écrite de l'Australie, paragraphes 508 à 511.

¹³ Rapport de l'Organe d'appel *Argentine – Chaussures (CE)*, paragraphe 81.

¹⁴ Première communication écrite de l'Australie, paragraphe 511.

IV. Article 2.2 de l'Accord OTC – caractère restrictif pour le commerce

18. L'Australie considère qu'"il va de soi que, pour présenter des éléments *prima facie* au regard de ce critère [de l'article 2.2], un plaignant doit établir, à titre préliminaire, que le règlement technique en cause est "restrictif pour le commerce"¹⁵. Le caractère restrictif pour le commerce n'a pas été qualifié de question préliminaire par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, ou ultérieurement dans l'affaire *États-Unis – EPO*. En fait, le caractère restrictif pour le commerce de la mesure est l'un des facteurs du critère relationnel et multifactoriel que l'Organe d'appel a élaboré pour déterminer si une mesure était compatible avec l'article 2.2 de l'Accord OTC.¹⁶

V. Article 2.2 de l'Accord OTC – identification de l'objectif légitime et de la contribution de la mesure

19. Le Japon considère que, pour procéder à une analyse objective de la légitimité de l'objectif ainsi qu'aux analyses relationnelle et comparative de la nécessité de la mesure (notamment en ce qui concerne le degré de contribution et les risques liés à la non-réalisation) au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, il est essentiel d'identifier l'objectif de la mesure contestée ou sa raison d'être de politique générale, aussi précisément que possible, dès le début. Comme l'Organe d'appel l'a expliqué "l'objectif pertinent est le point de référence par rapport auquel un groupe spécial doit évaluer le degré de la contribution apportée par un règlement technique contesté, ainsi que par les mesures de rechange proposées".¹⁷

20. Par conséquent, le Japon invite le Groupe spécial à examiner les objectifs de la mesure concernant l'emballage neutre de la manière qu'il a décrite au sujet de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC (à savoir, examiner si l'objectif est d'empêcher les consommateurs de méconnaître les risques posés par les produits du tabac pour la santé ou de les amener à ne pas fumer même s'ils comprennent parfaitement et exactement ces risques, quels aspects des marques donnent lieu à la méconnaissance des consommateurs, ainsi que la compatibilité avec la fonction généralement reconnue des marques qui est de distinguer les produits ou les services).

VI. Article 2.2 de l'Accord OTC – charge de la preuve

21. Le Japon reconnaît que, comme l'Organe d'appel l'a établi, il incombe au plaignant de prouver, pour son allégation au titre de l'article 2.2, que la mesure contestée crée un obstacle non nécessaire au commerce international. Après que le plaignant a présenté ses éléments *prima facie*, il incombe alors au défendeur de les réfuter. Le Japon fait remarquer que, étant donné que le pays défendeur est le mieux placé pour disposer des faits et des éléments de preuve pertinents concernant ses propres mesures ou le contexte réglementaire des mesures, les plaignants ne devraient pas être tenus d'assumer une charge de la preuve trop lourde pour présenter leurs éléments *prima facie* au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC. En d'autres termes, les plaignants ne devraient pas être tenus de fournir une analyse complète du caractère restrictif pour le commerce de la mesure de rechange avant que la charge de la preuve ne passe au défendeur pour réfuter les éléments *prima facie* du plaignant.

VII. Article 2.5 de l'Accord OTC

22. Le Japon fait observer que l'article 2.5 établit une présomption réfragable selon laquelle un règlement technique ne crée pas d'obstacle non nécessaire au commerce international lorsque certaines conditions sont remplies. Ces présomptions juridiques, bien qu'elles puissent être réfutées, ne sont par définition pas aisément surmontées car de nouveaux éléments de preuve et arguments seraient nécessaires pour renverser à nouveau la charge de la preuve. De l'avis du Japon, la difficulté de réfuter une présomption au titre de l'article 2.5 peut dépendre du *niveau de précision* des normes internationales en cause. Si la norme internationale est fortement prescriptive et suivie rigoureusement par le Membre concerné, il pourrait être soutenu que cette présomption serait plus difficile à réfuter. Si, par contre, l'invocation de la norme internationale

¹⁵ Première communication écrite de l'Australie, paragraphe 522 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, note de bas de page 647 relative au paragraphe 322).

¹⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 322. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 374.

¹⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 387.

repose sur une base faible, ou si cette norme est trop générale, la présomption serait plus facile à réfuter. Ces déterminations devraient, selon l'évaluation du Japon, être faites au cas par cas.

ANNEXE C-8**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DES ARGUMENTS DE LA RÉPUBLIQUE DE CORÉE***

Monsieur le Président et Madame et Monsieur les membres du Groupe spécial,

1. La Corée se félicite de l'occasion qui lui est donnée d'exposer ses vues dans le présent différend, dans lequel elle a un intérêt systémique en ce qui concerne l'interprétation de l'Accord OTC et de l'Accord sur les ADPIC. Elle a également un intérêt systémique dans la façon dont l'OMC définit la relation entre ses règles et d'autres accords internationaux. Aujourd'hui, elle souhaiterait se prononcer brièvement sur quelques questions essentielles pour lesquelles elle demande au Groupe spécial de donner des indications claires.

2. La Corée estime que les Membres de l'OMC ont le droit de poursuivre des objectifs légitimes en matière de réglementation intérieure et de politique générale publique, comme la santé publique. Ce droit de réglementer devrait être protégé en tant que droit souverain de tous les pays Membres, et il est suffisamment mis en évidence dans le GATT de 1994 ainsi que dans l'Accord OTC et l'Accord SPS.

3. En même temps, la Corée est consciente que l'une des principales fonctions de l'OMC est d'assurer "autant que possible la bonne marche, la prévisibilité et la liberté des échanges". Il est particulièrement important en l'espèce d'établir un juste équilibre entre poursuivre des objectifs de santé publique et assurer la liberté des échanges. À cet égard, la Corée souhaiterait formuler les observations suivantes.

4. Premièrement, le présent Groupe spécial devrait donner des indications claires sur la relation entre les règles de l'OMC et celles qui sont établies par d'autres organisations internationales. En l'espèce, l'OMS est l'autre organisation internationale. Cependant, le Groupe spécial devrait aussi examiner les dispositions de l'Accord sur les ADPIC. Étant donné que la protection des droits de propriété intellectuelle est essentielle à la création de valeur par le biais du commerce, les mesures restrictives pour le commerce qui enfreignent l'Accord sur les ADPIC ne devraient pas être autorisées.

5. Deuxièmement, la Corée demande au Groupe spécial de donner des indications sur la relation entre les règles de l'OMC et celles de l'OMS. 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 Convention-cadre pour la lutte antitabac (ci-après dénommée la "FCTC") devrait être suffisamment reconnue. À l'heure actuelle, la FCTC est ratifiée par 180 pays, ce qui fait d'elle la convention la plus largement ratifiée par les pays membres de l'ONU. En particulier, la Corée note que la disposition 46 des Directives pour l'application de l'article 11 de la FCTC recommande l'adoption de l'emballage neutre. Elle estime que la décision du Groupe spécial concernant la relation entre cette recommandation spécifique de la FCTC et les dispositions pertinentes des Accords de l'OMC sera déterminante pour ce qui est de trancher les questions essentielles dans le présent différend.

6. Troisièmement, la Corée demande au Groupe spécial de donner des indications claires sur la portée des droits au titre de l'Accord sur les ADPIC. Les plaignants allèguent que la mesure concernant l'emballage neutre restreint indûment l'usage des marques et qu'elle est donc incompatible avec l'Accord sur les ADPIC. L'Australie fait valoir que l'Accord sur les ADPIC prévoit des droits d'exclusion négatifs; il est donc affirmé que la mesure de l'Australie est compatible avec l'Accord sur les ADPIC. L'interprétation par le Groupe spécial de la portée des droits de marque aura une incidence notable sur les politiques des Membres de l'OMC. De l'avis de la Corée, une interprétation étroite de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC entraînerait de graves restrictions aux droits de marque.

7. À cet égard, la Corée relève l'interprétation de l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC qui a été faite par le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques*. Dans ce différend, le

* La Corée a demandé que sa déclaration orale constitue son résumé analytique.

Groupe spécial a constaté qu'un "intérêt légitime" incluait l'intérêt du titulaire d'une marque d'utiliser sa propre marque. L'interprétation de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC devrait prendre en considération cet intérêt légitime du titulaire de la marque.

8. Enfin, la Corée demande au présent Groupe spécial de donner des indications sur l'interprétation de l'article 8:1 de l'Accord sur les ADPIC. Cet article réaffirme le droit d'adopter des mesures nécessaires pour protéger la santé publique en élaborant des lois et réglementations. Il est à noter toutefois que ces objectifs légitimes de politique générale sont admissibles uniquement s'ils sont compatibles avec les dispositions de l'Accord sur les ADPIC.

9. La Corée termine ainsi sa déclaration orale et vous remercie.

ANNEXE C-9**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DES ARGUMENTS DU MALAWI****I. INTRODUCTION**

1. Le Malawi a exposé ses vues au Groupe spécial *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* (DS435, DS441, DS458, DS467) dans une communication écrite datée du 10 avril 2015 et dans une déclaration orale en tant que tierce partie le 3 juin 2015. Il est heureux de présenter au Groupe spécial un résumé des vues qu'il a exprimées dans la présente procédure de règlement des différends.

2. Pour le Malawi, les prescriptions strictes en matière d'emballage imposées par l'Australie au titre de la Loi de 2011 sur l'emballage neutre du tabac, des Règlements de 2011 et de 2012 sur l'emballage neutre du tabac et de la Loi de 2011 portant modification de la Loi sur les marques (emballage neutre du tabac) (les "mesures concernant l'emballage neutre") soulèvent des questions systémiques concernant le commerce international et le droit de la propriété intellectuelle. Ces mesures sont également susceptibles d'avoir une incidence importante et négative sur les intérêts économiques et commerciaux du Malawi, qui est un petit pays moins avancé et sans littoral, dont la production et le développement économiques sont en grande partie tributaires de la culture du tabac.

3. Le Malawi est le plus grand producteur mondial de tabac Burley et le sixième producteur de tabac brut. Le tabac est le troisième principal produit exporté en volume (après le maïs et le sucre), mais représente en valeur plus du double de la valeur cumulée des exportations de maïs et de sucre. L'agriculture compte pour environ 33% du PIB du Malawi et pour 90% de ses recettes d'exportation. Le tabac représente 60% de la valeur des exportations du pays et contribue à raison de 15% au PIB du pays. La part du Malawi dans les exportations totales mondiales n'est que de 0,01%.

4. Au Malawi, plus de deux familles sur trois ou environ 70% de la population dépendent directement du tabac et des branches de production connexes pour leurs moyens de subsistance. Toute la production de tabac du Malawi sert à la fabrication de cigarettes vendues sur le marché international.

5. Compte tenu du rôle prédominant du tabac dans son commerce extérieur, il est essentiel pour le Malawi de veiller à ce que les mesures qui affectent directement ou indirectement le commerce du tabac et des produits du tabac soient compatibles avec les Accords de l'OMC. Les mesures concernant l'emballage neutre faussent gravement les échanges et auront une incidence notable et disproportionnée sur l'économie du Malawi en faisant baisser la demande légitime de feuilles de tabac de qualité supérieure et en favorisant un commerce illicite de produits de qualité médiocre en dehors du commerce international légitime de cet important produit d'exportation.

6. Le Malawi considère que la prescription relative à l'équilibrage énoncée à l'article 2.2 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (l'"Accord OTC"), qui dispose que tout règlement technique ne doit pas être plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire, est un principe fondamental et central du système de l'OMC. Une évaluation attentive de la contribution, le cas échéant, des mesures concernant l'emballage neutre à leur objectif légitime doit donc être effectuée sur la base des éléments de preuve présentés au Groupe spécial aux fins de l'exercice de soupesage et de mise en balance au titre de l'article 2.2.

7. Le Malawi ne met pas en cause l'objectif sanitaire poursuivi par l'Australie mais considère qu'un Membre de l'OMC ne peut pas simplement invoquer des motifs liés à la santé pour justifier des mesures qui sont très restrictives pour le commerce, en particulier en l'absence d'éléments de preuve indiquant que ces mesures contribueront à l'objectif déclaré.

8. Au vu des données de fait présentées au Groupe spécial, le Malawi estime qu'il n'existe aucun élément de preuve convaincant quant à la contribution de l'emballage neutre à la réduction

du tabagisme. L'Australie n'a pas procédé à l'évaluation de l'efficacité effective de sa mesure par référence au comportement tabagique effectif, et au lieu de cela, a invoqué les théories des sciences comportementales pour expliquer une réaction en chaîne alambiquée suivant laquelle il faudrait d'abord agir sur les perceptions et attitudes pour pouvoir, à un moment ultérieur, agir sur le comportement tabagique. Le Malawi prend note des arguments concernant l'absence de valeur prédictive des sciences comportementales. Cela semble être confirmé par les dernières données sur le marché provenant d'Australie et, en particulier, par l'analyse des données obtenues par l'Australie dans son enquête de suivi nationale sur l'emballage neutre qui démontre l'inefficacité de l'emballage neutre pour faire changer le comportement tabagique voire pour influencer les perceptions, intentions et attitudes des individus en matière de tabagisme.

9. Le Malawi estime également que l'emballage neutre n'est absolument pas nécessaire parce que l'Australie pouvait recourir à des solutions de rechange moins restrictives pour le commerce, comme une hausse des taxes, qui auraient contribué à l'objectif déclaré. L'expérience d'autres Membres montre que le tabagisme peut être combattu plus efficacement en l'absence d'emballages neutres.

10. Le Malawi est d'avis que les dispositions de l'article 2.2 de l'Accord OTC doivent être appliquées strictement en l'espèce. En l'absence d'éléments de preuve suffisants quant à une contribution efficace et effective des règlements techniques à l'objectif déclaré et de solutions de rechange moins restrictives pour le commerce, des règlements techniques très restrictifs pour le commerce tels que les mesures concernant l'emballage neutre ne peuvent pas être confirmés. Un abaissement des critères établis dans les différends antérieurs augmenterait les risques de l'imposition de règlements techniques non nécessaires et restrictifs qui ne sont pas étayés par des justifications suffisantes. Outre leur incidence directe sur les produits qu'ils réglementent, les règlements techniques affectent les intrants de ces produits. Il est essentiel pour le Malawi que le Groupe spécial examine l'incidence des mesures australiennes concernant l'emballage neutre sur le commerce du tabac, car elles affectent directement le développement économique et les moyens de subsistance de la majeure partie de sa population.

11. Quant aux arguments au titre de l'Accord sur les ADPIC, le Malawi croit comprendre que l'Australie estime en fait que dans le cas de certains produits présentant un risque sanitaire, y compris mais certainement pas exclusivement les produits du tabac, les marques sont forcément fallacieuses et qu'il est possible d'en restreindre l'usage, sans que rien n'indique que les signes concernés donnent des renseignements fallacieux. Suivant l'approche de l'Australie, les droits de marque fondamentaux dépendraient des choix de politique générale de chaque Membre, que les produits ou les catégories de produits doivent ou non être considérés comme nocifs. Étant donné que des produits très divers présentent certains risques pour la santé ou d'autres risques, accepter la position de l'Australie signifierait effectivement que tout Membre pourrait interdire l'usage de marques pour n'importe quelle catégorie de produits. En raison du rôle crucial des marques dans l'économie mondiale, comme moyen d'entrer sur de nouveaux marchés et de faire concurrence pour des parts de marché, cela aurait des conséquences dévastatrices pour la stratégie d'exportation du Malawi dans le secteur du tabac.

12. En restreignant de façon notable les formes des signes propres à constituer une marque par l'imposition de l'emballage neutre, l'Australie enfreint l'article 15:1 de l'Accord sur les ADPIC.

13. Les mesures concernant l'emballage neutre imposées par l'Australie ne prennent en considération ni le but ni l'avantage des marques pour les consommateurs comme pour les producteurs. Les marques sont utilisées pour différencier les produits ou les services et sont donc essentielles à la concurrence. Elles sont reconnues comme l'un des outils essentiels pour pénétrer de nouveaux marchés. Si les marques ne peuvent pas être apposées sur les produits et leur emballage, elles ne peuvent pas remplir leur fonction, qui est de permettre la distinction.

14. L'interdiction d'utiliser une marque sur l'emballage neutre, associée à l'imposition de prescriptions strictes en matière d'emballage, entraîne l'adoption d'une forme d'emballage générique qui aboutira à la banalisation des produits du tabac. La réduction de la capacité des consommateurs de distinguer les produits aura une incidence négative sur les prix des produits du tabac, qui affectera les prix du tabac car les fabricants de produits du tabac devront être plus compétitifs. Cela sera très préjudiciable pour le Malawi, qui est un pays moins avancé dont l'économie est tributaire du tabac.

15. Les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie constituent également une entrave injustifiable à l'usage des marques qui est incompatible avec l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC parce qu'elles interdisent aux titulaires de marques de les utiliser, telles qu'elles sont enregistrées, sur les produits du tabac. L'Australie a interdit l'usage de marques enregistrées sans examiner si celles qui étaient utilisées auparavant étaient l'une des raisons qui avaient conduit les gens à fumer ou qui les en avaient empêchés. Compte tenu de la diminution constante du tabagisme et de sa prévalence en Australie au cours de la décennie antérieure à l'introduction de l'emballage neutre, il est peu probable que les marques aient eu de quelconques effets notables sur les taux de tabagisme.

16. Le Malawi considère en outre que les restrictions imposées à l'utilisation d'indications géographiques sont contraires aux articles 24:3 et 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC. Les mesures concernant l'emballage neutre diminuent la protection qui existait en Australie avant l'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC et ne constituent aucun moyen d'empêcher l'utilisation d'indications géographiques. Ces dernières sont particulièrement importantes pour les Membres en développement et les Membres les moins avancés, car elles peuvent permettre à leurs produits d'être reconnus sur le marché en raison des caractéristiques ou de la qualité qui peuvent être attribuées à leur origine.

17. La majorité de la population du Malawi dépend de la culture et du commerce du tabac pour ses moyens de subsistance. Les prescriptions réglementaires toujours plus nombreuses qui sont imposées sur les produits du tabac portent gravement atteinte au développement économique du Malawi du fait de leurs effets négatifs sur le volume et la valeur des échanges de tabac. Les conséquences négatives des mesures concernant l'emballage neutre sur les pays Membres les moins avancés qui sont tributaires du tabac doivent être examinées conjointement avec les arguments juridiques présentés par toutes les Parties. Les conséquences économiques et sociales de l'emballage neutre sur les Membres les plus vulnérables qui n'ont pas d'autre choix que continuer à faire fond sur la culture du tabac pour leur développement économique ne peuvent pas être ignorées.

18. Pour le Malawi, les mesures concernant l'emballage neutre adoptées par l'Australie sont incompatibles avec ses obligations au titre de l'Accord OTC et de l'Accord sur les ADPIC. Le Malawi ne met pas en cause l'objectif poursuivi par l'Australie mais estime qu'elle dispose d'une marge de manœuvre suffisante pour cet objectif et qu'elle aurait pu adopter des mesures efficaces et moins restrictives pour le commerce qui soient compatibles avec les Accords de l'OMC.

ANNEXE C-10**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DES ARGUMENTS DE LA NOUVELLE-ZÉLANDE****I. Introduction**

1. La présente affaire soulève des questions systémiques importantes au sujet du droit des Membres de l'OMC de réglementer la commercialisation d'un produit afin de protéger leurs objectifs légitimes de santé publique. La Nouvelle-Zélande est soucieuse de veiller au maintien de l'équilibre des droits et des obligations négociés par les Membres dans l'Accord sur l'OMC, et de faire en sorte que l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (l'"Accord sur les ADPIC") et l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce* (l'"Accord OTC") soient correctement interprétés et appliqués. Cela est particulièrement important lorsqu'il s'agit d'un produit qui représente la première cause de décès et de maladie évitables en Nouvelle-Zélande, en Australie et dans de nombreux autres pays.

2. Les plaignants dans le présent différend allèguent que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac de l'Australie est incompatible avec de nombreuses dispositions de l'Accord sur les ADPIC et de l'Accord OTC. Ils ont proposé pour les dispositions qu'ils invoquent des interprétations qui ne sont pas fondées sur le texte des accords en cause et ne prennent pas en compte les règles coutumières d'interprétation des traités. Cela suscite de graves préoccupations pour la Nouvelle-Zélande.

II. La "nature des produits" ne constitue pas un obstacle à l'enregistrement d'une marque de tabac au titre de l'article 15:4

3. L'article 15 de l'Accord sur les ADPIC définit l'"Objet de la protection" pour ce qui est des marques. L'article 15:1 indique ce qui peut constituer une marque et l'article 15:4 indique quels obstacles à l'enregistrement d'une marque ne sont pas autorisés. L'article 28 de la *Loi de 2011 sur l'emballage neutre du tabac* de l'Australie implique que même si la mesure concernant l'emballage neutre du tabac empêche une personne d'utiliser une marque sur l'emballage pour la vente au détail des produits du tabac, la faculté d'enregistrer la marque en Australie n'est pas affectée. La nature des produits du tabac auxquels une marque s'applique, par conséquent, *ne peut pas* constituer un obstacle à l'enregistrement de la marque. Les plaignants font valoir qu'en empêchant l'utilisation de certains "signes", la mesure concernant l'emballage neutre du tabac est un "obstacle à l'enregistrement" car elle empêche que ces signes acquièrent un caractère distinctif et deviennent donc une marque. Or cet argument vise à amalgamer l'article 15:1 et l'article 15:4, et va bien au-delà du sens ordinaire de l'article 15:4. L'Australie n'enfreint pas l'article 15:4, lorsqu'il est correctement interprété.

III. La mesure concernant l'emballage neutre du tabac ne limite pas les droits conférés au titulaire d'une marque enregistrée au titre de l'article 16:1 ou de l'article 16:3

4. L'article 16 de l'Accord sur les ADPIC énonce les "Droits conférés" aux titulaires de marques enregistrées. L'article 16:1 prévoit un "droit exclusif d'empêcher" l'usage de certains signes dans les cas où un tel usage entraînerait un risque de confusion. L'article 16:3 confère aux titulaires des marques enregistrées et notoirement connues le droit d'empêcher des tiers d'en faire usage. Le "droit d'empêcher" est un droit négatif qui permet au titulaire d'une marque de demander réparation lorsqu'un tiers fait usage de sa marque dans certaines circonstances. Les droits du titulaire d'une marque sont des droits à l'égard d'autres négociants. Ils ne sont pas des droits positifs à l'égard d'un Membre de l'OMC pour *faire usage* d'une marque. Toutefois, les Membres sont tenus de ménager aux titulaires de marques la possibilité de les enregistrer afin de protéger leurs droits. L'Australie s'est acquittée de ses obligations à cet égard et n'a pas enfreint l'article 16:1 ni l'article 16:3 de l'Accord sur les ADPIC.

IV. La mesure concernant l'emballage neutre du tabac n'est pas contraire à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC

5. Pour démontrer qu'il y a violation de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, un plaignant doit établir:

- i) que la mesure en cause impose des *prescriptions spéciales* sur l'usage des marques;
- ii) que les prescriptions spéciales *entravent l'usage* d'une marque *au cours d'opérations commerciales*; et
- iii) que la mesure en cause impose l'entrave *de manière injustifiable*.

6. L'article 20 de l'Accord sur les ADPIC dispose que l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales ne sera pas entravé de manière injustifiable par des prescriptions spéciales dont il donne une liste non exhaustive, chaque prescription visant l'*usage* d'une marque. S'il est établi que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac impose des prescriptions spéciales, qui entravent l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales, il doit en outre être établi que l'usage n'est pas entravé "de manière injustifiable". Compte tenu des vues exprimées par l'Organe d'appel de l'OMC dans les affaires *Brésil – Pneumatiques rechapés*¹ et *CE – Produits dérivés du phoque*², il est clair que suivant le sens ordinaire de l'expression "de manière injustifiable", dans son contexte et à la lumière de son objet et de son but, l'usage d'une marque n'est entravée de manière injustifiable par des prescriptions spéciales que s'il n'existe pas de lien rationnel entre l'imposition des prescriptions spéciales et un objectif légitime.

