

UNIVERSITÉ DE LAUSANNE

FACULTÉ DE DROIT,
DES SCIENCES CRIMINELLES ET
D'ADMINISTRATION PUBLIQUE



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Zied Ghedira

Le tabac en droit international

THÈSE DE DOCTORAT

présentée à la Faculté de droit, des sciences criminelles
et d'administration publique de l'Université de Lausanne
pour l'obtention du titre de
Docteur en droit

Zurich, 2022

EIZ  Publishing

UNIVERSITÉ DE LAUSANNE

FACULTÉ DE DROIT,
DES SCIENCES CRIMINELLES ET
D'ADMINISTRATION PUBLIQUE

LE TABAC EN DROIT INTERNATIONAL

THÈSE DE DOCTORAT

présentée à la Faculté de droit, des sciences criminelles
et d'administration publique de l'Université de Lausanne
pour l'obtention du titre de

Docteur en droit

par

Zied Ghedira

EIZ Publishing
Zurich

2022

Lausanne, le 1^{er} juillet 2022

Imprimatur

Le Directeur de l'Ecole de Droit de la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique, vu le préavis de la Commission de soutenance, a autorisé l'impression de la thèse de doctorat soutenue le 27 avril 2022 par

Monsieur Zied Ghedira

dont le titre est le suivant :

« Le tabac en droit international »

Sur proposition de la Commission de soutenance, le Conseil de l'Ecole de Droit a accordé à ladite thèse, lors de sa dernière séance, la mention

cum laude.


Francesco Maiani
Directeur de l'Ecole de Droit

Zied Ghedira

LE TABAC EN DROIT INTERNATIONAL

EIZ Publishing
Zurich



Le tabac en droit international de Zied Ghedira est sous une licence [Licence Creative Commons Attribution - Pas d'utilisation commerciale - Pas de modification 4.0 International](#), sauf indication contraire.

© 2022 – CC BY-NC-ND (ouvrage), CC BY-SA (texte)

Auteur : Zied Ghedira

Éditeur : EIZ Publishing (eizpublishing.ch)

Production et distribution: buch & netz (buchundnetz.com)

ISBN:

978-3-03805-522-8 (Print – Softcover)

978-3-03805-523-5 (PDF)

978-3-03805-524-2 (ePub)

DOI: <https://doi.org/10.36862/eiz-522>

Version: 1.02 – 20221101

La thèse a été déposée par Zied Ghedira et adoptée par la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne, représentée par le doyen Prof. Dr. Vincent Martenet, le 27 avril 2022.

Elle a été supervisée par le Prof. Dr. Andreas R. Ziegler.

La publication en libre accès de cet ouvrage a été réalisée avec le soutien du Fonds national suisse de la recherche scientifique (FNS).

Ce livre est disponible en version imprimée et en divers formats numériques en **OpenAccess**. Des informations supplémentaires sont disponibles à l'adresse suivante : <https://eizpublishing.com/publikationen/le-tabac-en-droit-international/>.

La publication est également disponible sur le site de la bibliothèque cantonale et universitaire BCU Lausanne : <https://www.bcu-lausanne.ch/>

À ma défunte mère ;

À mon père ;

*À ceux qui me sont chers, qui m'ont
encouragé et toujours cru en moi.*

Avant-propos

Je souhaite tout d'abord remercier mon directeur de thèse, le professeur Andreas R. Ziegler, pour le soutien qu'il m'a apporté tout au long de mes travaux de recherche. Son investissement ainsi que ses remarques pertinentes ont toujours été une source de motivation et d'apprentissage.

Je souhaite aussi exprimer ma reconnaissance aux rapporteurs et examinateurs de mon jury de thèse qui ont aimablement accepté d'évaluer mon modeste travail.

J'adresse aussi ma plus grande gratitude à l'ensemble du personnel de l'Institut suisse de droit comparé pour toute l'aide qu'il m'a fournie au cours mes recherches.

Lausanne, le 20 janvier 2022

Zied Ghedira

Table des matières

Bibliographie	XV
Ouvrages consultés	XV
Publications officielles	XIX
Articles	XXII
Rapports des organes de l'OMC / GATT de 1947	XXVIII
Tribunaux arbitraux CIRDI / CNUDCI	XXX
Commission européenne des droits de l'homme	XXXI
Cour européenne des droits de l'homme	XXXI
Cour de Justice de l'Union européenne	XXXI
Haute Cour d'Australie	XXXI
Chambre des lords du Royaume-Uni	XXXI
Webographie	XXXII
Liste des abréviations	XLI
I. Introduction générale	1
II. Le tabac : présentation générale	11
A. Le tabac en tant que marchandise	11
B. Le tabac sous tous ses aspects	12
1. Usage médicinal du tabac	12
2. Premières lois antitabac	14
C. Historique de la production et de la commercialisation du tabac	17
D. La mondialisation accrue du commerce du tabac et de l'épidémie de tabagisme	19
III. La lutte antitabac au sein de l'OMS	23
A. Présentation de l'Organisation mondiale de la santé	23
B. L'action législative de l'OMS contre le tabac	25
1. La genèse de l'action de l'OMS contre l'épidémie de tabagisme	25
2. Les limites de l'approche classique de la politique antitabac de l'OMS	28
3. Les prémices de la mise en place d'une stratégie réglementant le tabac à l'échelle internationale	30
4. Vers la mise en place de la convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac	33
5. Les négociations finales de la convention-cadre pour la lutte antitabac	39
6. La convention-cadre pour la lutte antitabac	42
6.1. La nature juridique de la convention-cadre pour la lutte antitabac	43
6.2. Les dispositions de la convention-cadre pour la lutte antitabac	45
6.3. Le système de gouvernance de la convention-cadre pour la lutte antitabac	49
6.4. Les directives et les protocoles de la convention-cadre pour la lutte antitabac	51
7. L'efficacité et l'importance de la convention-cadre pour la lutte antitabac	56
8. Le programme MPOWER de l'OMS	61
8.1. Présentations du programme MPOWER	61

8.2.	Les six politiques du programme MPOWER	62
8.2.1.	La 1^{ère} politique (monitor)	62
8.2.2.	La 2^{ème} politique (protect)	62
8.2.3.	La 3^{ème} politique (offer)	64
8.2.4.	La 4^{ème} politique (warn)	65
8.2.5.	La 5^{ème} politique (enforce)	66
8.2.6.	La 6^{ème} politique (raise)	68
C.	Analyse des cigarettes électroniques à l'aune de la CCLAT de l'OMS	71
1.	Présentation des cigarettes électroniques : conception et importance économique	71
2.	Les effets nocifs des cigarettes électroniques	73
3.	Les cigarettes électroniques au sein de la CCLAT	74
3.1.	La COP et les cigarettes électroniques	75
3.2.	L'approche du secrétariat de la CCLAT	78
3.3.	L'approche finale de la CCLAT concernant la nature des cigarettes électroniques et les différentes options réglementaires disponibles	81
3.4.	Conclusion	88
D.	Conclusion du Chapitre III	89
IV.	La lutte antitabac et le commerce international	93
A.	Présentation de l'Organisation mondiale du commerce	93
1.	Du GATT de 1947 à l'OMC de 1995	93
2.	Notions générales sur l'OMC	96
3.	Les principes de base de l'OMC	97
3.1.	La non-discrimination	97
3.2.	La libéralisation	100
B.	L'OMC et les valeurs non marchandes	101
1.	Les exceptions générales au sein du droit de l'OMC	103
2.	Les exceptions relatives à la protection de la santé	106
2.1.	Le GATT de 1994 et la protection de la santé	107
2.1.1.	Anatomie de l'article XX du GATT de 1994	109
2.1.2.	Les conditions d'application d'une mesure relative à la protection de la santé	109
2.1.3.	Les limites de l'exception relative à la santé	112
2.2.	L'AOTC et la protection de la santé	115
2.2.1.	Les objectifs réglementaires au sens de l'article 2.1 AOTC	116
2.2.2.	Analyse de l'article 2.2 AOTC	117
2.2.3.	Pertinence des autres dispositions de l'article 2 AOTC	124
2.2.4.	Les limites des exceptions relatives à la santé	124
2.3.	La protection de la santé au sein de l'ASPS	125
2.3.1.	Les principes de base de l'ASPS	125
2.3.2.	Les conditions relatives à l'adoption d'une mesure SPS	126
2.3.2.1.	La nécessité d'une mesure au sens de l'ASPS	127
2.3.2.2.	Les autres exigences relatives à l'adoption d'une mesure SPS	128
2.3.3.	La relation entre l'ASPS et les autres accords de l'OMC	130
2.3.3.1.	La relation entre l'ASPS et le GATT de 1994	130
2.3.3.2.	La relation entre l'ASPS et l'AOTC	131
2.3.4.	L'ASPS et la lutte antitabac	131

C. La lutte antitabac au sein du droit de l'OMC	133
1. Les enjeux relatifs au tabac	133
2. Les différends concernant le tabac au sein de l'OMC	134
2.1. Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes (1990)	135
2.2. États-Unis – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle (2012)	141
2.3. 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 (2020)	152
2.3.1. L'analyse au titre de l'article 2.2 de l'AOTC	153
2.3.1.1. Les principaux arguments présentés par les parties au litige au sens de l'article 2.2 de l'AOTC	153
2.3.2. Détermination de l'objectif de la législation australienne en matière de conditionnement neutre	156
2.3.3. Analyse du TPP à l'aune de l'article 2.5 de l'AOTC	157
2.3.4. Contribution du TPP à la réalisation de l'objectif en matière de réduction du tabagisme	160
2.3.5. Analyse du groupe spécial relative au caractère restrictif de la législation australienne	162
2.3.6. Analyse des alternatives présentées par les plaignants	163
2.3.7. Le constat final	165
2.3.8. Le rapport de l'organe d'appel	166
2.3.9. Analyse au titre de l'article 2.2 de l'AOTC	166
2.4. Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines (2019)	169
2.5. Les autres différends relatifs au tabac au sein de l'OMC	176
D. L'OMC et les cigarettes électroniques	179
1. L'interdiction des cigarettes électroniques à l'aune du régime de l'OMC	180
1.1. Comparaison entre les caractéristiques des cigarettes conventionnelles et électroniques à la lumière du principe de non-discrimination (GATT de 1994)	181
1.1.1. Le test de similarité (aperçu général)	182
1.1.2. Les propriétés physiques des produits analysés	183
1.1.3. L'utilisation finale des cigarettes électroniques et conventionnelles	186
1.1.4. Les perceptions des consommateurs en matière de goût et d'habitudes	188
1.1.5. Analyse établie à la lumière de la classification tarifaire	191
1.1.6. Le critère relatif à l'élasticité-prix croisée de la demande	192
1.1.7. Analyse à l'aune du régime réglementaire	195
1.2. Comparaison entre les caractéristiques des cigarettes conventionnelles et électroniques au titre du principe de non-discrimination (AOTC)	196
1.3. Analyse fondée sur l'article 2.2 de l'AOTC	199
1.4. Analyse fondée sur l'article XX(b) du GATT de 1994	201
2. Autres mesures en relation avec les cigarettes électroniques	203
E. Conclusion du chapitre IV	206

V. La lutte antitabac dans le cadre du droit international de la propriété intellectuelle	207
A. De l'OMPI à l'ADPIC	208
1. Le prélude de la mise en place d'un système de protection de la propriété intellectuelle	208
2. L'OMPI en tant que principale organisation internationale en la matière	210
3. La protection du droit de la propriété intellectuelle au sein de l'OMC	211
3.1. Les origines de l'ADPIC	212
3.2. Objectifs et principes de l'ADPIC	214
3.2.1. Objectifs	214
3.2.2. Principes fondamentaux	215
3.3. Règlement des différends au sein de l'ADPIC	217
4. La relation entre l'ADPIC et l'OMPI	218
B. Le tabac et le droit de la propriété intellectuelle	219
1. Point de départ : la loi australienne relative aux emballages neutres	220
1.1. Aperçu historique du conditionnement neutre	220
1.2. Le prélude de la mise en place des emballages neutres en Australie	221
1.3. Présentation du « Tobacco Plain Packaging Act »	223
1.3.1. Le conditionnement neutre au sens de la CCLAT et ses directives	223
1.3.2. Le « Tobacco Plain Packaging Act 2011 »	228
2. Le conditionnement neutre et le droit de la propriété intellectuelle	232
2.1. La légitimité des emballages neutres sous l'angle du droit international de la propriété intellectuelle	233
2.1.1. La protection des marques de commerce et le conditionnement neutre (au titre de la Convention de Paris)	233
2.1.1.1. Analyse de l'article 6 quinquies (A)	233
2.1.1.2. Le conditionnement neutre et la Convention de Paris	237
2.1.2. Le conditionnement neutre et l'accord sur les ADPIC	239
2.1.2.1. Analyse des emballages neutres sous l'angle de l'article 15.4 de l'accord sur les ADPIC	239
2.1.2.2. Le conditionnement neutre sous l'angle de l'article 20 de l'accord sur les ADPIC	242
2.1.2.3. Analyse des emballages neutres sous l'angle de l'article 17 de l'accord sur les ADPIC	245
2.1.2.4. Le conditionnement neutre et l'article 16.1 de l'accord sur les ADPIC	248
2.1.2.5. Les emballages neutres et l'article 8 de l'accord sur les ADPIC	249
2.2. L'approche de la Haute Cour d'Australie en matière de réglementation du conditionnement neutre	252
2.2.1. Présentation du litige	253
2.2.2. Le droit d'usage	254
2.2.3. L'enregistrement des marques	256
2.2.4. Les différentes conclusions établies par La Haute Cour d'Australie	257
2.2.5. Le verdict final de la Haute Cour d'Australie	261
C. L'analyse des litiges relatifs au Tobacco Plain Packaging Act au regard de l'accord sur les ADPIC	262
1. Introduction	262
2. Les principales allégations formulées par les plaignants	262

3.	Analyse du groupe spécial au sens de l'article 2.1 de l'accord sur les ADPIC	263
4.	Analyse du groupe spécial au titre de l'article 15.4 de l'accord sur les ADPIC	264
4.1.	Les allégations relatives au caractère distinctif des signes	264
4.2.	Les allégations relatives à la nature des produits et à la protection de l'enregistrement	265
5.	Analyse du groupe spécial au sens de l'article 16.1 de l'accord sur les ADPIC	267
5.1.	L'approche du groupe spécial relative à la portée et la nature des droits des propriétaires des marques de commerce	267
5.2.	Le constat final du groupe spécial	268
6.	Analyse du groupe spécial au titre de l'article 20 de l'accord sur les ADPIC	269
6.1.	Les allégations des parties et l'approche du groupe spécial	269
6.2.	Le rapport final du groupe spécial	271
7.	Les autres conclusions formulées par le groupe spécial	274
8.	Le rapport de l'organe d'appel	274
8.1.	Analyse au titre de l'article 16.1 de l'accord sur les ADPIC	275
8.2.	Analyse au titre de l'article 20 de l'accord sur les ADPIC	276
8.3.	Analyse au titre de l'article 11 du mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends	278
D.	Conclusion du chapitre V	281
VI.	La lutte antitabac au sein du droit international de l'investissement	283
A.	Présentation des traités bilatéraux d'investissement	284
1.	Le contenu des TBI	285
2.	Le règlement des différends au sein des TBI	286
B.	Investissements et protection de la santé	287
1.	Le droit international de l'investissement et la protection de la santé publique	288
2.	La relation entre les TBI et la protection de la santé	290
2.1.	Exemples de TBI incluant des clauses d'exceptions générales	291
2.2.	La lutte antitabac sous l'angle des droits humains	292
3.	La relation entre la CCLAT et les traités d'investissement	294
3.1.	Les clauses d'exception relatives au tabac au sein des TBI	296
C.	Les protections garanties par le droit international de l'investissement	298
1.	L'expropriation	298
2.	Le traitement juste et équitable	300
3.	La non-discrimination	301
4.	La prohibition des mesures déraisonnables	303
D.	Les investissements étrangers et le droit de la propriété intellectuelle	305
1.	La prolifération des textes protégeant les droits de propriété intellectuelle en tant qu'investissement	306
2.	Protection des droits de propriété intellectuelle en tant qu'investissement	307
E.	Les litiges relatifs à la lutte antitabac au sein des TBI	309
1.	Philip Morris c. Uruguay	309
1.1.	Les principaux faits de l'affaire Philip Morris c. Uruguay	309
1.2.	La relation entre les mesures contestées et le droit international de l'investissement	311
1.3.	Le verdict final du tribunal arbitral	314
1.4.	La décision relative à l'existence d'un droit d'usage	315
1.5.	Le constat relatif à l'expropriation	315
1.6.	La décision en matière de traitement juste et équitable	317

1.7.	La place de la protection de la santé au sein de ce litige	319
2.	Philip Morris Asie c. Australie	320
2.1.	Les principaux faits de l'affaire	321
2.2.	Les principales conclusions du tribunal arbitral	323
F.	Conclusion du chapitre VI	331
VII.	La lutte antitabac en droit international	333
A.	L'interaction entre la CCLAT et le droit international économique	334
B.	La conciliation entre les enjeux économiques et la santé au sein du droit international	338
1.	La lutte antitabac et l'harmonisation des règles de l'OMC avec les impératifs sanitaires	338
2.	La lutte antitabac et le rapprochement entre le droit international de l'investissement et la santé	341
3.	La lutte antitabac et la conciliation entre la santé et le droit international de la propriété intellectuelle	343
C.	Conclusion du chapitre VII	346
VIII.	Conclusion générale	349
	Curriculum Vitae	361

Bibliographie

Ouvrages consultés

- Alemanno Alberto / Bonadio Enrico, *The New Intellectual Property of Health / Beyond Plain Packaging*, Edward Elgar Edition, Cheltenham, UK / Northampton, USA, 2016.
- Balderas Morales Lilian, *La nature juridique de l'Accord SPS, la sécurité alimentaire et la sécurité juridique : lutte ou compromis ?* Thèse de doctorat, Université de Laval, Québec, Canada, 2017.
- Barbier C., *Histoire du tabac : ses persécutions*, Editions Gustave Havard, 2^{ème} édition, 1861.
- Béguin Jacques / Menjucq Michel, *Droit du commerce international*, Deuxième Edition, Lexis Nexis, 2011.
- Beigbeder Yves, *L'Organisation mondiale de la santé*, Presses Universitaires de France, Paris, 1995.
- Bélanger Michel, *Droit international de la santé par les textes*, Berger-Levrault, Paris, 1989.
- Bélanger Michel, *Droit international de la santé*, Economica, Paris, 1983.
- Bermann George A. / Mavroidis Petros C., *Trade and Human Health and Safety*, Columbia Studies in WTO Law and Policy, Cambridge University Press / First Publishers, 2006.
- Bodenhausen H.H.C., *Guide d'application de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, (version révisée à Stockholm)*,
- Boyle Peter et al, *Tobacco / Science, Policy, and Public Health*, Second edition, Oxford University Press, United Kingdom, 2010.
- Boy Laurence et al, *Droit économique et droits de l'homme*, Larcier, Droit / Economie internationale, Bruxelles, 2009.
- Briand Bastien et al, *Développement et santé dans les pays pauvres / Le rôle des organisations internationales et de la Suisse*, Centrale sanitaire suisse romande, Genève, 2010.
- Burci Gian Luca / Toebes Brigit C. A, *Research Handbook on Global Health Law*, Edward Elgar Edition, First Edition, Cheltenham, UK / Northampton, USA, 2018.
- Canal-Forgues Eric, *Le règlement des différends à l'OMC*, 2^{ème} édition, Bruylant, Bruxelles, 2004.
- Collins David J / Lapsley Helen M, *The Costs of Tobacco, Alcohol, and Illicit Drug Abuse to Australian Society in 2004 / 2005*, Department of Health and Ageing, 2008.

- Combacau Jean, *Le droit international : bric-à-brac ou système ?*
- Corraer Carlos Maria, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Commentary on the TRIPS Agreement*, Oxford Commentaries on the GATT/WTO Agreements, 2007.
- Cunningham R., *Smoke and Mirrors the Canadian Tobacco War*, IDRC Books, 1996.
- Delmas-Marty Mireille, *Commerce mondial et protection des droits de l'homme*, Institut René Cassin de Strasbourg, Publication de l'institut international des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2001.
- Mitchell Andrew / Voon Tania, *The Global Tobacco Epidemic and the Law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, USA, 2014.
- De Nanteuil Arnaud, *Droit international de l'investissement*, 1^{ère} Edition, A. Pedone, Paris, 2014.
- Drache Daniel / Jacobs Lesley A., *Linking Global Trade and Human Rights / New Policy Space in Hard Economics Times*, Cambridge University Press, New York, USA, 2014.
- Drope Jeffrey, *La lutte contre le tabagisme en Afrique / Peuples, politiques et politiques*, Presse de l'Université de Laval, 2011.
- Ekeidi-Samnik Joseph, *L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)*, Bruylant, Bruxelles, 1975.
- Ferraud-Ciandet Nathalie, *Protection de la santé et sécurité alimentaire en droit international*, Droit international, Larcier, Bruxelles, 2009.
- Flory Thiébaud, *L'Organisation mondiale du commerce / Droit institutionnel et substantiel*, Bruylant Bruxelles, 1999.
- Goodman Jordan, *Tobacco in History / The Cultures of Dependence*, London / New York, Routledge Edition, 2005.
- Gostin Lawrence O. / Willey Lindsay F., *Public Health Law / Power, Duty, Restraint*, Third Edition, University of California Press, 2016.
- Grosbon Sophie, *La primauté du commerce sur les droits de l'homme dans le cadre de l'OMC*, Liberté économique et droits de l'homme, Presses universitaires de Paris Ouest, 2018.
- Gruszczynski Lukasz, *The Regulation of E-Cigarettes / International, European and National Challenges*, Edgar Studies in Health and the Law, Cheltenham, UK / Northampton, MA, USA, 2019.
- Haas Ernest B., *When Knowledge is Power: Three Models of Change in International Organizations*, University of California Press, 1990.
- Hermitte M.-A / Noiville C., *Marrakech et Carthagène comme figures opposées du commerce international*, in le commerce international des organismes génétiquement modifiés, Direction de J. Bourrinet et S. Maljean-Dubois, CERIC, Université d'Aix-Marseille III, La Documentation française, Paris, août, 2002.

-
- Howells Geraint, *The Tobacco Challenge / Legal Policy and Consumer Protection, Markets, and the Law*, Ashgate, 2011.
 - Jenks C. Wilfried, *Conflict of Law-Making Treaties*, British Yearbook of International Law, 1953.
 - Jha Prabhat / Chaloupka Frank, *Tobacco Control in Developing Countries*, Oxford University Press, 2000.
 - Jha Prabhat et al, *Disease Control Priorities in Developing Countries*, Second Edition, The World Bank, 2006.
 - Jourdain-Fortier Clotilde, *Santé et commerce international / Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, Université de Bourgogne - CNRS- Travaux du centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Volume 26, 2006.
 - Kahn Philippe / Wälde Thomas W., *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux / New Aspects of International Investment Law*, Académie de droit international, 2007.
 - Kennedy Matthew, *WTO Dispute Settlement and the Trips Agreement / Applying Intellectual Property Standards in a Trade Law Framework*, Cambridge International Trade and Economic Law, 2016.
 - Kieffer Bob / Marquet Clément, *L'Organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public*, Droit international économique, 2^{ème} édition, Bruylant, Bruxelles, 2020.
 - Kolawole Oke Emmanuel, *The Interface Between Intellectual Property and Investment Law / An Intertextual Analysis*, Elgar Intellectual Property and Global Development Series, 2021.
 - Leben, Charles *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Editions A. Pedone, Paris, 2015.
 - Leben Charles et al, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux / Aspects récents*, Bibliothèque de l'institut des hautes études internationales de Paris, L.G.D.J, 2010.
 - Leben Charles, *Un accord multilatéral sur l'investissement d'un forum de négociations à l'autre*, Editions Pedone, Paris, 1999.
 - Lynedjian Marc, *L'accord de L'Organisation mondiale du commerce sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires / Une analyse juridique*, Bibliothèque de droit international et communautaire, Tome 17, Paris 2002.
 - Marshall Thomas R., *Public Opinion, Public Policy, and Smoking / The Transformation of American Attitudes and Cigarette Use, 1890-2016*, Lexington Books, Lanham, Maryland, 2016.
 - Mc Grady Benn, *Trade and Public Health / The WTO, Tobacco, Alcohol and Diet*, Cambridge University Press, USA, 2011.