7. La Nouvelle-Zélande reconnaît que le libellé ainsi que l'objet et le but de l'article XX du GATT sont différents de ceux de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, et que l'article 20 n'inclut pas la notion de discrimination. Nonobstant ces différences, elle considère que le raisonnement de l'Organe d'appel dans les affaires *Brésil – Pneumatiques rechapés* et *CE – Produits dérivés du phoque* donne des indications utiles sur le sens ordinaire de l'expression "de manière injustifiable" dans le contexte de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, et concorde avec cette signification.

8. Cette interprétation de l'expression "de manière injustifiable" concorde avec le contexte constitué par d'autres dispositions de l'Accord sur les ADPIC ainsi qu'avec l'objet et le but de l'Accord. L'article 8:1 et la *Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique* adoptée par la Conférence ministérielle de Doha en 2011 confirment que l'Accord sur les ADPIC devrait être interprété d'une manière qui appuie le droit des Membres de l'OMC de protéger la santé publique, et indiquent que la protection de la santé publique revêt une importance particulière pour les Membres.

9. Il apparaît que les plaignants interprètent l'article 20 comme introduisant un critère de la "nécessité" ou un critère "le moins restrictif pour le commerce". Une telle interprétation donne une lecture qui inclut dans le texte de l'article 20 des mots qui n'y figurent pas. 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. Le fait que ces notions ne ressortent nulle part du texte de l'article 20 signifie qu'il faut donner au sens ordinaire des termes leur effet interprétatif. La Nouvelle-Zélande note également qu'il importe de ne pas introduire par une voie détournée un critère de la nécessité ou de ce qui est le moins restrictif pour le commerce en élaborant un critère qui équivaldrait à tous égards à un critère de la "nécessité" ou "le moins restrictif pour le commerce".

V. La mesure concernant l'emballage neutre du tabac n'est pas restrictive pour le commerce au regard de l'article 2.2

10. Les plaignants ont allégué que la mesure australienne concernant l'emballage neutre du tabac était contraire à l'article 2.2 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC). La protection de la santé des personnes est clairement l'un des "objectifs légitimes" visés par l'article 2.2 de l'Accord OTC et les risques liés à la non-réalisation sont sérieux. L'article 2.2

¹ Rapport de l'Organe d'appel, paragraphes 226 et 227.

² Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 5.306.

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, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait. Il n'a pas été établi que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac était restrictive pour le commerce ou qu'elle entraînait un quelconque changement des conditions du marché qui avait un effet limitatif sur le commerce des produits du tabac importés. En tout état de cause, les éléments de preuve avancés par l'Australie démontrent que la mesure concernant l'emballage neutre du tabac contribue à ses objectifs de santé publique en réduisant l'attrait exercé par les produits du tabac et en contribuant à des objectifs plus larges, à savoir dissuader les individus de commencer à fumer, les inciter à renoncer au tabac et réduire ainsi l'exposition à la fumée. Les plaignants ne se sont pas acquittés de la charge qui leur incombait d'établir *prima facie* qu'il y avait violation de l'article 2.2 de l'Accord OTC. En outre, les Directives pour l'application de l'article 11 et de l'article 13 de la Convention-cadre pour la lutte antitabac (FCTC) recommandent aux parties d'envisager d'adopter l'emballage neutre pour les produits du tabac. En tant que telles, les mesures relèvent de l'article 2.5 de l'Accord OTC.

VI. Analyse de l'élément de preuve des plaignants comparant la prévalence du tabagisme en Australie et en Nouvelle-Zélande

11. La Nouvelle-Zélande se prononce aussi sur l'élément de preuve des plaignants qui vise à comparer la prévalence du tabagisme en Australie et en Nouvelle-Zélande. Le "rapport d'expert de J. Klick", concernant l'effet sur le tabagisme de la Loi sur l'emballage neutre de l'Australie, présenté par l'Ukraine³, comporte de nombreuses lacunes et une analyse erronée, et formule des conclusions incorrectes. La Nouvelle-Zélande est particulièrement préoccupée par la comparaison faite dans ce rapport à partir de ses données. En particulier, l'étude Klick crée un critère d'évaluation erroné et virtuellement impossible en cherchant à détecter une forte diminution à court terme de la prévalence du tabagisme et de la consommation de tabac dans la population. En outre, prendre la Nouvelle-Zélande comme cas de comparaison est superficiel et fallacieux, les données utilisées par le professeur Klick ne sont pas fiables et la présentation des résultats de l'enquête dans le rapport est aussi propre à induire en erreur.

12. La Nouvelle-Zélande fait remarquer que le Groupe spécial est en droit de s'appuyer sur les éléments de preuve empiriques qui sont disponibles au moment de la mise en œuvre d'une mesure et sur des éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre qui aident à évaluer le lien rationnel entre la mesure et l'objectif légitime ainsi que le degré de contribution de la mesure aux objectifs légitimes de politique générale publique d'un Membre de l'OMC. Ne pas prendre en compte ces éléments de preuve serait agir contrairement au critère d'examen des groupes spéciaux énoncé à l'article 11 du Mémoire d'accord: procéder à une évaluation objective des faits de la cause. Toutefois, en évaluant ces éléments de preuve empiriques, un groupe spécial devrait examiner tout élément de preuve de manière objective et avec curiosité d'esprit. Lorsque les éléments de preuve sont entachés de vices réhabilitaires, comme c'est le cas du rapport du professeur Klick, le Groupe spécial ne devrait leur accorder aucun poids.

13. En outre, le fait que les mesures de l'Australie ont été mises en œuvre assez récemment est un facteur important que le Groupe spécial devrait garder à l'esprit en évaluant les éléments de preuve des plaignants et ceux de l'Australie concernant la période postérieure à la mise en œuvre. Pour déterminer l'importance de chaque élément de preuve et le poids qu'il devrait lui accorder, le Groupe spécial devrait garder à l'esprit que l'incidence de l'emballage neutre du tabac sur les taux de tabagisme, dans le cadre d'une série globale de mesures se fera surtout sentir à long terme. Lorsque l'objectif est de faire changer les comportements à long terme, les manifestations de l'incidence dans la période suivant immédiatement la mise en œuvre seront évidemment moins convaincantes. Cela est particulièrement vrai lorsque, comme en l'espèce, les plaignants cherchent à tirer des conclusions définitives sur la réussite de l'emballage neutre du tabac uniquement sur la base des taux de prévalence du tabagisme enregistrés peu après la mise en œuvre de la mesure.

VII. Conclusion

14. La Nouvelle-Zélande estime que les plaignants n'ont pas démontré que la mesure de l'Australie était incompatible avec les Accords de l'OMC en cause en l'espèce.

³ Rapport d'expert de J. Klick, "The Effect of Australia's Plain Packaging Law on Smoking: Evidence from Survey and Market Data" (pièce UKR-5).

ANNEXE C-11**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DES ARGUMENTS DU NICARAGUA**

1. Le présent résumé analytique des arguments du Nicaragua dans le présent différend reprend ses communications écrites et orales au Groupe spécial.¹ Le gouvernement nicaraguayen est reconnaissant de pouvoir résumer ses vues et espère sincèrement que le Groupe spécial tiendra compte de ses préoccupations concernant la *Loi de 2011 sur l'emballage neutre du tabac* de l'Australie.

2. Le Nicaragua est un pays en développement et il est partie à la Convention-cadre de l'Organisation mondiale de la santé pour la lutte antitabac. Il souscrit donc à l'objectif d'une mise en œuvre effective des mesures de lutte antitabac pour protéger la santé publique tout en facilitant et en favorisant le commerce et la croissance économique.

3. Le Nicaragua est très préoccupé par l'imposition de mesures de lutte antitabac dont l'efficacité n'a pas été prouvée et qui ont une incidence négative sur ses intérêts commerciaux et économiques. À cet égard, il fait remarquer qu'il a un secteur national du tabac important qui comprend la culture des feuilles de tabac et la fabrication de produits du tabac. Le secteur du tabac emploie directement plus de 30 000 personnes et indirectement 180 000 autres. Par conséquent, le Nicaragua est préoccupé par ce règlement technique restrictif pour le commerce qui n'a pas de base scientifique solide et n'est pas compatible avec les Accords visés de l'Organisation mondiale du commerce (l'"OMC").

4. Le Nicaragua ne met pas en cause le droit de l'Australie de chercher à réglementer la vente des produits du tabac. Il est gravement préoccupé par le fait que l'emballage neutre n'a pas contribué à son objectif de santé publique. L'emballage neutre limite la possibilité d'utiliser des marques pour des produits disponibles licitement et a pour effet de restreindre sévèrement le commerce international.

5. Dans le présent différend, le Nicaragua a attiré l'attention sur certaines obligations dans le cadre de l'OMC que l'Australie enfreignait en appliquant une mesure non nécessaire qui restreignait la faculté de faire usage de marques pour distinguer des produits licites, et sur les effets qui en résultaient pour un pays en développement comme le Nicaragua. À cet égard, il fait observer qu'il souscrit aux allégations et arguments formulés par Cuba, la République dominicaine, le Honduras, l'Indonésie et l'Ukraine au titre des Accords de l'OMC.

6. Avant d'aborder ses préoccupations concernant la mesure australienne au regard de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (l'"Accord sur les ADPIC") et de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (l'"Accord OTC"), le Nicaragua souhaite signaler qu'il n'y a selon lui aucune "préoccupation systémique" quant à l'application des deux accords à la même mesure. En effet, l'application de toutes les disciplines pertinentes et applicables de l'OMC à la mesure contestée d'un Membre est une caractéristique commune aux différends soumis à l'OMC, et elle est imposée aux groupes spéciaux par les articles 7:2 et 11 du Mémorandum d'accord sur les règles et les procédures régissant le règlement des différends (le "Mémorandum d'accord").

7. Étant donné son incidence sur les questions relatives aux droits de propriété intellectuelle qui sont protégés par l'Accord sur les ADPIC, la mesure concernant l'emballage neutre de l'Australie est une réglementation unique. Elle est la première de son espèce à nier les fonctions essentielles des marques pour un groupe de produits spécifique. Les marques ne peuvent plus remplir leur fonction essentielle, qui est d'indiquer la source et de distinguer les produits des concurrents. Par conséquent, au lieu de "protéger" les droits de marque au titre de l'Accord sur les ADPIC et de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (la "Convention

¹ Communication écrite du Nicaragua en tant que tierce partie du 10 avril 2015, déclaration orale à la séance avec les tierces parties lors de la première audition tenue par le Groupe spécial le 3 juin 2015, et réponses aux questions posées par le Groupe spécial aux tierces parties le 6 juillet 2015.

de Paris"), l'Australie, en mettant en œuvre la mesure concernant l'emballage neutre, empêche la protection des marques.

8. Le Nicaragua considère que la mesure concernant l'emballage neutre est contraire à l'article 15:1 et 15:4 de l'Accord sur les ADPIC parce qu'elle interdit l'usage de toutes les marques non dénominatives sans les évaluer individuellement. Les signes figuratifs et non intrinsèquement distinctifs qui résultent des prescriptions en matière d'emballage neutre imposées par l'Australie ne peuvent pas constituer une "marque de fabrique ou de commerce" telle qu'elle est définie dans l'Accord sur les ADPIC. La mesure concernant l'emballage neutre de l'Australie est une mesure par produit parce que l'interdiction de faire usage de marques enregistrées s'applique uniquement à une catégorie distincte de produits.

9. Le Nicaragua n'est pas convaincu par l'argument formaliste de l'Australie selon lequel l'emballage neutre n'affecte pas les droits fondamentaux énoncés à l'article 16 de l'Accord sur les ADPIC parce que les marques qui ne peuvent plus être utilisées restent enregistrées en Australie. Le texte de l'article 16 établit un lien important entre l'usage d'une marque, sa force et la faculté de son titulaire de la protéger contre une atteinte aux droits. Par conséquent, en empêchant la faculté de faire usage de marques, l'Australie abaisse le niveau de protection au-dessous du niveau minimum garanti par l'article 16:1 et 16:3 de l'Accord sur les ADPIC.

10. Quant à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, le Nicaragua est d'avis qu'il impose une prescription très claire. Cet article dispose qu'une mesure réglementaire qui entrave l'usage de marques est soumise aux disciplines de l'Accord sur les ADPIC. Par conséquent, l'argument selon lequel les marques confèrent uniquement des droits "négatifs" est réfuté par le texte de l'article 20 qui protège clairement l'usage d'une marque contre des entraves injustifiables. Autrement dit, les marques doivent, en principe, pouvoir être utilisées sans entraves injustifiées de la part des pouvoirs publics.

11. En outre, le Nicaragua note que la mesure concernant l'emballage neutre est une "prescription spéciale" subordonnée à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, mais que des restrictions générales en matière de publicité ne sont pas "spécifiques" à l'usage d'une marque et ne relèvent donc pas de l'article 20. Cette distinction est importante car le Nicaragua estime que les Membres conservent une grande latitude pour réglementer effectivement des comportements privés, ce qui peut avoir une incidence accessoire sur l'usage d'une marque. L'importante marge de manœuvre qui est ménagée aux Membres pour réglementer dans ce domaine constitue aussi un contexte pour comprendre le large champ de l'expression "de manière injustifiable".

12. Le Nicaragua considère que l'expression "de manière injustifiable" ne doit pas être interprétée de façon étroite pour autoriser toute entrave qui serait simplement liée à un objectif légitime de politique générale. À cet égard, la lecture que donne l'Australie de cette expression comme exigeant uniquement "un lien rationnel" avec l'objectif de politique générale, n'est clairement pas défendable. Il apparaît que la plupart des Membres conviennent que la lecture donnée par l'Australie du terme "injustifiable" est indûment étroite. Selon le Nicaragua, l'expression "de manière injustifiable" dénote un critère de proportionnalité et de pertinence, et a été incluse dans l'article 20 pour autoriser uniquement des entraves limitées et proportionnées. Le Nicaragua note que l'article XX de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (le "GATT de 1994") constitue le contexte pertinent pour l'interprétation de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, mais il souhaite rappeler au Groupe spécial que plusieurs différences entre ces dispositions doivent être prises en compte, comme il l'a indiqué dans ses réponses aux questions du Groupe spécial. Il en est de même pour les termes de l'article 8:1 de l'Accord sur les ADPIC, comme il est aussi indiqué dans nos réponses aux questions du Groupe spécial.

13. Le Nicaragua estime que l'Australie manque à ses obligations au titre de l'article 20 parce qu'une prescription spéciale qui interdit l'usage d'une marque et vise principalement à en détruire les fonctions, à savoir indiquer l'origine et permettre la distinction, n'est pas une entrave "proportionnée" et est donc nécessairement "injustifiable". En outre, une mesure qui n'évalue pas individuellement les marques en question mais au lieu de cela, en interdit carrément l'usage enfreint l'article 20. En d'autres termes, la mesure concernant l'emballage neutre de l'Australie est une mesure réglementaire disproportionnée qui porte atteinte à l'essence même des droits accordés aux marques au titre de l'Accord sur les ADPIC.

14. Enfin, le Nicaragua a examiné les éléments de preuve présentés en l'espèce au sujet de la contribution de la mesure concernant l'emballage neutre à son objectif de santé publique. Il est convaincu par les éléments de preuve des plaignants qui montrent que l'emballage neutre n'a eu aucun effet positif ni sur le nombre total de fumeurs ni sur la consommation au cours des deux années qui ont suivi sa mise en œuvre. Il note que l'Australie n'a pas été capable de répondre ni de fournir des renseignements de manière adéquate pour contrer les éléments de preuve présentés par les plaignants. L'invocation par l'Australie des sciences comportementales et des théories de commercialisation ne convainc pas lorsque des données de fait indiquant le contraire figurent dans le dossier. Par conséquent, l'emballage neutre est une entrave injustifiable parce qu'elle n'est pas "nécessaire" pour la protection de la santé publique étant donné qu'elle ne contribue pas à réduire le tabagisme, comme l'ont confirmé les données présentées au Groupe spécial.

15. En résumé, s'agissant des questions relatives à l'Accord sur les ADPIC dans le présent différend, le Nicaragua considère que l'interdiction de faire usage de marques et la prescription exigeant l'utilisation des noms commerciaux sous une forme standard sont des entraves injustifiables imposées sur l'usage d'une marque. L'emballage neutre par conséquent les obligations de l'Australie au titre de l'Accord sur les ADPIC.

16. Quant à la compatibilité de la mesure australienne avec l'Accord OTC, le Nicaragua estime que la mesure – qui figure dans un document énonçant des prescriptions relatives à un produit ou à la production pour le marquage et l'étiquetage – est clairement un règlement technique subordonné aux disciplines de cet accord. Pour ce qui est de l'allégation de violation de l'article 2.2 de l'Accord OTC, le Nicaragua considère que l'emballage neutre est plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser l'objectif déclaré de réduire la consommation des produits du tabac.

17. Le critère juridique à appliquer a été développé au fil du temps dans des différends relatifs à l'article 2.2 de l'Accord OTC et à l'article XX du GATT de 1994, qui énoncent l'un et l'autre un critère de la "nécessité". Le Nicaragua note qu'une mesure qui est restrictive pour le commerce et qui, dans les faits, ne contribue nullement à la réalisation de l'objectif légitime ne peut en aucun cas être considérée comme étant "nécessaire". Toutes les mesures en ce sens constituent des obstacles "non nécessaires" au commerce et n'ont pas besoin d'être analysées en relation avec des mesures de rechange moins restrictives pour le commerce.

18. Premièrement, les prescriptions très strictes en matière d'emballage et de produit qui sont imposées par l'Australie restreignent nécessairement les possibilités de concurrence sur le marché australien, malgré le fait non pertinent que la discrimination fondée sur l'origine peut ne pas relever de la mesure. En fait, l'emballage neutre dissuade fortement le Nicaragua et d'autres Membres d'exporter leurs produits vers l'Australie car il devient extrêmement difficile, voire impossible, pour les fabricants de produits du tabac qui ne sont pas présents actuellement sur le marché australien d'y entrer.

19. Deuxièmement, comme ils ont été présentés par les plaignants, les faits montrent que la mesure concernant l'emballage neutre ne contribue pas à son objectif de santé publique. Rien dans les éléments de preuve présentés par l'Australie ne contredit ces conclusions de façon convaincante. L'emballage neutre a eu un effet préjudiciable car il a entraîné, en particulier, le développement d'un commerce illicite. L'Australie disposait de solutions de rechange moins restrictives pour le commerce pour ses objectifs déclarés en matière de santé. Par conséquent, selon le Nicaragua, il est évident que l'Australie enfreint l'article 2.2 de l'Accord OTC.

20. En conclusion, le Nicaragua soutient les politiques de lutte antitabac efficaces qui contribuent véritablement à réduire le tabagisme et à protéger la santé. Cependant, la mesure australienne concernant l'emballage neutre du tabac qui a été adoptée afin de protéger la santé n'est pas conforme aux obligations internationales imposées par l'Accord sur les ADPIC en ce qui concerne les marques, et constitue un manquement aux obligations de l'Australie au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC.

21. Il est important de protéger les marques et de faire respecter les règles qui régissent l'imposition des règlements techniques, en particulier pour les pays en développement dans lesquels le tabac est cultivé et les produits du tabac sont fabriqués. Le Nicaragua demande donc

au Groupe spécial de tenir compte de ses observations dans la résolution des présents différends, qui ont des conséquences systémiques importantes pour tous les Membres de l'OMC.

ANNEXE C-12**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DES ARGUMENTS DU NIGÉRIA*****INTRODUCTION**

Le Nigéria se félicite de l'occasion qui lui est donnée d'exposer ses vues au Groupe spécial concernant les différends DS434, DS435, DS441, DS458 et DS467. La mesure en cause dans ce différend concerne la Loi de 2011 sur l'emballage neutre du tabac de l'Australie ("Loi sur l'emballage neutre du tabac"), qui: 1) interdit l'utilisation de logos, d'images de marque, de couleurs, ou de textes promotionnels sur l'emballage pour la vente au détail de produits du tabac; 2) permet d'utiliser le nom commercial, la raison sociale ou le nom de la société et tous les noms de variante sur l'emballage pour la vente au détail, pour autant que ces noms figurent sous une forme standard; 3) impose certaines restrictions quant à la forme et à la finition de l'emballage pour la vente au détail de produits du tabac; et qui 4) impose d'autres prescriptions relatives à l'apparence des produits du tabac. En outre, la mesure a également prescrit l'utilisation de mises en garde sanitaires explicites et de grande taille, recouvrant 75% du recto et 90% du verso d'un paquet de cigarettes.

2. La présente communication sera axée sur: i) l'importance économique du tabac pour le Nigéria; ii) la protection des marques au titre de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (l'"Accord sur les ADPIC"); et sur iii) les prescriptions réglementaires de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (l'"Accord OTC").

IMPORTANCE ÉCONOMIQUE DU TABAC POUR LE NIGÉRIA

3. Le Nigéria dispose d'installations de fabrication qui génèrent une forte activité économique, d'importantes recettes fiscales et de nombreux emplois dans le pays. Par conséquent, le tabac est source d'emplois et de revenus pour un grand nombre d'agriculteurs nigériens. Compte tenu de l'importance du tabac pour son développement économique, il estime que les préoccupations sanitaires suscitées par la consommation de tabac ne doivent pas aboutir à l'adoption de mesures réglementaires illicites et constituant une restriction non nécessaire au commerce, qui portent atteinte aux producteurs sans servir l'intérêt public général.

4. Le Nigéria est partie à la Convention-cadre de l'Organisation mondiale de la santé pour la lutte antitabac (la "FCTC"), qui est mentionnée dans la Loi sur l'emballage neutre du tabac. Il considère que la FCTC ne prescrit pas de recourir à l'emballage neutre et ne permet pas aux Membres de manquer à leurs obligations internationales. En fait, l'emballage neutre n'est mentionné dans aucune disposition de la FCTC, et ne fait pas partie des obligations minimales qui y sont énoncées. L'article 2.1 de la FCTC donne à penser que les parties peuvent aller au-delà de leurs obligations dans le cadre de la FCTC, pour autant qu'elles agissent conformément au droit international, y compris le droit de l'OMC. Dans les Directives concernant les articles 11 et 13 sur l'emballage et la publicité, non contraignantes, qui ont été adoptées, il était recommandé d'envisager l'emballage neutre; à l'évidence, cette recommandation ne constituait pas une obligation d'adopter l'emballage neutre ni ne laissait entendre qu'il fallait ignorer les principes constitutionnels nationaux ou les obligations juridiques internationales. L'adoption recommandée dans les Directives de la FCTC consistait simplement à examiner si l'emballage neutre était un moyen efficace et si cette mesure pouvait être compatible avec les obligations juridiques internationales des Membres au titre de l'Accord sur les ADPIC.

PROTECTION DES MARQUES AU TITRE DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

6. Le Nigéria considère qu'il est bien établi que les marques jouent un rôle important sur un marché concurrentiel, en permettant aux producteurs de différencier leurs produits. Par essence, la fonction des marques est d'établir une distinction entre des produits, et elle joue un rôle important en assurant une concurrence équitable et effective sur le marché. Il est impossible d'imaginer un marché mondial sans marques.

* La communication écrite du Nigéria est utilisée comme résumé analytique.

7. Les éléments de preuve présentés par l'Ukraine, le Honduras, la République dominicaine, l'Indonésie et Cuba (ci-après "les plaignants") confirment le rôle essentiel des marques dans la concurrence et le commerce. La fonction consistant à distinguer les produits crée les possibilités de concurrence, à l'échelle d'un pays et dans le commerce international. Le rapport de l'OMPI sur les marques au niveau mondial, mentionné par certains plaignants, résume de manière adéquate le rôle vital des marques sur le marché.¹ En outre, le rapport d'expert du professeur Neven, présenté par l'Ukraine, donne d'autres indications utiles sur les différentes fonctions remplies par les marques et le rôle important qu'elles jouent dans l'entrée sur de nouveaux marchés grâce à leur fonction de communication.²

8. Les parties ne semblent pas être en désaccord sur l'importance du rôle des marques dans la concurrence et le commerce. De toute évidence, les marques ne remplissent cette fonction que lorsqu'elles peuvent être utilisées sur des produits, et non en figurant simplement sur un registre. L'une des questions faisant l'objet du différend est de savoir si les fonctions économiques des marques se traduisent par des obligations juridiques contraignantes dans l'Accord sur les ADPIC.

9. À cet égard, le Nigéria a examiné avec attention les arguments juridiques présentés par les deux parties concernant l'interprétation des dispositions pertinentes de l'Accord sur les ADPIC. Les plaignants³ font valoir que l'interdiction visant la marque, imposée par la mesure australienne concernant l'emballage neutre, contredit certains principes consacrés dans diverses dispositions de l'Accord sur les ADPIC. Ils signalent que la mesure ne répond pas à des préoccupations spécifiques concernant des marques particulières, ce qui est en contradiction avec l'approche par marque de l'Accord sur les ADPIC. Ils soulignent également que la mesure interdit toutes les marques non dénominatives, établissant ainsi une différenciation entre différents types de marques sur la base de leur forme, ce qui est contraire aux principes consacrés dans l'article 15:1. De plus, il est affirmé que c'est la nature du produit et non celle de la marque qui est à l'origine de l'interdiction visant les marques de l'Australie, ce qui est contraire à la règle énoncée à l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC.

10. Selon les plaignants, les droits qui doivent être conférés aux titulaires de marques par l'enregistrement sont fondés sur la possibilité de faire usage de la marque dans le commerce (c'est-à-dire à l'égard des consommateurs) et déterminés par cette possibilité. L'essence de leur argument au titre de l'article 16 de l'Accord sur les ADPIC est qu'il y a un lien direct et indissociable entre l'usage de la marque, sa solidité et le champ de la protection qui lui est conférée par l'article 16 de l'Accord sur les ADPIC. En outre, ils font valoir que la capacité du titulaire d'une marque d'empêcher que des tiers en fassent un usage non autorisé est un moyen d'arriver à une fin, la fin étant que le titulaire utilise sa marque comme signe distinctif.

13. Au vu de l'importance des marques, le Nigéria estime que les arguments présentés par l'Australie ne sont pas convaincants. Il partage l'avis des plaignants selon lequel l'interdiction de faire usage de marques valablement enregistrées, pour des raisons sans rapport avec la marque spécifique, est incompatible avec la prescription de l'Accord sur les ADPIC de "protéger" les marques. Par conséquent, l'Accord sur les ADPIC cherche à protéger les droits de propriété intellectuelle pour la valeur qu'ils ajoutent au commerce, en assurant une concurrence effective et en créant des possibilités de concurrence. Selon le Nigéria, si cette mesure interdisant l'usage de marques, par ailleurs valides, avait été appliquée à un produit différent, la violation aurait été évidente, et, par conséquent, les marques ne sont pas protégées et les droits conférés à leurs titulaires ne sont pas garantis si elles ne peuvent pas être utilisées, puisqu'il s'agit de marques distinctives qui différencient des produits.

14. Le Nigéria considère que le rapport d'expert du professeur Dinwoodie, présenté par l'Ukraine en tant que pièce UKR-1, explique de façon convaincante en quoi la possibilité de faire usage d'une marque est indissociable du champ de sa protection et déterminante en la matière. Il relève pratiquement du bon sens de dire que s'il est obligatoire de faire un usage sérieux de la marque

¹ Voir Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, "Rapport sur la propriété intellectuelle dans le monde – Marques: réputation et image sur le marché mondial" – pièce UKR-20.

² Rapport d'expert de D. Neven, *et al.*, "The Effects of Plain Packaging Regulation on Competition and Tobacco Consumption: An Economic Assessment" – pièce UKR-3, page 39.

³ Bien qu'il y ait quelques différences entre les arguments spécifiques des plaignants, divers arguments étant développés par certains d'entre eux et pas par d'autres, en tant que tierce partie à l'ensemble des cinq différends, nous faisons référence aux arguments des plaignants dans leur ensemble.

pour maintenir sa protection – ce qui est prévu à l'article 19 de l'Accord sur les ADPIC et figure dans le droit australien – alors une possibilité d'usage minimale doit être réputée faire partie du cadre de la protection de la marque. Nous croyons comprendre que c'est ce qui ressort également de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, qui empêche que les Membres entravent l'usage des marques par des prescriptions réglementaires injustifiables.

15. Le texte de l'Accord sur les ADPIC reflète ainsi la logique économique selon laquelle les marques sont dignes d'être protégées dans des accords internationaux en raison de leur fonction distinctive et du rôle positif qui leur est associé dans l'économie. Une marque ne peut jouer ce rôle que si elle est utilisée. C'est la raison pour laquelle le caractère distinctif est le seul critère mis en évidence par l'Accord sur les ADPIC pour ce qui est de constater qu'un signe constitue une "marque"; c'est pourquoi il peut être obligatoire de faire usage d'une marque pour maintenir un enregistrement; et c'est pourquoi l'article 20 existe (à savoir, pour protéger l'usage des marques dans le commerce contre des prescriptions réglementaires injustifiables). L'enregistrement et la possibilité d'empêcher que des tiers non autorisés fassent usage de signes similaires sur des produits similaires, voire sur des produits dissemblables dans le cas de marques notoirement connues, n'ont effectivement aucun sens si la marque ne peut pas remplir sa fonction principale. Interpréter tout le chapitre de l'Accord sur les ADPIC relatif à la "protection" des marques, sans prendre en considération la raison d'être de cette protection ne permet pas de donner leur sens effectif aux dispositions de l'Accord sur les ADPIC.

16. L'usage est donc un élément essentiel des droits conférés aux titulaires de marques par l'Accord sur les ADPIC. Suivant l'approche inverse, les droits minimaux, fondamentaux qui sont conférés aux titulaires de marques ne servent qu'à enregistrer leurs marques sans possibilité d'en faire usage. Cette interprétation de l'Accord sur les ADPIC n'est pas convaincante. Nous croyons comprendre que c'est aussi l'avis exprimé par le juge Schwebel, un autre éminent expert du droit international public, dans son rapport d'expert présenté en tant que pièce UKR-2.⁴

17. En résumé, nous convenons avec les plaignants que la mesure australienne concernant l'emballage neutre est incompatible avec les principales dispositions de l'Accord sur les ADPIC portant sur la définition des marques, les droits conférés et les limitations imposées aux prescriptions des pouvoirs publics qui constituent une entrave à l'usage des marques. Cela ne veut pas dire que l'Australie ne peut pas lutter contre les marques fallacieuses ou propres à induire en erreur ou d'une nature contraire à la moralité publique; ces cas sont tous des motifs bien établis pour faire invalider l'enregistrement et la protection d'une marque, qui peuvent servir de fondement pour empêcher son usage. Cependant, à cette fin, il faut analyser le signe spécifique en question ainsi que son caractère fallacieux selon les allégations. La mesure brutale de l'Australie concernant l'emballage neutre n'examine pas la marque par rapport à un critère général de la nature à induire en erreur mais interdit simplement toutes les marques. Cela n'est pas admissible au regard de l'Accord sur les ADPIC.

18. Même si les droits de marque peuvent être des "droits négatifs", ils sont subordonnés à l'usage de la marque par son titulaire, déterminés par cet usage et finalement conférés à cette fin. Le Nigéria partage l'avis du professeur Dinwoodie qui qualifie l'"usage" d'"essence" de la marque.⁵

19. Selon le Nigéria, la mesure australienne concernant l'emballage neutre empêche les titulaires de tirer avantage de la valeur et de l'image de leurs marques, et de différencier leurs marques de celles de leurs concurrents. Une mesure qui standardise le produit et son emballage encouragera l'arrivée de produits contrefaits et piratés sur le marché. Du point de vue des échanges, le Nigéria considère que les marques jouent un rôle important pour pénétrer de nouveaux marchés. L'emballage neutre empêche les fabricants qui ne sont pas présents actuellement sur le marché australien d'y entrer pour commercialiser leurs produits.

20. Cela ne veut pas dire que le Nigéria considère que le commerce ou les droits de propriété intellectuelle sont plus importants que la santé; ce n'est évidemment pas le cas. En tout état de cause, compte tenu des arguments présentés par les parties, il ne semble pas que ce soit la question à l'examen dans les présents différends. L'Accord sur les ADPIC prévoit des exceptions

⁴ Rapport d'expert de S.M. Schwebel, "On Whether the Owner of a Registered Trademark Has the Right To Use that Trademark". Pièce UKR-2.

⁵ Rapport d'expert de G.B. Dinwoodie, "Compatibility of Restrictions on the Use of Trade Marks within the TRIPS Agreement", page 1. Pièce UKR-1.

fondées sur des considérations de santé, ce qui apparaît clairement dans le contexte de la protection conférée par un brevet, dans lequel l'Accord sur les ADPIC prévoit expressément la concession de licences obligatoires. Cette flexibilité était encore précisée dans la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, adoptée en 2001, et dans la Décision de 2003 sur la mise en œuvre du paragraphe 6 de la Déclaration concernant l'accès aux médicaments. Les marques n'ont jamais fait l'objet d'un tel débat.

21. Les conditions imposées pour que la concession de licences obligatoires soit autorisée font toutefois apparaître une approche équilibrée dans un contexte crucial où l'accès aux médicaments peut avoir un effet direct et manifestement vital. Il n'y a pas, dans la section de l'Accord sur les ADPIC relatives aux marques, de disposition semblable permettant une expropriation directe ou indirecte de la marque et imposant des conditions pour assurer le respect d'intérêts différents. Cela tient probablement à la nature différente des marques et des brevets. Un titulaire de brevets revendique l'exclusivité sur un produit potentiellement vital et peut dicter les conditions de sa mise à la disposition du public. Une exception fondée sur des considérations de santé semble donc acquise. Par contre, un titulaire de marques revendique uniquement la propriété du signe qu'il veut utiliser pour distinguer le produit de celui de ses concurrents. Étant donné qu'il ressort clairement du texte de l'Accord sur les ADPIC qu'il ne faut pas enregistrer un signe fallacieux, par exemple s'agissant des caractéristiques sanitaires positives d'un produit, et que l'utilisation de ce signe peut être refusée, aucune autre exception fondée sur des considérations de santé ne semble nécessaire.

22. Enfin, le Nigéria considère que l'interprétation de l'Australie, si elle était adoptée, aurait des effets négatifs pour les titulaires de marques comme pour les consommateurs, et ne constituerait pas une approche correcte pour assurer un équilibre entre les intérêts commerciaux et les intérêts en matière de santé dans le cadre de l'OMC.

PRESCRIPTIONS RÉGLEMENTAIRES AU SENS DE L'ACCORD OTC

23. Le Nigéria rappelle qu'en 2011 l'Australie a notifié à l'OMC la mesure projetée concernant l'emballage neutre, en tant que règlement technique pouvant affecter notablement le commerce avec d'autres Membres. De nombreux Membres, y compris le Nigéria, ont exprimé leurs préoccupations concernant cette proposition présentée au Comité OTC. Le Nigéria a mentionné que ses installations de fabrication du tabac généraient une forte activité économique, d'importantes recettes fiscales et de nombreux emplois dans le pays. Le tabac était source d'emplois et de revenus pour un grand nombre d'agriculteurs nigériens et c'est pourquoi le Nigéria était préoccupé des conséquences systémiques de la mesure australienne, ainsi que des conséquences commerciales directes ou indirectes qui en résulteraient pour l'économie nationale. Il a fait observer que le projet de mesure était plus restrictif pour le commerce qu'il n'était nécessaire pour réaliser des objectifs sanitaires légitimes et qu'il contrevenait aux dispositions de l'article 2.2 de l'Accord.⁶

24. Le Nigéria s'est ensuite dit préoccupé de ce que la mesure aurait pour effet de supprimer de l'emballage les dessins, logotypes, couleurs et autres marques similaires distinctifs des produits du tabac de marque, ce qui rendrait pratiquement impossible l'identification d'un produit de marque particulier. Il serait difficile pour les fabricants étrangers d'entrer sur le marché australien. Le Nigéria a donc demandé à obtenir des renseignements scientifiques et techniques démontrant que l'emballage neutre réduirait le nombre des fumeurs en Australie et en quoi cette mesure était compatible avec l'article 2.2 et 2.4 de l'Accord OTC, et a prié instamment l'Australie de tenir compte des vues et des préoccupations des Membres et d'établir une autre mesure qui garantirait le respect de ses obligations dans le cadre de l'OMC.⁷

25. Plus récemment, le Nigéria a aussi exprimé des préoccupations concernant une proposition semblable de l'Irlande concernant l'emballage neutre. À la réunion du Comité OTC de mars 2014, il a fait part de ses préoccupations concernant le précédent que les mesures en faveur des emballages neutres pourraient créer, particulièrement à l'égard de l'imposition de restrictions similaires sur des produits fortement réglementés tels que les boissons alcooliques, les amuse-gueule et les boissons gazeuses. À la réunion, il ne contestait pas l'objectif de protection de la santé humaine, mais estimait ne pas être certain que les mesures préconisant des

⁶ G/TBT/M/55, paragraphes 185 et 186.

⁷ G/TBT/M/56, paragraphe 166.

emballages neutres pourraient contribuer à atteindre cet objectif. Il a indiqué que ces mesures semblaient être plus restrictives pour le commerce qu'il n'était nécessaire pour remplir leur objectif.⁸

Le Nigéria portait donc un intérêt particulier à l'examen des arguments juridiques et factuels des parties sur la mesure concernant l'emballage neutre de l'Australie.

26. Le Nigéria note que les plaignants ont contesté la mesure concernant l'emballage neutre de l'Australie en raison de son incompatibilité avec l'article 2.2 de l'Accord OTC. Ils font valoir que l'article 2.2 exige un soupesage et une mise en balance du caractère restrictif pour le commerce de la mesure, du degré de contribution qu'elle apporte à l'accomplissement de l'objectif et de la disponibilité de mesures de rechange moins restrictives mais tout aussi efficaces.

27. Le Nigéria considère que l'Accord OTC soumet à discipline l'application par les Membres de règlements techniques inutilement restrictifs pour le commerce. L'Accord exige que les Membres de l'OMC soupèsent et mettent en balance les approches visant à répondre aux objectifs légitimes de politique publique, tels que la réduction du niveau de tabagisme, avec les intérêts des partenaires commerciaux de l'OMC. À tout le moins, les coûts et les difficultés d'accès au marché imposés par un règlement doivent effectivement contribuer à la réalisation de l'objectif. En outre, la restriction commerciale découlant du règlement devrait être proportionnée à la contribution à la réalisation de l'objectif. De plus, s'il existait une mesure de rechange qui ne constitue pas une entrave aussi importante pour le marché, et qui soit autant, voire plus efficace que la mesure effectivement imposée, il faudrait appliquer la mesure de rechange moins restrictive. Le critère juridique est bien établi et ne devrait pas être différent selon la nature du produit.

28. Le Nigéria a soigneusement examiné les données de fait et les éléments de preuve divers, qui figurent dans les nombreuses pièces présentées par les parties, concernant l'efficacité effective ou probable de la mesure. Sur la base de cet examen, il considère que les éléments de preuve présentés par les plaignants démontrent que la mesure concernant l'emballage neutre n'a pas contribué à la réduction du tabagisme et qu'il est peu probable qu'elle y contribue à l'avenir.

29. La mesure concernant l'emballage neutre est un règlement technique qui comprend plusieurs prescriptions strictes en matière d'emballage et d'étiquetage qui s'appliquent aux produits du tabac. En adoptant cette mesure, l'Australie avait pour objectif de réduire les niveaux de prévalence du tabagisme parmi la population australienne dans son ensemble et parmi les populations autochtones et insulaires du détroit de Torres en particulier. L'objectif de santé publique, qui est aussi reflété dans le texte de la Loi sur l'emballage neutre du tabac, vise donc à améliorer la santé publique en limitant le phénomène d'initiation et en renforçant le sevrage. Le Nigéria souscrit pleinement à cet objectif. Cependant, le caractère légitime de l'objectif ne justifie pas les moyens choisis pour son accomplissement.

30. Les éléments de preuve fournis par des experts en économie, que les plaignants ont présentés au Groupe spécial, 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 en apposant des marques et des éléments distinctifs sur l'emballage.⁹ Ainsi, la mesure concernant l'emballage neutre impose une restriction très importante à la concurrence et au commerce. Cependant, les éléments de preuve présentés montrent également que la mesure australienne concernant l'emballage neutre, qui constitue une restriction au commerce, n'est absolument pas nécessaire pour réaliser l'objectif déclaré de protection de la santé. Les faits montrent que, deux ans après sa mise en œuvre, cette mesure n'avait pas contribué à réduire le tabagisme ou, plus généralement, à modifier les comportements tabagiques. Par conséquent, elle n'a pas contribué à la protection de la santé publique. L'étude du professeur Klick, comparant la situation de l'Australie (où l'emballage neutre est utilisé) avec celle de la Nouvelle-Zélande (où l'emballage neutre n'est pas utilisé) pendant la même période, confirme que l'emballage neutre n'a pas modifié le comportement tabagique des individus, et, par conséquent, rien ne prouve que l'emballage neutre a réduit le tabagisme.¹⁰ L'étude confirme les données sur le

⁸ G/TBT/M/62, paragraphe 2.182.

⁹ Rapport d'expert de D. Neven, *et al.*, "The Effects of Plain Packaging Regulation on Competition and Tobacco Consumption: An Economic Assessment.", pages 37 à 40. Pièce UKR-5.

¹⁰ Rapport d'expert de J. Klick, "The Effect of Australia's Plain Packaging Law on Smoking: Evidence from Survey and Market Data", page 2. Pièce UKR-5.

marché et d'autres éléments de preuve objectifs provenant d'Australie, qui ont été présentés par les plaignants.

31. Faire valoir, comme le fait l'Australie, qu'il y aura probablement une contribution de la mesure à l'avenir semble relever de la conjecture, étant donné que cette mesure n'a eu aucun effet au cours des deux premières années. En fait, le Nigéria juge convaincants les éléments de preuve présentés par les plaignants quant aux raisons pour lesquelles les gens se mettent à fumer et à celles pour lesquelles il leur est difficile d'arrêter. Les experts considèrent que l'emballage et les marques ne jouent pas de rôle dans ces comportements. Si tel est le cas, il est alors difficile de voir sur quelle base la suppression des marques et la normalisation de l'emballage seraient supposées avoir un quelconque effet. Étant donné que la mesure est censée viser l'information des consommateurs, le Nigéria note que l'emballage neutre ne donne aucun renseignement. En fait, la très grande nocivité du tabagisme pour la santé des consommateurs étant généralement connue, le Nigéria ne voit pas clairement à quel objectif, ni à quel objectif en matière d'information des consommateurs, l'emballage neutre répondrait. En tout état de cause, il note que les mises en garde sanitaires de grande taille, qui sont imposées par l'Australie en vertu d'un autre ensemble de règles et de règlements, n'ont pas été contestées par les plaignants.

32. L'analyse économique de l'offre et de la demande, présentée par le professeur Neven dans son rapport d'expert, confirme qu'il est peu probable qu'il y ait une quelconque contribution positive de l'emballage neutre. En fait, le professeur Neven conclut que l'emballage neutre aura très probablement l'effet inverse.¹¹ Cela donne à penser que le "risque de non-respect" de l'objectif est plus grand avec l'emballage neutre que *sans*. L'analyse des évolutions présentée par la République dominicaine montre que l'emballage neutre donne lieu à une descente en gamme, tout en confirmant ses conséquences défavorables.¹²

33. Tous les éléments de preuve vont dans le même sens. La mesure concernant l'emballage neutre de l'Australie, jusqu'à présent, n'a pas modifié les comportements tabagiques et ne le fera pas à l'avenir car elle n'est tout simplement pas apte à le faire. En fait, les éléments de preuve confirment que la mesure risque de compromettre l'objectif sanitaire poursuivi par l'Australie, en encourageant une concurrence par les prix, qui augmente la consommation, et en stimulant le commerce illicite.

Dans ces circonstances, le débat sur des solutions de rechange perd tout son sens. En tout état de cause, le Nigéria souhaite formuler deux observations sur les solutions de rechange présentées et leur rejet par l'Australie. Premièrement, le fait qu'une mesure existe déjà ne veut pas dire qu'il ne peut pas y avoir une "solution de rechange". En réalité, il est bien établi que la taxation est le seul instrument, et le plus efficace, pour lutter contre le tabac. Cela étant, il est certain qu'une proposition visant à augmenter les taxes pertinentes de l'Australie pour se conformer à la recommandation de l'Organisation mondiale de la santé constituerait une mesure de rechange. Le Nigéria croit comprendre que c'était aussi l'avis de l'OMC par le passé.¹³ Deuxièmement, il considère que, s'il existe une institution chargée des questions de la protection des consommateurs en relation avec l'emballage, comme c'est le cas en Australie, une solution de rechange, qui mériterait d'être examinée, consisterait, semble-t-il, à mieux l'utiliser avant d'imposer de nouvelles mesures comme l'emballage neutre.

34. Le Nigéria est d'avis qu'il faudrait ménager aux Membres une large marge de manœuvre pour réaliser des objectifs légitimes comme la protection de la santé publique. L'Australie a l'un des systèmes de lutte antitabac les plus stricts au monde, et nous la félicitons pour l'efficacité de sa lutte contre le tabagisme. Toutefois, c'est précisément dans ces circonstances qu'il faudrait veiller à maintenir une approche équilibrée et s'assurer que de nouvelles restrictions au commerce et aux droits de propriété intellectuelle sont licites et nécessaires. Le Nigéria considère que les arguments juridiques des plaignants en ce qui concerne la violation des droits de propriété

¹¹ Rapport d'expert de D. Neven, *et al.*, "The Effects of Plain Packaging Regulation on Competition and Tobacco Consumption: An Economic Assessment.", pièce UKR-3, pages 32 à 35 et 44.

¹² Empirical Assessment of Australia's Plain Packaging Regime, prepared by the Institute for Policy Evaluation (Dr. David Afshartous, Ph.D; Professor Marcus Hagedorn; Professor Ashok Kaul; and Professor Michael Wolf) (7 octobre 2014), page 2. Pièce DR-100.

¹³ Voir, par exemple, les rapports du Groupe spécial, *Chine – Mesures relatives à l'exportation de terres rares, de tungstène et de molybdène*, WT/DS431/R-WT/DS432/R-WT/DS433/R et WT/DS433/R/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, paragraphe 7.186.

intellectuelle et les éléments de preuve présentés démontrant l'absence de contribution de la mesure concernant l'emballage neutre confirment que cette mesure de l'Australie est un moyen non nécessaire et illicite de poursuivre une fin légitime. Il estime que, si le produit est disponible licitement sur le marché et si rien n'indique qu'une marque spécifique est fallacieuse ou propre à induire en erreur, et si elle ne nuit pas, ou n'est pas par ailleurs contraire, à la moralité publique de l'Australie, alors cette marque devrait, en principe, pouvoir être utilisée sur un produit et remplir ainsi son importante fonction économique.