- Mercurio Bryan / Jung Kuei, *Science and Technology in International Economic Law / Balancing Competing Interests*, Routledge research In International Economic Law, London/New York, 2014.
- Nadakavukaren Schefer Krista, *International Investment Law / Text, Cases and Materials*, Edward Elgar, Cheltenham, UK / Northampton, MA, USA, 2013.
- Newcombe A. / Paradell L., *Law and Practice of Investment Treaties*, The Hague, Kluwer Law international, 2009.
- Oppetit Bruno, *Droit et modernité*, Presse universitaire de France, 1998.
- Oropeza Ruben, *Between Puffs / Two Thousand Years of Tobacco Use*, Rivercross Publishing, Orlando, 2005.
- Fidler David, *International Law and Public Health / Materials on and Analysis of Global Health Jurisprudence*, Transnational Publishers, New York, 2000.
- Pires de Carvalho Nuno, *The TRIPS Regime of Trademarks and Designs*, Kluwer, 2nd edition, 2011.
- Rabin Robert L. / Sugarman Stephen D., *Regulating Tobacco*, Oxford University Press, 2001.
- Robert-Cuendet Sabrina / Stern Brigitte, *Droit des investissements internationaux / Perspectives croisées*, Droit international économique, Bruylant, Bruxelles, 2017.
- Roemer Ruth, *L'action législative contre l'épidémie mondiale de tabagisme*, Organisation mondiale de la santé, 2^{ème} Edition, Genève, 1995.
- Sadowsky Marilyne, *Droit de l'OMC / Droit de l'Union Européenne et fiscalité directe*, Droit international, Larcier, 2013.
- Samson Mélanie, *L'Organisation mondiale du commerce : un forum approprié pour la protection de la santé publique?* in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Michel Jacquet*, Editions LexisNexis, Paris, 2013.
- Shapiro Harry, *No Fire, No Smoke: The Global State of Tobacco Harm Reduction*, London, 2018.
- Smith Richard et al, *Trade and Health: Towards Building a National Strategy*, World Health Organisation, 2015.
- Société française pour le droit international, *Colloque de Rennes, Santé et droit international*, Editions A. Pedone-13 rue Soufflot-Paris, 2019.
- Stiglitz Joseph. E., *La Grande désillusion*, Paris, Fayard, 2002.
- Susskind Lawrence E., *Environmental Diplomacy: Negotiating more Effective Global Agreements*, Oxford University Press, 1994.
- Taubman Anthony / Wager Hannu / Watal Jayashree, *A Handbook on the WTO TRIPS Agreement*, Cambridge, 2012.
- Toebes Brigit C.A., *The Right to Health as a Human Right in International Law*, School of Human Rights Research Series, Antwerpen- Groningen-Oxford, 1999.
- Tritton Guy, *Intellectual Property in Europe*, Sweet & Maxwell, 3^{ème} édition, 2008.

-
- Vadi Valentina, *Public Health in International Investment law and Arbitration*, Routledge, London, New York, 2013.
 - Van den Bossche Peter / Zdouc Werner, *The Law and Policy of the World Trade Organisation / Text, Cases and Materials*, Fourth Edition, Cambridge 2017.
 - Vandevelde Kenneth J., *Bilateral Investment Treaties / History, Policy and Interpretation*, Oxford University Press, 2010.
 - Van Duyne Petrus C. / Antonopoulos Georgios A., *The Criminal Smoke of Tobacco Policy Making / Cigarette Smuggling in Europe*, Wolf Legal Publishers, 2009.
 - Vanhoennacker L., *Intellectual Property Rights as Foreign Direct Investment: From Collison to Collaboration*, Cheltenham, UK / Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2015.
 - Voon Tania et al, *Public Healthing and Plain Packaging of Cigarettes / Legal Issues*, Edward Elgar Edition, Cheltenham, UK / Northampton, MA, USA, 2012.
 - Voon Tania / Mitchell Andrew D / Liberman Jonathan, *Regulating Tobacco, Alcohol and Unhealthy Foods / The legal Issues*, Routledge Edition, London / New York, 2015.
 - Voon Tania, *Trade Liberalisation and International Co-operation / A Legal Analysis of the Trans-Pacific Partnership Agreement*, Edward Elgar, Cheltenham, UK / Northampton, MA, USA, 2013.
 - Warêgne Jean-Marie, *L'Organisation mondiale du commerce / Règles de fonctionnement et enjeux économiques*, CRISP, Bruxelles, 2000.
 - Wipfli Heather, *The Global War on Tobacco / Mapping the World's First Public Health Treaty*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2015.
 - Wolfrum Rüdiger et al, *WTO-Trade in Goods*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law / Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2011.
 - Zhang Shu, *De l'OMPI au GATT / La protection internationale des droits de la propriété intellectuelle*, Editions Litec, 1994.
 - Ziegler Andreas R., *Droit international économique de la Suisse / Une introduction (y inclut le droit des relations économiques extérieures)*, Stämpfli éditions SA Berne, 2010.

Publications officielles

Australian Public Service Commission

- Australian Public Service Commission, *Public Service Board Memorandum 86/9055: Towards a Smoke-free Workplace-Guidelines for Achieving Smoke-Free Working Environments in the APS*,

Banque mondiale

- Banque mondiale, *Maîtriser l'épidémie: L'État et les aspects économiques de la lutte contre le tabagisme*, Washington DC, Banque mondiale, 2000.
- Groupe de la Banque mondiale, *Boite à outils de l'économie de la fiscalité du tabac*, Washington DC, mars 2018.

Chambre de commerce internationale

- International Chamber of Commerce, *Intellectual Property, and International Trade / A Guide to the Uruguay Round TRIPS Agreement*, 1996.

Confédération suisse

- Confédération suisse, Commission fédérale du tabagisme, *Pratique d'ingérence de l'industrie du tabac dans les politiques de santé publique en Suisse : un aperçu*, Berne, Suisse, 2019.

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED)

- CNUCED Expropriation, *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*, 2012.

Organisation mondiale de la santé

- Bettcher DW Taylor A, *La Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac : un « bien » mondial pour la santé publique*, Bulletin de l'Organisation mondiale de la santé, Recueil d'articles No 4, 2001.
- Conférence des parties à la convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, 5^{ème} session, Séoul, novembre 2012.
- Corné Van Walbeek, *Tobacco Excise Taxation in South Africa: Tools for Advancing Tobacco Control in the 21st Century: Success Stories and Lessons Learned*, Genève, Organisation mondiale de la santé, 2003.
- Conférence des parties à la convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, Deuxième session, *Rapport sur l'audition publique concernant la diversification agricole et les cultures de substitution au tabac dans le contexte de la convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac*, Brasilia, février 2007.
- Conférence des parties à la convention cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, Rapport du secrétariat de la convention, *Inhalateurs électroniques de nicotine dont les cigarettes électroniques*, Cinquième session, juin 2012.
- Conférence des parties à la convention cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, Rapport de l'OMS, *Inhalateurs électroniques de nicotine*, Sixième session, Moscou, octobre 2014.
- Conférence des parties à la convention cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, Rapport de l'OMS, *Inhalateurs électroniques de nicotine et inhalateurs électroniques ne contenant pas de nicotine*, Septième session, Août 2016.

-
- Conférence des parties à la convention cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, *Rapport de situation sur l'évolution de la réglementation et du marché des inhalateurs électroniques contenant ou non de la nicotine*, Rapport du secrétariat de la Convention, juin 2018.
 - Convention – cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, *Atelier sur les questions d'ordre commercial concernant la mise en œuvre de la convention – cadre de l'OMS pour la lutte antitabac*, Salle du conseil d'exécutif, Genève, 15 et 16 mars 2012.
 - Daulaire N., *Globalization and Health*, Document présenté à la table ronde sur les réponses à la mondialisation : repenser l'équité et la santé, Genève, juillet 1999.
 - Levy David et al, *Smoking-Related Deaths Adverted due to Three Years of Policy Progress*, Bulletin of the World Health Organization, 2013.
 - Organisation mondiale de la santé, *Le conditionnement neutre des produits du tabac / éléments factuels, élaboration et mise en œuvre de la politique*, 2017.
 - Organisation mondiale de la santé, 41^{ème} Assemblée mondiale de la santé, *Tabac ou santé*, Rapport du directeur général, 1988.
 - Organisation mondiale de la santé, 48^{ème} Assemblée mondiale de la santé, *Tabac ou santé*, Rapport du Directeur général, 1995.
 - Organisation mondiale de la santé, *Les strategies utilisées par l'industrie du tabac pour contrer les activités de lutte antitabac à l'Organisation mondiale de la santé*, 2000.
 - Organisation mondiale de la santé / Organisation mondiale du commerce, *Les accords de l'OMC et la santé publique / Étude conjointe de l'OMS et du secrétariat de l'OMC*, 2002.
 - Organisation mondiale de la santé, *Guide pour la mise en place de l'action antitabac*, Initiative pour un monde sans tabac, Groupe maladies non transmissibles et santé mentale, Genève, 2006
 - Organisation mondiale de la santé, *OEuvrer pour la santé / Organisation mondiale de la santé : présentation*, Organisation mondiale de la santé, Genève, 2006.
 - Organisation mondiale de la santé, *Un programme de politiques pour inverser le cours de l'épidémie*, Bibliothèque de l'OMS, Genève, 2008.
 - Organisation mondiale de la santé, 1^{er} rapport de l'OMS sur la situation mondiale sur les MNT 2010 / *Résumé d'orientation*, 2011.
 - Organisation mondiale de la santé, *Rapport de l'OMS sur l'épidémie mondiale de tabagisme, Le programme MPOWER, Pour vivre sans tabac*, MPOWER, France, 2018.
 - Organisation mondiale de la santé, Europe, *Augmenter les taxes sur le tabac / Faire baisser le nombre de morts et de malades*, Aide-mémoire, La Taxation du Tabac.
 - FCTC / WHO Framework Convention for Tobacco Control, *History of the WHO Framework Convention for Tobacco Control*, World Health Organization, Geneva, 2009.

- Joossens Luke, *Report on Smuggling Control in Spain*, Genève, World Health Organization, 2003.
- Da Costa e Silva Vera Luiza, *Mise en œuvre de la CCLAT et bonnes pratiques des pays partenaires : un outil de coopération développé par le secrétariat de la CCLAT*, Secrétariat de la CCLAT, OMS, 2016.
- World Health Organization, *Controlling the Smoking Epidemic: Report of the WHO Expert Committee on Smoking Control*, Technical Report Series no 636, 1979.
- World Health Organization, *Legislative Responses to Tobacco Use*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht / Boston / London, 1991.
- World Health Organization, *The Feasibility of an International Instrument for Tobacco Control*, WHO Executive Board, 1995.
- World Health Organization, *Confronting the Tobacco Epidemic in a New Era of Trade and Investment Liberalization*, Commissioned by the World Health Organization Tobacco Free Initiative, 2012.
- World Health Organization, *Banning Tobacco Advertising, Promotion and Sponsorship: What You Need to Know*, WHO, 2013.
- World Health Organisation, *Report on the Global Tobacco Epidemic, 2013: Enforcing Bans on Tobacco Advertising, Promotion and Sponsorship*, WHO, 2013.
- World Health Organisation, *10th Anniversary of the WHO Framework Convention on Tobacco Control – Saving Lives for a decade*, 2015.

Organisation mondiale des douanes

- Organisation mondiale des douanes, *Le Système harmonisé / Un langage universel pour le commerce international*, 2018.

Articles

- Abaquesne de Parfouru Anatole, *Choking Smokers, Don't You Think the Joker Laughs at You: European Union Competence and Regulation of Tobacco Products Packaging under the New Tobacco Products Directive*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Volume 25, 2018, pp. 410-451.
- Alemanno Alberto / Bonadio Enrico, *Do you Mind Smoking? Plain Packaging of Cigarettes under the TRIPS Agreement*, The John Marshall Review of Intellectual Property Law, 2011, pp. 450-475.
- Asthma and Respiratory Foundation of New Zealand, *Aotearoa New Zealand Smoke Free Workplaces: a 12- Month Report*, Wellington, Asthma and Respiratory Foundation of New Zealand, 2005.
<http://www.no-smoke.org/pdf/NZ_TwelveMonthReport.pdf>

-
- Beaud Michel / Dostaler Gilles, *Keynes ou l'esprit de responsabilité*, Le Monde diplomatique, novembre 1996, pp. 20-21.
 - Borland R et al, *Determinants and Consequences of Smoke-Free Homes: Findings from the International Tobacco Control (ITC) Four Pays Survey*, Tobacco Control, 2006, pp. 42-50.
 - Bovet Pascal / Cornuz Jacques / Paccaud Fred, *Convention cadre pour la lutte antitabac : un instrument puissant de santé publique*, Revue Médicale Suisse 2012, pp. 1438-1441.
 - Busseuil Guillaume et al, *Chronique commentée des décisions de l'organe de règlement des différends*, Be Boeck Supérieur, Revue internationale de droit économique, 2011, pp. 161-225.
 - Chaisse Julian, *Exploring the Confines of International Investment and Domestic Health Protections- Is a General Exceptions Clause a Forced Perspective*, American Journal of Law and Medicine, Volume 39, 2013, pp. 332-360.
 - Chaloupka Frank / Laixuthai Adit, S. *Trade Policy and Cigarette Smoking in Asia*, NBER Working Paper Series, Working Paper 5543, 1996, pp. 1-20.
 - Charlotin Damien / Djanic Vladislav, *Ukraine Round-Up: Tobacco Companies Receive Favourable Supreme Court Decisions, An ICC set-Aside decision, A New Case on the Horizon, and Other Arbitration-Related Development*, IA Reporter, Investment Arbitration Reporter, 13 Août 2021.
<<https://www.iareporter.com/articles/ukraine-round-up-tobacco-companies-receive-favourable-supreme-court-decisions-an-icc-set-aside-decision-a-new-case-on-the-horizon-and-other-arbitration-related-developments/>>
 - Chapman Simon / Carter Stacy, *Avoid Health Warnings on all Tobacco Products for just as Long as we Can: A history of Australian Tobacco Industry Efforts to Avoid, Delay and Dilute Health Warnings on Cigarettes*, 2003, pp. 13-22.
 - Chillaud T., *The World Trade Organisation Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures*, Rev sci.tech.Off.int.Epiz, 1996, pp. 734-741.
 - Cobb Nathan K. / Abrams David B., *E-cigarette, or Drug-Delivery Device? Regulating Novel Nicotine Products*, The New England Journal of Medicine, 2011, Volume 365(3), pp. 193-195.
 - Connolly GN. / Alpert H. R., *Has the tobacco industry evaded the FDA's ban on light cigarette description*, tobacco control, Tob Control, 2014.
 - Correa Carlos Maria / Viñuales Jorge E., *Intellectual Property Rights as Protected Investment: How Open are the Gates?*, Journal of International Economic Law, Volume 19, 2016, pp. 91-120.
 - Crown Melissa E., *Smokescreens and State Responsibility: Using Human Rights Strategies to Promote Global Tobacco Control*, Yale Journal of International Law, Volume 29, 2004, pp. 209-250

- Davis Ronald M., *Slowing the March of the Marlboro Man*, British. Medical Journal. 1994, pp. 889-890.
- Davison Mark, *The Legitimacy of Plain Packaging under International Intellectual Property Law: Why there is no Right to Use a Trademark under Either the Paris Convention or the TIPS Agreement*, Edward Elgar, 2012, pp. 1-22.
- Djanic Vladislav, *Investment Arbitration Reporter*, Philip Morris Announces Imminent ICSID Claim against Ukraine, 9 décembre 2020.
<<https://www.iareporter.com/articles/philip-morris-announces-imminent-icsid-claim-against-ukraine/>>
- Dresler Carolyn / Marks Stephen, *Human Rights Quarterly*, *The Emerging Human Right to Tobacco Control*, The Johns Hopkins University Press, 2006, pp. 600-651
- Dubuisson François, *Les accords internationaux relatifs à la protection des investissements et le droit d'auteur*, Revue belge de droit international, 1998, pp. 450-484.
- Fichtenberg Caroline / Glantz Stanton A, *Effect of Smoke-Free Workplaces on Smoking Behaviour: Systematic Review*, British Medical Journal, Volume 325, 2002, pp. 1-7.
- Foltea Marina / Markitanova Anna, *The Likeness of E-vapor Products and Cigarettes in the WTO*, Society of International Economic Law, Fifth Biennial Global Conference, 2017.
- Foltea Marina, *International Trade Rules for Banning E-Vapor Products*, R Street Policy Study No. 104, August 2017, pp. 1-8.
- Freeman Becky / Chapman Simon / Rimmer Matthew, *The Case for the Plain Packaging of Tobacco Products*, Addiction Review, 2007, pp. 1-21.
- Galbraith John. K., *Lordre mondial selon John Maynard Keynes*, Le Monde diplomatique, Mai 2003, p. 22-23.
- Geiger Christophe, *Intellectual Property, and Investment Law: An introduction*, Center for Intellectual Property Studies Research Paper Num 2019-10, 2019, pp. 1-12.
- Gervais Daniel, *Analysis of the compatibility of certain Tobacco Product Packaging Rules with the TRIPS Agreement and the Paris Convention*, novembre 2010, pp. 1-36.
- Gruszczynski Lukasz / Melillo Margherita, *The FCTC and its Role in WTO Law: Some Remarks on the WTO Plain Packaging Report*, Cambridge University Press, 2018, pp. 564-574.
- Hammond D et al, *Effectiveness of Cigarette Warning Labels in Informing Smokers about the Risks of Smoking: Findings from the International Tobacco Control (ITC) Four Country Survey*, Tobacco Control, 2006, pp. 19-25.
- Hoffman Steven / John-Arne ROTTINGEN, *Assessing the Expected Impact of Global Health Treaties: Evidence from 90 Quantitative Evaluations*, Government, Law, and Public Health Practice, America Journal of Public Health, janvier 2015, pp. 26-40.

-
- Horchani Farhat, *Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation*, Journal du droit international, numéro 2, 2004, pp. 367-417.
 - Howse Robert, *The Canadian Generic Medicines Panel-A Dangerous Precedent in Dangerous Times*, The Journal of World Intellectual Property, 2000, pp. 494-507.
 - Imperial Tobacco Australia Limited, *Submission to the Senate: Plain Tobacco Packaging (Removing Branding from Cigarettes Packs) BILL 2009*, avril 2010, <<http://www.imperial-tobacco.com/files/misc/submission-on-proposals.pdf>> (Dernière consultation : le 10/04/2019)
 - Johnson Morgan, *Regulatory Response to E-Cigarettes*, GA.J. Int'l and Comp, Volume 45, 2017, pp. 645-667.
 - Journet Nicolas, *Le tabac : comment s'en débarrasser?* Sciences Humaines, Numéro 237, 2011. <https://www.scienceshumaines.com/le-tabac-comment-s-en-debarrasser_fr_27862.html>
 - Kastler Florian, *La convention cadre pour la lutte Antitabac, Dix ans après : la fonction normative de l'OMS à la rescousse de la santé mondiale ?* Université Paris Descartes Sorbonne, France, 2015, pp. 55-76.
 - Kennedy R.D. et al, *Global Approaches to Regulating Electronic Cigarettes*, 1 décembre, Tob Control, 2016, pp. 440-445.
 - Lalive (a Geneva-based law firm) letter to Philip Morris International Mgmt, 5 juillet 2009, <http://www.plain-packaging.com/downloads/LALIVEAnalysis_23July_2009.pdf>
 - Lester Simon, *Domestic Tobacco Regulation, and International Law: The Interaction of Trade Agreements and the Framework Convention on Tobacco Control*, Kluwer Law International BV, Netherlands, 2015, pp. 20-45.
 - Lester Simon, *Tobacco ETC. Carveout in the New Australia-Hong Kong Investment Agreement*, International Economic Law and Policy Blog, mars 2019, <<https://ielp.worldtradelaw.net/2019/03/tobacco-in-the-new-australia-hong-kong-investment-agreement.html>>
 - Liberman Jonathan, *Four COPs and Counting: Achievement, Underachievement and Looming Challenges in the Early Life of the WHO FCTC Conference of the Parties*, 21 Tobacco Control, 2012, pp. 215-220.
 - Liberman Jonathan, *Plainly Constitutional: The Upholding of Plain Tobacco Packaging by the High Court of Australia*, American Journal of Law and Medicine, Volume 39, 2013, pp. 361-381.
 - Liberti Lahra, *Investissements et droits de l'homme, Session 2.2.: The policy Framework for Investment: The social and Environmental Dimensions*, Global Forum on International Investment, 2008, pp. 791-852.

- Liberti Lahra, *Intellectual Property Rights in International Investment Agreements*, Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Working Papers on International Investment, 2010/01, 2010, pp. 1-39
- Linderfalk ULF, Law, *Philip Morris Ltd. v. Australia- Abuse of Rights in Investor-State Arbitration*, 2017, Nordic Journal of International Law, pp. 403-419.
- Mackay Judith, S. *Tobacco Export to the Third World: Third World War*, J. Natl Cancer Inst. Monographs, Volume 12, 1992, pp. 8-25.
- McGrady Benn, *Principles of Non-Discrimination after US-Clove Cigarettes*, US-Tuna II, *US-Cool and ECSeal Products and their Implications for International Investment Law*, The Journal of World Investment and Trade, 2015, pp. 141-161.
- McGrady Benn, *TRIPS and Trademarks: The Case of Tobacco*, World Trade Review, Volume 3, 2004, pp. 53-82.
- McGrady Benn / Jones Alexandra, *Tobacco Control and Beyond: The Broader implications of United States-Clove Cigarettes for Non-Communicable Diseases*, American Journal of Law and Medicine, 2013, pp. 265-289.
- Mitchell Andrew D., *Australia's Move to the Plain Packaging of Cigarettes and its WTO Compatibility*, Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy, Volume 5, 2010, pp. 401-419.
- Mitchell Andrew D. / Maidana-Eletti de Amstalden Mariela, *Plain Packaging in Australia: Implications for trademark Rights under the TRIPS Agreements and the Paris Convention*, Anuario de derechos intelectuales, mars 2014, pp. 295-303.
- Mitchell Andrew D. / Samlidis Theodore, *The WTO Tobacco Plain Packaging Disputes: A Prelude to Public Health Measures in International Economic Law*, *International and Comparative Law Quarterly (Forthcoming)*, mai 2021, pp. 1-15.
- Mirzabegian Sera, *Big Tobacco v Australia: Challenges to Plain Packaging*, Cambridge University Press, 2018, pp. 177-184.
- Kaelin Rainer, la Suisse, *A propos du débat parlementaire de la loi des produits du tabac / Plateforme des cigaretteurs*, Bulletin des médecins suisses, 2016, pp. 1653-1656.
- Pepper Jessica K et al, *Effects of Advertisements on Smokers' Interest in Trying E-Cigarettes: The Roles of Product Comparison and Visual Cues*, Tob Control, 2014, pp. 31-36.
- Puig Sergio / Shaffer Gregory, *A Breakthrough with the TPP: The Tobacco Carve-out*, Yale Journal of Health Policy, Law and Ethics, 2016, pp. 327-333.
- Puig Sergio, *Tobacco Litigation in International Courts*, Harvard International Law Journal, Volume 57, 2016, pp. 383-432.
- Rahman Muhammed Aziz et al, *Electronic Cigarettes: Patterns of Use, Health Effects, Use in Smoking Cessation and Regulatory Issues*, Tobacco Induced Diseases, BioMed Central, 2014, pp. 1-9.