CONCLUSION

Le Nigéria continue d'appuyer le droit des Membres d'adopter des mesures pour protéger la santé publique conformément aux Accords de l'OMC, et nous félicitons l'Australie de lutter contre le tabagisme. Cependant, il faudrait veiller au maintien d'une approche équilibrée qui assurerait la compatibilité avec le droit de l'OMC. Le Nigéria considère que les arguments juridiques des plaignants en ce qui concerne la violation du droit de l'OMC et les éléments de preuve confirment que la mesure en cause n'est pas compatible avec le droit de l'OMC. Nous estimons, par conséquent, que si un produit est disponible licitement sur le marché et si rien n'indique qu'une marque spécifique est fallacieuse ou propre à induire en erreur, alors cette marque devrait, en principe, pouvoir être utilisée sur un produit et remplir ainsi son importante fonction économique.

ANNEXE C-13**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DES ARGUMENTS DE LA NORVÈGE****I QUESTIONS RELATIVES À L'ACCORD SUR LES ADPIC****A. L'Accord sur les ADPIC et la protection de la santé publique**

1. L'Accord sur les ADPIC reconnaît le droit des Membres de protéger la santé publique. À cet égard, les articles 7 et 8:1 ainsi que la *Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique* (Déclaration de Doha sur la santé publique) sont particulièrement pertinents. La *Déclaration de Doha sur la santé publique* donne des indications expresses pour l'interprétation, en affirmant 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". Bien que la Déclaration ne constitue pas une interprétation faisant autorité au titre de l'Accord de Marrakech, son paragraphe 4 doit être considéré comme un "accord ultérieur" au sens de l'article 31.3 a) de la Convention de Vienne. De ce fait, les dispositions pertinentes de l'Accord sur les ADPIC devraient être interprétées d'une manière qui appuie les droits des Membres de protéger la santé publique.

B. L'Accord sur les ADPIC ne prévoit pas de "droit de faire usage" d'une marque

2. Les allégations juridiques des plaignants au titre de l'Accord sur les ADPIC sont fondées sur l'affirmation que l'Accord prévoit un droit positif de faire usage d'une marque enregistrée.¹ La Norvège conteste vivement cette assertion et estime que l'affirmation des plaignants selon laquelle il existe un "droit de faire usage" n'est nullement étayée par les dispositions pertinentes de l'Accord, lorsque celui-ci est correctement interprété. En fait, l'Accord sur les ADPIC confère des droits négatifs pour empêcher certains usages par des tiers.

C. Questions de droit relatives à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC

3. Les parties sont en désaccord sur le point de savoir si la charge de la preuve au titre de l'article 20 incombe aux plaignants ou au défendeur. Selon l'Organe d'appel, "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".² L'attribution de la charge de la preuve dépend du caractère juridique de la disposition en cause. La Norvège soutient que l'article 20 doit surtout être qualifié d'"obligation positive unique".³ Sur cette base, la charge de la preuve au titre de l'article 20 incombe aux plaignants. Pour établir qu'il y a violation de l'article 20, les plaignants doivent montrer que l'usage d'une marque "au cours d'opérations commerciales" a été "entravé de manière injustifiable par des prescriptions spéciales". La Norvège exposera ci-après son point de vue sur l'interprétation de ces différents éléments.

4. Premièrement, s'agissant de l'expression "au cours d'opérations commerciales", la Norvège convient avec la plupart des parties au présent différend qu'elle fait référence au processus d'achat et de vente de produits et de services, et qu'une entrave intervenant après ce moment ne relève pas de l'article 20.⁴ Deuxièmement, elle estime que l'expression "prescription spéciale" doit être comprise comme désignant des prescriptions concernant la manière dont il peut être fait usage d'une marque et non des prescriptions interdisant l'usage d'une marque. Il est fait référence aux arguments de l'Australie à cet égard.⁵

5. Troisièmement, à propos du critère à appliquer pour évaluer le "caractère injustifiable" d'une entrave à l'usage, la Norvège convient avec l'Australie que l'expression "de manière injustifiable" doit être interprétée comme faisant référence à un examen du point de savoir s'il y a un "lien

¹ Voir, par exemple, la première communication écrite de l'Australie, paragraphes 227 à 229 et 235.

² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 16.

³ Première communication écrite de l'Australie, paragraphes 428 à 430.

⁴ Voir la première communication écrite de l'Australie, paragraphe 349, note de bas de page 539. Seul le Honduras semble avoir une opinion divergente, voir la première communication écrite du Honduras, paragraphe 224. Voir aussi la première communication écrite de l'Australie, note de bas de page 350.

⁵ Première communication écrite de l'Australie, partie IV, D, 2.

rationnel" entre les "prescriptions spéciales" et la directive qui sous-tend ces prescriptions.⁶ À son avis, l'argument des plaignants selon lequel l'expression "de manière injustifiable" fait référence à un critère semblable à celui de la "nécessité" n'est pas compatible avec une interprétation correcte suivant le sens ordinaire à donner à cette expression dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'Accord sur les ADPIC.

6. Le mot "unjustifiably" (de manière injustifiable) est défini comme signifiant "not capable of being justified" (ne pouvant pas être justifié).⁷ Il ne recouvre pas les notions de "nécessité" et de "caractère le moins restrictif". Le mot "injustifiable" est employé à plusieurs endroits des Accords de l'OMC, en tant que partie du membre de phrase "discrimination arbitraire et injustifiable". Dans ce contexte, l'Organe d'appel a établi que l'un "des facteurs les plus importants" dans l'évaluation du caractère "injustifiable" était la "question de savoir si la discrimination [pouvait] être conciliée avec l'objectif de politique générale par rapport auquel la mesure a[vait] été provisoirement justifiée ..., ou si elle [était] rationnellement liée à cet objectif".⁸ Le sens ordinaire du mot "injustifiable", tel qu'il est interprété dans ces rapports, étaye l'interprétation selon laquelle l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20 doit faire 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.

7. Le contexte du mot "injustifiable" étaye aussi cette interprétation. À cet égard, la Norvège souhaite mentionner, en particulier, que les rédacteurs de l'Accord sur les ADPIC ont inclus le mot "nécessaire" à plusieurs endroits de l'Accord mais ont choisi de ne *pas* l'employer à l'article 20. Il faut donner effet à ce choix. Par conséquent, il n'est pas possible d'admettre l'argument des plaignants selon lequel l'expression "de manière injustifiable" devrait être interprétée comme englobant les notions de "nécessité", de "caractère le moins restrictif" et de "solutions de rechange raisonnablement disponibles".

8. L'"objet et le but de l'Accord, tels qu'ils sont exprimés, en particulier," à l'article 8:1 étaient une interprétation de l'expression "de manière injustifiable" qui préserve la portée du droit des Membres de poursuivre des objectifs légitimes de politique générale au moyen de mesures qui sont conformes aux dispositions de l'Accord. La Norvège estime qu'une interprétation compatible avec le sens ordinaire de l'expression, comme il est indiqué plus haut, est la plus conforme au principe énoncé à l'article 8:1.

9. Compte tenu de ce qui précède, il est clair que le champ d'application de l'article 20 n'inclut pas les éléments prohibitifs de la mesure concernant l'emballage neutre. En outre, il s'ensuit d'une interprétation correcte de l'expression "de manière injustifiable" que celle-ci ne fait pas référence à des notions telles que la "nécessité" ou le "caractère le moins restrictif pour le commerce", mais 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.

II QUESTIONS RELATIVES À L'ACCORD OTC

A. Introduction

10. L'article 2.2 de l'Accord OTC contient des règles applicables à des mesures qui répondent à la définition d'un "règlement technique" énoncée au paragraphe 1 de l'Annexe 1 de l'Accord OTC.⁹ La Norvège considère que les prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage doivent être considérées comme des "règlements techniques" conformément à cette définition, et ne juge pas 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.

⁶ Voir la première communication écrite de l'Australie, paragraphes 362 et 363.

⁷ *Collins English Dictionary*, 9^{ème} édition, HarperCollins Publishers, 2007.

⁸ Rapport de l'Organe d'appel CE – *Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.306.

⁹ Voir, par exemple, les rapports de l'Organe d'appel CE – *Sardines*, paragraphe 175; et CE – *Amiante*, paragraphe 59.

B. Les Directives de la FCTC sont des normes internationales pertinentes conformément à l'article 2.5 de l'Accord OTC

11. L'article 2.5 dispose que les règlements techniques qui sont élaborés, adoptés ou appliqués en vue d'un objectif légitime mentionné à l'article 2.2, et qui seront "conforme[s] aux normes internationales pertinentes", sont présumés – cette présomption étant réfutable – ne pas constituer des "obstacles non nécessaires au commerce international" au sens de l'article 2.2.

12. La Norvège estime que, premièrement, le règlement technique en cause a été adopté pour protéger la santé des personnes, ce qui est un objectif légitime au titre de l'article 2.2. Deuxièmement, la mesure concernant l'emballage neutre a été adoptée, entre autres, pour donner effet aux obligations de l'Australie dans le cadre de la FCTC, en particulier des Directives pour l'application des articles 11 et 13 de la FCTC. Troisièmement, la Norvège souscrit au raisonnement et à la conclusion de l'Australie dans sa première communication écrite selon lesquels les Directives pour l'application des articles 11 et 13 de la FCTC peuvent être considérées comme des "normes internationales pertinentes" au regard de l'article 2.5, conformément à la définition figurant dans l'Annexe 1 de l'Accord OTC et dans le Guide ISO/CEI 2: 1991. Enfin, la mesure concernant l'emballage neutre doit être jugée "conforme" à ces directives.

13. En conséquence, la mesure doit être "présumé[e] – cette présomption étant réfutable – ne pas créer un obstacle non nécessaire au commerce international". La présomption semble laisser entendre qu'un critère de preuve plus élevé est requis pour ce qui est de savoir si une mesure est un obstacle non nécessaire au commerce international au regard de l'article 2.2, par rapport aux cas dans lesquels la présomption énoncée à l'article 2.5 n'est pas applicable.

C. Évaluation du point de savoir si la mesure peut être considérée comme étant plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire au regard de l'article 2.2 de l'Accord OTC

14. Aux termes de l'article 2.2, il est nécessaire d'évaluer si une mesure est "plus restricti[ve] pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime". La Norvège est d'avis que les plaignants sont tenus, à titre préliminaire, de démontrer que le règlement technique en cause est "restrictif pour le commerce".

15. S'il juge que les plaignants ont établi *prima facie* que la mesure était restrictive pour le commerce, le Groupe spécial doit évaluer si la mesure est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait. L'Organe d'appel a expliqué que l'évaluation de la "nécessité" exigeait une identification de l'objectif poursuivi par la mesure¹⁰, une évaluation de la légitimité des objectifs¹¹ ainsi qu'une analyse relationnelle.¹²

16. À cet égard, la Norvège rappelle premièrement que la mesure concernant l'emballage neutre vise à protéger la santé des personnes, ce qui est un objectif légitime au titre de l'article 2.2. Cet objectif est "à la fois vital[] et important[] au plus haut point"¹³, une considération à prendre en compte dans l'évaluation du point de savoir si la mesure est nécessaire.

17. Deuxièmement, s'il venait à conclure que la mesure est restrictive pour le commerce, le Groupe spécial devra évaluer le niveau du caractère restrictif pour le commerce. Si le caractère restrictif est jugé minimal, même un faible degré de contribution de la mesure à l'objectif légitime serait suffisant, selon la Norvège, pour permettre de conclure que la mesure ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire.

¹⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 313 et 314; et rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 371.

¹¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 313; et rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphes 370 et 372.

¹² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 315, 318, 319 et 321. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphes 373 à 375, 377 et 390.

¹³ Dans le contexte de l'article XX b) du GATT de 1994, voir le rapport du Groupe spécial *CE – Amiante*, paragraphe 172 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 162); le rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 144.

18. Troisièmement, en évaluant le degré de contribution de la mesure à l'objectif légitime, le Groupe spécial devrait considérer les problèmes de santé complexes, comme celui qui est en cause, dans le contexte plus large des stratégies globales mises en œuvre pour les combattre.¹⁴ Il devrait, en particulier, prendre 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 la probabilité que les effets de la mesure se manifesteront peut-être de façon graduelle sur plusieurs années.

19. Quatrièmement, la Norvège est d'avis que la nature comme la gravité des risques que la non-réalisation entraînerait permettent de conclure que la mesure concernant l'emballage neutre n'est pas plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire. La nature des risques pour la santé des personnes est à la fois vitale et importante au plus haut point, et la gravité des conséquences qui découleraient de la non-réalisation de l'objectif est aussi incontestablement sévère.

20. Enfin, la Norvège convient avec l'Australie qu'il n'apparaît pas qu'il y ait des mesures de rechange aussi efficaces.¹⁵ Entre autres, certaines des mesures de rechange proposées doivent en fait être considérées comme des *suppléments* à la mesure concernant l'emballage neutre. La Norvège doute aussi que certaines des mesures de rechange soient en fait moins restrictives pour le commerce. En outre, il est à noter que l'un des effets voulus de la mesure concernant l'emballage neutre est de combler la dernière lacune dans l'interdiction de la publicité pour le tabac. Selon la Norvège, aucune des mesures de rechange proposées ne peut combler cette lacune et renforcer ainsi l'effet des mesures existantes.

¹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 154.

¹⁵ Les plaignants estiment que l'objectif de la mesure pourrait également être réalisé par d'autres mesures, telles que l'augmentation des droits d'accise, l'accès des jeunes aux produits du tabac, le droit australien de la consommation, les campagnes de marketing social et les systèmes d'approbation préalable.

ANNEXE C-14**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DES ARGUMENTS D'OMAN**

1. Oman considère que la consommation de tabac est l'une des plus grandes menaces pour la santé publique que le monde ait jamais connues. Selon l'OMS, la consommation de tabac tue à l'heure actuelle près de 6 millions de personnes par an du fait d'une utilisation directe, et une personne décède en moyenne toutes les 6 secondes des effets mortels du tabagisme passif. Le tabac est sans aucun doute la cause de décès la plus facile à prévenir dans le monde aujourd'hui. C'est le seul produit de consommation légal qui tue jusqu'à la moitié de ceux qui le consomment tel qu'il est conçu et recommandé par le fabricant.

2. Oman est d'avis que la législation australienne sur l'emballage neutre contestée vise à empêcher la publicité et la promotion du tabac. Elle réalise ses objectifs déclarés, à savoir: réduire l'attrait exercé par les produits du tabac sur les consommateurs, en particulier les jeunes; accroître la visibilité et l'efficacité des mises en garde sanitaires prescrites; et diminuer l'aptitude des emballages des produits du tabac à induire les consommateurs en erreur quant à leurs effets nocifs.

3. Oman estime que les dispositions pertinentes des Accords visés qui sont invoquées dans le présent différend établissent un équilibre qui respecte l'autonomie souveraine des Membres de l'OMC en matière de réglementation, en particulier en ce qui concerne la santé publique.

4. Oman note que l'article 2.2 de l'Accord OTC a été conçu de façon à ménager une marge de manœuvre aux Membres pour la mise en œuvre de diverses politiques nationales, y compris concernant la santé ou la vie des personnes sous la forme de règlements techniques. L'article 2.2 reconnaît le droit des Membres de mettre en œuvre ces règlements techniques, étant entendu que ces mesures ne devraient pas créer d'obstacles non nécessaires au commerce. En d'autres termes, le texte reconnaît qu'il existe des préoccupations légitimes qui peuvent donner lieu à l'application de mesures susceptibles de restreindre ou d'entraver le commerce, et autorise ces mesures à condition qu'elles ne soient "... pas plus restricti[ves] pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait".

5. Par conséquent, l'évaluation au titre de l'article 2.2 n'a pas pour objet de savoir si la mesure en cause restreint le commerce, mais de savoir si cette mesure satisfait aux prescriptions énoncées à l'article 2.2 concernant sa contribution à la réalisation d'un objectif légitime, d'une part, et sa nécessité, d'autre part.

6. S'agissant de la question de la "nécessité" dans le contexte de l'article 2.2 de l'Accord OTC, Oman rappelle que dans l'affaire *États-Unis – Thon II*¹, l'Organe d'appel s'est fondé sur le raisonnement qu'il avait suivi dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*², pour noter ce qui suit: "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". Oman considère que cette évaluation a une valeur instructive pour le Groupe spécial et qu'elle devrait éclairer son analyse au titre de l'article 2.2 pour déterminer ce qui doit être considéré comme "nécessaire".

7. Oman souscrit aux arguments et aux éléments de preuve factuels pertinents exposés dans la communication de l'Australie qui démontrent clairement que l'emballage neutre contribue à faire baisser les taux de tabagisme et la consommation de tabac.

8. La protection de la santé publique est un objectif légitime de la plus haute importance pour chaque Membre de l'OMC pris individuellement et pour la communauté mondiale dans son ensemble. L'objectif ou le but consistant à protéger la santé des personnes en réduisant la

¹ 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, paragraphe 318.

² Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, WT/DS161/AB/R, paragraphe 161.

consommation de tabac n'est pas réalisé par une seule mesure, quelle qu'elle soit, mais par un grand nombre de mesures qui fonctionnent collectivement pour la réalisation de l'objectif légitime, aux niveaux recherchés par le Membre qui met en œuvre la mesure. L'emballage neutre est l'une de ces mesures.

9. En outre, le paragraphe 4 du préambule de l'Accord OTC reconnaît expressément le droit d'un Membre de mettre en œuvre des mesures pour la protection de la santé et de la vie des personnes "... aux niveaux qu'il considère appropriés", sous réserve que ces mesures n'établissent pas de discrimination entre les Membres ni n'agissent comme une restriction déguisée au commerce. L'emballage neutre vise à protéger la santé des personnes en réduisant la consommation de tabac, ce qui est un objectif légitime. La mesure traite tous les produits du tabac sur un pied d'égalité et n'est donc pas discriminatoire. De plus, l'emballage neutre étant expressément reconnu comme mesure légitime pour limiter le tabagisme³ par les Directives de la FCTC de l'OMS, il peut difficilement être considéré comme une restriction déguisée au commerce.

10. Oman considère que les termes utilisés dans le préambule donnent expressément aux Membres le pouvoir discrétionnaire de déterminer le niveau d'ambition de leurs règlements techniques.

11. Le Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*⁴ a établi que la charge de la preuve incombait à la partie qui alléguait une violation de l'article 2.2. Cela signifie que, pour faire admettre une allégation au titre de l'article 2.2, un plaignant serait tenu de fournir des éléments de preuve *prima facie* démontrant l'existence d'une incompatibilité avec cet article.

12. En outre, l'article 2.5 dispose que dans les cas où un règlement technique sera conforme aux normes internationales pertinentes, il sera présumé – cette présomption étant réfutable – ne pas créer d'obstacles non nécessaires au commerce international. En d'autres termes, lorsque la mesure en cause satisfait aux conditions énoncées à l'article 2.5, l'analyse au titre de l'article 2.2 du Groupe spécial doit partir d'une présomption réfragable selon laquelle la mesure n'est pas un obstacle non nécessaire au commerce. Oman considère que cette présomption réfragable devrait avoir pour effet d'imposer au plaignant alléguant une violation de l'article 2.2 une charge de la preuve plus lourde pour étayer ses allégations.

13. À cet égard, Oman estime que la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac (la "FCTC") constitue une "norme internationale pertinente". Nous sommes conscients qu'il n'existe pas de définition explicite des normes internationales dans les Accords de l'OMC visés, mais nous considérons que l'Accord OTC donne des indications suffisantes sur ce point pour qu'il soit constaté que la FCTC constitue une "norme internationale pertinente".

14. S'agissant des allégations au titre de l'Accord sur les ADPIC, Oman considère que rien dans cet accord ne confère aux titulaires des marques un droit positif d'utiliser ces dernières. 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.

15. De plus, la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, adoptée par la Conférence ministérielle de l'OMC le 14 novembre 2001, 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.

16. Outre les Accords de l'OMC, la FCTC de l'OMS constitue aussi le fondement juridique international pour la mise en œuvre de l'emballage neutre des produits du tabac. La mesure de l'Australie exprime un consensus multilatéral sur la lutte antitabac. Les Directives pour l'application de l'article 11 et de l'article 13 de la FCTC de l'OMS recommandent spécifiquement que toutes les parties à cette convention (180 parties à ce jour) envisagent d'adopter l'emballage neutre du tabac

³ Voir la partie II.F des directives pour l'application de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac.

⁴ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle*, WT/DS406/R, paragraphe 7.331.

pour "conférer plus ... d'efficacité aux mises en garde sanitaires" et "éliminer les effets de la publicité ... sur le conditionnement".

17. Oman estime que les questions dont le présent Groupe spécial est saisi doivent être considérées dans le contexte plus large des efforts internationaux pour limiter la consommation mondiale des produits du tabac, une aspiration qui fait fond sur des preuves scientifiques indiscutables établissant un lien entre la consommation de tabac et diverses maladies.

ANNEXE C-15**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DES ARGUMENTS DU PÉROU***

1. Le Pérou se félicite de l'occasion qui lui est donnée de participer à ces différends en tant que tierce partie. Comme il l'a dit dans sa demande pour être tierce partie, il a un intérêt essentiellement d'ordre systémique dans l'interprétation des dispositions pertinentes de l'Accord sur les ADPIC, de l'Accord OTC et du GATT de 1994, en ce qui concerne les mesures de santé publique qu'un Membre de l'OMC peut adopter à l'égard des produits du tabac. De même, le Pérou s'intéresse à la présente affaire car la décision du Groupe spécial aura également une incidence sur les engagements pris dans le cadre des Accords de l'OMC en relation avec la mise en œuvre d'autres instruments internationaux, comme la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, entre autres.
2. Il pourrait être considéré qu'une mesure imposant de recourir à l'emballage neutre pour un produit déterminé, comme celle mise en œuvre par l'Australie, limite l'usage d'une marque afférente à des produits ou produits dérivés du tabac. En particulier, l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC dispose 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, 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. Or, l'expression "de manière injustifiable" est l'expression clé de cette disposition, car elle constitue la reconnaissance que le droit d'utiliser la marque n'est pas absolu et que sa limitation pourrait être justifiée. À cet égard, l'Accord sur les ADPIC, lui-même, reconnaît en tant que principe la capacité des Membres d'adopter les mesures nécessaires pour protéger la santé publique, dont les mesures de lutte antitabac font partie.
3. Par ailleurs, les engagements dans le cadre de l'OMC ne sont pas pris indépendamment des engagements internationaux que les Membres contractent dans d'autres domaines. En particulier, la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac est en vigueur depuis 2005. Actuellement, 180 parties participent à cette convention, dont l'Australie, l'Ukraine, le Honduras et le Pérou.
4. L'Australie a indiqué que la mesure en cause était conforme aux "Directives pour l'application de l'article 11 (conditionnement et étiquetage des produits du tabac) de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac", et que ce document constituait une norme internationale pertinente aux termes de l'article 2.4 de l'Accord OTC. À ce sujet, le paragraphe 46 des Directives exhorte les parties 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 nom du produit imprimés avec des caractères normaux et dans une couleur standardisée, à savoir l'emballage neutre.
5. À cet égard, pour régler ce différend, il est nécessaire d'analyser, outre les dispositions de l'Accord sur les ADPIC, les dispositions de l'Accord OTC, pour déterminer si la Conférence des Parties (COP) à la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac peut être considérée comme un organisme de normalisation et, dans l'affirmative, que les Directives susmentionnées constituent une norme internationale pertinente.
6. Dans la présente affaire, le Pérou juge nécessaire que le Groupe spécial se prononce sur les deux aspects, le principe d'économie jurisprudentielle ne pouvant pas être appliqué puisque la mesure en cause englobe non seulement des aspects de propriété intellectuelle (l'usage de la marque), mais également des dispositions concernant les règlements techniques (l'étiquetage des produits du tabac et de leurs dérivés).

* Original espagnol. La déclaration orale du Pérou est utilisée comme résumé analytique.

7. Le Pérou remercie le Groupe spécial, les parties et les autres tierces parties de leur attention, et conclut ainsi sa présentation à l'audience en cours, en indiquant qu'il reste à la disposition du Groupe spécial pour apporter les précisions que celui-ci jugera nécessaires.

Le Pérou remercie l'assistance.

ANNEXE C-16**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DES ARGUMENTS DES PHILIPPINES***

1. Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les membres du Groupe spécial et les membres du personnel du Secrétariat, les Philippines se félicitent de l'occasion qui leur est donnée de s'adresser à vous aujourd'hui, en tant que tierce partie à ces différends.
2. Comme elles l'ont exprimé lors des consultations qui se sont tenues le 1^{er} mai 2012 concernant l'affaire DS435, les Philippines ont des intérêts multidimensionnels dans le différend. Elles ont fait remarquer qu'elles avaient un intérêt commercial en la matière, puisqu'elles avaient commencé à exporter des cigarettes vers l'Australie en 2010 et que les exportations connaissaient une croissance notable et prometteuse.
3. Par ailleurs, les Philippines ont aussi fait remarquer qu'elles étaient partie à la Convention-cadre pour la lutte antitabac (FCTC), et qu'elles souhaitaient comprendre la pertinence de la mesure pour la mise en œuvre effective de la FCTC ainsi que le lien entre la mesure et son objectif de politique générale déclaré en matière de santé publique. Elles jugent importants les objectifs de politique générale en matière de santé publique, tels qu'ils sont prévus dans l'article 8 de l'Accord sur les ADPIC et la Déclaration ministérielle de Doha sur la santé publique.
4. De même, les Philippines notent l'importance du différend. Elles tiennent à mieux comprendre le lien entre la mesure en cause, d'une part, et l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ("l'Accord sur les ADPIC") et l'Accord sur les obstacles techniques au commerce ("l'Accord OTC"), d'autre part, dans le contexte des objectifs de politique générale en matière de santé publique. À leur avis, il est possible de définir ce lien de la manière qui fausse le moins possible les échanges ou de la manière la moins restrictive pour le commerce.
5. La mesure en cause est la Loi de 2011 sur l'emballage neutre du tabac de l'Australie, ainsi que les instruments juridiques connexes, qui prescrit l'utilisation d'un emballage neutre uniforme sur les paquets et sur les produits du tabac eux-mêmes pour la vente au détail. La mesure va dans le sens de l'objectif de politique générale en matière de santé publique, qui vise à réglementer la consommation du tabac. Elle établit une distinction entre les produits, par le nom commercial principalement, qui est lui-même imprimé dans une taille et une police uniformes.
6. Les Philippines sont conscientes que ces différends consolidés font l'objet d'une attention sans précédent de la part de plusieurs Membres et parties prenantes, puisqu'elles participent à la procédure de Groupe spécial avec les 5 plaignants, le défendeur et les 41 autres tierces parties.
7. Compte tenu des communications écrites et des déclarations circonstanciées que les parties et les tierces parties ont présentées au Groupe spécial, les Philippines espèrent qu'une issue juste et éclairée sera trouvée, qui respectera les Accords de l'OMC et les intérêts légitimes des Membres dans le cadre du système commercial multilatéral.
8. Même en suivant de près la procédure en vue de déterminer la meilleure façon de protéger et de promouvoir les intérêts de milliers de cultivateurs de tabac et d'entreprises génératrices d'emplois, ainsi que la santé et le bien-être de leurs citoyens, les Philippines croient comprendre qu'il faudrait établir une détermination juridique de la compatibilité de la mesure avec l'Accord sur les ADPIC et l'Accord OTC.
9. Du point de vue de la propriété intellectuelle, les constatations dans le cadre de ces différends concerneraient la portée, la nature (c'est-à-dire s'il s'agit d'un droit positif ou négatif) et les prescriptions spéciales autorisées sur l'usage d'une marque et d'une indication géographique. Les constatations pourraient également évaluer l'étendue de la marge de manœuvre en matière de santé publique par rapport aux droits prévus dans l'Accord sur les ADPIC. Pour ce qui est de l'aspect relatif au règlement technique, les éléments de preuve montreront si la mesure constitue

* La déclaration orale des Philippines est utilisée comme résumé analytique.

ou non un obstacle non nécessaire au commerce, et si elle est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire.

10. Par ailleurs, les Philippines savent que, dans un contexte plus général, le commerce du XXI^e siècle intègre des aspects multidimensionnels. La propriété intellectuelle, la politique de santé publique, les préoccupations environnementales et les technologies de l'information comptent parmi les domaines qui affectent les échanges entre les économies. Même à l'échelle d'un pays, il est nécessaire d'assurer un équilibre entre les préoccupations immédiates des agriculteurs et des fabricants et les impératifs de santé à long terme, afin de protéger pleinement et d'extrapoler l'intérêt national. Les échanges n'ont pas lieu en vase clos, et les autres dimensions qui les affectent ont souvent une portée politique. Il faudra peut-être les examiner pour arriver à une solution positive dans ces différends, quelle qu'elle soit.

11. Les Philippines s'intéressent également à la question de savoir si la mesure et les constatations dans ces différends auraient d'éventuelles conséquences sur la conduite des échanges internationaux concernant d'autres produits et services. Compte tenu de leurs effets sur la santé publique, les produits du tabac seront-ils considérés *sui generis*, ou ouvriront-ils la voie à une utilisation plus répandue de l'emballage neutre pour empêcher l'utilisation d'autres produits?

12. Monsieur le Président, après avoir écouté avec attention les discussions qui se sont déroulées aujourd'hui et analysé soigneusement l'évolution de la situation dans les mois à venir, les Philippines se demandent encore comment un paquet de cigarettes neutre, visant à réduire l'attrait qu'il exerce, a suscité un intérêt mondial sans précédent.

13. Cela permet de rappeler que les règles et les décisions adoptées d'une manière abstraite dans l'Organisation ont des effets concrets, réels sur les individus – des agriculteurs qui cultivent et récoltent à grande peine le tabac pour vivre, aux fabricants qui produisent et emballent des produits de qualité élevée, en passant par les consommateurs et les citoyens, dont l'Organisation cherche à protéger le bien-être. Les Philippines espèrent que les décisions qui seront prises dans ces différends bénéficieront en fin de compte aux citoyens.

14. De nouveaux arguments et interprétations concernant les accords visés pertinents sont présentés dans ce différend, et les Philippines, en tant que tierce partie, ont évalué les conséquences de cette procédure compte tenu des objectifs nationaux. Elles réservent leurs droits, au titre de l'article 10:4 du Mémorandum d'accord, d'avoir recours aux procédures normales de règlement des différends qui y sont prévues.

15. Les Philippines remercient Monsieur le Président.

ANNEXE C-17**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DES ARGUMENTS DE SINGAPOUR****I. Introduction**

1. Le présent différend porte sur le point de savoir si la mesure en cause (la "mesure concernant l'emballage neutre") est autorisée au titre des accords visés. Il ne s'agit pas de savoir si c'est la santé publique ou le commerce qui devrait prévaloir. Il ne s'agit pas non plus de savoir si les droits de propriété intellectuelle sont importants ou non et s'ils devraient être protégés. Il ne fait aucun doute que les accords visés peuvent et devraient être interprétés harmonieusement, de façon à établir un juste équilibre entre le respect des droits de propriété intellectuelle et le droit de protéger la santé publique.

2. Singapour est profondément préoccupée par le fait qu'en cherchant à contester la mesure concernant l'emballage neutre, les plaignants ont tenté d'attribuer aux dispositions un sens qui va au-delà des termes des accords visés et ont créé des obligations là où il n'y en a pas. Une telle interprétation introduira une incertitude considérable dans le système commercial multilatéral et doit être rejetée.

II. Analyse et observations**A. Allégations au titre de l'Accord sur les ADPIC****Remarques horizontales**

3. Les plaignants allèguent qu'ils n'affirment pas que l'Accord sur les ADPIC établit un droit positif de faire usage d'une marque. Néanmoins, ils font valoir que les marques doivent pouvoir être utilisées ou avoir la possibilité de l'être. Sur le fond, cela revient au même que d'affirmer un droit positif d'utiliser. Cependant, les droits de marque, tels qu'ils sont accordés par l'Accord sur les ADPIC, sont des droits négatifs. Il s'agit d'un droit d'empêcher des tiers d'utiliser certains signes. Ces droits n'englobent pas le droit de faire usage d'une marque. Aucune allégation relative au droit de faire usage d'une marque au titre de l'Accord sur les ADPIC n'est étayée par le texte ou le contexte pertinents ni par l'objectif et le but de l'Accord sur les ADPIC ni encore par la jurisprudence de l'OMC. Même si le Groupe spécial *CE – Protection des marques et indications géographiques (États-Unis)* a laissé entendre que les titulaires de marques avaient pour intérêt légitime d'en préserver le caractère distinctif, il a aussi clairement dit qu'intérêt légitime n'était *pas* synonyme de droits conférés au titre de l'Accord sur les ADPIC. Il serait donc erroné d'amalgamer l'un et l'autre dans l'interprétation de l'Accord sur les ADPIC.

Articles 2:1, 15:4, 16:1, 16:3, 22:2 b) et 24:3 de l'Accord sur les ADPIC

4. De l'avis de Singapour, les allégations relatives aux articles 2:1, 15:4, 16:1, 16:3, 22:2 b) et 24:3 doivent être rejetées. L'interprétation et l'application correctes des dispositions sont les suivantes:

- a) l'article 6*quinquies* de la Convention de Paris (incorporé par l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC) 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]". Cette disposition ne traite pas la nature de la protection qui découle de l'enregistrement ni n'oblige les Membres à accorder aux titulaires de marques un "droit d'utiliser" s'agissant de leurs marques. Cette interprétation est compatible avec l'opinion de l'OMPI selon laquelle l'article 6*quinquies* A 1) ne traite pas la question de l'usage;
- b) l'article 10*bis* de la Convention de Paris (incorporé par l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC) porte sur les "actes de concurrence déloyale" qui sont des actes commerciaux malhonnêtes en ce sens qu'ils sont mensongers. La disposition ne vise pas les conditions commerciales. La faculté d'utiliser des noms commerciaux, raisons sociales ou noms de société avec des noms de variante sur l'emballage du tabac (qui peuvent eux-mêmes être

des marques ou des éléments de marque) permet aux consommateurs de distinguer clairement les produits du tabac d'une entreprise de ceux d'une autre;

- c) l'article 15:4 traite l'enregistrement d'une marque en disposant que la nature des produits auxquels une marque s'appliquera ne constituera pas un obstacle à l'enregistrement. La disposition se rapporte à l'enregistrement et non à l'utilisation. Contrairement aux allégations des plaignants, les signes relatifs au tabac qui sont non intrinsèquement distinctifs et qui n'ont pas acquis de caractère distinctif ne sont pas propres à constituer des marques; ils sont non enregistrables en soi et *a fortiori* par conséquent, il ne peut y avoir aucun "obstacle à l'enregistrement" du fait de la nature des produits ou des services concernés. En outre, les Membres ne sont nullement tenus de permettre qu'un signe acquière un caractère distinctif;
- d) l'article 16:1 accorde la protection qui découle de l'enregistrement et qui est le droit exclusif d'empêcher l'usage non autorisé de signes identiques ou similaires pour des produits identiques ou similaires dans les cas où un tel usage entraînerait un risque de confusion. Il crée un droit négatif d'exclure et *non* un droit positif d'utiliser. Même s'il est soutenu que les titulaires de marques ont un intérêt légitime à préserver le caractère distinctif de leurs marques, cet intérêt n'est pas un "droit" au titre de l'article 16:1 et encore moins un droit de faire usage d'une marque. L'érosion de tout intérêt légitime à préserver un caractère distinctif par l'usage ne constitue pas une violation de l'article 16:1;
- e) l'article 16:3 protège les marques notoirement connues et enregistrées en empêchant l'enregistrement ou l'usage de ces marques pour des produits non similaires. La disposition crée un droit négatif d'empêcher l'enregistrement ou l'usage et *non* un droit d'utiliser positif. 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;
- f) l'article 22:2 b) oblige un Membre à prévoir, pour ce qui est des indications géographiques, les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'*empêcher toute utilisation* qui constitue un acte de concurrence déloyale. Cela n'est pas la même chose qu'un droit positif d'utiliser;
- g) l'article 24:3 interdit à un Membre de 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. Les plaignants n'ont pas démontré qu'il existait une indication géographique pertinente en Australie avant le 1^{er} janvier 1995. En tout état de cause, la protection des indications géographiques en Australie n'a pas diminué du fait de la mesure concernant l'emballage neutre car aucun droit positif d'utiliser les indications géographiques n'a jamais existé dans le droit australien.

Article 20 de l'Accord sur les ADPIC

5. L'article 20 prévoit que l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales ne sera pas entravé de manière injustifiable par des prescriptions spéciales. Selon Singapour, l'article 20 traite l'usage des marques pour les produits qui sont légalement mis sur le marché et ne concerne pas les mesures qui réglementent la disponibilité des produits eux-mêmes sur le marché. Cependant, cela ne signifie pas que toutes les mesures visant l'usage des marques pour les produits qui peuvent être légalement mis sur le marché relèvent de l'article 20. Nous estimons que les aspects de la mesure concernant l'emballage neutre qui interdisent l'utilisation de marques "non dénominatives" ne relèvent pas de l'article 20.

6. Nous estimons aussi que la mesure concernant l'emballage neutre n'est pas injustifiable car elle a un lien rationnel avec un objectif légitime de santé publique et ne va pas à l'encontre de cet objectif. Par conséquent, la mesure n'est pas contraire à l'article 20.

Entravé par des prescriptions spéciales

7. Pour les raisons exposées ci-après, les aspects de la mesure concernant l'emballage neutre qui interdisent l'usage de marques ne relèvent pas de l'article 20. Premièrement, eu égard à la règle d'interprétation *ejusdem generis*, nous faisons remarquer qu'une interdiction de faire usage de marques n'est pas du même type qu'une situation illustrant l'expression "entravé par des prescriptions spéciales".

8. Deuxièmement, cette lecture est confirmée par l'historique de la négociation de l'article 20. Des commentateurs ont expliqué que l'article 20 visait certaines pratiques pendant le Cycle d'Uruguay, comme l'obligation d'utiliser les marques étrangères avec la marque ou le nom commercial du titulaire de licence local. Nous notons que, dans les documents de négociations du Cycle d'Uruguay, les pratiques examinées n'incluaient pas les interdictions visant l'usage de marques.

9. Troisièmement, l'objection selon laquelle cette interprétation crée une "échappatoire" qui permettrait de contourner l'article 20 en interdisant totalement l'usage de marques est complètement hors de propos. Il est clair que l'article 20 ne prévoit pas ni ne concerne l'interdiction de faire usage de marques, et nous devons faire preuve de circonspection lorsque des arguments de politique générale tenus sont avancés pour passer outre au champ d'application clairement défini d'une disposition qui a été soigneusement négociée.

De manière injustifiable

10. De l'avis de Singapour, le critère "de manière injustifiable" n'est pas celui qui figure à l'article 17, lequel régit les exceptions aux droits conférés par une marque, parce que la faculté de faire usage d'une marque n'est pas un droit conféré par l'article 16. Par conséquent, un critère comportant le type d'exercice de mise en balance envisagé à l'article 17 devrait être rejeté car l'article 17 n'est pas applicable dans le présent contexte.

11. Deuxièmement, le critère n'est pas non plus celui de la nécessité, qu'il soit interprété au regard de l'article XX du GATT de 1994 ou de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Singapour note que le mot "nécessaire" est employé dans d'autres parties de l'Accord sur les ADPIC, par exemple les articles 8:1, 27:2 et 39:3, et peut avoir diverses significations selon le contexte dans lequel il est utilisé. L'adoption de termes différents dans des dispositions distinctes du même accord – "de manière injustifiable" à l'article 20 et "nécessaire" aux articles 8:1, 27:2 et 39:3, etc. – indique que les rédacteurs entendaient attribuer à l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20 un sens différent de "nécessaire".

12. Troisièmement et contrairement à l'opinion des plaignants, le critère n'exige pas une évaluation individualisée des marques. Singapour estime que s'il n'y a aucune prescription en ce sens dans l'évaluation des exceptions aux "droits" conférés par une marque, *a fortiori* il n'en va pas de même dans le présent contexte car la faculté d'utiliser une marque n'est pas un "droit" conféré par une marque. En outre, il faudrait évaluer collectivement et non individuellement les prescriptions en matière d'emballage neutre pour déterminer si elles sont injustifiables au regard de l'article 20 car elles se renforcent mutuellement pour, entre autres, réduire l'attrait exercé par les produits du tabac sur les consommateurs.

13. À notre avis, conformément à des décisions antérieures de l'Organe d'appel, une mesure n'est pas injustifiable si elle a un lien rationnel avec un objectif légitime et si elle ne va pas à l'encontre de cet objectif. L'évaluation du point de savoir si une mesure a un lien rationnel avec un objectif légitime consiste à évaluer les facteurs suivants:

- l'importance de l'intérêt que l'on cherche à protéger;
- l'importance de l'entrave; et
- le degré de contribution de la mesure à l'objectif de politique générale.

14. Nous estimons que cette interprétation est compatible avec le sens ordinaire de l'expression "de manière injustifiable" dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'Accord sur les

ADPIC. Conformément à l'article 8:1, qui reconnaît et affirme le droit souverain des Membres d'adopter des mesures en matière de santé publique, et au paragraphe 4 de la *Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique* qui constitue un accord ultérieur au sens de l'article 31.3 a) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, l'expression "de manière injustifiable" *devrait être* interprétée d'une manière qui appuie le droit des Membres de protéger la santé publique.

15. Enfin, la mesure concernant l'emballage neutre n'est pas injustifiable car elle a un lien rationnel avec des objectifs légitimes de santé publique et ne va pas à l'encontre de ces objectifs. À cet égard, nous relevons que les éléments de preuve étayent la conclusion que l'emballage neutre est efficace pour réduire l'attrait des produits du tabac.

B. Allégation au titre de l'Accord OTC

Article 2.2 de l'Accord OTC

16. Singapour estime que la mesure concernant l'emballage neutre n'est pas plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser des objectifs de santé publique.

17. À titre préliminaire, nous considérons que les prescriptions relatives aux marques et celles qui concernent le format devraient être examinées conjointement dans l'évaluation de la compatibilité de la mesure concernant l'emballage neutre avec l'article 2.2 de l'Accord OTC. À notre avis, tant les prescriptions relatives aux marques que celles qui concernent le format sont des "règlements techniques" au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC et sont visées dans leur ensemble par l'Accord OTC.

Caractère restrictif pour le commerce

18. Nous estimons que le caractère restrictif pour le commerce devrait être considéré comme un critère absolu et non comme un critère relatif, et suggérons que le Groupe spécial l'évalue en comparant l'effet sur un produit importé avant et après l'introduction de la mesure, en évaluant uniquement l'effet sur *ce seul produit*. Devoir engager une analyse du "produit similaire" sera glisser indûment vers une analyse au titre de l'article 2.1. Le critère du caractère restrictif pour le commerce devrait prendre en compte le scénario dans lequel un Membre défendeur impose un règlement technique qui a des effets défavorables sur un produit importé, lorsqu'il s'agit d'un produit unique sans *aucun autre concurrent sur le marché*. En outre, contrairement à la position de l'Australie et de l'UE, nous sommes d'avis que le commerce affecté peut impliquer uniquement le Membre plaignant et le Membre défendeur.

19. Sur la base de l'objet et du but de l'Accord OTC, nous pensons que le critère de la nécessité est au cœur de l'obligation énoncée à l'article 2.2. Nous sommes sensibles à l'argument de la République dominicaine selon lequel "l'article 2.2 *postule* que les règlements techniques sont restrictifs" (pas d'italique dans l'original). L'Accord OTC concerne les *obstacles* techniques au commerce. Nous estimons que, quand bien même les règlements techniques ne devraient pas être considérés comme étant intrinsèquement restrictifs pour le commerce, le seuil pour le "caractère restrictif pour le commerce" dans ce contexte ne devrait pas être indûment astreignant.

Objectif légitime

20. Le Groupe spécial devrait rejeter l'approche étroite des plaignants qui met l'accent sur la prévalence du tabagisme comme principal fondement pour l'évaluation du degré de contribution de la mesure concernant l'emballage neutre à ses objectifs. Les objectifs de cette mesure sont énoncés dans la section 3 de la Loi sur l'emballage neutre du tabac et précisés dans la partie II.H de la première communication de l'Australie. Singapour souscrit à la communication de l'Australie s'agissant de l'enchaînement de causalité par lequel la mesure concernant l'emballage neutre contribuera en fin de compte à la réalisation de ses objectifs généraux, en dissuadant les individus de commencer à fumer, en les incitant à renoncer au tabac, en décourageant la récidive et en réduisant l'exposition à la fumée.

Série de mesures de lutte antitabac

21. La contribution de la mesure concernant l'emballage neutre à ses objectifs de santé publique doit être interprétée et évaluée dans le contexte de la série globale de mesures de lutte antitabac de l'Australie. L'adoption d'une série globale de mesures de lutte antitabac fait davantage diminuer la consommation de tabac que ce qui résulterait des effets distincts de politiques individuelles de lutte antitabac.

Contribution aux objectifs de santé publique

22. Les éléments de preuve scientifiques et provenant d'experts qui ont été présentés par l'Australie démontrent la contribution de la mesure concernant l'emballage neutre à ses objectifs de santé publique. Singapour relève qu'aucune étude ne constitue à elle seule une base d'éléments de preuve, mais que de nombreuses études correctement menées parviennent aux mêmes conclusions et constituent une solide base d'éléments de preuve à l'appui de la politique publique. Par ailleurs, les rapports d'expert sur lesquels les plaignants se fondent pour contester la base d'éléments de preuve concernant l'emballage neutre sont erronés pour les raisons exposées aux paragraphes 3 à 10 de l'Annexe E de la première communication écrite de l'Australie.

23. Enfin, nous convenons 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.

III. Conclusion

24. Pour les raisons exposées plus haut, Singapour est d'avis que la mesure concernant l'emballage neutre n'est pas contraire: i) aux articles 2:1, 15:4, 16:1, 16:3, 20, 22:2 b) et 24:3 de l'Accord sur les ADPIC; et ii) à l'article 2.2 de l'Accord OTC.

ANNEXE C-18**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DES ARGUMENTS DE L'AFRIQUE DU SUD****I. INTERPRÉTATION DE L'ACCORD SUR LES ADPIC**

1. Le paragraphe 5 a) de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique reconnaît ce qui suit: "Dans 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."

2. L'article 31.1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités énonce comme suit la règle générale d'interprétation: "Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but."

3. Dans l'affaire *CE – Marques et indications géographiques*¹, le Groupe spécial a fait référence aux principes de l'Accord sur les ADPIC énoncés à l'article 8:1: "Ces principes 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."

4. Il est clair que les seuls "droits conférés" aux titulaires de marques au titre de l'Accord sur les ADPIC sont les droits d'exclusion négatifs prévus à l'article 16, qui protègent la position des titulaires de marques par rapport aux autres négociants sur le marché. Ces droits négatifs ne délimitent pas la relation en matière de réglementation publique entre les titulaires de marques et les gouvernements souverains et n'interdisent pas les mesures légitimes de politique publique concernant l'usage de ces marques ou indications géographiques.

5. Il est rappelé au Groupe spécial que la théorie relative au "droit d'utiliser", telle qu'elle est avancée par les plaignants au titre des articles 2:1, 15, 16, 20, 22, et 24 de l'Accord sur les ADPIC n'est pas étayée par le sens ordinaire de ces dispositions.

II. ARTICLES 2:1, 15:4 ET 16:1 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC**A. Article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC**

6. L'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC dispose que "les Membres [de l'OMC] se conformeront aux articles 1^{er} à 12 et à l'article 19 de la Convention de Paris (1967)" pour ce qui est des parties II, III et IV de l'Accord sur les ADPIC. L'article 6*quinquies* A 1) de la Convention de Paris, dont la disposition est incorporée dans l'Accord sur les ADPIC par son article 2:1, 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. L'article 6*quinquies* A 1) 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" de leurs marques.

7. 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.