-
- Rocha Gabriel Vivian Daniele / Linhares Mesquita Alebe, *Repackaging Intellectual Property Protection International Investment Law: Lessons from the Philip Morris v. Uruguay Case*, Georgetown Journal of International Law, Volume 49, pp. 1117-1142
 - Roemer Ruth / Taylor Allyn / Lariviere Jean, *Global Tobacco Control Issues / Origins of the WHO Framework Convention on Tobacco Control*, American Journal of Public Health, 2005, pp. 936-938.
 - Saffer Henry / Chaloupka Frank, *The Effect of Tobacco Advertising Bans on Tobacco Consumption*, Journal of Health Economics 2000 pp. 1117-1137.
 - Siahpush Mohamed et al, *Socio-economic Variations in Tobacco Consumption, Intention to Quit and Self-efficacy to Quit Among Male Smokers in Thailand and Malaysia: Results from the International Tobacco Control-South-East Asia (ITC-SEA) Survey*, Society for the Study of Addiction, Volume 103, 2008, pp. 502-508.
 - Sissoko Aminata, *La clause d'exception du tabac au sein de l'accord de partenariat transpacifique : une victoire pour la santé publique ?* De Boeck Supérieur / Revue internationale de droit économique, 2018, pp. 75-105.
 - Stebbins Rainier Kenyon, *Transnational Tobacco Companies and Health in Underdeveloped Countries Recommendations for Avoiding a Smoking Epidemic*, Social Science & Medicine, Volume 30, 1990, pp. 227-235.
 - Steiner Christian, *Wie tabak-aktien zum besten investment der geschichte wurden*, Zürcher Zeitung Neue, le 3 janvier 2021.
 - Stewart Terence P, *Current Thoughts on Trade, WTO Appellate Body Issues Reports on Australia's Plain Packaging Requirements on Tobacco Products – Last Reports until WTO Appellate Body Reform Occurs*, 9 juin 2020.
<<https://currentthoughtsontrade.com/2020/06/09/wto-appellate-body-issues-reports-on-australias-plain-packaging-requirements-on-tobacco-products-last-reports-until-wto-appellate-body-reform-occurs/>>
 - Taylor Allyn L., *An International Regulatory Strategy for Global Tobacco Control*, Yale Journal of International Law, Volume 21, 1996, pp. 257-304.
 - *The Symposium on the Boundaries of the WTO*, 96th American Journal of International Law, janvier 2002.
 - Thomas Daniel, *Le tabagisme dans les pays en développement : un facteur de risque et de pauvreté*, Bulletin de l'académie nationale de médecine, Volume 195, 2011, pp. 1255-1268.
 - *Tobacco Proves Addictive: The European Community's Stalled Proposal to Ban Tobacco Advertising*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, [Hereinafter Tobacco Proves Addictive], Volume 26, 1993, pp. 149-180.
 - Voon Tania, *Flexibilities in WTO Law to Support Tobacco Control Regulation*, American Journal of Law and Medicine, Volume 39, 2013, pp. 199-217.
 - Voon Tania, *Third Strike: The WTO Panel Reports Upholding Australia's Tobacco Plain Packaging Scheme*, Journal of World Investment and Trade, 2019, pp. 1-28.

- Wakefield Melanie A. / Germain Daniella, *Adolescents Perceptions of Cigarette Brand Image Does Plain Packaging Make a Difference?* Journal of Adolescent Health, 2010, pp. 385-392.
- Wakefield Melanie A. et al, *The Cigarette Pack as Image: New Evidence from Tobacco Industry Documents*, Tobacco Control, 2002, 11 (supplement 1): Discoveries and Disclosures in the Corporate Documents, mars 2002, pp. 73-80.
- Weiler Todd, *Philip Morris v. Uruguay- An Analysis of Tobacco Control Measures in the Context of International Investment Law*, Report for Physicians for a Smoke Free Canada, juillet 2010, pp. 1-36.
- Willemsen Marc C. / De Zwart Will M., *The Effectiveness of Policy and Health Education Strategies for Reducing Adolescent Smoking: A Review of the Evidence*, Journal of Adolescence, 1999, pp. 587-599.
- Wilson Tim, *Governing in Ignorance: Australian Governments Legislating, Without Understanding Intellectual Property*, Institute of Public Affairs, Mai 2010, pp. 1-25.
- Witmeur Renaud et al, *L'exception de moralité publique dans le commerce international*, Revue internationale de droit économique, De Boeck supérieur, Edition, 2012/3, pp. 237-268.
- Woodward Stephen, *Trends in Cigarette Consumption in Australia*, Australian and New Zealand Journal of Medicine, Volume 14, 1984, pp. 405-407.
- Zhou Suzanne Zhou / Liberman Jonathan, *The Global Tobacco Epidemic, and the WHO Framework Convention on Tobacco Control—The Contributions of the WHO's first Convention to Global Health Law and Governance*, Published in Gian Luca Burci and Brigit Toebe (eds), *Research Handbook on Global Health Law*, pp. 340-388.

Rapports des organes de l'OMC / GATT de 1947

- « *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* », DS 435, Rapport du groupe spécial, 2018.
- « *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* », DS 435, Rapport de l'organe d'appel, 2020.
- « *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* », DS 406, Rapport du groupe spécial, 2011.
- « *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* », DS 406, Rapport de l'organe d'appel 2012.

-
- « République dominicaine – Mesures affectant l'importation et la vente de cigarettes sur le marché intérieur », DS 302, Rapport du groupe spécial, 2004.
 - « United-States– Measures affecting the importation, internal sale and use of tobacco », DS 44, Rapport du groupe spécial,
 - « Argentine–Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles », DS 56, Rapport du groupe spécial, 1997.
 - « Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines », DS 371, Rapport du groupe spécial, 2010.
 - « Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines », DS 371, Rapport de l'organe d'appel, 2011.
 - « EC-Hormones », DS 26, Rapport de l'organe d'appel, 1998.
 - « Japan-Pommes », DS 245, Rapport du groupe spécial, 2003.
 - « Australie–Saumon », DS 18, Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire établi au titre de l'article 21.5 du Mémoire d'accord, 2000.
 - « US-Tuna II(Mexico) », DS 381, Rapport de l'organe d'appel, 2012.
 - « Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines », DS 232, Rapport du groupe spécial, 2002.
 - « US-COOL, Rapport de l'organe d'appel », DS 384, Rapport de l'organe d'appel, 2011.
 - « Australie–Pommes », DS 367, Rapport de l'organe d'appel, 2010.
 - « CE-Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques », DS 291, Rapport du groupe spécial, 2006.
 - « Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes », DS 10, Rapport du groupe spécial du GATT de 1947, 1990.
 - « Border Tax Adjustments », Rapport du groupe spécial du GATT de 1947, 1968.
 - « États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO) », DS 384, Rapport de l'organe d'appel, 2012.
 - « Brésil- Pneumatiques rechapés », DS 332, Rapport du groupe spécial, 2007.
 - « Brésil- Pneumatiques rechapés », DS 332, Rapport de l'organe d'appel, 2007.
 - « États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon », DS 381, Rapport de l'organe d'appel, 2012.
 - « République dominicaine – Mesures visant l'importation de cigarettes », DS 302, Rapport du groupe spécial, 2005.
 - « République dominicaine – Mesures visant l'importation de cigarettes », DS 302, Rapport de l'organe d'appel, 2005.
 - « États-Unis–Mesures affectant l'importation, la vente et l'utilisation de tabac sur le marché Intérieur », DS44, Rapport du groupe spécial, 1994.
 - « Japan–Alcoholic Beverages II », DS 8, Rapport de l'organe d'appel, 1996.

- « Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant », DS 135, Rapport de l'organe d'appel, 2001.
- « Corée–Taxes sur les boissons alcooliques », DS 75, Rapport de l'organe d'appel, 1999.
- « US-Section 211 Appropriations Act », DS 176, Rapport de l'organe d'appel, 2002.
- « EC-Trademarks and Geographical Indications », DS 290, Rapport du groupe spécial, 2005.
- « Canada-Patent Protection for Pharmaceutical Products », DS 114, Rapport du groupe spécial, 2000.
- « EC-Protection of Trademarks », DS 290, Rapport du groupe spécial, 2005.
- « Argentine-Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de cuirs finis », DS 155, Rapport du groupe spécial, 2000.
- « US-Gasoline », DS 2, Rapport du groupe spécial,
- « Colombie– Mesures visant les importations de textiles, vêtements et chaussures », DS 461, Rapport de l'organe d'appel, 2016.
- « États-Unis – Crevettes », DS 58, Rapport de l'organe d'appel, 1998.
- « Argentine-Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles », DS 56, Rapport du groupe spécial, 1997.
- « Communauté européenne- Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque », DS 401, rapport de l'organe d'appel, 2014.

Tribunaux arbitraux CIRDI / CNUDCI

- « Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay », Arbitrage CIRDI, ARB/10/7,
- « Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia », Cour permanente d'arbitrage, PCA numéro.2012-12, 2017.
- « Methanex v. Etats-Unis », Arbitrage CNUDCI, 2005.
- « Feldman Karpa v. Mexico », Arbitrage CIRDI, ARB (AF)/99/1, 2002.
- « Corn Products International Inc v. Mexique », Arbitrage CIRDI, ARB (AF)/04/1, 2009.
- « Grand River Entreprise Six Nations LTD et al v. USA », Arbitrage CNUDCI, 2011.
- « BG v. Argentina Case », Arbitrage CNUDCI, 2007.
- « Salini v. Maroc », Arbitrage CIRDI, ARB/00/4, 2001.
- « Tecmed v. Mexique », Arbitrage CIRDI, ARB(AF)/00/2, 2003.
- « Plama Consortium v. Bulgarie », Arbitrage CIRDI ARB/03/24, 2008.
- « Apotex Holdings Inc and Apotex Inc.v. USA », Arbitrage CIRDI ARB (AF)/12/1, 2014.

Commission européenne des droits de l'homme

- Commission européenne des droits de l'homme, « *Wöckel v. Germany* », 32165/96,

Cour européenne des droits de l'homme

- Cour européenne des droits de l'homme, « *Novoselov v. Russia* », Application no. 66460/01, 2005, Strasbourg.

Cour de Justice de l'Union européenne

- « *Philip Morris Brands SARL e.a. contre Secretary of State for Health* », Arrêt de la Cour (Deuxième Chambre), Affaire C. 547/14, Arrêt du 4.5.2016.

Haute Cour d'Australie

- « *JT International SA v Commonwealth* », High Court of Australia, [2012], HCA 43.
- « *British Medical Association v Commonwealth* », High Court of Australia, [1949], HCA 44.
- « *Bank of New South Wales v Commonwealth* », High Court of Australia, [1948], HCA 7.
- « *Phonographic Performance Company of Australia Limited & ORS v Commonwealth of Australia & ORS* », High Court of Australia, [2012], HCA 8.

Chambre des lords du Royaume-Uni

- « *AG Spalding v AW Gamage (LTD)* », 1915, 84 LJ Ch 449.

Webographie

- Alliance contre le tabac, *La CCLAT*, 2018, <<https://www.alliancecontreletabac.org/la-cclat/>> (Dernière consultation : le 07/01/2019).
- Bollyky Thomas J., *TPP Tobacco Exception Proves the New Rule in Trade*, Council on Foreign Relations, le 4 Février 2016, <<https://www.cfr.org/expert-brief/tpp-tobacco-exception-proves-new-rule-trade>> (Dernière consultation : le 29/10/2021).
- British American Tobacco Switzerland, *Histoire et avenir du tabac*, <http://www.bat.ch/group/sites/BAT_A4KKEC.nsf/vwPagesWebLive/DOA2THNF> (Dernière consultation : le 30/04/2019).
- Bulletin de l'Organisation mondiale de la santé, Interview de Armando Peruga expert à l'OMS de la lutte antitabac, 2014, <<http://www10.who.int/bulletin/volumes/92/12/14-031214/fr/>> (Dernière consultation : le 17/05/2021).
- Camh, *Le tabagisme et la Covid-19 / Renseignements à l'intention des fumeurs*, <https://camh.ca/-/media/files/camh_covid19_infosheet-tobacco-fr-pdf.pdf> (Dernière consultation : le 07/11/2021).
- Cipret Vaud, *Prévention tabagisme, Mode de consommation*, 2016, <<http://www.cipretvaud.ch/category/informations/modes-de-consommation/>> (Dernière consultation : le 07/07/2019).
- Commission européenne, *Tabac, Règlementation sur les produits*, <https://ec.europa.eu/health/tobacco/products_fr> (Dernière consultation : le 15/05/2020).
- Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, *Organe intergouvernemental de négociation de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac (2000-2003)*, <https://www.who.int/fctc/about/whofctc_inb/fr/> (Dernière consultation : le 23/01/2019).
- De Oliveira Inaê Siqueira, *International Institute for Sustainable Development, Investment Treaty News, Restructuration corporative et abus de droits : un tribunal de la CPA considère que les recours de Philip Morris contre l'Australie portant sur la loi sur l'emballage neutre sont irrecevables*, août 2016, <<https://www.iisd.org/itn/fr/2016/08/10/philip-morris-asia-limited-v-the-commonwealth-of-australia-pca-caseno->>> (Dernière consultation : le 12/12/2020).

-
- Département fédéral de l'économie, Secrétariat d'état à l'économie, commerce mondial, OMC, *Principes de bases de l'OMC*, 11/10/2013, Berne, <<https://www.seco.admin.ch/dam/.../Principes%20de%20base%20de%20l'OMC.pdf>> (Dernière consultation : le 21/05/ 2019).
 - Department of Health and Social Care, *Packaging of Tobacco Products*, mai 2016, <<https://www.gov.uk/government/publications/packaging-of-tobacco-products>> (Dernière consultation : le 27/05/2021).
 - FCTC, *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac*, Conférence des Parties à la convention-cadre pour la lutte antitabac, <<https://www.who.int/fctc/cop/governance/fr/>> (Dernière consultation : le 21/10/2021).
 - Cabinet Belger Rhein Poupon, *Paquets neutres et droit de marque*, juin 2017, <<https://bleger-rhein-poupon.com/paquets-neutres-droit-de-marque/>> (Dernière consultation : le 20/01/2021).
 - Cancer environnement, *comprendre, informer, prévenir, La cigarettes électronique ou vapoteuse*, <<https://www.cancer-environnement.fr/392-Cigarette-electronique.ce.aspx>> (Dernière consultation : le 18/05/2021).
 - Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*, <<https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration#:~:text=Le%20R%C3%A8glement%20d'arbitrage%20de,cadre%20de%20leurs%20relations%20commerciales.&text=Le%20R%C3%A8glement%20d'arbitrage%20de%20la%20CNUDCI%2C%20tel%20que%20r%C3%A9vis%C3%A9,vigueur%20le%2015%20ao%C3%BBt%202010>> (Dernière consultation : le 27/11/2020).
 - *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac*, Groupes de travail établis par la Conférence des parties, <<https://www.who.int/fctc/guidelines/groups/fr/>> (Dernière consultation : le 02/10/2020).
 - FCTC, *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac*, Le secrétariat de la convention, <<https://www.who.int/fctc/secretariat/fr/>> (Dernière consultation le 30/01/2019).
 - FCTC, *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac*, 2. *L'organe directeur du traité et ses organes subsidiaires*, <<https://vivello.ch/fctc/fr/node/15>> (Dernière consultation : le 30/01/2019).

- FCTC, *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac*, Les directives adoptées par la conférence des parties, [<https://www.who.int/fctc/treaty_instruments/adopted/fr/>](https://www.who.int/fctc/treaty_instruments/adopted/fr/) (Dernière consultation : le 30/01/2019).
- FCTC, *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac*, Liste complète des signataires et des parties à la convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, 25/10/2017, [<https://www.who.int/fctc/signatories_parties/fr/>](https://www.who.int/fctc/signatories_parties/fr/) (Dernière consultation : le 25/01/2019).
- FCTC, *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac*, *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, Conférence des Parties à la convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac*, [<https://www.who.int/fctc/text_download/fr/>](https://www.who.int/fctc/text_download/fr/) (Dernière consultation : le 25/01/2019).
- FCTC, *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac*, *Entrée en vigueur du Protocole pour éliminer commerce illicite des produits du tabac*, [<https://www.who.int/fctc/mediacentre/press-release/protocol-entering-into-force/fr/>](https://www.who.int/fctc/mediacentre/press-release/protocol-entering-into-force/fr/) (Dernière consultation : le 02/10/2020).
- FCTC, *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac*, *Nouveau rapport sur les progrès mondiaux réalisées dans la mise en œuvre du trait de lutte antitabac*, 1^{er} octobre 2018, [<https://www.who.int/fctc/mediacentre/press-release/launch-global-progress-report-2018/fr/>](https://www.who.int/fctc/mediacentre/press-release/launch-global-progress-report-2018/fr/) (Dernière consultation : le 05/10/2020).
- FCTC, *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac*, *Protocole pour éliminer le commerce illicite des produits du tabac*, [<https://www.who.int/fctc/protocol/illicit_trade/protocol-publication/fr/>](https://www.who.int/fctc/protocol/illicit_trade/protocol-publication/fr/) (Dernière consultation : le 02/10/2020).
- FCTC, *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac*, *Protocole pour éliminer le commerce illicite des produits du tabac : questions/réponses*, <FCTC, *Convention-cadre de l'OMS Pour La Lutte Antitabac*> (Dernière consultation le 31/01/2019).
- FCTC, *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac*, *Protocole pour éliminer le commerce illicite des produits du tabac, Protocole pour éliminer le commerce illicite des produits du tabac : vue d'ensemble*, [<https://www.who.int/fctc/Protocol_summary_fr.pdf>](https://www.who.int/fctc/Protocol_summary_fr.pdf) (Dernière consultation le 31/01/2019).
- Framework Convention Alliance, *About Us*, 2018, [<https://www.fctc.org/about-us/>](https://www.fctc.org/about-us/) (Dernière consultation : le 24/01/2019).

-
- FDA,
<<https://www.fda.gov/tobacco-products/compliance-enforcement-training/retail-sales-tobacco-products>>
(Dernière consultation : le 16/05/2020).
 - Guichard Albane, Business Insider France, *Voici les pays qui interdisent la cigarette électronique totalement ou partiellement*, septembre 2019,
<<https://www.businessinsider.fr/voici-les-pays-qui-interdisent-la-cigarette-electronique-totalement-oupartiellement/#largentine>>
(Dernière consultation : le 10/03/2020).
 - ISDS Platform, *Stop Investor-State Dispute Settlement / Resources for movements, Philip Morris to soon Submit Motion to Intl Arbitration in case of AMCU fine of UAH 1.2 bln*, décembre 2020,
<<http://isds.bilaterals.org/?philip-morris-to-soon-submit&lang=en>>
(Dernière consultation : le 07/01/2021).
 - La Tribune, *L'état du marché de la cigarette électronique en 2019*, 2019,
<<https://www.latribune.fr/supplement/l-etat-du-marche-de-la-cigarette-electronique-en-2019-825386.html>>
(Dernière consultation : le 02/03/2019).
 - Liberman Jonathan, *The WHO Framework Convention on Tobacco Control at 10: Its Power for Global Health and Development in the 21st Century*, Edward Elgar Blog, août 2014,
<<http://elgarblog.com/2014/08/05/the-who-framework-convention-on-tobacco-control-at-10-its-power-for-global-health-and-development-in-the-21st-century-by-jonathan-liberman/>>
(Dernière consultation : le 05/10/2020).
 - Le dico du commerce international, Institut international de développement durable, *Définition de traites bilatéraux d'investissement*,
<<https://www.glossaire-international.com/pages/tous-les-termes/traites-bilateraux-d-investissement.html>>
(Dernière consultation : le 27/11/2020).
 - Le tabac, *Présentation et histoire*, 21 novembre 2011,
<<https://www.gralon.net/articles/sante-et-beaute/dependance/article-le-tabac-présentation-et-histoire-5565.htm>>
(Dernière consultation : le 30/04/2019).
 - Makrigiorgos Anne, *The Inst. of Patent and Trademark Attorneys of Australia, Submission to the Senate Community Affairs Inquiry into the Tobacco Packaging (removing branding from cigarettes packs)*, bill 2009, février 2010,
<http://www.aph.gov.au/senate/committee/clac_ctte/plain_tobaccopackaging_09/submissions/sub09.pdf>
(Dernière consultation : le 10/11/2020).

- Mayer Nathalie, Futura santé, *Cigarettes électroniques : les pays qui ont choisi de l'interdire*, 2019,
<<https://www.futura-sciences.com/sante/questions-reponses/divers-cigarette-electronique-pays-ont-choisiinterdire-11813/>>
(Dernière consultation : le 06/12/2020).
- Mincer Jilian, S. *e-cigarette Use Stalls as Health Concerns Grow*, Reuters / IPSIS poll, Reuters, 24 Mai 2016,
<<https://www.reuters.com/article/us-usa-ecigarettes-poll-idUSKCN0YF0DE>>
(Dernière consultation : le 16/05/2019).
- Nations Unies, Chapitre IX, Santé, 4, *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte anti-tabac*, État au 25-02-2019,
<https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IX4&chapter=9&clang=fr>
(Dernière consultation : le 25/02/2019).
- New Zealand Ministry of Health, *After the Smoke has Cleared: Evaluation of the Impact of a New Smoke Free Law*, Wellington, Ministry of Health, 2006,
<<http://www.hpac.govt.nz/moh.nsf/UnidPrint/MH5599?OpenDocument#information>>
(Dernière consultation : le 10/10/2019).
- OMPI, Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle*,
<<https://www.wipo.int/treaties/fr/ip/paris/>>
(Dernière consultation : le 25/11/2020).
- OMPI, *l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, Traités administrés par l'OMPI*,
<<https://www.wipo.int/treaties/fr/>>
(Dernière consultation : le 04/10/2019).
- ONU Info, *Lutte contre le tabagisme : L'OMS juge nécessaire de renforcer les mesures fiscales publiques*, 2015
<<https://news.un.org/fr/story/2015/07/314292-lutte-contre-le-tabagisme-loms-juge-necessaire-de-renforcer-lesmesures>>
(Dernière consultation : le 18/02/2019).
- Organisation mondiale de la santé, *A propos de l'OMS, ce que nous faisons*,
<<https://www.who.int/about/what-we-do/fr/>>
(Dernière consultation : le 27/12/2018).
- Organisation mondiale de la santé, *Initiative pour un monde sans tabac, Brochure et autres ressources du programme MPOWER*,
<<https://www.who.int/tobacco/mpower/publications/fr/>>
(Dernière consultation : le 08/02/2021).

-
- Organisation mondiale de la santé, *initiative pour un monde sans tabac*, Journée mondiale sans tabac,
<<https://www.who.int/tobacco/communications/events/wntd/fr/>>
(Dernière consultation : le 16/01/2019).
 - Office fédéral de l'environnement, *Convention de Vienne et le protocole de Montréal*,
<<https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/produits-chimiques/info-specialistes/affaires-internationales-produits-chimiques/convention-de-vienne-et-le-protocole-de-montreal.html>>
(Dernière consultation : le 16/12/2020).
 - Organisation mondiale de la santé, Dr Gro Harlem Brundtland, *Directeur général*, 1998,
<<https://www.who.int/dg/brundtland/brundtland/fr/>>
(Dernière consultation : le 14/05/2021).
 - Organisation mondiale de la santé, *Tabac, Principaux faits*,
<<https://www.who.int/fr/news-room/factsheets/%20detail/tobacco#:~:text=Le%20tabac%20fait%20plus%20de.involontairement%20expos%C3%A9s%20%C3%A0%20la%20fum%C3%A9e>>
(Dernière consultation : le 17/05/2021).
 - Organisation mondiale de la santé, *Tabagisme*, 2018,
<<https://www.who.int/fr/news-room/fact-sheets/detail/tobacco>>
(Dernière consultation : le 28/12/2018).
 - Organisation mondiale du commerce, *Comprendre l'OMC : règlement des différends / Une contribution sans précédent*,
<https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/displ_f.htm>
Dernière consultation : le 19/06/2019).
 - Organisation mondiale du commerce, *Histoire du Commerce, Histoire du système commercial multilatéral*,
<https://www.wto.org/french/thewto_f/history_f/history_f.htm>
(Dernière consultation : le 23/12/2020).
 - Organisation mondiale du commerce, *DS 435 : 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 leur emballage*,
<https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds467_f.htm>
(Dernière consultation : le 13/11/2019).
 - Organisation mondiale du commerce, *DS302 : République dominicaine – Mesures visant l'importation de cigarettes*,
<https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds302_f.htm>
(Dernière consultation : le 17/09/2019).

- Organisation mondiale du commerce, *Etats-Unis- Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle*, DS 406, <https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds406_f.htm> (Dernière consultation : le 20/06/2019).
- Organisation mondiale du commerce, *Le Cycle d'Uruguay*, <https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/fact5_f.htm> (Dernière consultation : le 22/12/2020).
- Organisation mondiale du commerce, *Les obstacles techniques au commerce*, <https://www.wto.org/french/tratop_f/tbt_f/tbt_f.htm> (Dernière consultation : le 04/06/2019).
- Organisation mondiale du commerce, *Mesures sanitaires et phytosanitaires, Introduction, Comprendre l'Accord de l'OMC sur les mesures sanitaires et phytosanitaires*, <https://www.wto.org/french/tratop_f/sps_f/spsund_f.htm> (Dernière consultation : le 19/10/2020).
- Organisation mondiale du commerce, *Organisations internationales intergouvernementales ayant le statut d'observateur auprès de l'OMC*, <https://www.wto.org/french/thewto_f/igo_obs_f.htm> (Dernière consultation : le 05/11/2021).
- Organisation mondiale du commerce, *Qu'est-ce que l'OMC ?* <https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/whatis_f.htm> (Dernière consultation : le 20/05/2019).
- Organisation mondiale du commerce, *Rapports de règlement des différends dans le cadre du GATT de 1947*, <https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/gt47ds_f.htm> (Dernière consultation le : 13/06/2019).
- Organisation mondiale du commerce, *Etats-Unis/Thaïlande : cigarettes*, <https://www.wto.org/french/tratop_f/envir_f/edis03_f.htm> (Dernière consultation : le 12/06/2019).
- Organisation mondiale du commerce, *Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines*, DS 371, <https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds371_f.htm> (Dernière consultation : le 29/06/2019).
- Philip Morris, *Retailer Brochure, Introducing New Packaging on many Philip Morris USA (PM USA) Brands*, Bates Number 5003355067-5072, 2010, <<http://www.pmdocs.com/core/downloadSearch-Blob?IDX=1&FROM=SEARCH&CVSID=34e3d36b9412b753adc386cd5630b887>> (Dernière consultation : le 06/11/2020).

-
- Planetoscope, *Combien de tabac est cultivé dans le monde*, 2012,
<<https://www.planetoscope.com/agriculture-alimentation/1508-production-mondiale-de-tabac.html>>
(Dernière consultation : le 06/05/2019).
 - PressePortal, Philip Morris S.A, lance en Suisse iQOS, son système révolutionnaire de tabac chauffé, le 04/08/2015,
<<https://www.presseportal.ch/fr/pm/100054131/100776131>>
(Dernière consultation : le 08/05/2020).
 - Press Release, Singapore's Response to World Health Organisation's (WHO) Report, Singapore Ministry of Health, 27 Août 2014,
<https://www.moh.gov.sg/content/moh_web/home/pressRoom/pressRoomItemRelease/2014/singapore-s-response-to-world-health-organisations-who-report.html>
(Dernière consultation : le 09/10/2020).
 - Québec sans tabac, *Industrie du tabac / Le récit d'un tueur en série : les débuts de la vente du tabac*,
<<https://quebecsanstabac.ca/je-minforme/industrie-tabac/debuts-vente-tabac>>
(Dernière consultation : le 02/05/2019).
 - Rapport sur la santé dans le monde, *Tabac : l'action de l'OMS*,
<https://www.who.int/whr/media_centre/factsheet2/fr/>
(Dernière consultation : le 23/01/2019).
 - Rimmer Matthew, OMPI Magazine, *Les cigarettes vous tueront : la Haute Cour d'Australie et le conditionnement neutre des produits du tabac*, 2013,
<https://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2013/01/article_0005.html>
(Dernière consultation : le 12/11/2020).
 - Santé Publique France, *Perception du paquet de tabac neutre par les fumeurs : baromètres 2016 et 2017*, 20 mai 2019,
<<https://www.santepubliquefrance.fr/les-actualites/2019/perception-du-paquet-de-tabac-neutre-par-les-fumeursbarometres-2016-et-2017>>
(Dernière consultation : le 28/10/2019).
 - Stop-tabac.ch, *La cinétique de la nicotine*, novembre 2020,
<<https://www.stop-tabac.ch/fr/therapies-et-medicaments-pour-arreter-de-fumer/les-substituts-de-nicotine/lacinetique-de-la-nicotine>>
(Dernière consultation : le 18/05/2021).
 - Réseau de santé, vitalité, tabac, France, mars 2015
<https://rolandpepin.files.wordpress.com/2015/03/le-tabac-mars-2015-finale_fr.pp>
(Dernière consultation : le 30/04/2019).

- Schacherer Stefanie, *International Institute for Sustainable Development, Investment Treaty News, Philip Morris v Uruguay*, October 2018, <<https://www.iisd.org/itn/en/2018/10/18/philip-morris-v-uruguay/>> (Dernière consultation : le 09/12/2020).
- Tabac et liberté (Réseau de professionnel de santé), *Historique du Tabac*, Toulouse, France, 29 mars 2016, <<http://www.tabac-liberte.com/tabac/historique-du-tabac/>> (Dernière consultation : le 06/05/2019).
- ThoughtCo., Mike Moffatt, *Cross-Price Elasticity of Demand, A Primer on the Cross-Price Elasticity of Demand*, 25 Février, 2017, <<https://www.thoughtco.com/cross-price-elasticity-of-demand-overview-1146251>> (Dernière consultation : le 15/05/2020).
- S. Department of Health and Human Services, *CDC Recommended Annual per Capita Funding Levels for State Programs*, 2007, Atlanta, U.S. Department of Health and Human Services, Centers for Disease Control and Prevention, 2007, <www.cdc.gov/tobacco/tobacco_control_programs/stateandcommunity/best_practices/00_pdfs/2007/best_practices_sectionBpc.pdf> (Dernière consultation : le 07/11/2019).
- Food and Drug Administration, *Family Smoking Prevention and Tobacco Act, An Overview*, <<https://www.fda.gov/tobacco-products/rules-regulations-and-guidance/family-smoking-prevention-andtobacco-control-act-overview>> (Dernière consultation : le 20/08/2021).
- WHO Framework Convention for Tobacco Control, *The History of the WHO Framework Convention for Tobacco Control*, <<https://www.who.int/fctc/about/history/en/>> (Dernière consultation : le 22/01/2019).
- World Health Organisation, *US\$ 1.4 trillion Lost Every Year to Tobacco Use – New Tobacco Tax Manual Shows Ways to Save Lives, Money and Build back Better after COVID-19*, 2021, <<https://www.who.int/news/item/12-04-2021-1.4-trillion-lost-every-year-to-tobacco-use-new-tobacco-tax-manual-shows-ways-to-save-money-and-build-back-better-after-covid-19>> (Dernière consultation : le 02/12/2021).
- World Trade Organization, *Work with other international organizations, The WTO and WHO*, <https://www.wto.org/english/thewto_e/coher_e/wto_who_e.htm> (Dernière consultation : le 03/11/2021).

Liste des abréviations

ADPIC :	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce.
AECG / CETA :	Accord économique et commercial global.
AGCS / GATS :	Accord général sur le commerce des services.
ALE :	Accords de libre-échange.
ALENA :	Accord de libre-échange nord-américain.
AMS :	Assemblée mondiale de la santé.
AOTC :	Accord sur les obstacles techniques au commerce.
ASPS :	Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires
CCLAT :	Convention-cadre pour la lutte antitabac.
CE :	Communautés européennes.
CEDH :	Cour européenne des droits de l'homme.
CESCR :	Committee on Economic, Social and Cultural Rights.
CF :	Conferre.
C.I.J. :	Cour internationale de justice.
CIRDI :	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements.
CJUE :	Cour de justice de l'Union européenne.
CNUCED :	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement.
CNUDCI :	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.
COP :	Conférence des parties.
DPI :	Droits de la propriété intellectuelle.
FAO :	Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture / Food and Agriculture Organization.
FCA :	Framework Convention Alliance.
FDA :	Food and Drug administration.
FSPTCA :	Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act.
FMI :	Fonds monétaire international.

GATT de 1947 :	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947.
GATT de 1994 :	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994.
MNT :	Maladies non transmissibles.
MPOWER :	Monitor, Protect, Offer, Warn, Enforce, Raise.
OACI :	Organisation de l'aviation civile internationale.
ODD :	Objectifs de développement durable.
OCDE :	Organisation de coopération et de développement économiques.
OIT :	Organisation internationale du travail.
OMC :	Organisation mondiale du commerce.
OMPI :	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle.
OMS :	Organisation mondiale de la santé.
ONG :	Organisation non gouvernementale.
ONU :	Organisation des Nations Unies.
ORD :	Organe de règlement des différends.
PIB :	Produit intérieur brut.
PIDESC :	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.
PM :	Philip Morris.
PMI :	Philip Morris International.
SDN :	Société des nations.
TBI :	Traités bilatéraux d'investissement.
TFUE :	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.
TPP :	Tobacco Plain Packaging.
TVA :	Taxe sur la valeur ajoutée.
UE :	Union européenne.

I. Introduction générale

Le rôle prépondérant que joue le tabac dans la survenance de plusieurs maladies a été depuis longtemps démontré. Plusieurs études ont ainsi mis en évidence la responsabilité de ce produit dans la survenue de pathologies telles que la bronchite chronique ou plus encore les insuffisances respiratoires¹. Il y a donc de nos jours unanimité sur la nécessité de lutter contre les méfaits du tabac². Dès lors, le débat ne porte plus sur le degré exact de sa nocivité ou sur l'urgence de mener à bien cette lutte mais plutôt sur la manière dont les efforts en matière de prévention et de réglementation doivent être entrepris. Néanmoins, la lutte antitabac devra faire face à de nombreux phénomènes et autres mutations économiques qui sont en mesure d'influer grandement sur son processus.

La libéralisation accrue des échanges commerciaux risque en effet de stimuler la demande de certains produits jugés nocifs pour la santé. Sa protection se retrouve par conséquent confrontée à ce phénomène qu'est la mondialisation qui peut donner lieu à une certaine tension entre d'une part, les différentes politiques de santé publique et d'autre part, les impératifs d'ordre économique³. En outre, d'autres domaines connexes au commerce international tels que les investissements internationaux sont susceptibles de poser plusieurs défis à la sauvegarde de la santé publique. La protection de la santé devient donc un enjeu mondial qui ne peut être traité par les seules législations nationales⁴. Cette problématique risque ainsi d'influer grandement sur l'encadrement du tabac à l'échelle internationale et ce, du fait des effets nocifs de ce produit.

La santé est aussi un objet du droit qui entretient des liens étroits avec plusieurs autres segments du droit international. Le tabac va alors se retrouver, à son tour, au cœur même de cette relation. Les principaux acteurs du droit international sanitaire vont tenter de lutter efficacement contre les méfaits de

¹ Ruth Roemer, *L'action législative contre l'épidémie mondiale de tabagisme*, Organisation mondiale de la santé, Deuxième édition, Genève, 1995, p. IX, p. 18.

² Préambule de la Convention-Cadre de l'OMS pour la lutte antitabac (CCLAT).

³ Benn Mc Grady, *Trade and Public Health / The WTO, Tobacco, Alcohol and Diet*, Cambridge University Press, 2011, USA, p. 2.

⁴ David P. Fidler, *International Law and Public Health / Materials on and Analysis of Global Health Jurisprudence*, Transnational Publishers, New York, 2000, pp. 184-185.

ce produit et ce, par le biais d'une réglementation stricte qui prend en considération l'ensemble des éléments du droit international. Cette prise de considération découle du fait que toutes les branches de ce droit ont des répercussions sur la santé. Il est donc tout à fait normal que cette question fasse l'objet de développements et d'analyses⁵.

Ces analyses risquent de traiter de certains aspects relatifs au tabac en raison de ses effets dévastateurs sur la santé. Les principaux acteurs du droit international vont ainsi œuvrer pour la mise en place d'un cadre juridique propice à la lutte antitabac. Cette lutte va dès lors se retrouver au confluent de plusieurs branches de ce droit⁶. Elle nous permettra d'analyser par la même occasion le phénomène de la fragmentation, à la fois normative et judiciaire, du droit international. En effet, ce droit, qui aspire, à la base, à assurer une certaine coordination entre ses différentes branches, se retrouve souvent face à ce phénomène qu'est la fragmentation. C'est l'apparition d'une multitude de pôles particulièrement actifs dans l'interprétation des règles du droit international qui aboutit à ce constat relatif à la fragmentation⁷. La lutte antitabac peut alors matérialiser ce phénomène vu qu'elle soulève, comme mentionné précédemment, plusieurs questions d'ordre juridique.

De plus, ce processus englobe de nombreuses branches du droit telles que le droit international de la santé, le droit du commerce international, le droit international de la propriété intellectuelle ou plus encore le droit international de l'investissement.

⁵ Société française pour le droit international, Colloque de Rennes, *Santé et droit international*, Éditions A. Pedone-13 rue Soufflot-Paris, 2019, p. 29.

⁶ Plusieurs litiges traités dans le cadre de l'OMC mettent en exergue cette problématique. Pour plus d'informations, voir « *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* », DS 435 et également, « *États-Unis - Cigarettes aux clous de girofle* », DS 406.

⁷ Pour plus d'informations sur le phénomène de la fragmentation du droit international, voir Bob Kieffer / Clément Marquet, *L'Organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public*, Droit international économique, 2^{ème} édition, Bruylant, Bruxelles, 2020 ou plus encore, Jean Combacau, *Le droit international : bric-à-brac ou système ?* 1986.

Le tabac se retrouve aussi, vu les dangers qu'il représente pour la santé, au cœur du débat relatif au droit à la santé. C'est sa faculté à mettre à mal cette notion inhérente aux droits humains fondamentaux qui nous pousse à établir un tel constat⁸.

La lutte antitabac risque en même temps de conduire à un éclatement juridictionnel au niveau du droit international⁹. Cette constatation est due aux différentes procédures découlant des contentieux relatifs au tabac. Ce produit donne en effet lieu à plusieurs arbitrages¹⁰ et soulève en même temps des questions devant les différents organes de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)¹¹.

Les affaires traitant de la réglementation du tabac sont donc un exemple paradigmatique de la fragmentation du droit international. La lutte antitabac va alors nécessiter une coordination entre les différentes branches du droit international puisque plusieurs domaines tels que la santé, le commerce international ou plus encore la propriété intellectuelle sont en jeu. Cette coordination peut se concrétiser vu que les domaines susmentionnés font partie intégrante du droit international.

Tout d'abord, on constate, en se fondant sur la nature même de cette notion qu'est la santé, que ce domaine est étroitement lié au droit international. En effet, les différentes crises sanitaires telles que les épidémies ignorent les frontières. Les États vont dès lors se retrouver dans l'obligation de coopérer en vue

⁸ Un grand nombre des instruments des Nations Unies relatifs aux droits humains fait expressément mention de cette notion qu'est le droit à la santé, on peut citer à titre d'exemple la section 3.4 du 1^{er} chapitre de la Constitution de l'OMS ou plus encore l'article 25 de la déclaration universelle des droits de l'homme. Pour plus d'informations sur le droit à la santé au sein du droit international, voir l'ouvrage de Brigit C.A. Toebes, *The Right to Health as a Human Right in International Law*, School of Human Rights Research Series, Antwerpen-Groningen-Oxford, 1999.

⁹ Sabrina Robert-Cuendet / Brigitte Stern, *Droit des investissements internationaux / Perspectives croisées*, Droit international économique, Bruylant, Bruxelles, 2017, p. 387.

¹⁰ Pour plus de détails sur ce point, voir Cour permanente d'arbitrage, « *Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia* » et, « *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay* », ICSID Case no ARB/10/7.

¹¹ Voir « *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* », DS 435.

d'une solution capable de protéger¹² ce bien public mondial qu'est la santé¹³. Le droit international peut donc aider à améliorer la protection de la santé. Cette nécessité a, par la suite, donné lieu à l'apparition de cette branche du droit dénommée droit international de la santé dont le principal organe est l'Organisation mondiale de la santé (OMS)¹⁴. C'est sous les auspices de cette organisation que sont menées les différentes luttes aspirant à protéger la santé et ce, du fait du pouvoir normatif dont dispose l'OMS. Elle peut en ce sens adopter des accords et surtout des conventions¹⁵. Cependant, cette organisation a fait jusqu'à présent un usage modéré de ce pouvoir car elle privilégie l'adoption de normes de *soft law*¹⁶. Néanmoins, vu l'ampleur de l'épidémie mondiale de tabagisme, l'OMS a enfin usé de son pouvoir normatif par le biais de l'adoption par l'Assemblée mondiale de la santé (AMS) en 2003 de la convention-cadre pour la lutte antitabac (CCLAT)¹⁷. Cette convention représente une avancée considérable en matière de gouvernance mondiale de la santé, surtout dans le cadre de la lutte contre le tabac et les maladies non transmissibles (MNT) d'une façon générale¹⁸.

L'OMS ne peut cependant pas régir à elle seule tous les aspects relatifs au tabac. Comme mentionné précédemment, plusieurs autres branches du droit international influent sur la protection de la santé et donc sur la lutte antitabac. Cette conclusion découle principalement des différentes connexions établies entre la santé et d'autres domaines qui sont, eux aussi, au cœur même

¹² Société française pour le droit international, Colloque de Rennes, *Santé et droit international*, Editions A. Pedone-13 rue Soufflot-Paris, 2019, pp. 9-11.

¹³ Pour plus d'informations sur le concept de la santé en tant que bien public, voir Bruno Boidin, *Économie politique de la santé comme bien public mondial*, Revue de la régulation / Capitalisme, institutions, pouvoirs, 2015.

¹⁴ Cf. *supra*, note 12.

¹⁵ Yves Beigbeder, *L'Organisation mondiale de la santé*, Presses Universitaires de France, Paris, 1995, p. xvii.

¹⁶ Société française pour le droit international, Colloque de Rennes, *Santé et droit international*, Éditions A. Pedone-13 rue Soufflot-Paris, 2019, p. 13.

¹⁷ Archives de l'OMS, documentation relative à la 56^{ème} assemblée mondiale de la santé, 2003.

¹⁸ Andrew D. Mitchell / Tania Voon, *The Global Tobacco Epidemic and the Law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, USA, 2014, p. 11.

du droit international. L'incidence des enjeux liés à la sécurité sanitaire sur les autres branches du droit international peut aussi expliquer cette interaction¹⁹. La lutte antitabac sera donc menée sur plusieurs fronts.

Cette problématique va tout d'abord nous amener à nous intéresser aux rapports entre le commerce international et les impératifs liés à la santé publique²⁰. Le tabac risque alors de se retrouver au centre de cette relation mettant aux prises deux notions qui peuvent, à première vue, nous paraître antinomiques. Ce sont les différentes conjonctures économiques et sanitaires qu'a connues le monde moderne qui expliquent ce débat relatif aux liens entre le commerce international et la santé publique. Plusieurs acteurs du monde sanitaire vont ainsi appeler à une plus grande interaction entre ces deux domaines. Cet appel trouve tout son sens du fait de la problématique liée à l'émergence des MNT, question qui n'était pas encore d'actualité lors de l'adoption du GATT de 1947²¹. En outre, ces maladies connaissent une croissance exponentielle due à la libéralisation accrue des échanges qui entraîne avec elle une baisse significative des prix. La consommation de produits tels que l'alcool ou plus encore le tabac sera alors en constante augmentation et risque de mettre à mal la lutte contre les MNT²². Plusieurs études ont tenu des constats allant dans ce sens²³. Ces études ont notamment démontré que l'ouverture des marchés donnait lieu à une augmentation des campagnes publicitaires²⁴ qui visent à attirer une nouvelle clientèle²⁵. L'enjeu sera dès lors d'analyser la marge de manœuvre accordée aux États pour lutter contre les méfaits du

¹⁹ Mélanie Samson, *L'Organisation mondiale du commerce : un forum approprié pour la protection de la santé publique ?* in Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Michel Jacquet, Éditions LexisNexis, Paris, 2013, pp. 299-300.

²⁰ Clotilde Jourdain-Fortier, *Santé et commerce international / Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, Université de Bourgogne - CNRS- Travaux du centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Volume 26, 2006.

²¹ Benn Mc Grady, *op.cit.*, p. 2.

²² *Ibid.*

²³ La consommation de tabac a augmenté de 10 % en 1991 dans des pays tels que le Japon, la Taiwan ou plus encore la Corée du Sud lors de l'ouverture de leur marché aux cigarettes en provenance des Etats-Unis. Pour plus d'informations sur ce sujet, voir Frank Chaloupka/ Adit Laixuthai, *U.S. Trade Policy and Cigarette Smoking in Asia*, NBER Working Paper Series, Working Paper 5543, 1996, p. 13.

²⁴ *Ibid.*, pp. 239-244.

²⁵ World Health Organization, *Confronting the Tobacco Epidemic in a New Era of Trade and Investment Liberalization*, Commissioned by the World Health Organization Tobacco Free Initiative, 2012, p. 49.

tabac au sein d'organisations telles que l'OMC. Cette analyse nous permettra de déterminer dans quelle mesure les acteurs du commerce international prennent en considération les enjeux sanitaires liés au tabac et ce, dans un contexte de forte libéralisation des échanges économiques.

La lutte antitabac risque aussi d'être en interaction avec d'autres branches du droit international. En effet, la protection de la santé publique (et donc par ricochet la lutte antitabac) peut se retrouver en opposition avec certaines normes du droit international de la propriété intellectuelle. Ce constat découle du fait que les différentes protections accordées par la propriété intellectuelle sont susceptibles d'interférer avec les politiques de santé publique²⁶. On se posera alors la question de savoir si la protection de la propriété intellectuelle, en tant que droit, est en opposition avec les politiques sanitaires menées par les États. Dans cette perspective, nous allons analyser le degré de protection dont jouit le droit de la propriété intellectuelle lors de questions se rapportant à la santé²⁷. L'enjeu principal sera d'étudier la compatibilité de certaines mesures en relation avec le tabac et dont le but est de protéger la santé, avec le droit international de la propriété intellectuelle. Un examen approfondi des répercussions des législations relatives aux marques de commerce sur les politiques en matière de lutte antitabac doit en outre être établi²⁸. En effet, du fait des obligations en relation avec les mises en garde sanitaires et de l'adoption des paquets neutres, les emballages n'ont plus pour seule vocation de promouvoir les produits du tabac. On se retrouve par conséquent face à un conflit opposant d'une part, les impératifs sanitaires découlant de la lutte antitabac et d'autre part, les droits garantis par la propriété intellectuelle. Cette question sera analysée plus loin dans ce travail de thèse.

Le droit international de la propriété intellectuelle peut aussi, vu qu'il est l'un des principaux vecteurs d'activité économique et surtout d'investissements²⁹, donner lieu à une interaction entre le droit international de l'investissement et la lutte antitabac. Des interrogations en relation avec les investissements étrangers risquent alors d'être soulevées. Elles sont dues au fait que, contrairement aux échanges commerciaux, les investissements réalisés à l'échelle inter-

²⁶ Alberto Alemanno / Enrico Bonadio, *The New Intellectual Property of Health / Beyond Plain Packaging*, Edward Elgar Edition, Cheltenham, UK / Northampton, USA, 2016, Foreword.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Tania Voon / Andrew D. Mitchell / Jonathan Liberman, *Regulating Tobacco, Alcohol and Unhealthy Foods / The Legal issues*, Routledge Edition, London / New York, 2015, p. 131.