B. Article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC

8. L'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC indique clairement qu'un Membre peut réglementer un produit d'une manière qui peut restreindre ou interdire l'usage d'une marque sur son territoire, tant qu'il ne refuse pas d'enregistrer une marque sur la base de la nature d'un produit.

¹ (Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)*, paragraphe 7.210; (*Australie*), paragraphe 7.246.)

9. L'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC n'accorde aucun droit positif d'utiliser à un détenteur et ne peut pas être interprété comme empêchant un Membre de limiter ou d'interdire l'usage des marques pour la commercialisation de produits ou de services pour des raisons de santé publique, de sécurité ou autres.

10. Il conviendrait donc de noter que les mesures concernant l'emballage neutre du tabac devraient être jugées compatibles avec l'article 15:4 parce qu'elles n'empêchent pas l'enregistrement des marques sur la base de la nature du produit concerné (à savoir le tabac).

C. Article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC

11. Sur la base du sens ordinaire des termes de l'article 16:1, le droit qui est accordé aux titulaires des marques enregistrées est un droit négatif, à savoir le droit d'exclure l'usage par des tiers.

12. Par conséquent, les mesures concernant l'emballage neutre devraient être considérées comme n'empêchant pas les titulaires des marques enregistrées d'exercer leur droit de demander des formes de réparation dans le cas où un tiers utiliserait un signe identique ou similaire au cours d'opérations commerciales, lorsque cette utilisation crée un risque de confusion en raison de la nature du droit conféré au titre de l'article 16:1.

III. Article 20 de l'Accord sur les ADPIC

13. Selon une interprétation correcte de l'expression "de manière injustifiable" qui figure à l'article 20 il n'y a pas de critère de la "nécessité" ni de critère "le moins restrictif pour le commerce" dans cet article. 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".

14. Étant donné que les interprétations antérieures du mot "injustifiable" ont été faites 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, le Groupe spécial est invité à noter que l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC est fondamentalement différent de l'article XX du GATT de 1994 et de l'article XIV de l'AGCS. Ces deux derniers articles fonctionnent comme des exceptions à la violation d'une autre disposition des accords visés alors que l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC n'est pas de cette nature. Le texte même de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC n'étaye tout simplement pas une telle interprétation. Si les rédacteurs de l'Accord avaient voulu ce résultat, ils l'auraient indiqué explicitement.

IV. Article 2.2 de l'Accord OTC

15. Étant donné que l'Afrique du Sud est signataire de la Convention-cadre pour la lutte antitabac (FCTC), il serait opportun d'appeler l'attention du Groupe spécial sur les "Directives" pour l'application de l'article 11 et de l'article 13 de la FCTC qui recommandent aux parties d'envisager d'adopter l'emballage neutre pour les produits du tabac.² Si les mesures concernant l'emballage neutre doivent être considérées comme des règlements techniques, les Directives de la FCTC sont des "normes internationales pertinentes" au sens de l'article 2.5.

16. Par conséquent, et dans la mesure où la définition d'un "règlement technique" englobe les mesures affectant l'usage d'une marque, toute mesure concernant l'emballage neutre du tabac est présumée ne pas créer d'obstacle non nécessaire au commerce international aux termes de la deuxième phrase de l'article 2.5.

² À la troisième session de la Conférence des Parties à la Convention-cadre, les Directives pour l'application de l'article 13 et les Directives pour l'application de l'article 11 sur le conditionnement et l'étiquetage des produits du tabac ont été adoptées en novembre 2008.

V. Conclusion

17. Toutes les mesures concernant "l'emballage neutre" qui sont prises par un Membre devraient être considérées comme des mesures légitimes de politique générale visant à réaliser des objectifs de santé publique pour autant qu'elles satisfassent aux prescriptions de l'Accord sur les ADPIC ou qu'elles puissent être considérées comme des mesures techniques qui n'enfreignent pas les dispositions de l'Accord OTC.

18. L'attention du Groupe spécial est appelée sur les dispositions de l'article 3:2 du Mémoire d'accord sur les règles et les procédures régissant le règlement des différends (annexe 2).

ANNEXE C-19

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DES ARGUMENTS DU TERRITOIRE DOUANIER DISTINCT DE TAIWAN, PENGHU, KINMEN ET MATSU*

1. En mai 2003, l'Organisation mondiale de la santé (OMS) a adopté la Convention-cadre pour la lutte antitabac (FCTC) – un traité ayant des objectifs de santé publique qui imposait aux signataires d'adopter un ensemble de politiques universelles en matière de lutte antitabac pour freiner la consommation du tabac, sous toutes ses formes, dans le monde entier.
2. L'article 11 de la FCTC dispose que chaque partie adoptera et appliquera des mesures efficaces en matière d'emballage et d'étiquetage pour faire en sorte que "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". Les Directives pour l'application de l'article 11 de la FCTC de l'OMS recommandent que les parties envisagent d'adopter des mesures concernant l'emballage neutre qui, selon nous, réduiront l'attrait des produits du tabac pour les consommateurs ainsi que la consommation qu'ils en font.
3. Notre adhésion à la FCTC a été approuvée par le Yuan législatif le 18 janvier 2005, et promulguée par le Président le 30 mars 2005. Nous nous sommes engagés à respecter les obligations dans le cadre de la FCTC. En outre, nous appuyons totalement la recommandation qui est faite d'adopter des mesures restreignant l'emballage et l'étiquetage des produits du tabac conformément aux Directives de la FCTC, qui a une visée universelle et est très largement soutenue par les gouvernements, les experts et les ONG.
4. Bien que notre gouvernement n'ait pas adopté de législation sur l'emballage neutre à ce jour, nous continuerons à suivre les évolutions internationales, y compris l'issue de cette affaire, et nous demandons à toutes les parties intéressées de formuler leurs observations, compte tenu de l'équilibre entre les considérations de santé intérieures et le libre-échange, les preuves scientifiques et les expériences antérieures de mise en œuvre, qui constitueront les fondements de notre future politique concernant le tabac.

* La communication écrite du Tapei chinois est utilisée comme résumé analytique.

ANNEXE C-20**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DES ARGUMENTS DE LA THAÏLANDE*****I. INTRODUCTION**

1. Les risques sanitaires et les effets négatifs du tabagisme sont largement reconnus dans le monde. Plusieurs pays sont passés à l'action et ont pris diverses mesures pour lutter contre la consommation de tabac et réduire la prévalence du tabagisme. La nécessité des mesures adoptées pour protéger des intérêts de santé publique est explicitement reconnue dans le cadre même de l'OMC. Dans certaines conditions, les Membres de l'OMC sont autorisés à entreprendre des actions pour réglementer et contrôler les produits du tabac de manière à répondre aux préoccupations de santé publique. En fait, bien que les États soient tenus d'exercer leur pouvoir réglementaire dans les limites des engagements qu'ils ont acceptés, il est nécessaire de trouver un juste équilibre pour faire en sorte que le système commercial fondé sur des règles de l'OMC soit compatible avec les intérêts de santé publique et serve ces intérêts.

2. La Thaïlande participe au différend *Australie – Emballage neutre du tabac* en raison de l'intérêt systémique qu'elle porte à l'interprétation des droits et des obligations dans le cadre de l'OMC dans le cas où les mesures en cause sont adoptées en vue d'atteindre des objectifs de santé publique. Il va sans dire que les décisions qui seront rendues dans ce différend auront des conséquences importantes sur la façon dont les Membres de l'OMC pourraient adopter et mettre en œuvre des mesures relatives à la réglementation du tabac, en particulier concernant la manière dont elles pourraient affecter les détenteurs de droits de propriété intellectuelle. Plusieurs Membres de l'OMC attendent l'issue de ce différend pour décider s'ils peuvent ou non prendre des mesures semblables aux prescriptions en matière d'emballage neutre de l'Australie, d'une manière compatible avec les obligations dans le cadre de l'OMC. À cet égard, la Thaïlande espère que la façon dont le Groupe spécial tranchera les questions de droit soulevées dans ce différend donnera des indications claires aux Membres de l'OMC qui cherchent à réglementer les produits du tabac d'une manière compatible avec les règles de l'OMC.

3. La Thaïlande note que les plaignants ont formulé plusieurs allégations concernant les prescriptions en matière d'emballage neutre de l'Australie au titre de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (l'"Accord sur les ADPIC"), de l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce* (l'"Accord OTC") et de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994* (le "GATT de 1994"). Dans la présente communication écrite, la Thaïlande souhaiterait insister sur la question de savoir comment il faudrait interpréter l'Accord sur les ADPIC en général, mais se réserve le droit de formuler des observations éventuelles sur d'autres questions de droit au stade ultérieur de la procédure.

II. INTERPRÉTATION DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

4. Dans ce différend, l'une des tâches importantes du Groupe spécial consiste à clarifier et à interpréter l'Accord sur les ADPIC en relation avec l'utilisation de mesures de lutte antitabac dont il est allégué qu'elles affectent les détenteurs de droits de marques et d'indications géographiques. La Thaïlande estime que toute interprétation des dispositions de l'Accord sur les ADPIC devrait être faite conformément aux règles bien établies d'interprétation des traités en vertu du droit international public, en accordant une attention particulière à l'objectif et au but convenus par les parties au traité en cause. En outre, tout accord ultérieur intervenu entre les parties, qui est pertinent pour l'interprétation des questions considérées, devra également être examiné. La présente communication examinera chacun de ces éléments dans les sections suivantes.

A. RÈGLES COUTUMIÈRES D'INTERPRÉTATION DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

5. En premier lieu, le *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (le "Mémoire d'accord") dispose que le système de règlement des différends de l'OMC a pour objet de clarifier les dispositions existantes des accords visés

* La communication écrite de la Thaïlande est utilisée comme résumé analytique.

"conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public".¹ Ces règles coutumières d'interprétation des traités sont codifiées à l'article 31 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* (la "Convention de Vienne"), dont la partie pertinente dispose ce qui suit:

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

...

3. Il 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;

6. Dans plusieurs différends, l'Organe d'appel a reconnu que l'article 31 de la Convention de Vienne était une règle coutumière d'interprétation des accords visés.² Par conséquent, la Thaïlande estime que le Groupe spécial devra, pour interpréter l'Accord sur les ADPIC, suivre strictement les règles coutumières d'interprétation des traités énoncées dans la Convention de Vienne. En particulier, toute disposition imprécise de l'Accord sur les ADPIC doit être interprétée de bonne foi, d'après le sens ordinaire des termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'Accord sur les ADPIC. En outre, lorsqu'il élaborera son interprétation, le Groupe spécial devra aussi prendre en considération tout accord ultérieur intervenu entre les Membres de l'OMC qui est pertinent pour l'Accord sur les ADPIC.

B. OBJECTIF ET BUT DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

7. Conformément aux règles coutumières d'interprétation des traités du droit international public susmentionnées, la Thaïlande souhaite attirer l'attention du Groupe spécial sur l'objectif et le but de l'Accord sur les ADPIC, qui sont indispensables à l'interprétation des questions qui font l'objet d'une controverse dans ce différend. Les dispositions concernant l'objectif et le but de l'Accord sur les ADPIC sont énoncées aux articles 7 et 8, dont la partie pertinente dispose ce qui suit:

Article 7

Objectifs

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.* (pas d'italique dans l'original)

Article 8

Principes

1. *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 socio-économique et technologique, à condition que ces mesures soient compatibles avec les dispositions du présent accord.* (pas d'italique dans l'original)

¹ Article 3:2 du Mémoire d'accord; les "accords visés" désignent les accords énumérés à l'Appendice du Mémoire d'accord. Voir aussi l'article 1:1 du Mémoire d'accord.

² Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 19; le rapport de l'Organe d'appel *Inde – Brevets (États-Unis)*, paragraphe 46; et le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier laminé à chaud*, paragraphe 60.

1. Article 7 de l'Accord sur les ADPIC

8. L'article 7 de l'Accord sur les ADPIC indique clairement que, dans la mise en œuvre de l'Accord, la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle devraient contribuer à la promotion du bien-être social et économique dans la société. En tant que tel, il est évident que l'Accord sur les ADPIC ne vise pas seulement à protéger les intérêts liés à des "droits privés", mais également à préserver d'autres intérêts socio-économiques importants des Membres de l'OMC.³

9. De plus, l'article 7 dispose que l'Accord sur les ADPIC doit établir un équilibre entre des droits et des obligations. Dans l'affaire *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, le Groupe spécial a observé que cet objectif constituait une expression de "bonne foi" qui "interdi[sait] l'exercice abusif de[s] droits[d'un État]".⁴ Même si la Thaïlande convient que les Membres de l'OMC doivent exercer leurs droits *de façon raisonnable* conformément aux obligations prescrites dans l'Accord sur les ADPIC, les droits légitimes des gouvernements Membres de l'OMC ne peuvent pas, par ailleurs, être amoindris *de façon déraisonnable* par les obligations qui y sont énoncées.⁵ À cet égard, la Thaïlande considère que l'Accord sur les ADPIC doit être interprété à la lumière de ses objectifs, 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 socio-économiques du public en général.

2. Article 8 de l'Accord sur les ADPIC

10. L'article 8 est considéré comme l'une des dispositions de l'Accord sur les ADPIC qui énonce son objet et son but.⁶ En particulier, l'article 8:1 reconnaît explicitement le droit des Membres de l'OMC d'adopter les mesures nécessaires pour protéger la santé publique, entre autres objectifs de politique publique, à condition que ces mesures soient compatibles avec les termes de l'Accord sur les ADPIC. Comme on ne saurait trop insister sur le fait qu'il importe et qu'il est nécessaire de protéger la santé publique, il convient de garder à l'esprit les points suivants en lisant les principes énoncés dans l'Accord sur les ADPIC aux fins de son interprétation.

11. Premièrement, la jurisprudence établie précédemment a confirmé qu'il devait être donné sens et effet à tous les termes du traité. Selon l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Essence*, "[u]n 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".⁷ Par conséquent, la Thaïlande considère que le Groupe spécial devrait interpréter l'article 8:1 de manière à donner harmonieusement sens et effet à chacune de ses parties, ce qui inclut non seulement la prescription de compatibilité avec l'Accord sur les ADPIC mais aussi l'affirmation des droits des Membres de l'OMC d'agir en faveur des intérêts de santé publique.

12. Deuxièmement, il faudrait noter que l'Accord sur les ADPIC ne fait qu'établir des niveaux *minimaux* de protection que les Membres de l'OMC doivent étendre à des types spécifiques de propriété intellectuelle et exiger que ces Membres mettent en œuvre certaines obligations pour faire respecter des droits visant à faire en sorte que ces niveaux de protection soient respectés sur leurs territoires respectifs. Conformément à l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC, "[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". En tant que tel, pour l'évaluation de la compatibilité avec l'Accord sur les ADPIC, il est essentiel que le Groupe spécial détermine quelles sont les normes *minimales* pour la protection des droits de propriété intellectuelle en cause. Selon la Thaïlande, les

³ Voir le quatrième considérant du Préambule de l'Accord sur les ADPIC, qui se lit ainsi: "[r]econnaisant que les droits de propriété intellectuelle sont des droits privés".

⁴ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 8.57; rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 158.

⁵ Dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, l'Organe d'appel a dit ce qui suit: "[le principe de la bonne foi] régit l'exercice des droits que possèdent les États. L'une de ses applications, communément dénommée la doctrine de l'abus de droit, interdit l'exercice abusif de ces droits et prescrit que, dès lors que la revendication d'un droit "empiète sur le domaine couvert par une obligation conventionnelle, le droit soit exercé de bonne foi, c'est-à-dire *de façon raisonnable*" (pas d'italique dans l'original) (note de bas de page omise). Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 158.

⁶ Voir Conférence ministérielle de Doha, Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, adoptée le 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/2, 20 novembre 2001, paragraphe 5a).

⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 26.

normes *minimales* auxquelles les Membres de l'OMC sont tenus de donner effet sont celles qui sont énoncées dans le texte de l'Accord sur les ADPIC. Il ne faudrait pas laisser entendre qu'une éventuelle prescription additionnelle aboutirait à des normes de protection plus rigoureuses, ni donner de l'Accord une lecture en ce sens sauf si cela est dit dans le texte lui-même.

13. En outre, bien que le droit de l'OMC prévoie des exceptions générales aux obligations dans le cadre du GATT dans certaines conditions, il n'est pas clairement indiqué qu'il existe une exception aux obligations énoncées dans l'Accord sur les ADPIC. Autrement dit, alors que l'adoption d'une mesure nécessaire à la protection de la santé publique est justifiable au titre de l'article XX b) du GATT, la même mesure ne permettrait pas de justifier les violations des obligations énoncées dans l'Accord sur les ADPIC si elle ne respecte pas les normes de protection minimales qui y sont énoncées.⁸ Étant donné qu'il n'y a pas d'exceptions générales dans l'Accord sur les ADPIC, la Thaïlande est d'avis que l'interprétation des obligations qui y sont énoncées devrait faire l'objet d'une attention particulière et servir les intérêts publics d'une importance vitale pour la société dans son ensemble. Cette position est renforcée par le Préambule de l'Accord sur les ADPIC, dans lequel il est fait part de la volonté d'instaurer un soutien mutuel entre l'OMC et les organisations internationales compétentes, dont on peut présumer qu'elles incluent l'Organisation mondiale de la santé pour ce qui concerne les questions de santé publique.⁹

14. À la lumière de la discussion ci-dessus, la Thaïlande considère que, aux fins de l'interprétation de l'Accord sur les ADPIC, l'article 8:1 donne des indications en la matière 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. Pour trancher ce point, le Groupe spécial devra faire preuve de circonspection pour ne 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.

C. DÉCLARATION SUR L'ACCORD SUR LES ADPIC ET LA SANTÉ PUBLIQUE

15. Le 14 novembre 2001, les Ministres des pays Membres de l'OMC ont adopté par consensus la *Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique* (la "Déclaration de Doha"), soulignant le rôle important des objectifs et des principes énoncés dans l'Accord sur les ADPIC.¹⁰ En particulier, les paragraphes 4 et 5 a) de la Déclaration de Doha se lisent ainsi:

4. 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.

5. En conséquence et compte tenu du paragraphe 4 ci-dessus, tout en maintenant nos engagements dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, nous reconnaissons que ces flexibilités incluent ce qui suit:

⁸ Voir le paragraphe 12 de la présente communication écrite pour l'examen des normes *minimales* de protection suivant la prescription de l'Accord sur les ADPIC.

⁹ Voir le Préambule de l'Accord sur les ADPIC, qui se lit ainsi: "[d]ésireux d'instaurer un soutien mutuel entre l'OMC et l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (ci-après dénommée l'"OMPI") et d'autres organisations internationales compétentes".

¹⁰ Conférence ministérielle de Doha, Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, adoptée le 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/2, 20 novembre 2001.

a) Dans 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.

16. La Thaïlande est d'avis que, aux fins de ce différend, la Déclaration de Doha est pertinente pour l'interprétation des dispositions de l'Accord sur les ADPIC en cause. Dans cette section, nous examinerons d'abord le statut juridique de la Déclaration de Doha puis ses incidences sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique.

1. Statut juridique de la Déclaration de Doha

17. Pour commencer, la Thaïlande reconnaît que la Déclaration de Doha risque de ne pas pouvoir être qualifiée d'interprétation faisant autorité au sens de l'article IX:2 de l'*Accord de Marrakech instituant l'OMC* (l'"Accord sur l'OMC"), qui dispose que la Conférence ministérielle et le Conseil général ont le "pouvoir exclusif d'adopter des interprétations de [l'Accord sur l'OMC] et des Accords commerciaux multilatéraux".¹¹ Étant donné que la Déclaration de Doha n'a pas été adoptée sur la base d'une recommandation du Conseil des ADPIC, l'une des "deux prescriptions spécifiques" de l'article IX:2 de l'Accord sur l'OMC, elle ne peut pas constituer, au sens strict, une interprétation faisant autorité, qui a un "effet juridique de très large portée" et est généralement "contraignante pour tous les Membres".¹²

18. Néanmoins, étant donné la façon dont elle a été adoptée, la Thaïlande considère qu'il faudrait donner à la Déclaration de Doha des effets interprétatifs non différents de ceux de l'interprétation formelle faisant autorité. En particulier, la Déclaration de Doha a été adoptée à la Conférence ministérielle de Doha, l'organe de décision suprême de l'OMC. Par conséquent, 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.¹³ De ce fait, la Déclaration de Doha est un instrument indispensable pour compléter la lecture et l'interprétation des dispositions de l'Accord sur les ADPIC dans ce différend.

19. 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. Dans l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, l'Organe d'appel a constaté que le paragraphe 5.12 de la Décision ministérielle de Doha était un accord ultérieur intervenu entre les Membres au sujet de l'interprétation de l'article 2.12 de l'Accord OTC au motif qu'"il exprim[ait] clairement une communauté de vues et une acceptation de cette communauté de vues entre les Membres".¹⁴ Étant donné que la Déclaration de Doha exprime un accord de vues entre les Membres de l'OMC et qu'elle a été adoptée par consensus, elle devrait être considérée comme un accord ultérieur entre les Membres de l'OMC, pertinent pour l'interprétation de l'Accord sur les ADPIC. Cet accord ultérieur 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

¹¹ Les "Accords commerciaux multilatéraux" désignent les accords et les instruments juridiques connexes repris dans les Annexes 1, 2 et 3 de l'Accord sur l'OMC. Voir l'article II de l'Accord sur l'OMC.

¹² Selon l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, l'article IX:2 de l'Accord sur l'OMC établit "deux prescriptions spécifiques": i) la décision de la Conférence ministérielle ou du Conseil général d'adopter ces interprétations sera prise à une majorité des trois quarts des Membres; et ii) ces interprétations seront adoptées en se fondant sur une recommandation du Conseil qui supervise le fonctionnement de l'accord pertinent. Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 250 et 251.

¹³ L'article IX:1 de l'Accord sur l'OMC dispose ce qui suit: "L'OMC conservera la pratique de prise de décisions par consensus suivie en vertu du GATT de 1947. Sauf disposition contraire, dans les cas où il ne sera pas possible d'arriver à une décision par consensus, la décision sur la question à l'examen sera prise aux voix. Aux réunions de la Conférence ministérielle et du Conseil général, chaque Membre de l'OMC disposera d'une voix. Dans les cas où les Communautés européennes exerceront leur droit de vote, elles disposeront d'un nombre de voix égal au nombre de leurs États membres qui sont Membres de l'OMC. Les décisions de la Conférence ministérielle et du Conseil général seront prises à la majorité des votes émis, à moins que le présent accord ou l'Accord commercial multilatéral correspondant n'en dispose autrement" (notes de bas de page omise).

¹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 267.

Vienne, le Groupe spécial doit donc tenir compte de la Déclaration de Doha aux fins de l'interprétation du traité.

2. Incidences de la Déclaration de Doha

20. La Déclaration de Doha reconnaît le droit des Membres de l'OMC d'adopter des mesures en vue d'atteindre des objectifs de santé publique et souligne 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".¹⁵ Suivant ce principe, tous les Membres de l'OMC sont convenus que l'Accord sur les ADPIC "[pouvait] et devrait être interprété et mis en œuvre d'une manière qui appu[yait] le droit des Membres de l'OMC de protéger la santé publique et, en particulier, de promouvoir l'accès de tous aux médicaments".¹⁶

21. La première partie du paragraphe 4 de la Déclaration de Doha indique clairement que l'interprétation de l'Accord sur les ADPIC ne devrait pas diminuer le droit des Membres de l'OMC de répondre à des préoccupations de santé publique pour le bien de la société dans son ensemble. En fait, lorsque les dispositions pertinentes sont claires et explicites, il va sans dire que les Membres de l'OMC devraient adopter toute mesure nécessaire conformément à de telles dispositions de l'Accord sur les ADPIC. Cependant, en cas d'ambiguïté ou lorsqu'il y a plus d'une interprétation possible, la Thaïlande considère que le Groupe spécial devrait accorder plus d'importance à l'interprétation qui cause le moins d'entraves à l'exercice du droit des Membres de l'OMC de protéger la santé publique. Conformément à la Déclaration de Doha, l'interprétation des dispositions de l'Accord sur les ADPIC devrait démontrer que les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ont un rôle d'appui pour ce qui est de la protection des intérêts de santé publique.