²⁹ Sabrina Robert-Cuendet / Brigitte Stern, *op.cit.*, p. 360.

nationale ne sont pas régis par un régime uniforme basé sur des règles communes. Ils sont plutôt fondés sur un système composé d'une myriade d'accords bilatéraux communément appelés *traités bilatéraux d'investissement* (TBI)³⁰. Ces investissements, du fait de leur augmentation continue, risquent aussi de poser plusieurs défis à la santé. En effet, la signature d'un TBI amène avec elle son lot de régimes dont le poids juridique est contraignant. Les États devront en ce sens promouvoir et faciliter les investissements étrangers³¹. Cette promotion des investissements peut donner lieu à une réduction des standards sanitaires à cause des efforts fournis par certains pays pour réaliser les objectifs susmentionnés. En outre, la multiplication des investissements à l'échelle mondiale est susceptible de menacer la souveraineté des États en matière de politique publique. Les différentes législations relatives à la santé publique risquent en effet d'être en opposition avec certains investissements étrangers. Ce constat est renforcé par le fait que la protection de la santé est rarement mentionnée dans les TBI³². On risque donc d'avoir une opposition entre d'une part, les différentes protections accordées aux investissements et d'autre part, le droit souverain des États à sauvegarder la santé publique. Les investisseurs étrangers sont alors susceptibles d'alléguer que leurs droits découlant des TBI sont violés alors que les États accueillant les investissements peuvent invoquer la protection de la santé³³. Le tabac risque donc de se retrouver, en raison du danger qu'il représente, au cœur de cette problématique relative à la relation entre le droit international de l'investissement et la protection de la santé. Dès lors, une coordination entre les différents segments du droit international s'impose pour mieux réguler le tabac et ce, dans l'optique de réduire ses dommages sur la santé. On se posera en ce sens la question de savoir si le droit international, en tant que « système », permet de lutter efficacement contre les méfaits de ce produit. C'est le degré de coordination entre les branches de ce droit qui nous permettra de répondre à cette interrogation.

L'un des principaux axes de cette étude sera alors de mettre en lumière les liens existants entre la santé publique (et donc par ricochet la lutte antitabac) et les autres segments du droit international. On essaiera dès lors de déterminer si les dispositions contenues au sein des branches du droit international

³⁰ *Ibid.*, p. 111.

³¹ Valentina Vadi, *Public Health in International Investment law and Arbitration*, Routledge, London, New York 2013, pp. 1-2.

³² *Ibid.*

³³ Voir « Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. République orientale l'Uruguay », arbitrage CIRDI, ARB/10/7.

prennent en considération des valeurs non marchandes³⁴ telles que la protection de la santé. Cette démarche peut ainsi nous aider à mettre en exergue l'interaction entre les différents segments du droit international et de traiter de la place accordée à la santé au sein dudit droit.

Ce travail va nous conduire en premier lieu à présenter les différents aspects du tabac. Cette partie nous permettra d'aborder les principaux enjeux relatifs à ce produit.

On analysera par la suite la lutte antitabac au sein du droit international de la santé et ce, par le biais d'un examen approfondi de l'action de l'OMS.

La partie suivante va traiter de la place conférée par le commerce international à la santé. On étudiera en ce sens l'encadrement du tabac par le droit de l'OMC.

On examinera par la suite la lutte antitabac au sein de cette branche du droit, qu'on peut qualifier d'innovante, qui est le droit international de la propriété intellectuelle. On essaiera encore une fois de relativiser ce supposé antagonisme entre le droit susmentionné et la protection de la santé. Cette étude nous amènera aussi à traiter des contentieux relatifs au tabac au sein du droit international de l'investissement.

Ce travail, du fait son objet principal relatif au tabac, va aborder plusieurs questions d'actualité. Il va en ce sens examiner de nouvelles problématiques. Cet examen est dû à l'apparition de certains produits qui risquent de détourner les consommateurs du tabac classique.

En outre, cette étude vise à démontrer comment la lutte antitabac peut conduire à une coordination entre les branches du droit international et ce, par le biais de l'analyse de la place de la santé au sein de leurs différents règlements. On sera amené, au cours de cette étape, à mettre en lumière la marge de manœuvre accordée par les composantes du droit international aux États pour sauvegarder la santé. On essaiera donc d'adopter une approche cohérente, qui nous permettra d'harmoniser l'ensemble des segments du droit qui influent sur la protection de la santé.

³⁴ La valeur non marchande a été consacrée par Clotilde Jourdain-Fortier dans son ouvrage « *Santé et commerce international / Contribution à l'étude de la Protection des Valeurs non Marchandes par le Droit du Commerce International* ». Pour plus d'informations, voir pp. 5-9 dudit ouvrage.

L'objectif sera donc de déterminer si les branches du droit à vocation « commerciale » peuvent prendre en compte des considérations non économiques et ainsi assurer, lorsque la situation l'exige, la primauté de la santé.

II. Le tabac : présentation générale

A. Le tabac en tant que marchandise

Le tabac est fabriqué à partir de feuilles séchées du tabac commun (appelées en latin *Nicotiana Tobacum*)³⁵. L'étymologie du mot « *tabac* » nous renvoie au lieu de sa découverte (Tabasco au Mexique) ainsi qu'au Tabaccos qui est une sorte de roseaux que les naturels utilisaient pour le fumer³⁶. Cette appellation a été éternisée par le docteur François Hernandez de Tolède au 16^{ème} siècle³⁷. Le tabac est à la base originaire d'Amérique centrale et il appartient à la famille botanique des Solanacées. On met les feuilles séchées à fermenter pour en extraire son goût spécifique³⁸. Sa récolte se caractérise par sa complexité. En effet, les feuilles de tabac vont subir, au cours de ce processus, plusieurs traitements pour pouvoir être lancées sur le marché. Sa production nécessite donc une main d'œuvre assez importante³⁹.

Le tabac est surtout connu de nos jours pour son extrême nocivité car il provoque une multitude de maladies⁴⁰. Il joue aussi un rôle important dans l'apparition du cancer du poumon et sa responsabilité dans la survenue de plusieurs autres pathologies (cancer de la vessie ou du pharynx) a été prouvée par de nombreuses études⁴¹. Il peut, de surcroît, être nocif pour les non-fumeurs par le biais du tabagisme passif⁴². Ce sont les différents composants du tabac qui rendent ce produit extrêmement nocif. Lorsqu'il brûle, il se transforme en cendre et fumée qui contiennent plus de 4000 substances chimiques can-

³⁵ Le tabac, *Présentation et histoire*, 21 novembre 2011, <<https://www.gralon.net/articles/sante-et-beaute/dependance/article-le-tabac---presentation-et-histoire-5565.html>> (Dernière consultation : le 30/04/2019).

³⁶ C. Barbier, *Histoire du tabac : ses persécutions*, Editions Gustave Havard, 2^{ème} édition, 1861, p. 6.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Cf. *supra*, note 35.

⁴⁰ Ruth Roemer, *op.cit.*, p. ix, Avant- propos de Claude Evin.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

cérogènes⁴³. Il faut néanmoins attendre les années 1950 pour arriver à un tel constat concernant la toxicité du tabac⁴⁴. Le tabac peut aussi avoir différents modes de consommation. Certains consommateurs l'utilisent sous forme de cigarette classique ou roulée à la main. On peut aussi le mâcher ou le consommer via des pipes à eau (narguilé)⁴⁵. De nos jours, plusieurs produits de substitution aux cigarettes classiques sont apparus sur le marché à l'instar notamment des cigarettes électroniques.

On constate donc que le tabac présente certaines particularités que l'on ne retrouve pas dans d'autres produits. Néanmoins, le tabac était, lors de son introduction en Europe, vanté pour ses vertus médicales. On se doit donc de traiter de cet aspect avant de survoler rapidement l'historique de sa commercialisation pour mieux analyser par la suite son encadrement par les principaux acteurs du droit international.

B. Le tabac sous tous ses aspects

1. Usage médicinal du tabac

Le tabac fut ramené en Europe pour la première fois en 1496 par Ramon Pané, un moine qui avait accompagné Christophe Colomb lors de son voyage⁴⁶. Sa découverte est néanmoins antérieure à cette date. Les amérindiens ont découvert cette plante depuis 5500 ans⁴⁷. Ils ont par la suite développé son mode de consommation. Ils se sont en effet mis à utiliser le tabac lors de leurs rituels religieux et magiques ainsi qu'à des fins médicales⁴⁸. Ce mode de consommation remonte à plus de 1500 ans. Ce constat découle du fait que plusieurs céramiques et peintures murales de culture précolombienne américaine

⁴³ Réseau de santé, vitalité, tabac, France, mars 2015, <https://rolandpepin.files.wordpress.com/2015/03/le-tabac-mars-2015-finale_fr.pp> (Dernière consultation : le 30/04/2019).

⁴⁴ Andrew D. Mitchell / Tania Voon, *op.cit.*, 12.

⁴⁵ Cipret Vaud, *Prévention tabagisme, Mode de consommation*, <<http://www.cipretvaud.ch/category/informations/modes-de-consommation/>> (Dernière consultation : le 07/07/2019).

⁴⁶ C. Barbier, *op.cit.*, p. 5.

⁴⁷ British American Tobacco Switzerland, *Histoire et avenir du tabac*, <http://www.bat.ch/group/sites/BAT_A4KKEC.nsf/vwPagesWebLive/DOA2THNF> (Dernière consultation: le 30/04/2019).

⁴⁸ Petrus C. Van Duyn / Georgios A. Antonopoulos, *The Criminal Smoke of Tobacco Policy Making / Cigarette Smuggling in Europe*, Wolf Legal Publishers, 2009, p. 1.

(Maya, Aztèque) nous permettent de retracer les origines de la consommation du tabac⁴⁹. En 1492, Christophe Colomb, lors de sa découverte du nouveau monde, s'aperçoit que les amérindiens fument une plante que l'on surnommait à l'époque « *Petum* »⁵⁰. C'est donc à la suite de cette découverte que les premières graines de tabac furent ramenées en Europe par les Espagnoles. Ces derniers les ont dérobées aux habitants de Tabasco (province du Yucatan au Mexique)⁵¹.

Lors de son arrivée en Espagne, le tabac était utilisé par certains nobles et membres de la cour royale comme plante d'ornement⁵². Il fut par la suite introduit en France par un certain Jean Nicot (ambassadeur de France au Portugal) qui le présenta à la reine Catherine de Médicis⁵³. C'est le patronyme de ce dernier qui inspira le nom botanique de « *Nicotiana Tabacum* »⁵⁴. Le tabac était au début vanté pour ses qualités médicales en Europe. En effet, plusieurs savants virent en lui un remède universel, une sorte de panacée capable de venir à bout de plusieurs fléaux tels que la peste⁵⁵. C'est le marin italien Giovanni de Verrazano qui élaborait cette thèse relative aux supposées vertus médicales du tabac. Il a présenté le tabac comme tel lors d'un rapport qu'il a rédigé sur les coutumes des indiens d'Amérique du Sud⁵⁶. Quant au premier scientifique à en faire la promotion en tant que plante médicinale, il s'agit de Nicolas Monardes, un physicien originaire de Séville⁵⁷. Cette utilisation à des fins médicales s'est par la suite généralisée dans le monde entier. On peut citer, à titre d'exemple, Jean Nicot qui a prescrit du tabac à la reine de France Catherine de Médicis pour soigner ses maux de tête⁵⁸. En Angleterre, le tabac opérait plusieurs guérisons. En effet, un médecin anglais du 16^{ème} siècle a cité de nombreux œdèmes que l'on pouvait guérir grâce à son usage⁵⁹. On

⁴⁹ Ruben Oropeza, *Between Puffs / Two Thousand Years of Tobacco Use*, Rivercross Publishing, Orlando, 2005, p. 23.

⁵⁰ C. Barbier, *op.cit.*, p. 6.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Cf. *supra*, note 47.

⁵³ C. Barbier, *op.cit.*, p. 7, p. 8.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ British American Tobacco Switzerland, *Histoire et avenir du tabac*, <http://www.bat.ch/group/sites/BAT_A4KKEC.nsf/vwPagesWebLive/DOA2THNF> (Dernière consultation : le 01/05/2019).

⁵⁶ Ruben Oropeza, *op.cit.*, p. 130.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 131.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ C. Barbier, *op.cit.*, p. 25.

l'utilisait aussi pour faire des sirops, des vomitifs⁶⁰, des analgésiques et des antiseptiques⁶¹. En Chine, le tabac était consommé pour se prémunir contre des maladies telles que la malaria ou pour soigner les problèmes d'indigestion⁶². Le tabac était donc à l'époque vanté pour ses vertus curatives et ses effets nocifs étaient en général méconnus. Cette situation va néanmoins changer à partir du 17^{ème} siècle⁶³.

2. Premières lois antitabac

C'est au début du 17^{ème} siècle que les premières mesures visant explicitement le tabac ont commencé à voir le jour. Le roi d'Angleterre et d'Ecosse, Jacques 1^{er}, constata en effet, dès 1603, les dégâts causés par ce produit. Il a, à l'époque, observé que le tabac était nuisible pour les poumons et dommageable pour l'esprit. Son palais fut même l'un des premiers endroits non-fumeurs au monde⁶⁴. Son dégoût pour le tabac était basé sur une aversion personnelle. Il avait remarqué que les autopsies pratiquées chez les fumeurs révélaient que leurs parties internes étaient sales et infectées par une sorte de suie huileuse⁶⁵. Il a même rédigé un manifeste à son encontre intitulé « *Misocapnos* » (Haine de la fumée⁶⁶). Dans ce texte, il exprima son souhait de pendre tous les fumeurs⁶⁷. Le roi du Danemark, Christian IV, tint des propos semblables à ceux du roi Jacques I en déclarant que le tabac obstruait les poumons et le cerveau⁶⁸. Le célèbre monarque Français, Louis XIV, avait lui aussi une certaine aversion pour le tabac, ce qui poussait les membres de sa cour à cacher leur pipe dès qu'ils l'apercevaient⁶⁹. En 1699, un praticien, bachelier en médecine du nom de Claude Berger publia une thèse contre ce produit dans laquelle il pointait du doigt ses méfaits sur la santé⁷⁰.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Thomas R. Marshall, *Public Opinion, Public Policy, and Smoking / The Transformation of American Attitudes and Cigarette Use, 1890-2016*, Lexington Books, Lanham, Maryland, 2016, p. 23.

⁶² *Ibid.*

⁶³ Petrus C. Van Duyne / Georgios A. Antonopoulos, *op.cit.*, p. 2.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Ruben Oropeza, *op.cit.*, p. 155.

⁶⁶ C. Barbier, *op.cit.*, pp. 31-32.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 32.

⁶⁸ Ruben Oropeza, *op.cit.*, p. 157.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 158.

⁷⁰ C. Barbier, *op.cit.*, p. 35, p. 54.

Néanmoins, le tabac fût, à l'époque, principalement condamné pour des motifs autres que sanitaires. En effet, dans une Europe encore fortement imprégnée par la Christianisme, le clergé Catholique critiqua ce produit non pas à cause de ses effets dévastateurs sur la santé mais plutôt du fait de ses origines amérindiennes, peuple de païens aux yeux des ecclésiastiques⁷¹. En dépit de ces avertissements, plusieurs prêtres ont continué à s'adonner régulièrement à la consommation de tabac. Ces actes ont poussé le pape Urban VIII à émettre une Bulle Pontificale en 1642 pour mettre un terme à ce scandale⁷². Il menaça d'excommunication toute personne consommant le tabac⁷³. Cette bulle fut maintenue sous son successeur le pape Innocent X et ce, en dépit de son inefficacité puisque plusieurs actes de désobéissance furent signalés⁷⁴.

Le tabac n'était donc pas à l'époque en odeur de sainteté puisque d'autres souverains ont, eux aussi, entamé une véritable guerre à son encontre et ce, pour des motifs encore une fois religieux. On peut mentionner, à titre d'exemple, le sultan ottoman Mourad IV qui prohiba ce produit dans l'ensemble de l'empire sous peine de mort à cause, entre autres, de ses convictions religieuses⁷⁵. Il estimait en effet que le tabac était contraire à l'islam⁷⁶. D'autres souverains ont adopté des législations, que l'on peut aussi qualifier de rigides, à l'encontre du tabac. Le Tsar de Russie, Michael Feodorovitch Romanoff, émet par exemple en 1634 un édit qui criminalise le tabagisme et qui condamne toute personne enfreignant cette loi à l'exile en Sibérie⁷⁷. Il fut encouragé dans son entreprise par le patriarche de l'Église Orthodoxe qui considéra que la consommation de tabac était contraire aux enseignements de la Bible⁷⁸. Le climat était donc à l'époque hostile au tabac. On ira même jusqu'à infliger des peines capitales envers ceux qui le consommaient et qui s'adonnaient à son commerce⁷⁹. On est donc en mesure de constater qu'une partie des premières lois antitabac était basée sur des desseins religieux.

⁷¹ Petrus C. Van Duyne / Georgios A. Antonopoulos, *op.cit.*, p. 2.

⁷² Ruben Oropeza, *op.cit.*, p. 160.

⁷³ C. Barbier, *op.cit.*, p. 39.

⁷⁴ Cf. *supra*, note 72.

⁷⁵ C. Barbier, *op.cit.*, p. 35.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Ruben Oropeza, *op.cit.*, p. 165.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ British American Tobacco Switzerland, *Histoire et avenir du tabac*, <http://www.bat.ch/group/sites/BAT_A4KKEC.nsf/vwPagesWebLive/DOA2THNF> (Dernière consultation : le 02/05/2019).

D'autres motifs furent aussi invoqués pour restreindre la consommation et le commerce du tabac. On peut, à titre d'exemple, mentionner la ville de Berne qui prohiba le tabagisme⁸⁰. Elle infligea en ce sens des amendes à toute personne enfreignant cette loi. Les autorités locales ont en ce sens invoqué la prévention des incendies pour pouvoir prohiber le tabac⁸¹. En 1674, une autre ville Suisse du nom de Kybourg (ancienne commune du canton de Zurich) se distingua en interdisant le tabac pour plusieurs motifs, dont la protection de la santé. En effet, les autorités de l'époque considéraient ce produit comme étant nuisible⁸². Le 17^{me} siècle vit donc apparaître les premières thèses attestant de la nocivité du tabac. Il a aussi donné lieu à la mise en place des premières dispositions interdisant la consommation tabagique. Néanmoins, et comme énoncé précédemment, ces dispositions n'aspiraient pas, pour la plupart, à protéger la santé mais trouvaient plutôt leur essence dans les interprétations religieuses des principaux protagonistes de l'époque. En outre, l'opinion publique ne se souciait guère des méfaits du tabac. Ces législations ne peuvent donc pas être qualifiées de mouvement visant à lutter contre ce produit. En outre, elles n'ont pas eu les résultats escomptés.

C'est beaucoup plus tard, vers la fin du 19^{ème} siècle et le début du 20^{ème} siècle, que l'on assistera à l'émergence des premières actions organisées visant à lutter contre le tabac dans le monde. Ces mouvements réformistes faisaient échos à plusieurs protestations menées à l'encontre de produits dont le commerce était à l'époque qualifié de peu scrupuleux⁸³. Plusieurs conférences et ateliers pour enfants furent organisés, notamment aux États-Unis, pour mettre en garde contre les dangers du tabac. Des articles et autres pamphlets antitabac ont été aussi rédigés. Certains de ces articles ont même fait pression sur des personnalités publiques de premier rang pour qu'elles cessent de fumer⁸⁴. Parmi ces personnalités, on peut mentionner le 29^{ème} président des États-Unis « Warren G. Harding » ou plus encore la 19^{ème} première dame de ce pays, « Edith Wilson ». Néanmoins, ces mouvements restent, pour la plupart, basés sur des aspirations d'ordre religieux et la question sanitaire est peu évoquée⁸⁵.

⁸⁰ Ruben Oropeza, *op.cit.*, p. 165.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*

⁸³ Thomas R. Marshall, *op.cit.*, p. 29.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*

C'est en 1890 qu'ont été mises en place les premières législations visant à lutter contre certains dangers provoqués par le tabac. En effet, l'ordonnance de 1890, adoptée par le district de Columbia, interdit la vente de tabac aux mineurs. Plusieurs lois allant dans ce sens vont par la suite voir le jour aux États-Unis et dans le monde⁸⁶. Cette accalmie a été toutefois de courte durée. Le mouvement antitabac a en effet commencé à décliner peu de temps après la 1^{ère} guerre mondiale⁸⁷. Le tabac va alors connaître un véritable âge d'or et son commerce va prospérer du fait notamment de l'apparition des campagnes de promotion. Nous allons donc, dans la prochaine partie, évoquer brièvement l'évolution du commerce du tabac avant de traiter de la mondialisation de l'épidémie de tabagisme.

C. Historique de la production et de la commercialisation du tabac

Les zones d'ombre relatives au degré exact de nocivité du tabac n'ont pas empêché son commerce de prospérer partout en Europe et dans le monde. Plusieurs acteurs importants se sont en effet aperçus de l'énorme bénéfice qu'ils pouvaient tirer de sa commercialisation. Ce commerce à commencer à prospérer peu de temps après l'arrivée du tabac en Europe. Ce produit fut donc, dès le début, réglementé sous tous ses aspects vu l'augmentation continue de ses importations depuis les colonies du nouveau monde vers le vieux continent⁸⁸. Un système d'imposition fût par la suite mis en place.

C'est à partir du début du XVII^{ème} siècle que sont adoptés les premiers impôts relatifs au tabac⁸⁹. Le Royaume de France allait devenir l'un des pionniers en matière de réglementation du tabac. Le cardinal De Richelieu a, à l'époque, décidé d'assujettir les commerçants du tabac à payer une sorte de redevance au royaume⁹⁰. Par la suite, Colbert le responsable des finances sous Louis XIV, instaura un monopole étatique sur la fabrication et la commercialisation du ta-

⁸⁶ Ruth Roemer, *op.cit.*, p. 17.

⁸⁷ Geraint Howells, *The Tobacco Challenge / Legal Policy and Consumer Protection, Markets, and the Law*, Ashgate, 2011, p. 11.

⁸⁸ C. Barbier, *op.cit.*, pp. 60-61.

⁸⁹ Québec sans tabac, *Industrie du tabac / Le récit d'un tueur en série : les débuts de la vente du tabac*, <<https://quebecsanstabac.ca/je-minforme/industrie-tabac/debuts-vente-tabac>> (Dernière consultation : le 02/05/2019).

⁹⁰ C. Barbier, *op.cit.*, pp. 57-58.

bac⁹¹. Le royaume de France a donc pleinement profité des recettes financières que pouvait engendrer le tabac. En outre, il disposait, vers les années 1660, de la plantation la plus développée d'Europe⁹². Les exportations du tabac s'intensifient fortement pendant cette période. Elles atteignent, par exemple, en 1709 la valeur de 28, 858 livres en Europe⁹³. D'autres nations, à l'instar du royaume d'Angleterre, vont par la suite se joindre à ce juteux commerce. Ce pays a donc, à son tour, commencé à tirer son épingle du jeu. Les colons anglais établis en Amérique du Nord ont notamment réussi à développer la production du tabac. La commercialisation de ce produit a connu en un demi-siècle un essor sans précédent⁹⁴. Le 18^{ème} siècle a, en quelque sorte, amorcé l'âge d'or du commerce du tabac. On peut, à titre d'exemple, mentionner la colonie anglaise de Virginie (située en Amérique du Nord) qui exporta plus de 70000 boucauts en 1758⁹⁵. Cette dynamique se maintiendra tout au long de ce siècle. En outre, la production de tabac s'est, à l'époque, développée dans le monde entier, grâce à l'apport des marins et colons néerlandais, anglais et espagnols⁹⁶. Cet essor économique, conforte ainsi la place du tabac dans la sphère économique mondiale. Les siècles suivants ne feront que confirmer cette tendance. En effet, dans une Europe en pleine mutation et expansion économique, les principaux protagonistes de l'époque sont passés outre les effets néfastes de ce produit. Ils ont privilégié les gains financiers qu'ils pouvaient tirer du tabac⁹⁷.

Le commerce de ce produit a définitivement pris son envol en 1830 avec l'apparition des premières cigarettes industrielles⁹⁸. Dès lors, ce processus va radicalement changer du fait de l'émergence de l'industrie du tabac (ex : Philip Morris ou plus encore British American Tobacco). Cette industrie va totalement chambouler l'ordre mondial établi en matière de commercialisation du tabac. Les principales marques de cigarettes vont ainsi multiplier leurs campagnes de publicité dans l'optique de faire du tabac un produit très populaire. C'est vers la fin du 19^{ème} siècle, que la consommation des produits tabagiques

⁹¹ Cf. *supra*, note 89.

⁹² Jordan Goodman, *Tobacco in History / The Cultures of Dependence*, Routledge Edition, London / New York, 2005, chapitre 3.

⁹³ C. Barbier, *op.cit.*, p. 61.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ Thomas R. Marshall, *op.cit.*, pp. 32-33.

⁹⁸ British American Tobacco Switzerland, *Histoire et avenir du tabac*, <http://www.bat.ch/group/sites/BAT_A4KKEC.nsf/vwPagesWebLive/DOA2THNF> (Dernière consultation: le 06/05/2019).

a réellement commencé à se populariser⁹⁹. Les grandes firmes vont aussi essayer de diversifier leur clientèle en s'adressant notamment aux femmes¹⁰⁰. Les mouvements de libération que connaissait le monde occidental à l'époque pouvaient aider à mettre en place de telles stratégies¹⁰¹. Des campagnes de publicité agressive ont donc été réalisées pour cibler cette nouvelle clientèle¹⁰². Certaines de ces campagnes, contiennent des allégations d'ordre sanitaire, que l'on peut aisément qualifier d'explicites et de trompeuses. En effet, elles insistaient souvent sur le fait que les produits tabagiques étaient doux et n'irritaient en rien la gorge. Des marques telles que *Lucky Strikes* ont même présenté leurs cigarettes comme étant une protection pour la gorge¹⁰³.

On remarque donc que la commercialisation du tabac a connu un essor important. On assistera alors à une mondialisation accrue du commerce de ce produit. Ce phénomène conduira à la généralisation de l'épidémie de tabagisme à travers le monde.

D. La mondialisation accrue du commerce du tabac et de l'épidémie de tabagisme

Comme énoncé précédemment, l'apparition des premières cigarettes industrielles a fait entrer le commerce du tabac dans une nouvelle ère : celle de la mondialisation. Les fondements de son marché mondial ont été donc posés au début du 20^{ème} siècle¹⁰⁴. Durant les premières décennies de ce siècle, les structures de l'industrie moderne vont être établies et son influence sera renforcée¹⁰⁵. Les quatre géants de l'industrie du tabac (Philip Morris, British American Tobacco, Japan Tobacco et Imperial Tobacco) ont en effet réussi à mettre la main sur la commercialisation de ce produit par le biais notamment de leurs chaînes de distribution présentes dans les principaux pays producteurs (Asie, Amérique Latine, Afrique)¹⁰⁶. Ces firmes réalisent à elles seules plus de 70% des

⁹⁹ Geraint Howells, *op.cit.*, p. 11.

¹⁰⁰ Cf. *supra*, note 97.

¹⁰¹ Cf. *supra*, note 99.

¹⁰² Thomas R. Marshall, *op.cit.*, pp. 32-33.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 33.

¹⁰⁴ Andrew D. Mitchell / Tania Voon, *op.cit.*, p. 12.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ Planetoscope, Combien de tabac est cultivé dans le monde, 2012, <<https://www.planetoscope.com/agriculture-alimentation/1508-production-mondiale-de-tabac.html>> (Dernière consultation : le 06/05/2019).

parts de marché (hors Chine)¹⁰⁷. L'industrie du tabac a surtout utilisé la publicité pour promouvoir ses produits dans le monde entier¹⁰⁸. Elle a, comme mentionné précédemment, profité du contexte de l'époque où le tabagisme était encore banalisé¹⁰⁹. La consommation tabagique a donc fortement augmenté pendant cette période. On peut en ce sens mentionner les États-Unis où la prévalence du tabagisme a doublé entre 1930 et 1940¹¹⁰.

Cependant, ce phénomène va commencer à décliner à partir des années 1950. En effet, les premières études épidémiologiques prouvant clairement la toxicité du tabac ont été à l'époque réalisées¹¹¹. Elles sont l'œuvre de Wynder et Graham aux États-Unis et de Doll et Hill au Royaume Uni¹¹². Ces données empiriques vont radicalement changer son commerce. Cette accumulation de preuves concernant sa nocivité a donc amorcé une nouvelle ère qui verra les acteurs législatifs s'intéresser de plus près au tabagisme. Dès lors, la consommation a commencé à baisser¹¹³. Néanmoins, les industriels du tabac ne s'avouent pas vaincus. Ils vont, pour combler leur manque à gagner, diriger leurs actions vers les pays en développement qui, du fait de la faiblesse de leurs législations antitabac, représentent un marché plein de promesses¹¹⁴. En effet, au moment où le tabagisme régressait dans les pays du monde développé, les grandes multinationales partaient à l'assaut de nouveaux marchés en Asie ou en Afrique. La consommation tabagique va alors accroître d'une façon exponentielle¹¹⁵. Le commerce du tabac connaîtra donc vers les années 1990 une expansion sans précédent¹¹⁶ et ce, en dépit des preuves attestant de sa nocivité. Trois principaux facteurs expliquent ce phénomène :

- L'effondrement de l'Union-Soviétique. Cet événement a ouvert l'économie des anciennes républiques de cet État fédéral au commerce international.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ Andrew D. Mitchell / Tania Voon, *op.cit.*, p. 12.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ Tabac et liberté (réseau de professionnel de santé), *Historique du Tabac*, Toulouse, France, 29 mars 2016, <<http://www.tabac-liberte.com/tabac/historique-du-tabac/>> (Dernière consultation : le 06/05/2019).

¹¹² Ruth Roemer, *op.cit.*, p. 18.

¹¹³ Cf. *supra*, note 108.

¹¹⁴ Ruth Roemer, *op.cit.*, p. xiii, Avant- propos de Claude Evin.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ Andrew D. Mitchell / Tania Voon, *op.cit.*, p. 13.

- Les pressions exercées par la Banque mondiale et le Fonds monétaire international (FMI) sur certains pays pour qu'ils libéralisent les lois régissant les investissements étrangers et privatisent les compagnies de tabac appartenant à l'État.
- L'expansion des zones de libre-échange en Asie et en Amérique latine¹¹⁷.

Les années 1990 ont donc vu la prévalence du tabagisme augmenté de 60% dans les pays à revenu faible et moyen¹¹⁸. Ces pays ont été fortement affectés par ce fléau alors que certains d'entre eux ont déjà le plus grand mal à fournir des services de santé adéquats à leurs populations¹¹⁹. Cette globalisation du commerce du tabac engendre en même temps des coûts pharamineux aux services de sécurité sociale en raison, entre autres, des innombrables maladies qu'il provoque¹²⁰. En outre, le tabagisme peut maintenir certains ménages dans le besoin car il détourne les ressources familiales destinées à la base à des achats primordiaux tels que la nourriture par exemple¹²¹. De plus, cette tendance caractérisée par un déséquilibre en matière de prévalence du tabagisme entre pays industrialisés et pays en développement s'est renforcée au cours des dernières années. En 2007, sur les 1.2 milliard de fumeurs qu'il y avait dans le monde, 800 millions vivaient dans des pays en développement¹²². Des chiffres qui ont tendance à se confirmer puisque en 2016, 80% des fumeurs dans le monde vivaient dans des pays à revenu faible ou moyen¹²³. Entre temps, les grandes multinationales n'ont cessé de renforcer leur mainmise sur ce secteur¹²⁴.

Le tabac se retrouve donc confronté à plusieurs défis du fait de sa nature nocive mais aussi à cause du contexte actuel où le droit à la santé est devenu une notion fondamentale que les États s'efforcent de protéger. Ces derniers se doivent donc d'assurer la protection de la santé de leur population et peuvent

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ Daniel Thomas, *Le tabagisme dans les pays en développement : un facteur de risque et de pauvreté*, Bulletin de l'Académie nationale de médecine, Volume 195, 2011, Résumé (Pour plus de détails, voir pp. 1255-1268 de cet article).

¹²⁰ Ruben Oropeza, *op.cit.*, p. 227.

¹²¹ *Cf. supra*, note 119.

¹²² Daniel Drache / Lesley A. Jacobs, *Linking Global Trade and Human Rights / New Policy Space in Hard Economics Times*, Cambridge University Press, New York, USA, 2014, p. 133.

¹²³ Sergio Puig / Gregory Shaffer, *A Breakthrough with the TPP: The Tobacco Carve-out*, Yale Journal of Health Policy, Law and Ethics, 2016, p. 2.

¹²⁴ *Cf. supra*, note 116.

en ce sens compter sur le soutien indéfectible de l'OMS. Cette tâche risque cependant de s'avérer plus compliquée qu'elle en a l'air. En effet, dans un monde où le libéralisme économique s'est imposé comme le principal mot d'ordre du commerce à l'échelle internationale, la protection de la santé risque, en tant que notion, d'être en totale contradiction avec certains principes de base qui régissent l'économie mondiale. Le tabac se retrouve dès lors au cœur d'un incroyable imbroglio mêlant droit sanitaire international (OMS) et droit international économique (OMC). Ces deux notions qui, comme mentionné précédemment, peuvent être en opposition¹²⁵, possèdent néanmoins certaines caractéristiques qui pourront nous aider à trouver un juste équilibre entre d'une part, la protection de la santé et d'autre part, les différents impératifs économiques.

Il faut cependant souligner le rôle central qu'exerce l'OMS, en tant que chef de file en matière de protection de la santé mondiale, dans le cadre de la lutte antitabac. Cette organisation, comme on le verra par la suite, a toujours œuvré pour lutter efficacement contre les méfaits de ce produit. Néanmoins, cette lutte a pris du temps avant d'acquérir une certaine efficacité¹²⁶. Il faudra surtout attendre l'adoption de la CCLAT pour voir enfin l'OMS mettre en place des mesures contraignantes à l'encontre du tabac. La prochaine partie traitera donc du rôle de l'OMS au sein de la lutte antitabac. Dans cette perspective, nous allons analyser l'historique des efforts fournis par cette organisation en ce qui concerne la prévention du tabagisme et examiner la CCLAT, cette convention qui a révolutionné la lutte antitabac. Par le biais de cette analyse, on sera en mesure de mieux traiter de la place conférée à la santé au sein du droit du commerce international et d'autres branches du droit international. On pourra dès lors lever le voile sur les zones d'ombre qui subsistent autour de certains aspects relatifs à la lutte antitabac.

¹²⁵ George A. Bermann / Petros C. Mavroidis, *Trade and Human Health and Safety*, Columbia Studies in WTO and Policy, Cambridge University Press / First Publishers, 2006, p. 1.

¹²⁶ Michel Bélanger, *Droit international de la santé par les textes*, Berger-Levrault, Paris, 1989, p. 369.

III. La lutte antitabac au sein de l'OMS

A. Présentation de l'Organisation mondiale de la santé

L'OMS a toujours été un acteur très important dans le cadre de la lutte antitabac¹²⁷. En effet, cette organisation occupe une place fondamentale sur le plan du droit international de la santé¹²⁸. Elle fait aussi partie des institutions spécialisées associées à l'Organisation des Nations Unies (à l'instar d'autres institutions telles que l'Organisation internationale du travail (OIT) ou plus encore l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO)¹²⁹. L'OMS possède une certaine indépendance vis à vis de l'Organisation des Nations Unies (ONU) du fait de son autonomie financière¹³⁰. Son but est de permettre à tous les peuples d'avoir le plus haut niveau de santé possible et ce, comme le stipule le premier article de sa constitution¹³¹. Elle a en outre un pouvoir normatif vu qu'elle est en mesure d'adopter des règlements sanitaires¹³². L'OMS est donc l'organe coordinateur sur les questions internationales de santé publique¹³³. Ses fonctions consistent à diriger l'action sanitaire à l'échelle mondiale, à fixer des normes et à effectuer un suivi des tendances en matière de santé publique¹³⁴.

Cette organisation a vu le jour en 1948 à la suite d'une volonté de centraliser le domaine de la santé au niveau international et ce, après plusieurs tentatives infructueuses sous la SDN (société des nations : l'ancêtre de l'ONU)¹³⁵. Cette mise en place a été recommandée lors de la conférence de San Francisco en avril 1945¹³⁶. Elle découle des propositions de pays tels que le Brésil ou la Chine

¹²⁷ Ruth Roemer, *op.cit.*, p. 4.

¹²⁸ Michel Bélanger, *Droit international de la santé*, Economica, Paris, 1983, p. 62.

¹²⁹ Yves Beigbeder, *op.cit.*, p. xvii.

¹³⁰ Florian Kastler, *La convention cadre pour la lutte Antitabac, Dix ans après : la fonction normative de l'OMS à la rescousse de la santé mondiale ?* Université Paris Descartes Sorbonne, France, 2015, p. 56.

¹³¹ Pour plus de détails, voir le 1^{er} article de la Constitution de l'OMS.

¹³² Cf. *supra* note 129.

¹³³ Bastien Briand et al, *Développement et santé dans les pays pauvres / Le rôle des organisation internationales et de la Suisse*, Centrale sanitaire suisse romande, Genève, 2010, p. 165.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 166.

¹³⁵ Michel Bélanger, *op.cit.*, 1983, p. 62, p. 65.

¹³⁶ Yves Beigbeder, *op.cit.*, p. 9.

qui suggéraient de faire figurer la notion de santé dans la charte de l'ONU¹³⁷. La Constitution de l'OMS sera rédigée dans la foulée de la conférence internationale de la santé qui s'est tenue à New-York en 1946¹³⁸. Elle est entrée en vigueur le 7 avril 1948¹³⁹. Pour devenir membre de l'OMS, il suffit de signer ou d'accepter sa constitution¹⁴⁰ et ce, dans le cas où le pays est déjà membre de l'ONU. Dans le cas contraire, la demande du pays pour devenir membre de l'organisation doit être approuvée à la majorité simple de l'assemblée (article 6)¹⁴¹. L'OMS compte actuellement 192 membres et deux membres associés qui se réunissent tous les ans à Genève pour décider, entre autres, de la politique de l'organisation ou pour fixer son budget¹⁴². Son rôle est donc de coordonner la santé sur le plan international au sein du système de l'ONU¹⁴³. L'une des principales tâches de l'OMS est de promouvoir la santé et de prendre le chef de file des actions relatives aux questions sanitaires essentielles¹⁴⁴. Elle doit en ce sens protéger la santé contre tout fléau la menaçant. Son action contre le tabagisme s'inscrit par conséquent dans ce cadre. En effet, la consommation de tabac représente, comme mentionné précédemment, l'une des plus grandes menaces qui pèsent sur la santé¹⁴⁵, et les preuves scientifiques attestant de sa nocivité ne cessent de s'accumuler. L'OMS va donc, à la suite de ces indices alarmants, déployer tous ses efforts pour lutter contre cette épidémie¹⁴⁶ qui touche aussi bien les pays industrialisés que ceux du tiers-monde¹⁴⁷. Une étude de l'action de de l'OMS s'impose donc pour analyser le rôle que joue cette organisation dans le cadre de la lutte antitabac et ainsi mettre en exergue les enjeux découlant de cette lutte.

¹³⁷ Michel Bélanger, *op.cit.*, 1983, p. 66.

¹³⁸ Yves Beigbeder, *op.cit.*, pp. 9-10.

¹³⁹ Organisation mondiale de la santé, *Œuvrer pour la santé / Organisation mondiale de la santé : présentation*, Organisation mondiale de la santé, Genève, 2006, p. 4.

¹⁴⁰ Voir l'article 4 de la Constitution de l'OMS.

¹⁴¹ Voir l'article 6 de la Constitution de l'OMS.

¹⁴² Organisation mondiale de la santé, *Œuvrer pour la santé / Organisation mondiale de la santé : présentation*, Organisation mondiale de la santé, Genève, 2006, p. 2.

¹⁴³ Organisation mondiale de la santé, *À propos de l'OMS, ce que nous faisons*, <<https://www.who.int/about/what-we-do/fr/>> (Dernière consultation : le 27/12/2018).
Ibid.

¹⁴⁵ Organisation mondiale de la santé, *Tabagisme*, 2018, <<https://www.who.int/fr/news-room/fact-sheets/detail/tobacco>> (Dernière consultation : le 28/12/2018).

¹⁴⁶ Cf. *supra* note 127.

¹⁴⁷ Michel Bélanger, *op.cit.*, 1989, p. 368.

B. L'action législative de l'OMS contre le tabac

Comme énoncé précédemment, la consommation de tabac représente une grande menace pour la santé publique et risque en ce sens de conduire à une épidémie mondiale. C'est ce terrible constat qui a poussé l'OMS à entamer sa croisade antitabac¹⁴⁸. Cette organisation (avec l'aide des juridictions des différents États membres) peut mener à bien cette mission car ce sont en général les acteurs législatifs qui sont les mieux armés pour combattre le tabagisme¹⁴⁹. Cette constatation découle du fait que ces derniers possèdent les outils nécessaires pour lutter contre ce fléau au niveau national et international. L'OMS est donc en mesure de jouer un rôle crucial, surtout si elle utilise son pouvoir conventionnel en réponse à cette menace qui pèse sur la santé publique¹⁵⁰.

1. La genèse de l'action de l'OMS contre l'épidémie de tabagisme

Après une phase informative qui consistait à rassembler des preuves, la politique antitabac de l'OMS va véritablement débiter en 1970¹⁵¹. En effet, à mesure que les indices scientifiques relatifs aux méfaits de ce produit s'accumulaient, l'OMS va déployer de plus en plus d'efforts pour rameuter les principaux acteurs de la lutte contre le tabagisme¹⁵². Néanmoins, cette lutte était perçue à l'époque comme étant une préoccupation qui concernait exclusivement les pays industrialisés. Par conséquent, les différentes communications internationales en relation avec cette problématique étaient limitées aux avocats et juristes exerçant leurs fonctions dans le monde occidental¹⁵³. C'est à partir des années 1980 que le combat contre le tabagisme suscitera l'intérêt des pays du tiers-monde du fait notamment de l'effort de plusieurs acteurs actifs

¹⁴⁸ Andrew D. Mitchell / Tania Voon, *op.cit.*, p. 11.

¹⁴⁹ World Health Organization, *Legislative Responses to Tobacco Use*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht / Boston / London, 1991, Foreword.

¹⁵⁰ Nathalie Ferraud-Ciandet, *Protection de la santé et sécurité alimentaire en droit international*, Droit international, Larcier, Bruxelles, 2009, p. 80.

¹⁵¹ Peter Boyle et al, *Tobacco / Science, Policy, and Public Health*, Second Edition, Oxford University Press, Royaume-Uni, 2010, p. 698.

¹⁵² Ruth Roemer, *op.cit.*, p. 4.

¹⁵³ Heather Wipfli, *The Global War on Tobacco / Mapping the World's First Public Health Treaty*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2015, p. 18.

dans la lutte antitabac. Ces derniers ont établi des communications avec différents spécialistes qui résident dans des pays en développement pour remédier à cette disparité en matière de lutte contre le tabagisme¹⁵⁴.

L'action de l'OMS consistait au début à introduire des résolutions non-contraignantes. Depuis 1970, l'assemblée mondiale de la santé (AMS) en a adopté une vingtaine¹⁵⁵. Certaines d'entre elles (WHA 23.32 et WHA 24.48), introduites en 1970 et 1971 par l'Assemblée mondiale de la santé (AMS) et le conseil exécutif de l'OMS, ont notamment posé les fondements du programme phare de l'époque appelé « *Tabac ou santé* »¹⁵⁶. L'une des résolutions susmentionnées (WHA 24.48), a même appelé l'OMS à rédiger un code de pratique qui pourra, à terme, guider les gouvernements dans leurs efforts d'élaboration de mesures législatives qui tiennent compte des effets nocifs du tabac¹⁵⁷. Le programme « *Tabac ou santé* » vit finalement le jour en 1990 à la suite de la résolution WHA 43.16 de l'AMS¹⁵⁸. Il est chargé notamment d'exécuter le plan d'action pour la période 1988-1995. Ce programme contient un ensemble de mesures qui visent à :

- encourager des programmes de lutte antitabac pour réduire le tabagisme.
- établir une norme sociale dans laquelle fumer serait l'exception.
- diffuser des informations fiables sur le tabac, la santé et les stratégies antitabac.¹⁵⁹ Cette résolution (WHA 43.16) a la particularité d'indiquer, avec précision, ce qui doit figurer dans les politiques de lutte contre le tabagisme. Elle a donc renforcé les programmes nationaux de lutte antitabac¹⁶⁰. Une des mesures phares qui a découlé du programme « *Tabac ou santé* » a été notamment la restriction de fumer à bord des aéronefs et ce, grâce à la collaboration étroite entre le directeur général de l'OMS et l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI). Cette coopération aboutira donc à une résolution de l'assemblée de l'OACI qui appelle tous les États contractants à limiter progressivement le droit de fumer à bord de tous les vols internationaux avec l'objectif d'arriver à une interdiction

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ Nathalie Ferraud-Ciandet, *op.cit.*, p. 79.

¹⁵⁶ Cf. *supra* note 152.

¹⁵⁷ Michel Bélanger, *op.cit.*, 1983, p. 239.

¹⁵⁸ Organisation mondiale de la santé, 48^{ème} Assemblée mondiale de la santé, *Tabac ou santé*, Rapport du directeur général, 1995, p. 2.

¹⁵⁹ Ruth Roemer, *op.cit.*, p. 5

¹⁶⁰ Organisation mondiale de la santé, 48^{ème} Assemblée mondiale de la santé, *Tabac ou santé*, Rapport du directeur général, 1995, p. 3.

totale en 1996¹⁶¹. Cette disposition, qui de nos jours peut nous paraître anodine, était révolutionnaire pour l'époque. Elle vient donc compléter d'autres résolutions antérieures qui ont établi des mesures qui visaient par exemple à protéger les non-fumeurs (WHA 39.14) ou plus encore à majorer les taxes sur les ventes de cigarettes (WHA 31.56).

En outre, l'une de ces résolutions (WHA 40.38) a institué en 1987 la « Journée mondiale sans tabac »¹⁶². Cette journée de sensibilisation a pour principale tâche d'exposer les méfaits du tabagisme à travers le monde entier¹⁶³. Ces différentes mesures peuvent, en quelque sorte, s'inscrire dans le contexte de l'époque où l'OMS, via son programme « *La santé pour tous d'ici l'an 2000* » adopté par l'AMS en 1977, aspirait à améliorer la santé¹⁶⁴. Elle avait en effet estimé que cet objectif de santé pour tous ne pouvait qu'encourager l'élimination complète du risque tabagique¹⁶⁵.

Toutes ces mesures et autres initiatives reflètent donc parfaitement la volonté de l'OMS de combattre ce fléau qu'est le tabagisme et ce, conformément à son objectif d'amener tous les peuples au niveau de santé le plus élevé possible¹⁶⁶. On peut néanmoins se questionner sur l'efficacité de l'approche consistant à introduire des résolutions encourageant les États à adopter des lois et des réglementations nationales¹⁶⁷. C'est ce genre d'interrogations qui a fait que l'OMS a estimé qu'il serait plus judicieux de passer à une législation internationale qui serait plus à même de contrer cette épidémie¹⁶⁸. En 1994, le directeur général de l'OMS ira même jusqu'à reconnaître l'échec des stratégies précédentes en matière de lutte contre le tabac¹⁶⁹. C'est à la suite de toutes ces constatations que le projet d'un traité international a commencé à se dessiner¹⁷⁰. L'OMS, qui

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² Ruth Roemer, *op.cit.*, pp. 4-5.