22. La deuxième partie du paragraphe 4 de la Déclaration de Doha 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. L'une des flexibilités disponibles prévues dans l'Accord sur les ADPIC est détaillée au paragraphe 5 a) de la Déclaration de Doha, qui réaffirme que l'Accord sur les ADPIC doit être lu à la lumière de son objet et de son but, notamment énoncés dans ses articles 7 et 8. La Thaïlande considère que cette déclaration va au-delà du simple fait d'affirmer que les objectifs et les principes de l'Accord sur les ADPIC sont pertinents aux fins de l'interprétation des traités. En particulier, elle donne à penser que l'interprétation de l'Accord sur les ADPIC, 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".¹⁷ 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.

III. CONCLUSION

23. Pour formuler une conclusion sur le point de savoir si les prescriptions en matière d'emballage neutre de l'Australie sont contraires aux obligations énoncées dans l'Accord sur les ADPIC, le Groupe spécial devra interpréter plusieurs dispositions de l'Accord. Selon la Thaïlande, l'Accord sur les ADPIC devrait être lu et interprété en appliquant strictement les règles coutumières d'interprétation du droit international public. L'objectif et le but de l'Accord sur les ADPIC, ainsi que la Déclaration de Doha, sont particulièrement pertinents pour l'affaire à l'examen. Ils affirment explicitement que les Membres de l'OMC ont le droit d'adopter les mesures nécessaires pour protéger la santé publique. Il incombe aux plaignants de prouver que les prescriptions en matière d'emballage neutre de l'Australie ne respectent pas les normes *minimales* de protection explicitement prescrites par les termes de l'Accord sur les ADPIC. Pour l'interprétation de toute disposition imprécise, le Groupe spécial devrait exercer son pouvoir discrétionnaire en ménageant aux Membres de l'OMC la flexibilité nécessaire pour répondre aux préoccupations de santé publique et en faisant en sorte que l'esprit de l'Accord sur les ADPIC serve l'intérêt public et soit compatible avec cet intérêt.

24. La Thaïlande espère que sa communication sera utile au Groupe spécial.

¹⁵ Déclaration de Doha, paragraphe 4.

¹⁶ Déclaration de Doha, paragraphe 4.

¹⁷ Déclaration de Doha, paragraphe 4.

ANNEXE C-21**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DES ARGUMENTS DE LA TURQUIE*****I. INTRODUCTION**

1. La Turquie remercie le Groupe spécial de lui donner la possibilité de présenter ses vues dans la procédure de ce groupe spécial important. Tout d'abord, elle souhaiterait souligner qu'elle respecte pleinement le droit des Membres de rechercher des méthodes pour renforcer la protection de la santé publique. À cet égard, comme toutes les parties au différend, elle croit comprendre que les mesures de lutte contre la consommation de tabac, et en particulier celles qui visent à empêcher l'attrait des produits du tabac pour les mineurs, comportent des objectifs légitimes de santé publique dans le contexte de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). C'est un objectif auquel la Turquie elle-même est résolument attachée.

2. Cela étant, la Turquie souhaite apporter sa contribution en se prononçant sur certaines questions systémiques relatives à l'interprétation des dispositions de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC).

3. En conséquence, par la présente communication, la Turquie entend contribuer à l'analyse du Groupe spécial en évaluant deux éléments, qui, selon elle, ont des conséquences systémiques. Il s'agit: i) de la question de savoir s'il existe dans l'Accord sur les ADPIC un "droit d'utiliser" pour les titulaires de marques, et ii) de la charge de la preuve au regard de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC.

II. QUESTION DE SAVOIR S'IL EXISTE DANS L'ACCORD SUR LES ADPIC "UN DROIT D'UTILISER" POUR LES TITULAIRES DE MARQUES

4. L'une des questions centrales qui est au cœur des allégations juridiques relatives à l'Accord sur les ADPIC dans le présent différend est de savoir s'il existe un "droit d'utiliser" positif pour les titulaires de marques qui soit implicite dans les dispositions de l'Accord. En d'autres termes, les parties au différend sont en désaccord sur le point de savoir s'il existe pour les Membres une obligation, découlant de l'Accord sur les ADPIC, de reconnaître le droit des titulaires de marques de faire usage de leurs marques au cours d'opérations commerciales.

5. Le défendeur, l'Australie, fait valoir que les dispositions de l'Accord sur les ADPIC n'incluent aucun droit d'utiliser explicite pour les titulaires de marques.¹ Après une analyse disposition par disposition, l'Australie conclut qu'il n'est fait mention d'un droit d'utiliser dans aucune des dispositions relatives aux marques, sauf à l'article 20. À son avis, même l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, qui dispose 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", ne confirme pas l'existence d'un tel droit étant donné que l'article "régit la relation entre des pouvoirs publics en tant qu'organe de réglementation et tous les négociants et titulaires de marque et non la relation entre des négociants concurrents".² Par conséquent, selon l'Australie, l'article 20 ne prévoit pas, explicitement ou implicitement, que "les Membres de l'OMC sont tenus de reconnaître un droit de faire usage de marques, même si la commercialisation des produits est autorisée".³

6. Selon l'Australie, le texte de l'Accord sur les ADPIC confirme que les droits de marque conférés au titre de l'Accord sont, par nature, négatifs et non positifs. Cela signifie que les droits conférés par l'Accord sont les droits des titulaires de marques d'exclure ou d'empêcher l'utilisation par d'autres parties de marques identiques ou similaires, alors que des droits positifs correspondraient à des droits de faire effectivement usage de la marque.⁴ Par conséquent, les

* La Turquie a demandé que sa communication en tant que tierce partie constitue son résumé analytique.

¹ Première communication écrite de l'Australie, paragraphe 243.

² Première communication écrite de l'Australie, paragraphe 254.

³ Première communication écrite de l'Australie, paragraphe 254.

⁴ Première communication écrite de l'Australie, paragraphes 255 à 258.

Membres sont libres de poursuivre des objectifs légitimes de politique générale, et les droits négatifs conférés par l'Accord ne limitent pas les réglementations qu'ils adoptent, et qui peuvent ou non restreindre l'usage des marques.

7. La position de l'Australie au sujet du droit de faire usage d'une marque est importante car, si elle est correcte, alors, comme l'Australie le fait valoir, la plupart des allégations au titre de l'Accord sur les ADPIC seraient privées de leur fondement juridique puisqu'elles supposent un droit d'utiliser implicite dans les dispositions pertinentes. S'il n'y a pas de droit d'utiliser pour les titulaires de marques, les plaignants auront très peu de motifs juridiques pour contester une restriction à l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales.

8. Par contre, les plaignants font valoir que, contrairement à l'opinion de l'Australie, le droit de faire usage d'une marque pour un titulaire de la marque est inhérent aux dispositions de l'Accord sur les ADPIC. De l'avis des plaignants, premièrement, l'usage est une composante fondamentale des régimes de marques. Par exemple, la République dominicaine présente une argumentation détaillée sur les raisons pour lesquelles l'usage est essentiel au titulaire d'une marque. Selon la République dominicaine, la fonction d'une marque – créer un caractère distinctif ou permettre la différenciation parmi les produits ou services – ne peut pas être remplie sans son utilisation dans le commerce.⁵ Une marque enregistrée non utilisée ne permettrait pas de différencier un produit ni de réaliser les avantages économiques attendus.⁶ En effet, c'est à cette fin qu'une entreprise investit de l'argent et des ressources pour développer une marque: obtenir plus de bénéfices par le biais de son utilisation.⁷

9. Deuxièmement, les plaignants font valoir que les dispositions de l'Accord sur les ADPIC étayent leur position. Par exemple, la République dominicaine effectue une analyse juridique article par article pour conclure que le texte des articles 15:4, 16:1, 16:3 et 20 de l'Accord sur les ADPIC implique un droit d'utiliser pour les titulaires de marques.⁸ Pour les plaignants, l'argument de l'Australie selon lequel les dispositions de l'Accord sur les ADPIC n'incluent pas de droit d'utiliser positif est donc dénué de fondement et devrait être rejeté.⁹

10. La Turquie est d'avis que pour examiner si l'Accord sur les ADPIC comprend ou non un droit d'utiliser pour les titulaires de marques, il faudrait prendre en compte tous les facteurs pertinents, y compris le contexte du chapitre de l'Accord sur les ADPIC relatif aux marques. Le fait est que l'"usage" est une partie indissociable des régimes de marques. Sans usage, la fonction par excellence d'une marque – distinguer un produit des autres avec la perspective d'avantages économiques – ne peut pas être remplie.¹⁰ Dans ce contexte, il n'est pas surprenant que beaucoup de Membres de l'OMC, y compris la Turquie, prescrivent l'usage effectif d'une marque pour que celle-ci soit admise au bénéfice des droits attachés à l'enregistrement. En effet, l'enregistrement sans usage crée un obstacle non nécessaire aux nouveaux enregistrements, et sans usage cela n'aurait aucun sens de dépenser de l'argent et d'autres ressources pour l'enregistrement et la promotion d'une marque.

11. Cela a été souligné comme suit dans le manuel de la propriété intellectuelle établi par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI):

"La protection des marques n'est pas une fin en soi. Bien que les législations sur les marques n'exigent généralement pas l'usage comme condition pour demander l'enregistrement d'une marque, voire pour l'enregistrement effectif, la raison fondamentale pour laquelle une marque est protégée tient à sa fonction qui est de distinguer les produits sur lesquels elle est utilisée d'autres produits. Par conséquent, cela n'a aucun sens d'un point de vue économique de protéger des marques en les enregistrant sans imposer d'obligation de les utiliser. Des marques qui ne sont pas utilisées constituent un obstacle artificiel

⁵ Première communication écrite de la République dominicaine, paragraphe 236.

⁶ Première communication écrite de la République dominicaine, paragraphes 239 et 240.

⁷ Première communication écrite du Honduras, paragraphe 167.

⁸ Première communication écrite de la République dominicaine, paragraphes 248 à 260.

⁹ Première communication écrite du Honduras, paragraphes 165 à 175; première communication écrite de Cuba, paragraphes 317 à 320; première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 137 à 146.

¹⁰ Voir OMPI (2013) *Rapport sur la propriété intellectuelle dans le monde 2013*, pages 83 à 89 pour un examen détaillé des effets de l'utilisation des marques au cours d'opérations commerciales.

à l'enregistrement de nouvelles marques. Il est absolument nécessaire que la législation sur les marques prévoie une obligation d'utilisation."¹¹

12. Compte tenu de ce qui précède, selon la Turquie, il y a de fortes raisons de penser que le droit d'utiliser du titulaire d'une marque est un droit inhérent à l'enregistrement de la marque. La Turquie estime que les dispositions de l'Accord sur les ADPIC concordent avec cette interprétation.

13. Le droit de faire usage d'une marque pour le titulaire de la marque est postulé et reconnu implicitement dans les dispositions de l'Accord sur les ADPIC relatives aux marques. En particulier, l'existence même de l'article 20 indique que les titulaires de marques ont un droit intrinsèque de faire usage de leurs marques qui est attaché à l'enregistrement de celles-ci. L'article 20 de l'Accord sur les ADPIC dispose 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".

14. Ainsi, selon la Turquie, la pratique générale concernant les régimes de marques ainsi que les dispositions de l'Accord sur les ADPIC sont suffisantes pour nous permettre de conclure que l'usage de la marque est un droit du titulaire qui est inhérent à l'enregistrement de la marque. Toutefois, cela ne signifie pas que l'usage d'une marque par le titulaire soit un droit absolu. Les Membres de l'OMC ont le droit de réglementer les marchés et l'usage des marques au cours d'opérations commerciales pour réaliser divers objectifs légitimes de politique générale.¹²

15. En effet, l'article 8:1 de l'Accord sur les ADPIC reconnaît clairement le droit des Membres de réglementer. Il 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 socio-économique et technologique, à condition que ces mesures soient compatibles avec les dispositions du présent accord. (pas d'italique dans l'original)

16. Par conséquent, l'article 8:1 reconnaît que la protection de la santé publique et de la nutrition ainsi que la promotion de l'intérêt public dans des secteurs d'une importance vitale pour le développement socio-économique et technologique des Membres sont les deux objectifs légitimes de politique générale publique. Néanmoins, l'article dispose aussi que toute mesure visant à réaliser ces objectifs devrait être compatible avec les dispositions de l'Accord.

17. L'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, lu conjointement avec l'article 8:1 susmentionné, établit un cadre clair. Comme il a été dit plus haut, l'article 20 dispose 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" et donne des exemples de ces entraves injustifiables. D'après ce libellé, il va de soi que dans certains cas l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales peut être restreinte "de manière justifiable". D'après la Turquie, une restriction justifiable peut uniquement résulter d'une réglementation visant à réaliser un objectif légitime de politique générale d'un Membre. L'un des exemples tout indiqués de ces objectifs légitimes de politique générale est la protection de la santé publique et de la nutrition, comme il est explicitement dit à l'article 8.

18. En d'autres termes, certaines des mesures prises par les Membres qui ont un certain niveau d'effets restrictifs sur l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales peuvent être justifiées au sens de l'article 20 alors que d'autres ne le peuvent pas. Selon la Turquie, l'objectif de politique générale lié à une mesure joue un rôle important pour ce qui est de déterminer les mesures qui peuvent être justifiées et celles qui ne le peuvent pas.

¹¹ OMPI, *WIPO Intellectual Property Handbook*, 2^{ème} édition (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, 2008) ("WIPO IP Handbook"), paragraphe 2.390.

¹² COTTIER, Thomas "The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights" dans MACRORY, Patrick F.J.; APPLETON, Arthur; PLUMMER, Micheal G. (éd.) *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis Vol. 1*, 2005, pages 1046 et 1047.

19. Cependant, selon la Turquie, une analyse plus approfondie en l'espèce est nécessaire en vue de maintenir l'équilibre délicat entre les préoccupations légitimes des Membres en matière de politique générale, comme la protection de la santé publique, et la protection effective des droits de propriété intellectuelle. La Turquie estime que le Groupe spécial devra s'acquitter de cette tâche essentielle pour régler le présent différend.

II. CHARGE DE LA PREUVE AU TITRE DE L'ARTICLE 20 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

20. Dans leurs communications, alors que les plaignants font valoir que la charge de la preuve, pour ce qui est de savoir si une mesure entrave de manière injustifiable l'usage d'une marque, incombe au défendeur,¹³ celui-ci, l'Australie, soutient qu'elle incombe aux plaignants.¹⁴

21. L'article 20 de l'Accord sur les ADPIC 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 (pas d'italique dans l'original)

22. L'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Chemises et blouses de laine* a clairement établi ce qui suit:

... 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*. Si ladite partie fournit des éléments de preuve suffisants pour établir une présomption que ce qui est allégué est vrai, alors la charge de la preuve se déplace et incombe à l'autre partie, qui n'aura pas gain de cause si elle ne fournit pas des preuves suffisantes pour réfuter la présomption.¹⁵ (pas d'italique dans l'original)

23. Depuis lors, cette approche a été suivie dans de nombreux rapports de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel.¹⁶ Ainsi, d'après cette approche, en fonction de la disposition, selon qu'elle établit une obligation positive ou un moyen de défense affirmatif, la charge de la preuve incombe à l'une ou à l'autre partie. En outre, il importe aussi de considérer la partie qui invoque une disposition, soit pour affirmer qu'il y a une violation particulière de la disposition, soit pour se défendre contre une allégation de violation. Par conséquent, la principale question que le Groupe spécial doit trancher est, premièrement, de déterminer si l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC est une obligation positive ou une exception. Deuxièmement, le Groupe spécial devrait également tenir compte de la partie qui invoque la disposition.

24. S'agissant de la première question, la Turquie considère que l'obligation énoncée à l'article 20 est, par nature, positive et non exceptionnelle. Le fait que l'expression "de manière injustifiable" figure 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 sur les obstacles techniques au commerce (OTC) peut s'appliquer d'une manière similaire à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC. Il est reconnu dans l'Accord OTC en général, et dans son préambule en particulier, que les Membres de l'OMC peuvent

¹³ Première communication écrite de la République dominicaine, paragraphes 369 à 375.

¹⁴ Première communication écrite de l'Australie, paragraphe 430.

¹⁵ 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 WT/DS33/AB/R/Corr.1, (*États-Unis – Chemises et blouses de laine*), page 16; première communication écrite de l'Australie, paragraphes 427 à 440.

¹⁶ Par exemple, les 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, adopté le 23 juillet 2012, paragraphe 379; *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, paragraphes 4.484 à 4.496; ou le 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 WT/DS363/R/Corr.1, adopté le 19 janvier 2010, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS363/AB/R, paragraphe 174.

prendre des mesures pour la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux et la préservation des végétaux, qui figurent parmi les objectifs légitimes de politique générale indiqués par l'Accord. Néanmoins, l'article 2.2 de l'Accord OTC dispose que les règlements techniques ne seront pas appliqués d'une manière plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser ces objectifs légitimes.

25. En ce qui concerne la question de la charge de la preuve, le Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* a établi qu'elle incombait à la partie qui alléguait une violation de l'article 2.2 de l'Accord OTC.¹⁷ La Turquie estime que cette approche éclairerait la détermination de la charge de preuve au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC. Comme il a été souligné dans la présente communication, l'article 8:1 de l'Accord sur les ADPIC autorise les Membres à prendre des mesures pour réaliser divers objectifs légitimes de politique générale, à condition que ces mesures soient compatibles avec les dispositions de l'Accord. Comme dans le cas prévu à l'article 2.2 de l'Accord OTC, le droit des Membres de prendre des mesures au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC concernant l'usage d'une marque n'est pas un droit absolu. Ces mesures ne devront pas entraver de manière injustifiable l'usage d'une marque. Si une partie présente une allégation selon laquelle il existe une telle entrave injustifiable, de l'avis de la Turquie, c'est à elle qu'incombe la charge de la preuve relative à ses allégations.

26. S'agissant de la deuxième question, dans l'affaire *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, l'Organe d'appel a souligné que "... la charge de la preuve incomb[ait] à la partie, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, qui établi[ssait], par voie d'affirmation, une allégation ou un moyen de défense particulier ...".¹⁸ (pas d'italique dans l'original) La Turquie croit comprendre, d'après ce libellé, que non seulement la nature de la disposition mais également la partie qui présente une allégation particulière ou un moyen de défense particulier sont un facteur important pour trancher la question de savoir à qui la charge de la preuve incombe.

27. Cela dit, comme le Groupe spécial *Argentine – Mesures à l'importation* l'a fait observer, la Turquie voudrait aussi souligner que la "[c]ollaboration des parties à un différend est essentielle pour qu'un groupe spécial puisse s'acquitter de sa fonction consistant à procéder à "une évaluation objective de la question dont il est saisi".¹⁹

III. CONCLUSION

28. La Turquie se félicite de l'occasion qui lui est donnée d'exposer ses vues au Groupe spécial. Elle lui demande d'examiner les observations formulées dans la présente communication lorsqu'il interprétera l'Accord sur les ADPIC.

¹⁷ 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, paragraphe 7.381.

¹⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 16.

¹⁹ Rapport du Groupe spécial *Argentine – Mesures affectant les importations de marchandises*, WT/DS438/R-WT/DS444/R-WT/DS445/R, adopté le 26 janvier 2015, paragraphe 6.31.

ANNEXE C-22**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DES ARGUMENTS DE L'URUGUAY***

1. Le présent différend porte essentiellement sur la capacité de réglementation de l'État en vue d'un objectif de politique générale publique et sur les limites de cette capacité à la lumière des obligations internationales que cet État a souscrites. Il concerne aussi la portée et le type du droit qui est créé pour l'usage d'une marque compte tenu des termes des Accords de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).
2. Une caractéristique très particulière de la présente affaire est le faible niveau des échanges en jeu car des quatre Membres plaignants, seule l'Indonésie a un gros volume d'exportations vers le marché australien. En fait, au cours de la période récente et selon les statistiques consultées par l'Uruguay, les exportations de produits du tabac de trois des plaignants vers l'Australie étaient négligeables, déjà bien avant l'entrée en vigueur de la mesure australienne.
3. Compte tenu de la situation du commerce bilatéral de ces produits entre l'Australie et les quatre plaignants ces dernières années, il ne peut pas être supposé qu'un avantage est annulé ou compromis, comme il est décrit à l'article 3:8 du Mémorandum d'accord. Il pourrait y avoir une incidence négative sur le commerce à un degré négligeable ou un effet indirect sur des marchés tiers où les mesures australiennes ne s'appliquent pas et où l'Australie n'a pas d'autorité souveraine. Les effets spécifiques sur le commerce en Australie et éventuellement sur les marchés tiers sont une question que les plaignants n'abordent pas ou guère, mais ils sont implicitement à la base de certains des arguments présentés.
4. La mesure concernant l'emballage neutre qui figure dans la législation connue sous l'appellation de "Loi sur l'emballage neutre du tabac et Règlement sur l'emballage neutre du tabac" fait partie d'un ensemble cohérent de mesures que l'Australie applique depuis un certain temps, conjointement avec une politique visant à freiner l'épidémie de tabagisme. L'Uruguay a suivi une voie très semblable, qu'il a décrite dans son exposé au Groupe spécial. Il est à noter que la mesure concernant l'emballage neutre est la seule qui est contestée, aucune des mesures antérieures adoptées par l'Australie ne l'ayant été. En outre, comme il ressort de la communication présentée par l'Organisation mondiale de la santé (OMS) au Groupe spécial et de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac (FCTC), la consommation de tabac est une épidémie mondiale qui a de graves effets sur la santé des personnes, et la mesure concernant l'emballage neutre est une directive de la FCTC.
5. Il ne peut pas y avoir diverses lectures des longs arguments des plaignants concernant les dispositions de l'article 20 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (l'Accord sur les ADPIC). Le droit et l'obligation d'un Membre de protéger la santé publique au moyen de différents instruments ne peuvent pas être totalement limités par l'obligation de protéger les droits de propriété intellectuelle. Il s'agit d'obligations différentes, et bien qu'elles puissent être liées, elles ne peuvent pas et ne doivent pas se contredire mutuellement. Les biens qu'elles protègent sont différents et d'un type différent. L'un est un objectif de politique générale publique qui concerne la société tout entière, et il se peut que la mesure prenne un certain temps avant de commencer à produire ses effets. L'autre est un instrument de type commercial, comme une marque, dont l'usage exclusif est protégé à l'égard d'autres utilisateurs commerciaux.
6. En outre, selon l'Uruguay, l'effet direct devrait être quantifiable ou mesurable, et il n'est pas question d'un effet indirect sur les marchés tiers, puisque l'Australie, bien entendu, n'exerce pas de contrôle ni d'autorité souveraine hors de son territoire.
7. Les mesures limitent l'usage de la marque et ont une incidence pratique sur la consommation; de plus, il n'y a pas de solutions de rechange mesurables ayant la même efficacité. Les solutions de rechange proposées par certains plaignants consistent à augmenter les taxes, une mesure que l'Australie a déjà appliquée; elles laissent également entrevoir un manque de

* Original espagnol.

familiarité avec la situation du marché et le programme antitabac qui est appliqué en Australie depuis un certain temps, et se contredisent mutuellement.

8. La mesure est justifiée sur la base de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC. Les plaignants eux-mêmes, comme le Honduras et la République dominicaine, ne contestent pas le droit et – nous ajouterions – l'obligation d'un Membre d'adopter des mesures pour protéger la santé publique. Le type de droit pour lequel les titulaires d'une marque bénéficient d'une protection est l'usage exclusif de cette marque à l'encontre de tiers, ce qui correspond généralement à la protection d'un droit ayant une valeur commerciale dans la sphère privée; la portée est délimitée par l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC.