¹⁶³ Organisation mondiale de la santé, *Initiative pour un monde sans tabac*, Journée mondiale sans tabac, <<https://www.who.int/tobacco/communications/events/wntd/fr/>> (Dernière consultation : le 16/01/2019).

¹⁶⁴ David P. Fidler, *op.cit.*, p. 100.

¹⁶⁵ Organisation mondiale de la santé, 41^{ème} Assemblée mondiale de la santé, *Tabac ou santé*, Rapport du directeur général, 1988.

¹⁶⁶ Concernant l'objectif de l'OMS d'amener tous les peuples au niveau de santé le plus élevé, voir l'article 1 de sa constitution.

¹⁶⁷ David P. Fidler, *op.cit.*, p. 184.

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ Pour plus d'informations, voir le rapport du directeur général de l'OMS, EB95/27, *Le tabac ou la santé*, 24 octobre 1994

¹⁷⁰ Cf. *supra* note 167.

a longtemps choisi la manière douce pour lutter contre le tabagisme, se devait donc de changer de stratégie et d'opter enfin pour une convention qui sera en mesure de lutter efficacement contre le tabac¹⁷¹. On se doit donc d'expliquer les raisons qui justifient la mise en place une politique mondiale de lutte contre le tabagisme. L'OMS pourrait en ce sens privilégier une approche multilatérale qui se concrétiserait sous la forme d'une convention-cadre.

2. Les limites de l'approche classique de la politique antitabac de l'OMS

L'approche classique de l'OMS qui consistait à informer le public sur les méfaits du tabac ou à faire des recommandations aux gouvernements, s'est avérée être un échec¹⁷². En dépit de l'adoption par l'OMS depuis 1970 d'une vingtaine de résolutions soutenant la lutte antitabac¹⁷³, force est de constater qu'il est devenu urgent de rédiger un traité dont les dispositions seraient contraignantes. En effet, bien que la plupart des pays industrialisés aient réussi à réduire la prévalence du tabagisme, ceux du tiers-monde ont, eux, le plus grand mal à appliquer certaines législations antitabac telles que celles restreignant la publicité¹⁷⁴. Cette carence facilite grandement la tâche des multinationales qui arrivent facilement à contourner certaines lois relatives à la lutte antitabac. Ils profitent donc de la fébrilité de quelques États pour y relocaliser une partie de leurs activités¹⁷⁵.

Cette absence de réglementations intérieures efficaces fait donc de ces pays des proies faciles pour l'industrie du tabac¹⁷⁶. C'est pourquoi la rédaction d'un traité international s'impose pour mieux synchroniser la lutte antitabac à l'échelle internationale et ainsi éviter une certaine disparité au niveau juridique. Ce constat s'affirme encore plus du fait que certains acteurs nationaux qui souhaitent réduire l'impact du tabac sur leur marché domestique doivent faire face à des réglementations de pays pauvres dont l'économie est fortement liée à ce produit. En outre, plus de 120 pays produisent du tabac et la

¹⁷¹ Nathalie Ferraud-Ciandet, *op.cit.*, p. 79.

¹⁷² Cf. *supra* note 167.

¹⁷³ Cf. *supra* note 171.

¹⁷⁴ Allyn L. Taylor, *An International Regulatory Strategy for Global Tobacco Control*, *Yale Journal of International Law*, Volume 21, 1996, pp. 262-266.

¹⁷⁵ Jeffrey Drope *La lutte contre le tabagisme en Afrique / Peoples, politiques et politiques*, Presse de l'Université de Laval, 2011, p. xxi.

¹⁷⁶ David P. Fidler, *op.cit.*, p. 184.

consommation intérieure génère des recettes fiscales colossales pour eux¹⁷⁷, ce qui rend la lutte anti-tabac plus difficile à mener dans ces régions. De plus, la plupart de ces pays ne disposent pas des moyens nécessaires pour établir une politique de santé publique efficace qui pourra leur permettre, à terme, de mener une action législative contre le tabac. Quant aux multinationales, elles essaient tous les jours de pénétrer de nouveaux marchés et d'influer sur les législations des pays d'accueil en empêchant l'adoption de toute loi qui pourrait leur être défavorable (ex : restriction de la publicité)¹⁷⁸. On peut en ce sens faire mention des pressions exercées par les grands pays exportateurs de cigarettes (issus en majorité du monde occidental) sur les pays en développement. Ces derniers ont même encouragé les pays du tiers-monde à ouvrir leurs marchés aux produits du tabac et ce, dans le cadre de certains accords agricoles¹⁷⁹. Ces actions conduiront inéluctablement à la réduction du prix des cigarettes et augmenteront par ricochet la demande¹⁸⁰, et ce, en totale contradiction avec les objectifs de santé pour tous énoncés par l'OMS. Les efforts nationaux déployés par les pays en développement en matière de lutte contre le tabac seront donc dérisoires comparés à la politique agressive de commercialisation du tabac menée par les multinationales¹⁸¹. En outre, l'industrie du tabac a déployé des moyens colossaux pour pénétrer des marchés qui lui étaient fermés par le passé (ex : les pays de l'ex URSS)¹⁸². Les multinationales profitent notamment d'une certaine hypocrisie des pays industrialisés qui, tout en décourageant le tabagisme domestique chez eux, promeuvent l'exportation des produits du tabac¹⁸³. On peut citer, à titre d'exemple, le gouvernement des Etats-Unis qui, pendant les années 1990, a joué un rôle primordial dans l'ex-

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 185.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 185.

¹⁷⁹ Allyn L. Taylor, *art.cit.*, pp. 263-264

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 276.

¹⁸¹ Kenyon Rainier Stebbins, *Transnational Tobacco Companies and Health in Underdeveloped Countries Recommendations for Avoiding a Smoking Epidemic*, *Social Science & Medicine*, Volume 30, 1990, pp. 227- 228.

¹⁸² Ronald M. Davis, *Slowing the March of the Marlboro Man*, *British Medical Journal*. 889 (describing promotional tactics used by tobacco industry in developing and newly industrializing states), 1994.

¹⁸³ Allyn L. Taylor, *art.cit.*, pp. 262-263.

pansion des ventes de tabac dans les pays en développement¹⁸⁴. En outre, les produits du tabac, qui sont interdits sur certains marchés domestiques du fait de leur haute teneur en nicotine, sont exportés sans scrupule vers des pays du tiers monde. On peut en ce sens mentionner la Suisse, qui continue encore à agir de la sorte. En effet, ce type de cigarettes qui, de surcroît porte le label « Suisse made », est toujours exporté vers des pays de l'Europe de l'est ou d'Afrique¹⁸⁵. Ce constat s'explique, entre autres, par le poids de l'industrie du tabac dans ce pays qui représente 1% du PIB¹⁸⁶.

Une législation efficace reste donc le meilleur moyen pour établir une politique publique de lutte contre le tabagisme percutante, qui pourra mobiliser toutes les ressources nécessaires pour combattre ce fléau¹⁸⁷. Néanmoins, les moyens pour mener à bien ce genre de programme diffèrent d'un pays à l'autre. Cette épidémie nous prouve donc qu'il existe une disparité au niveau des ressources et des efforts déployés pour protéger la santé publique. Ce constat nous laisse à penser que pour préserver cette notion primordiale qu'est la santé des méfaits du tabac, il faut renforcer la collaboration internationale. De plus, les États doivent consolider leurs entraides pour créer une action synchronisée à l'échelle mondiale¹⁸⁸. Une convention qui régleme le tabac sous tous ses aspects serait donc la bienvenue.

3. Les prémices de la mise en place d'une stratégie réglementant le tabac à l'échelle internationale

Comme énoncé précédemment, la mise en œuvre d'une convention internationale visant à promouvoir la lutte antitabac contribuera d'une manière décisive aux efforts de l'OMS en matière de lutte contre le tabagisme¹⁸⁹. Il faut en ce

¹⁸⁴ Les conglomérats transnationaux du tabac basés aux États-Unis ont fait appel au représentant américain au commerce et aux membres du congrès américain pour surmonter les obstacles au commerce extérieur dans les pays en développement. Pour plus d'informations, voir Judith Mackay, *U.S. Tobacco Export to the Third World: Third World War*, J. Natl Cancer Inst. Monographs, Volume 12, 1992, p. 26.

¹⁸⁵ Rainer M. Kaelin, la Suisse, *A propos du débat parlementaire de la loi des produits du tabac / Plateforme des cigarettiers*, Bulletin des médecins suisses, 2016, p. 1654.

¹⁸⁶ Confédération suisse, Commission fédérale du tabagisme, *Pratique d'ingérence de l'industrie du tabac dans les politiques de santé publique en Suisse : un aperçu*, Berne, Suisse, 2019, p. 6.

¹⁸⁷ Ruth Roemer, *op.cit.*, p. 7.

¹⁸⁸ David P. Fidler, *op.cit.*, pp. 184-185.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 186.

sens inciter les États à consacrer plus de moyens à la lutte contre le tabagisme et ce, pour mieux combattre cette épidémie à l'échelle nationale et internationale¹⁹⁰. En effet, même si les politiques de santé sont, à la base, appliquées sur le plan national, toute coopération internationale se fera sous les auspices de l'OMS¹⁹¹. Ce constat découle du fait des moyens de cette organisation et de sa capacité à coordonner toutes les actions visant à promouvoir la santé.

Cependant, cette stratégie de réglementation internationale ne sera pas bien accueillie par tout le monde. L'industrie du tabac et certains États à l'instar des États-Unis ou du Royaume Uni sont notamment très réticents à l'idée qu'un traité international puisse imposer des dispositions contraignantes en relation avec le tabac¹⁹². Ce produit est donc un facteur de division entre les différents acteurs de ce secteur et un certain doute plane sur la capacité de l'OMS à mettre en œuvre des instruments efficaces de lutte contre l'épidémie tabagique. Ce doute résulte du fait que les États sont peu enclins à laisser les organisations internationales s'immiscer dans leur juridiction nationale¹⁹³.

Quant aux multinationales, elles sont prêtes à utiliser tout leur poids politique et économique pour faire barrage à toute tentative de réglementation du tabac à l'échelle internationale¹⁹⁴. On assistera dès lors à un conflit persistant entre d'une part, les politiques sanitaires et d'autre part, les politiques commerciales¹⁹⁵. On aura donc toujours du mal à déterminer, avec précision, les contours de la lutte antitabac. C'est pour toutes ces raisons que l'OMS semble être la plus apte à initier et à coordonner des négociations internationales relatives à l'encadrement du tabac¹⁹⁶. Elle doit donc adopter une approche progressive pour aboutir à un consensus concernant l'établissement de normes internationales régissant ce produit. Cette approche nécessite d'abord la promotion par l'OMS d'un instrument non contraignant pour ne pas, entre autres,

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 186.

¹⁹¹ George A. Bermann / Petros C. Mavroidis, *op.cit.*, p. 1.

¹⁹² Tobacco Proves Addictive: *The European Community's Stalled Proposal to Ban Tobacco Advertising*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Volume 26, [Hereinafter Tobacco Proves Addictive], 1993, p. 149.

¹⁹³ Voir Ernest B. Haas, *When Knowledge is Power: Three Models of Change in International Organizations*, University of California Press, 1990, pp. 55-61.

¹⁹⁴ Allyn L. Taylor, *art.cit.*, pp. 284-285.

¹⁹⁵ Cf. *supra*, note 191.

¹⁹⁶ David P. Fidler, *op.cit.*, p. 186.

donner l'impression aux États de s'immiscer dans leur juridiction domestique¹⁹⁷. Elle doit par la suite, arriver à un consensus international sur la nécessité d'adopter un instrument contraignant¹⁹⁸.

Cette démarche a été utilisée par plusieurs autres organisations internationales et l'OMS peut par conséquent s'en inspirer¹⁹⁹. En effet, on peut citer, à titre d'exemple, le programme des Nations Unies pour l'environnement avec lequel un potentiel programme de lutte antitabac partage la caractéristique de certitude scientifique²⁰⁰, ce qui pourra donc conduire à une influence réciproque. Le protocole de Montréal²⁰¹, dont l'un des objectifs est de protéger l'environnement en réglementant le comportement des producteurs sur le marché, pourrait alors servir de modèle à l'OMS dans sa volonté de réglementer le tabac sous ses différents aspects²⁰².

Les principaux acteurs de la lutte antitabac devraient donc suivre la même approche en essayant de changer le comportement humain en matière de consommation tabagique pour mieux protéger la santé²⁰³. L'OMS est en mesure de remplir cette tâche. En effet, cette organisation peut faire pression sur les dirigeants nationaux pour qu'ils revoient leurs priorités de santé publique. En exerçant une telle pression, l'OMS sera en mesure de pousser certains États à accorder plus d'attention à ce fléau qu'est le tabagisme²⁰⁴. Elle pourra en ce sens stimuler les acteurs législatifs nationaux pour qu'ils combattent efficacement cette épidémie²⁰⁵. La protection de la santé, qui a toujours été

¹⁹⁷ Ibid.

¹⁹⁸ Ibid.

¹⁹⁹ Peter Boyle et al, *op.cit.*, p. 698.

²⁰⁰ Allyn L. Taylor, *art.cit.*, p. 286.

²⁰¹ Le Protocole de Montréal est un accord qui vise à réduire à moitié les substances de la couche d'ozone. Pour plus d'informations sur ce protocole, voir Office fédéral de l'environnement, *Convention de Vienne et le protocole de Montréal*, <<https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/produits-chimiques/info-specialistes/affaires-internationales--produits-chimiques/convention-de-vienne-et-le-protocole-de-montreal.html>> (Dernière consultation : le 16/12/2020).

²⁰² Cette approche a été avancée par Allyn L. Taylor dans son article « *An International Regulatory Strategy for Global Tobacco Control* », 1996 ou plus encore par Lawrence E. Susskind, dans son ouvrage « *Environmental Diplomacy: Negotiating more Effective Global Agreements* », 1994.

²⁰³ Allyn L. Taylor, *art.cit.*, p. 287.

²⁰⁴ Ibid.

²⁰⁵ Ibid.

vue comme étant une notion relevant de la responsabilité nationale²⁰⁶, se retrouve donc confortée à la mondialisation. De ce fait, certains aspects sanitaires ne peuvent plus être résolus par les seules politiques nationales²⁰⁷. On aura donc besoin de normes éthiques et scientifiques qui soient juridiquement contraignantes pour pouvoir s'attaquer à tout danger menaçant la santé publique²⁰⁸. Ce constat a par conséquent poussé des acteurs internationaux, tels que l'OMS, à commencer à s'organiser pour mettre en place un instrument international qui pourrait, à terme, encadrer le tabac sous ses différents aspects.

4. Vers la mise en place de la convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac

Le nombre de morts dû au tabac ne cesse d'augmenter. En effet, ce chiffre est passé de 3 millions de décès annuels dans les années 1990²⁰⁹ à 4 millions au début des années 2000²¹⁰. L'OMS est donc arrivée à la conclusion que le meilleur moyen de lutter efficacement contre ce fléau était de réglementer ce produit à l'échelle internationale et ce, par le biais d'une convention-cadre²¹¹. Ce constat se base, comme énoncé précédemment, sur les expériences passées en matière d'accords multilatéraux relatifs à l'environnement. Lesdites expériences ont prouvé que les organisations internationales étaient en mesure d'aider les États à surmonter les obstacles dressés par l'industrie du tabac via l'élaboration de conventions à l'échelle internationale²¹². Certains États vont alors privilégier la signature et la ratification de conventions car cette approche constitue un forum au sein duquel ils peuvent coopérer et négocier en vue de conclure des protocoles d'application contenant des obligations détaillées²¹³.

²⁰⁶ N. Daulaire, *Globalization and Health*, Document présenté à la table ronde sur les réponses à la mondialisation : *repenser l'équité et la santé*, Genève, juillet 1999.

²⁰⁷ Taylor A, Bettcher DW, *La Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac : un « bien » mondial pour la santé publique*, Bulletin de l'Organisation mondiale de la santé, Recueil d'articles No 4, 2001, p. 28.

²⁰⁸ Résolution WHA 51.7 de l'OMS, Politique de la santé pour tous pour le 21^{ème} siècle, 51^{ème} Assemblée mondiale de la Santé, Genève, 11-16 mai, 1998.

²⁰⁹ Ruth Roemer, *op.cit.*, p. 1.

²¹⁰ Banque mondiale, *Maîtriser l'épidémie : L'État et les aspects économiques de la lutte contre le tabagisme*, Washington, DC, Banque mondiale, 2000, p. 22

²¹¹ Organisation mondiale de la santé, *Guide pour la mise en place de l'action antitabac*, Initiative pour un monde sans tabac, Groupe maladies non transmissibles et santé mentale, Genève, 2006, p. 48.

²¹² David P. Fidler, *op.cit.*, p. 188.

²¹³ *Ibid.*, p. 189.

De plus, ce modèle établit un certain consensus quant aux dispositions nécessaires à une action internationale organisée²¹⁴. La convention-cadre est aussi adaptée aux efforts visant à lutter contre le tabagisme car elle représente un processus législatif qui permet de renforcer progressivement la coopération en vue de combattre cette épidémie et d'aboutir à un accord politique en matière de réglementation du tabac²¹⁵. C'est pour toutes ces raisons, que l'OMS va privilégier la mise en place d'une convention-cadre qui sera âprement négociée par ses futurs Membres et dont les dispositions auront un caractère contraignant.

Cette idée de pouvoir conclure des traités au sein de l'OMS est apparue pour la première fois en 1979 lors d'un rapport préparé par des experts de cette organisation et qui porte sur le contrôle du tabagisme²¹⁶. En effet, cette communication suggérait que si le programme proposé par les experts ne produisait pas d'effet, l'OMS devrait envisager d'utiliser son pouvoir normatif²¹⁷ en vue de l'adoption d'un mécanisme international de réglementation de la lutte antitabac²¹⁸. Néanmoins, l'OMS ne fera usage de ce pouvoir que lors de la prolifération des maladies dues au tabagisme²¹⁹. C'est au début des années 1990 que s'est établi un consensus sur le degré exact de nocivité du tabac. Les principaux acteurs de la lutte antitabac ont dès lors convenu que pour résister à ce fléau, il fallait entamer une action à l'échelle internationale²²⁰. Ces derniers se devaient donc de coordonner au niveau mondial, une riposte efficace à l'épidémie de tabagisme.

²¹⁴ Organisation mondiale de la santé, *Guide pour la mise en place de l'action antitabac*, Initiative pour un monde sans tabac, Groupe maladies non transmissibles et santé mentale, Genève, 2006, pp. 48-49.

²¹⁵ David P. Fidler, *op.cit.*, p. 189.

²¹⁶ World Health Organization, *Controlling the Smoking Epidemic: Report of the WHO Expert Committee on Smoking Control*, Technical Report Series no 636, 1979.

²¹⁷ C'est l'article 19 de la Constitution de l'OMS qui consacre le pouvoir normatif de cette organisation. Il énonce les dispositions suivantes : « L'Assemblée de la Santé a autorité pour adopter des conventions ou accords se rapportant à toute question entrant dans la compétence de l'Organisation. La majorité des deux tiers de l'Assemblée de la Santé sera nécessaire pour l'adoption de ces conventions ou accords, lesquels entreront en vigueur au regard de chaque Etat Membre lorsque ce dernier les aura acceptés conformément à ses règles constitutionnelles ».

²¹⁸ Tania Voon et al, *Public Healthing and plain Packaging of Cigarettes / Legal Issues*, Edward Elgar Edition, Cheltenham, UK / Northampton, MA, USA, 2012, p. 13.

²¹⁹ Andrew D. Mitchell / Tania Voon, *op.cit.*, p. 14.

²²⁰ *Ibid.*

Ce concept de traité règlementant le tabac sous ses différents aspects a été développé grâce au travail de deux femmes : Ruth Roemer et Allyn Taylor²²¹. Roemer était à l'époque une avocate spécialisée en santé publique qui enseignait le droit de la santé à l'Université de Californie à Los Angeles²²². Elle a aussi été mandatée par l'OMS en vue de la rédaction d'un ouvrage sur l'action législative que cette organisation devrait mener contre le tabac²²³. En 1993, un article rédigé par Allyn Taylor a retenu son attention²²⁴. Cet article recommandait que l'OMS utilise le pouvoir que lui confère sa constitution d'adopter des conventions²²⁵ (jusqu'à présent négligé) et ce, pour élaborer un cadre juridique propice à la promotion de la santé publique dans le monde. Roemer est par la suite entrée en contact avec Allyn Taylor pour lui suggérer qu'un tel cadre juridique pourrait être utilisé dans un programme de lutte antitabac²²⁶. Cette proposition poussa Taylor à consacrer toute son énergie dans le développement d'un traité international relatif à ce produit²²⁷. En 1994, lors de la 9^{ème} conférence « *tabac ou santé* », organisée à Paris, ce tandem a réussi à faire adopter une résolution encourageant le développement d'une convention internationale en mesure de faire face à l'augmentation de la consommation de tabac. C'est la première fois que l'idée d'un traité appuyant la lutte antitabac a été approuvée et ce, dans le cadre d'un forum international²²⁸. À la suite de cette conférence, la délégation canadienne au sein de l'OMS est contactée par des Canadiens qui leur font part de leur soutien au projet d'une convention régissant le tabac à l'échelle internationale²²⁹. Preuve que cette idée relative à l'adoption d'un traité international a commencé, dès le début, à trouver des partisans.

²²¹ *Ibid.*, p. 15.

²²² Voir Ruth Roemer, *L'action législative contre l'épidémie mondiale de tabagisme*, Organisation mondiale de la santé, Genève, 2^{ème} édition, 1995.

²²³ *Ibid.*, Préface.

²²⁴ Ruth Roemer / Allyn Taylor / Jean Lariviere, *Global Tobacco Control Issues / Origins of the WHO Framework Convention on Tobacco Control*, American Journal of Public Health, 2005, pp. 936-937.

²²⁵ L'article 19 de la Constitution de l'OMS stipule ce qui suit : « *L'Assemblée de la Santé a autorité pour adopter des conventions ou accords se rapportant à toute question entrant dans la compétence de l'Organisation. La majorité des deux tiers de l'Assemblée de la Santé sera nécessaire pour l'adoption de ces conventions ou accords, lesquels entreront en vigueur au regard de chaque Etat Membre lorsque ce dernier les aura acceptés conformément à ses règles constitutionnelles* ».

²²⁶ Cf. *supra*, note 224.

²²⁷ Andrew D. Mitchell / Tania Voon, *op.cit.*, p. 15.

²²⁸ Ruth Roemer / Allyn Taylor / Jean Lariviere, *art.cit.*, p. 937.