9. De l'avis de l'Uruguay, aucune violation des règles n'est prouvée par les documents communiqués par les plaignants. D'après, un argument avancé, un effet de distorsion est causé par la mesure australienne sur le marché australien qui provoque un déplacement de la consommation vers des produits bas de gamme et bon marché. Or les plaintes mentionnent à peine la segmentation des produits selon les prix sur le marché australien. Ce que les plaignants décrivent est un préjudice spécifique causé au marché australien par cette évolution de la consommation vers le segment bas de gamme (en termes de prix et de qualité), mais cela ne peut être évalué ni estimé car, comme il a été dit plus haut, les échanges sont très limités. Cet argument, qui est d'ordre économique, cherche à présenter l'existence d'un préjudice commercial que les plaignants ne peuvent pas démontrer, bien qu'en tout état de cause l'Australie espère que le commerce et les importations augmenteront dans les années à venir.

10. Selon les plaignants, les mesures désavantagent les marques haut de gamme qui se différencient par une meilleure qualité dans le cas aussi bien des cigarettes que des cigares (y compris les indications géographiques pour la dernière catégorie). Toutefois, le concept de produits de qualité ou haut de gamme n'est guère explicité, et il apparaît que les prix sont le seul déterminant pour l'établissement d'une distinction entre les produits de qualité supérieure et ceux de qualité inférieure.

11. Il importe de souligner que, du point de vue de la santé publique, il n'y a pas de cigarettes de qualité supérieure ou inférieure, étant donné que toutes sont une cause de maladies et de décès du fait des substances cancérigènes et toxiques qu'elles contiennent.

12. Des quatre plaignants, seules Cuba et la République dominicaine ont des indications géographiques pour les cigares, et cette question n'est donc pas soulevée pour les cigarettes. Les arguments sont semblables à ceux qui sont utilisés pour les restrictions à l'usage de la marque et sont fondés sur les effets défavorables pour la concurrence sur le marché australien, l'effet du déplacement de la consommation vers des produits meilleur marché, et les mesures de rechange moins restrictives pour l'usage d'une marque, dont il est allégué qu'elles seraient plus efficaces, bien que ce soit hypothétique.

13. Les arguments juridiques sont axés sur les dispositions de l'Accord sur les ADPIC et de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC), mais ne concernent que les restrictions à l'usage d'une marque et la qualification de la mesure concernant l'emballage neutre comme règlement technique, dont l'objectif n'est pas contesté, même s'il est affirmé qu'il existe des solutions de rechange pour remplacer la mesure qui pourraient avoir moins d'effets sur le commerce. Nulle part il n'est fait mention du fait que la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac recommande, à juste titre, les mesures concernant l'emballage neutre comme instrument efficace dans le cadre d'une politique plus générale et d'une série de mesures pour réduire la consommation.

14. Cependant, le lien entre les obligations énoncées dans les accords signifie que la mesure en vigueur doit contribuer à l'objectif défini qui, en l'espèce, est de protéger la santé publique, et qu'elle doit le faire avec le moins d'incidence possible sur les droits des autres Membres. Dans la documentation pertinente, l'Australie a démontré la réduction de la consommation, une meilleure compréhension des effets du tabac sur la santé ainsi que la corrélation et le lien de causalité qui en résultaient entre les mesures et la consommation de tabac.

15. Pour diverses raisons, l'Uruguay a un intérêt substantiel dans la présente procédure aux termes des dispositions de l'article 10:2 du Mémoire d'accord. Il importe de signaler que

l'Uruguay applique depuis un certain temps un programme pour lutter contre l'épidémie de tabagisme, qui est devenu un grave problème de santé publique dans le pays et occasionne un énorme coût en termes de traitements médicaux et de décès prématurés.

16. Surtout, l'Uruguay souhaite réaffirmer que la protection de la santé publique représente une responsabilité et un pouvoir qui relèvent de l'autorité souveraine des États, et que chaque Membre a le droit et l'obligation de légiférer et de réglementer dans l'intérêt général en vue de protéger un objectif légitime de santé publique. Dans le cadre du 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 par d'autres mécanismes du droit international, comme la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac (FCTC); en outre, et cela n'est pas moins important, il est prévu dans les législations et les réglementations nationales de nombreux États qui sont Membres de l'OMC et de l'OMS.

ANNEXE C-23**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DES ARGUMENTS DE LA ZAMBIE**

1. La Zambie présente le résumé analytique de sa communication écrite dans le différend relatif à la mesure concernant l'emballage neutre du tabac de l'Australie.

2. La Loi de 2011 sur l'emballage neutre du tabac, les Règlements de 2011 et de 2012 sur l'emballage neutre du tabac et la Loi de 2011 portant modification de la Loi sur les marques (emballage neutre du tabac), qui interdisent l'usage de marques enregistrées et imposent des prescriptions strictes en matière d'emballage, d'étiquetage et de produit, suscitent de graves préoccupations pour la Zambie dans le cadre de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce ("Accord OTC") et de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ("Accord sur les ADPIC") de l'Organisation mondiale du commerce ("OMC"). Il est crucial de résoudre ces questions pour faire en sorte que les Membres respectent leurs obligations et n'imposent pas de mesures qui restreignent indûment le commerce en ayant une incidence particulière sur les pays en développement et pays les moins avancés Membres.

3. La Zambie souligne tout d'abord l'importance du tabac dans son développement économique, et souhaite situer le présent différend en contexte en décrivant brièvement l'importance de la culture et du commerce du tabac en Zambie ainsi que les politiques zambiennes visant à limiter la consommation du tabac et la prévalence du tabagisme. La Zambie est un pays sans littoral d'Afrique australe, doté de ressources abondantes en terre et en eau. Le secteur agricole est la colonne vertébrale de l'économie zambienne, et contribue à la croissance économique et à la diversification des exportations. L'agriculture primaire contribue pour environ 35% aux exportations non traditionnelles du pays (c'est-à-dire les exportations de produits autres que le cuivre et le cobalt) et pour environ 10% aux recettes d'exportation. Le secteur agricole, qui est vital, représente environ 70% de l'emploi total, et le gouvernement en a fait une priorité pour assurer la sécurité alimentaire et la génération de revenus, créer des emplois et réduire la pauvreté.

4. Le tabac est une production agricole stratégique en Zambie, dont la rentabilité à l'hectare est 7,5 fois plus élevée que celle du maïs et 14 fois plus élevée que celle du coton. Plus de 26 000 agriculteurs zambiens cultivent du tabac, et le secteur emploie 40 000 personnes. La majorité travaille dans de petites exploitations de moins de 5 hectares. La production de tabac – qui, dans une grande mesure, n'est pas affectée par les fluctuations de prix importantes qui ont touché d'autres cultures – est essentielle pour garantir un revenu minimum aux agriculteurs, étant donné que 70% de la population rurale vit en dessous du seuil de pauvreté. L'ensemble de la chaîne de valeur du tabac emploie directement et indirectement près de 450 000 personnes.

5. Le tabac apporte aussi une contribution importante aux recettes d'exportation de la Zambie car il était le cinquième produit de base exporté en 2013, avec une valeur de 180 millions de dollars EU. La Zambie a commencé à transformer les feuilles de tabac et à fabriquer des cigarettes, en exportant des cigarettes pour 20 millions de dollars EU en 2013. Le tabac zambien est reconnu comme étant de qualité supérieure. Les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie auront certainement une incidence négative sur la valeur du tabac produit et exporté par la Zambie car les fabricants ne seront plus disposés à payer des prix élevés pour des feuilles de qualité. Le prix étant le principal facteur de distinction pour le tabac, les fabricants devront baisser leurs prix de vente ou opter pour des feuilles de qualité moindre et meilleur marché pour rester compétitifs.

6. La Zambie s'engage aussi en faveur des politiques de lutte antitabac. Elle a mis en œuvre le Règlement de 2002 sur la santé publique et est devenue partie à la Convention-cadre pour la lutte antitabac (FCTC) de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) en 2008. La Zambie estime que les Membres de l'OMC qui sont parties à la FCTC peuvent respecter pleinement leurs obligations dans le cadre de l'OMC et de la FCTC en même temps. Contrairement à l'affirmation de l'Australie, les Directives pour l'application de l'article 11 et de l'article 13 de la FCTC ne constituent pas des normes internationales au sens de l'article 2.5 de l'Accord OTC, ni ne prescrivent que les parties à la FCTC imposent l'emballage neutre.

7. En ce qui concerne l'Accord OTC, la Zambie rappelle qu'elle a exprimé de sérieuses préoccupations au sujet de la compatibilité de la mesure australienne avec l'article 2.2 de l'Accord OTC dans le cadre du Comité OTC en novembre 2011. Elle a relevé que l'Accord OTC interdisait les obstacles non nécessaires au commerce, qui étaient plus restrictifs pour le commerce qu'il n'était nécessaire pour réaliser un objectif légitime. Elle a estimé que l'emballage neutre était une réponse disproportionnée aux objectifs de santé et n'était pas étayé par des éléments de preuve crédibles indiquant qu'il réaliserait l'objectif légitime de l'Australie. Près de quatre ans après ses premiers échanges avec l'Australie et plus de deux ans après la mise en œuvre des mesures australiennes concernant l'emballage neutre, les craintes de la Zambie sont confirmées.

8. Les prescriptions imposées par l'Australie en matière d'emballage, d'étiquetage et de produit sont très restrictives pour le commerce. Ces prescriptions rigoureuses en matière de produit, d'emballage, et d'étiquetage font que la production de produits du tabac pour le marché australien est plus astreignante et plus coûteuse, et elles ont une incidence préjudiciable sur les possibilités de concurrence pour les importations.

9. La Zambie ne met pas en cause l'objectif déclaré de l'Australie; d'ailleurs, elle partage cet objectif légitime de santé publique. Cependant, elle ne voit pas la contribution des mesures concernant l'emballage neutre et leur objectif. Deux ans après l'introduction de l'emballage neutre, rien ne montre qu'il réduit la prévalence du tabagisme ou modifie les comportements tabagiques, hormis des éléments qui indiquent que la mesure ne fonctionne pas, comme la banalisation du marché et la descente de gamme chez les consommateurs qui se tournent vers des produits meilleur marché. 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 à l'avenir. En conséquence, il ne peut pas être constaté que les mesures concernant l'emballage neutre contribuent à l'objectif déclaré de l'Australie.

10. La Zambie estime également que des solutions de rechange réglementaires et compatibles avec les règles de l'OMC, telles qu'elles ont été analysées par les plaignants, pourraient mieux réaliser l'objectif déclaré. Elle considère donc que l'emballage neutre constitue une violation claire de l'article 2.2 de l'Accord OTC qui porte atteinte aux droits de tous les Membres producteurs de tabac.

11. La Zambie a aussi exprimé antérieurement ses préoccupations au sujet des aspects des mesures qui ont trait à la propriété intellectuelle au Conseil des ADPIC. Elle reconnaît que les marques et les indications géographiques sont importantes pour le commerce et la concurrence, en permettant aux producteurs de différencier leurs produits sur le marché et aux consommateurs de faire des choix éclairés concernant ces produits.

12. Eu égard au rôle des droits de propriété intellectuelle dans le processus commercial, la Zambie considère que les mesures de l'Australie constituent une entrave injustifiable au regard de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC. L'emballage neutre impose des "prescriptions spéciales" draconiennes pour les quelques marques dénominatives restantes et interdit totalement l'usage de toutes les autres marques. Elles imposent donc l'"entrave suprême" à l'usage des marques.

13. La Zambie ne voit rien qui justifie l'emballage neutre, étant donné les éléments de preuve susmentionnés et le fait que la mesure ne prend pas en compte chaque marque individuellement. L'application à toutes les marques sur la base de la nature des produits est une prescription déraisonnable et disproportionnée qui "nui[t] à [la] capacité [d'une marque] de distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises". Tel est le cas au regard du critère de la "nécessité" énoncé à l'article 20. L'argument de l'Australie selon lequel le caractère justifiable au regard de l'article 20 est fondé sur un "lien rationnel" n'est pas étayé par le texte de l'Accord sur les ADPIC et supprimerait effectivement toute discipline concernant les restrictions aux marques visées à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, étant donné que toute mesure ayant un lien ténu avec un objectif légitime satisferait à ce critère peu élevé, aussi restrictive qu'elle puisse être pour l'usage des marques.

14. La Zambie estime que l'objet et le but de l'Accord sur les ADPIC sont fondés sur l'attente légitime des titulaires pour ce qui est d'exercer leur faculté de faire usage de marques au cours

d'opérations commerciales, qui doit être prise en compte dans l'analyse des allégations de violation des articles 15 et 16 de l'Accord sur les ADPIC formulées par les plaignants.

15. Le présent différend soulève plusieurs questions systémiques importantes concernant le rôle des marques dans une économie mondiale et l'équilibre entre des considérations de politique générale et des mesures restrictives pour le commerce. Une mesure qui va à l'encontre de l'essence des droits de propriété intellectuelle, qui a des effets disproportionnés sur le commerce et dont il n'est pas prouvé qu'elle contribue à l'objectif déclaré ne peut pas être jugée compatible avec les dispositions de l'Accord OTC et de l'Accord sur les ADPIC.

16. La Zambie invite le Groupe spécial à considérer ces observations, qui prennent en compte l'importance de ce produit pour de nombreux Membres en développement et Membres les moins avancés, dans son analyse des allégations en l'espèce.

ANNEXE C-24**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DES ARGUMENTS DU ZIMBABWE**

1. Le présent résumé analytique reprend les arguments concernant le présent différend exposés par le Zimbabwe dans sa communication écrite en tant que tierce partie du 10 avril 2015 et sa déclaration orale à la séance avec les tierces parties lors de la première audition du Groupe spécial du 3 juin 2015. Le Zimbabwe se félicite de l'occasion qui lui est donnée de faire connaître ses vues sur l'incompatibilité de la mesure australienne concernant l'emballage neutre du tabac avec les règles de l'OMC.

2. La mesure australienne interdit l'usage de marques enregistrées, impose des prescriptions strictes en matière d'emballage et d'étiquetage et en tant que telle suscite de graves préoccupations dans le cadre de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (l'"Accord sur les ADPIC") et de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (l'"Accord OTC") de l'Organisation mondiale du commerce (l'"OMC"), et a une incidence très préjudiciable sur les possibilités et le développement économiques du Zimbabwe.

3. Le Zimbabwe a récemment adhéré à la Convention-cadre pour la lutte antitabac de l'Organisation mondiale de la santé et soutient donc l'objectif légitime de santé publique de l'Australie. Il souhaite que ces buts soient poursuivis au moyen de mesures bien conçues qui contribuent effectivement à l'objectif et qui sont dans les limites des obligations des Membres dans le cadre de l'OMC.

4. Le Zimbabwe est un petit pays en développement sans littoral et à faible revenu, dont l'économie est tributaire d'un petit nombre de produits de base agricoles. Le tabac est le principal produit agricole produit dans le pays, après le maïs et le coton, et son rendement est bien plus élevé que celui de ces derniers assurant une plus grande stabilité financière aux agriculteurs. Les feuilles de tabac de Virginie cultivées au Zimbabwe sont de qualité supérieure et sont exportées à des clients du monde entier, faisant du tabac le premier produit agricole exporté du Zimbabwe, en volume et en valeur, et le troisième produit exporté sur l'ensemble des exportations en valeur. Le tabac représentait environ 15% du PIB du pays en 2013, avec une forte progression en 2014 et de nouvelles augmentations prévues pour 2015.

5. Selon les estimations, le secteur du tabac fournit 350 000 emplois directs et soutient indirectement jusqu'à 5 millions de personnes. Le tabac devrait être la principale source de la croissance et de la reprise attendues pour le secteur agricole zimbabwéen, et pour le pays dans son ensemble, car il génère des investissements dans les infrastructures et des emplois.

6. Comme le secteur du tabac vise de plus en plus un approvisionnement en feuilles de tabac de Virginie de qualité supérieure, dont le Zimbabwe est un fournisseur bien placé, l'imposition d'une forme générique d'emballage, qui limite les moyens permettant aux consommateurs de faire des choix éclairés concernant la qualité des produits, dévalorisera le tabac de Virginie de qualité supérieure qui est produit au Zimbabwe. Cette dévalorisation menacerait directement les moyens de subsistance de 120 000 agriculteurs et de leurs familles qui dépendent de la production de tabac; ceux de millions de Zimbabwéens dont l'emploi et les revenus dépendent indirectement du tabac et de sa production; ainsi que les perspectives du développement économique global du pays.

7. Aux termes de l'article 2.2 de l'Accord OTC, un règlement technique ne doit pas être plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, et la préférence devrait être donnée à des mesures de rechange tout aussi efficaces mais moins restrictives pour le commerce. Une restriction au commerce qui ne contribue pas à la réalisation d'un objectif légitime ou qui va au-delà de ce qui est nécessaire à cette fin ne peut pas être justifiée. Ces obligations fondamentales expriment le principe de la mise en œuvre de bonne foi des obligations d'un Membre dans le cadre de l'OMC dans le système commercial international, qui prescrit que le Membre évite les réglementations inefficaces, disproportionnées et inutilement restrictives.

8. Le Zimbabwe note qu'il n'est pas contesté que les prescriptions formelles ou matérielles de la mesure répondent à la définition d'un "règlement technique", même si l'Australie affirme que les prescriptions relatives à la marque ne relèvent pas de la définition d'un règlement technique. Il est d'avis que tous les aspects de la mesure prévoient des prescriptions "impératives" "qui énoncent des caractéristiques de produit" pour ce qui est des "symboles, prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage" et s'appliquent à un groupe de produits identifiable. Ainsi, il est vain de tenter d'établir une distinction entre les types de prescription car tous les aspects de la mesure contestée sont visés par les disciplines de l'Accord OTC.

9. La mesure concernant l'emballage neutre est également très restrictive pour le commerce. Les coûts d'adaptation et de mise en conformité associés aux prescriptions en matière d'emballage neutre constituent un important frein à l'exportation, en particulier pour les pays en développement comme le Zimbabwe.

10. En outre, l'éventuelle imposition de l'emballage neutre par d'autres Membres que l'Australie qui sont des marchés d'exportation très importants pour le Zimbabwe restreindrait encore les possibilités commerciales. Ces dernières années, le Zimbabwe a développé la fabrication de produits du tabac à partir de feuilles de tabac de Virginie de qualité supérieure. Toutefois, les exportations de ces produits sont en baisse depuis 2012. Cette tendance pourrait se poursuivre si les Membres obtenaient le droit d'imposer l'emballage neutre et d'autres mesures restrictives pour le commerce.

11. Quant à l'objectif de l'Australie de réduire la prévalence du tabagisme dans sa population, le Zimbabwe en reconnaît la légitimité. Il n'est cependant pas convaincu que la mesure puisse effectivement contribuer à cet objectif. À cet égard, il signale les rapports d'experts du professeur Klick et de l'Institute for Policy Evaluation ("IPE"), qui constatent que la mesure australienne n'a pas l'effet voulu en analysant la situation en Australie après la mise en œuvre en relation avec la situation contrefactuelle d'une juridiction (la Nouvelle-Zélande dans le rapport du professeur Klick) et en relation avec les tendances temporelles en Australie (dans le rapport IPE). Ces rapports étayaient les autres rapports et arguments concernant la conception, les principes de base et la structure de la mesure et révèlent que l'emballage neutre n'est pas susceptible de réduire, et de fait ne réduit pas, la prévalence du tabagisme. Les données du marché australien confirment que la mesure peut avoir un effet contraire à celui qui est recherché.

12. La suppression des marques et la normalisation de l'emballage auront pour effet de restreindre fortement la possibilité de différencier les produits sur la base de la qualité. 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 concernant l'emballage neutre 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. Une baisse des prix des feuilles de tabac aurait des conséquences dévastatrices pour l'économie du Zimbabwe dans son ensemble 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. Le Zimbabwe 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.

13. Le Groupe spécial est invité à faire respecter strictement les dispositions de l'article 2.2 de l'Accord OTC dans les présents différends. Ces prescriptions réglementaires sont préjudiciables au Zimbabwe car son développement économique est tributaire de produits de plus en plus réglementés, y compris les produits du tabac, et les moyens de subsistance de la majeure partie de sa population reposent toujours directement ou indirectement sur le secteur du tabac. Le Groupe spécial doit prendre en considération les effets commerciaux et économiques de l'emballage neutre sur les produits du tabac ainsi que sur les feuilles de tabac et d'autres matières premières concernées par les mesures adoptées par l'Australie.

14. Le Zimbabwe considère que la mesure concernant l'emballage neutre affaiblit notablement les droits de propriété intellectuelle en interdisant la présence de toutes les marques sur les produits du tabac, à l'exception de certains noms commerciaux et marques d'origine. L'emballage

neutre diminue également la protection dont les indications géographiques bénéficiaient en Australie.

15. Les marques jouent un rôle capital pour ce qui est de différencier les produits et d'assurer une concurrence loyale sur le marché. Elles sont reconnues comme étant essentielles pour ouvrir de nouveaux marchés, soutenant ainsi la concurrence et le commerce international des produits. Du point de vue des consommateurs, les marques donnent des renseignements sur la qualité des produits et les différences entre ceux-ci, et leur permettent de distinguer ceux qui sont disponibles sur le marché. Les marques remplissent ces fonctions lorsqu'elles sont utilisées sur les produits et leur emballage. Une interdiction de leur usage sur des produits licites ne prend pas en considération l'objectif des marques ni les avantages qu'en retirent les consommateurs ainsi que les fabricants des pays en développement pour la création de marques fortes et notoirement connues. L'absence de distinction qui découle de l'imposition de l'emballage neutre aura sans aucun doute une incidence négative sur le prix du tabac et affectera notablement les producteurs de feuilles de qualité supérieure.

16. Le Zimbabwe, comme beaucoup de Membres de l'OMC, prévoit la protection du droit de faire usage de marques dans sa législation nationale. Il considère que l'usage des marques est protégée 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. Par conséquent, il considère que l'Australie manque à ses obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC en interdisant l'usage commercial légitime des marques sur les produits du tabac.

17. En outre, les indications géographiques sont des indicateurs importants de l'origine géographique des produits et de la qualité, de la réputation ou des caractéristiques qui sont essentiellement imputables à leur origine. Or la mesure de l'Australie empêche l'utilisation d'indications géographiques dénominatives autres que le nom du pays au détriment des producteurs et des consommateurs. Ainsi, les restrictions que la mesure concernant l'emballage neutre impose sur les indications géographiques diminuent la protection des indications géographiques qui existait en Australie avant l'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC et ne prévoient pas de moyens pour empêcher l'utilisation des indications géographiques, en violation des articles 24:3 et 22:2 b) de l'Accord sur les ADPIC.

18. Compte tenu de ce qui précède, le Zimbabwe considère que les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie sont contraires à ses obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC, y compris les articles 2:1, 15, 16, 20, 24:3 et 22:2 b).

19. Les feuilles de tabac et les produits du tabac jouent un rôle vital pour le développement économique et social du Zimbabwe. Étant donné que des millions de Zimbabwéens dépendent du tabac pour leurs moyens de subsistance, le Groupe spécial devrait, en plus d'examiner les arguments avancés par les parties, prendre pleinement en compte les effets négatifs, effectifs et potentiels, des mesures concernant l'emballage neutre adoptées par l'Australie sur les pays en développement et les pays les moins avancés Membres.

20. Étant donné l'absence de preuves scientifiques montrant que la mesure concernant l'emballage neutre en cause contribue à l'objectif déclaré de santé publique, les restrictions extrêmes et injustifiables aux droits de marque, et l'existence de mesures de rechange qui seraient plus efficaces et moins restrictives pour le commerce et les marques, le Zimbabwe suggère que le Groupe spécial constate que la mesure est incompatible avec les obligations de l'Australie au titre de l'Accord OTC et de l'Accord sur les ADPIC.