²²⁹ *Ibid.*

En 1995, l'AMS a adopté la résolution WHA 48.11 qui demanda au directeur général de l'époque (Hiroshi Nakajima) de rédiger un rapport sur la faisabilité de développer un instrument international encadrant le tabac sous tous ses aspects²³⁰. Vers la mi-juillet de la même année, Roemer et Taylor (sous la supervision de l'OMS) ont rédigé un document qui énumère les différentes options qui permettraient d'entreprendre une action internationale en matière de lutte antitabac et ce, conformément à la résolution WHA 48.11²³¹. Ce document sera remis à l'OMS le 27 juillet de la même année. Il énonce diverses options pour coordonner la stratégie mondiale de lutte contre le tabac. Il recommande, entre autres, l'élaboration d'une convention-cadre pour la lutte antitabac qui permettra de renforcer la coopération internationale pour combattre le tabagisme²³². Par la suite, le directeur général de l'époque, présentera au conseil exécutif de l'OMS un bref rapport résumant les principales conclusions du document de base²³³. Ce rapport aboutira à l'adoption de la résolution EB97.R8 intitulée « *Convention-cadre pour la lutte antitabac* »²³⁴. Cela ouvrira la voie et ce, après des années d'inlassables efforts, à l'adoption de la résolution WHA 49.17 en mai 1996²³⁵. Cette résolution appelle officiellement à la création d'une convention-cadre pour la lutte antitabac²³⁶. C'est la première fois, que l'OMS utilise son pouvoir conventionnel (par le biais de l'AMS) pour élaborer du droit international qui vise à faire face à une menace qui pèse sur la santé publique²³⁷. Il sera dès lors possible de déterminer la façon avec laquelle les produits du tabac vont être réglementés à l'échelle internationale²³⁸. Cette résolution signe, en quelque sorte, le glas d'une certaine inaction de l'OMS vis-à-vis du tabac. En 1998, Gro Harlem Brundtland est élue directrice générale de l'OMS. Cette dernière a notamment travaillé pendant près de dix ans comme

²³⁰ World Health Assembly, *An international Strategy for Tobacco Control*, WHA RES 48.11, 48th session, 12 May 1995.

²³¹ Ruth Roemer / Allyn Taylor / Jean Lariviere, *art.cit.*, p. 937.

²³² *Ibid.*

²³³ Pour plus d'informations, voir le rapport du directeur general de l'OMS, *The Feasibility of an International Instrument for Tobacco Control*, WHO Executive Board, 1995.

²³⁴ Executive Board of the WHO, *International Framework Convention for Tobacco Control*, EB97. R8, 97th session, 23 January 1996.

²³⁵ WHO Framework Convention for Tobacco Control, *The History of the WHO Framework Convention for Tobacco Control*, <<https://www.who.int/fctc/about/history/en/>> (Dernière consultation : le 22/01/2019).

²³⁶ Tania Voon et al, *op.cit.*, p. 13.

²³⁷ Andrew D. Mitchell/Tania Voon, *op.cit.*, p. 15.

²³⁸ FCTC / WHO Framework Convention for Tobacco Control, *History of the WHO Framework Convention for Tobacco Control*, World Health Organization, Geneva, 2009, p. 4.

médecin et spécialiste scientifique dans le système de santé publique norvégien²³⁹. Elle a aussi occupé les fonctions de premier ministre de ce pays²⁴⁰. Sa nomination va stimuler le processus de transition de ce projet de convention relative à l'épidémie de tabagisme vers une véritable convention-cadre²⁴¹. Cette transition sera facilitée par l'adoption d'une initiative appelée « *Pour un monde sans tabac* », qui accélérera la mise en place de ce processus. En effet, Brundtland avait, en tant que ministre de l'Environnement de la Norvège, participé par le passé à la conclusion de traités relatifs au domaine de la protection de l'environnement. C'est ce qui explique donc son enthousiasme à l'idée d'élaborer une convention-cadre en relation avec la prévention du tabagisme²⁴². Cette initiative visait en premier lieu à établir un leadership mondial dans quatre domaines prioritaires :

- le renforcement des capacités nationales et régionales en matière de lutte antitabac.
- le développement d'un système mondial de surveillance et d'échange électronique d'informations.
- l'analyse des actions entreprises par l'industrie du tabac ainsi que les aspects juridiques et commerciaux de la lutte antitabac
- la coordination avec les Nations Unies et enfin la mobilisation des ONG²⁴³. La fondation des Nations Unies et le fond des Nations Unies pour les partenariats internationaux ont fourni en ce sens une aide importante à cette initiative. Ils ont donc apporté un appui politique qui a permis de créer les bases nécessaires pour l'établissement d'une convention-cadre²⁴⁴.

Ce renouveau en matière de lutte contre le tabagisme, va susciter un élan politique sans précédent notamment aux États-Unis et ce, à la suite d'un procès intenté contre l'industrie du tabac. Ce procès a abouti à la publication d'une multitude de pages relatives à des documents auparavant confidentiels

²³⁹ Organisation mondiale de la santé, Dr Gro Harlem Brundtland, Directeur général, 1998, <<https://www.who.int/dg/brundtland/brundtland/fr/>> (Dernière consultation: le 14/05/2021).

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ Andrew D. Mitchell / Tania Voon, *op.cit.*, p. 16.

²⁴² FCTC / WHO Framework Convention for Tobacco Control, *History of the WHO Framework Convention for Tobacco Control*, World Health Organization, Geneva, 2009, p. 5.

²⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 7.

(en vertu d'un accord passé) en relation avec l'industrie du tabac²⁴⁵. Ces documents fournissent des éléments de preuves clairs sur les plans de cette industrie pour développer leur production et accroître les substances addictives afin de conserver leur clientèle. Ces derniers ont procédé de la sorte à une époque (en 1998) où le tabac tuait déjà plus de 3,5 millions de personnes par an²⁴⁶. En outre, l'industrie du tabac a tenté de faire pression sur certaines délégations de pays membres pour faire barrage aux résolutions de l'OMS en matière de lutte antitabac²⁴⁷. Ces efforts, qui aspirent à mettre à mal la lutte antitabac, ont poussé plusieurs acteurs internationaux de premier plan, à l'instar par exemple de la Banque mondiale, à se joindre à cette lutte. En effet, cette institution a publié en 1999 un rapport en relation avec le tabac intitulé « *Enrayer l'épidémie : les gouvernements et les aspects économiques de la lutte antitabac*²⁴⁸ ».

Cet engouement a donné lieu par la suite à des partenariats mondiaux. Une coopération sectorielle pour la lutte antitabac a été en ce sens lancée et ce, dans le cadre de l'initiative « *Pour un monde sans tabac* »²⁴⁹. Pour suivre cet élan, un comité consultatif sur les stratégies politiques a été mis en place. Sa principale mission est de renforcer la concordance des politiques en matière de lutte contre le tabac et de soutenir les activités de l'OMS²⁵⁰. Ce comité consultatif inclut un nombre important d'acteurs internationaux comme la Banque mondiale ou plus encore le Fond des Nations Unies pour l'enfance²⁵¹.

Plusieurs réunions informelles ont été aussi organisées entre 1996 et 1997 par Ruth Roemer pour promouvoir la convention-cadre²⁵². Elle a notamment obtenu des résolutions cruciales en faveur de la mise en place de ce type de conventions, de la part notamment de l'American public health association²⁵³.

²⁴⁵ Rapport du Comité d'experts sur les documents de l'industrie du tabac, *Les stratégies utilisées par l'industrie du tabac pour contrer les activités de lutte antitabac à l'Organisation mondiale de la santé*, 2000, p. 5, p. 18, p. 19.

²⁴⁶ Ruth Roemer, *op.cit.*, 1995, p. 1.

²⁴⁷ Pour plus d'informations, voir la p. 5 du rapport du Comité d'experts sur les documents de l'industrie du tabac, *Les stratégies utilisées par l'industrie du tabac pour contrer les activités de lutte antitabac à l'Organisation mondiale de la santé*, 2000.

²⁴⁸ Robert L. Rabin / Stephen D. Sugarman, *Regulating Tobacco*, Oxford University Press, 2001, p. 262.

²⁴⁹ Andrew D. Mitchell / Tania Voon, *op.cit.*, p. 17

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ *Ibid.*

²⁵² Ruth Roemer / Allyn Taylor / Jean Lariviere, *art.cit.*, p. 938.

²⁵³ *Ibid.*

L'OMS a cependant refusé d'inclure au sein des négociations relatives à la CCLAT l'industrie du tabac qui, selon cette organisation, risque de compromettre tout effort visant à lutter efficacement contre l'épidémie tabagique. Nonobstant ce refus, l'industrie du tabac a réussi tout de même à influencer sur la composition des différentes délégations nationales dans l'optique de rendre les gouvernements qu'elles représentent réticents vis-à-vis de la CCLAT²⁵⁴. Elle a en ce sens poussé ces gouvernements à placer, au sein de leurs délégations, des représentants de départements ministérielles à vocation économique tels que le commerce ou plus encore les finances et ce, au détriment du secteur sanitaire (ex : le Japon lors de la 6^{ème} session de l'organe intergouvernemental de négociation de la CCLAT)²⁵⁵. L'industrie du tabac a aussi essayé de faire de l'ombre à la CCLAT en mettant en place des programmes de prévention parallèle comme ceux se rapportant à la mise en garde contre le tabagisme juvénile²⁵⁶. Plusieurs autres actions allant dans ce sens seront entreprises par les multinationales du tabac, d'où la décision de l'OMS de les écarter des négociations relatives à la CCLAT.

5. Les négociations finales de la convention-cadre pour la lutte antitabac

Les négociations de la convention-cadre ne furent pas de tout repos²⁵⁷. En effet, plusieurs difficultés se sont présentées en cours de route. Elles ont pu néanmoins démarrer grâce à la convergence de différents facteurs comme l'accumulation de preuves scientifiques établissant le lien entre le tabagisme et de nombreux décès (responsable de plus de 4 millions de morts en 2000)²⁵⁸.

L'AMS a adopté, en mai 1999 lors de sa 52^{ème} session, la résolution 52.18 qui met en place un groupe de travail chargé de rédiger le projet d'un traité relatif au tabac²⁵⁹. Ce même groupe de travail a par la suite formé un organe intergouvernemental de négociation dont la mission sera de rédiger et de négocier

²⁵⁴ Heather Wipfli, *op.cit.*, p. 51.

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ *Ibid.*, pp. 51-52.

²⁵⁷ Organisation mondiale de la santé, *Guide pour la mise en place de l'action antitabac*, Initiative pour un monde sans tabac, Groupe maladies non transmissibles et santé mentale, Genève, 2006, p. 49.

²⁵⁸ Banque mondiale, *Maîtriser l'épidémie : L'État et les aspects économiques de la lutte contre le tabagisme*, Washington, DC, Banque mondiale, 2000, p. 22.

²⁵⁹ FCTC / WHO Framework Convention for Tobacco Control, *History of the WHO Framework Convention for Tobacco Control*, World Health Organization, Geneva, 2009, p. 9.

le projet de la future convention-cadre²⁶⁰. Cet organe était ouvert à tous les Membres de l'OMS, aux organisations d'intégration économique régionale et aux observateurs²⁶¹.

Le 24 mai 1999, l'AMS a entamé aussi des négociations pour maîtriser la propagation mondiale du tabac au 21^{ème} siècle²⁶². Pour préparer le terrain aux négociations, elle a également mis en place un groupe de travail ouvert à tous les États membres. La principale mission de ce groupe est d'élaborer un avant-projet de la convention naissante²⁶³. Entre octobre 1999 et mars 2000, le groupe de travail a produit des textes provisoires en relation avec le projet de la convention-cadre²⁶⁴. En 2000, la 53^{ème} AMS a accepté ces textes et adoptera par la suite une résolution (WHA 53.16) qui appelle l'organe intergouvernemental de négociation à démarrer officiellement les négociations de la convention²⁶⁵. L'une des propositions du groupe de travail préconisait par exemple de mettre l'accent sur la réduction de la demande en se référant notamment au programme de la Banque mondiale en matière de lutte contre l'épidémie de tabagisme²⁶⁶. Il était aussi question de mesure réduisant l'offre dans le cadre de leur rapport. Toutefois, les dispositions de ce genre ont soulevé plusieurs questions concernant l'impact économique qu'elles auraient. Certains pays producteurs ont alors exprimé leurs craintes de voir plusieurs emplois disparaître à la suite de l'application de cette stratégie²⁶⁷. Du fait de ces questions, le groupe de travail a décidé de se concentrer principalement sur les mesures de réduction de la demande, pour éviter que certains Membres (principalement les pays en développement) ne boycottent le processus.

²⁶⁰ Tania Voon et al, *op.cit.*, p. 13.

²⁶¹ Convention-cadre de l'OMS Pour La Lutte Antitabac, Organe intergouvernemental de négociation de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac (2000-2003), <https://www.who.int/fctc/about/whofctc_inb/fr/> (Dernière consultation : le 23/01/2019).

²⁶² Rapport sur la santé dans le monde, *Tabac : l'action de l'OMS*, <https://www.who.int/whr/media_centre/factsheet2/fr/> (Dernière consultation: le 23/01/2019).

²⁶³ Andrew D. Mitchell/Tania Voon, *op.cit.*, p. 18.

²⁶⁴ FCTC / WHO Framework Convention for Tobacco Control, *History of the WHO Framework Convention for Tobacco Control*, World Health Organization, Geneva, 2009, p. 10.

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ Intergovernmental Negotiating Body on the WHO FCTC, Proposed Draft Elements for a WHO Framework Convention on Tobacco Control, *Summary Records*, 1st session, Provisional Agenda Item 8, WHO Doc A/FCTC/INB1/2, 26 juillet, 2000, p. 6.

²⁶⁷ Cf. *supra*, note 263.

L'organe intergouvernemental de négociation a organisé en tout et pour tout six réunions entre 2000 et 2003²⁶⁸. Au cours de la session initiale qui a eu lieu en 2000, à Genève, l'organe a accepté les textes provisoires relatifs au projet de la convention-cadre (préparés par le groupe de travail) comme base pour l'ouverture des négociations²⁶⁹. On a aussi élu un président à la tête de cet organe en la personne de Mr Celso Amorim²⁷⁰. Plusieurs acteurs ont par la suite participé au débat et ce, dans un souci de ne pas traiter le sujet uniquement sous l'angle de la santé. On a donc, après la première session des négociations, élargi la participation et furent alors conviés aux discussions, des représentants de différents ministères, notamment ceux du commerce, des finances et des affaires étrangères²⁷¹.

Lors de la deuxième session (en 2001), trois groupes de travail se sont partagé la responsabilité de définir les éléments constituant le projet de la convention-cadre²⁷². Pendant la 3^{ème} session (en 2001), deux groupes de travail ont proposé des versions révisées qui serviront par la suite à la poursuite des négociations de la 4^{ème} session²⁷³. Lors de cette session, un nouveau président (Mr Seixas Corrêa) est élu à la tête de l'organe intergouvernemental de négociation²⁷⁴. Au cours de la 5^{ème} session et à la suite du texte rédigé par le nouveau président, six nouvelles priorités ont été identifiées : l'encadrement de la publicité relative au tabac, les ressources financières en relation avec cette convention, le commerce illicite, les indemnités, les emballages et enfin l'opposition commerce / santé²⁷⁵. La dernière session de l'organe qui s'est déroulée du

²⁶⁸ Tania Voon et al, *op.cit.*, p. 13.

²⁶⁹ FCTC / WHO Framework Convention for Tobacco Control, *History of the WHO Framework Convention for Tobacco Control*, World Health Organization, Geneva, 2009, p. 13.

²⁷⁰ Convention Cadre pour la lutte antitabac, *Histoire du processus de la CCLAT*, p. 35.

²⁷¹ Pour plus d'informations voir, Organe intergouvernemental de négociation de la convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, liste des participants, WHO Doc A/FCTC/INB1/DIV/2/Rev.1, 18 octobre 2000, pp. 1-23 et, Organe intergouvernemental de négociation de la convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, liste des participants, WHO Doc A/FCTC/INB6/DIV/2/Rev.2, 26 février 2003, pp. 1-31.

²⁷² Pour plus de détails, voir les documents officiels de la deuxième session de l'organe intergouvernemental de négociation, OMS, Genève 2001. <https://apps.who.int/gb/fctc/F/F_it2.htm> (Dernière consultation : le 01/10/2020).

²⁷³ Organisation mondiale de la santé, *Guide pour la mise en place de l'action antitabac*, Initiative pour un monde sans tabac, Groupe maladies non transmissibles et santé mentale, Genève, 2006, p. 49.

²⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁵ FCTC / WHO Framework Convention for Tobacco Control, *History of the WHO Framework Convention for Tobacco Control*, World Health Organization, Geneva, 2009, p. 15.

17 février au 1^{er} mars 2003 a connu des négociations intenses en relation avec différents sujets relatifs au tabac comme la publicité ou plus encore le parrainage²⁷⁶. Lors de la séance plénière finale, l’organe a remis le texte définitif à la 56^{ème} AMS pour examen et adoption et ce, conformément à l’article 19 de la Constitution de l’OMS²⁷⁷.

Tout au long des négociations, plusieurs acteurs, en plus des États membres et de leurs représentants, ont participé à l’élaboration de cette convention²⁷⁸. La société civile ainsi que des experts scientifiques ou des avocats ont ainsi pris part au débat. Ils ont en ce sens joué un rôle clé dans l’élaboration de cette convention. Pour soutenir ce projet, une alliance pour la lutte antitabac appelée FCA (acronyme de *Framework Convention Alliance*) a même vu le jour en 1999²⁷⁹. Son but est d’aider à développer et à ratifier la convention cadre²⁸⁰. En effet, avec la mondialisation actuelle de l’épidémie du tabagisme, toute aide serait la bienvenue. Il faut donc consolider la collaboration entre les acteurs étatiques et la société civile. Cette convention-cadre représente une chance unique pour les pays car elle leur permet de renforcer leurs moyens nationaux de lutte antitabac et de protéger la santé de leur population²⁸¹.

6. La convention-cadre pour la lutte antitabac

Après avoir reçu de la part de l’organe intergouvernemental de négociation le texte final relatif à la convention-cadre pour la lutte antitabac, l’AMS l’a adopté à l’unanimité²⁸². La convention était ouverte à la signature entre le 16 et le

²⁷⁶ Organisation mondiale de la santé, *Guide pour la mise en place de l’action antitabac*, Initiative pour un monde sans tabac, Groupe maladies non transmissibles et santé mentale, Genève, 2006, p. 50.

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ Andrew D. Mitchell / Tania Voon, *op.cit.*, p. 19.

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ Framework Convention Alliance, *About Us*, 2018, <<https://www.fctc.org/about-us/>> (Dernière consultation : le 24/01/2019).

²⁸¹ Organisation mondiale de la santé, *Guide pour la mise en place de l’action antitabac*, Initiative pour un monde sans tabac, Groupe maladies non transmissibles et santé mentale, Genève, 2006, p. 48.

²⁸² Assemblée mondiale de la santé, Convention-cadre de l’OMS pour la lutte antitabac, Résolution 56.14^{ème} session, Document A56/VR/4, 21 mai 2003.

22 juin 2003²⁸³. Elle compte actuellement 168 signataires et 181 parties²⁸⁴. La CCLAT est entrée en vigueur le 27 février 2005 et ce, 90 jours après avoir été approuvée, acceptée et ratifiée par 40 États²⁸⁵ (condition *sine qua non* pour qu'une convention devienne une loi internationale). Cette date du 27 février 2005 marque l'entrée en vigueur de la première convention relative à la santé publique avec force obligatoire établie sous la tutelle de l'OMS²⁸⁶. Les pays l'ayant ratifiée auront donc l'obligation d'aligner leurs règlements nationaux au cadre qu'elle a fixé²⁸⁷.

Il s'agit de l'un des traités des Nations Unies les plus rapidement adoptés²⁸⁸. La CCLAT représente donc une victoire pour ceux qui plaidaient en faveur d'une convention forte et complète²⁸⁹. En effet, elle comprend des déclarations de principes de grande portée ainsi qu'un large épouvantail de politiques efficaces en matière de lutte antitabac. Elle reconnaît en même temps la nature mondiale de l'épidémie de tabagisme qui engendre des coûts économiques et sanitaires importants²⁹⁰. En outre, le préambule de cette convention donne le droit aux parties de protéger la santé de leur population²⁹¹.

6.1. La nature juridique de la convention-cadre pour la lutte antitabac

La CCLAT puise sa source dans la capacité de l'OMS à adopter, par le biais de sa constitution, des conventions. Elle dispose effectivement du pouvoir de confectionner des actes juridiques qui créent par leurs engagements de nou-

²⁸³ Ibid.

²⁸⁴ FCTC, Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, *Liste complète des signataires et des parties à la convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac*, 25/10/2017, <https://www.who.int/fctc/signatories_parties/fr/> (Dernière consultation : le 25/01/2019).

²⁸⁵ FCTC, Convention-cadre de l'OMS pour La Lutte Antitabac, *convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, Conférence des Parties à la convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac*, <https://www.who.int/fctc/text_download/fr/> (Dernière consultation : le 25/01/2019).

²⁸⁶ Nathalie Ferraud-Ciandet, *op.cit.*, p. 79.

²⁸⁷ Pascal Bovet / Jacques Cornuz / Fred Paccaud, *Convention cadre pour la lutte antitabac : un instrument puissant de santé publique*, Revue Médicale Suisse 2012, pp. 1438-1439.

²⁸⁸ Gian Luca Burci / Brigit C. A Toebes, *Research Handbook on Global Health Law*, Edward Elgar Edition, First Edition, Cheltenham, UK / Northampton, USA, 2018, p. 341.

²⁸⁹ Andrew D. Mitchell / Tania Voon, *op.cit.*, p. 20

²⁹⁰ Ibid.

²⁹¹ Tania Voon et al, *op.cit.*, p. 13.

veaux droits et obligations²⁹². L'article 19 de la Constitution de l'OMS, lu en tenant compte du préambule, lui donne un pouvoir conventionnel qui constitue le fondement juridique de la CCLAT. Les articles 19 à 23 accordent à l'OMS la capacité d'élaborer des conventions, des accords ou des recommandations dans son domaine de compétence et ce, suivant le principe de spécialité des organisations internationales. Ce pouvoir d'adopter des conventions est confirmé par l'article 6 de la Convention de Vienne sur le droit des traités²⁹³. Par ailleurs, un État qui ratifie la CCLAT ne peut pas émettre de réserves (article 30) et sera par conséquent dans l'obligation de mettre en œuvre toutes les dispositions de cette convention²⁹⁴.

La CCLAT est donc le premier traité relatif à la lutte antitabac, négocié sous les auspices de l'OMS et adopté par l'AMS²⁹⁵. Elle contient des dispositions contraignantes²⁹⁶. C'est la première fois que l'OMS utilise son pouvoir d'adopter des accords internationaux²⁹⁷. Elle apporte de ce fait une réponse juridiquement contraignante qui facilite la mise en œuvre de mesures relatives à la réduction de l'offre et de la demande des produits du tabac²⁹⁸. Cette convention aspire à protéger la santé par le biais de la réalisation de l'objectif majeur de l'OMS à savoir d'amener tous les peuples au niveau de santé le plus élevé et ce, conformément à l'article 1^{er} de la Constitution de cette organisation. La CCLAT a donc pour but de protéger les générations présentes et futures des effets sanitaires et sociaux du tabac ainsi que de l'exposition à la fumée²⁹⁹. Elle offre un cadre propice à la mise en œuvre de mesures de lutte contre le tabagisme au niveau national et international. La CCLAT intègre donc des dispositions qui visent aussi bien l'offre que la demande des produits du tabac³⁰⁰.

²⁹² Florian Kastler, *art.cit.*, p. 58.

²⁹³ *Ibid.*

²⁹⁴ L'article 30 de la CCLAT énonce les dispositions suivantes : « *Aucune réserve ne pourra être faite à la présente Convention* ».

²⁹⁵ Voir l'introduction de la CCLAT (Avant-Propos).

²⁹⁶ Voir l'article 5 relatif aux obligations générales.

²⁹⁷ Bastien Briand et al, *op.cit.*, p. 166.

²⁹⁸ Pour plus d'informations, voir les parties III et IV de la CCLAT relatives aux mesures en relation avec la réduction de l'offre et de la demande des produits du tabac.

²⁹⁹ Pour plus d'informations, voir l'article 3 de la CCLAT.

³⁰⁰ Voir les articles III et IV de la CCLAT.

6.2. Les dispositions de la convention-cadre pour la lutte antitabac

Les mesures de la CCLAT agissent à la fois pour faire baisser la demande ainsi que l'offre des substances engendrant une dépendance au tabac. Elles peuvent donc être divisées en deux parties. D'abord, celles relatives à la demande que l'on trouve dans l'article 6 jusqu'à l'article 14. Celles se trouvant à l'article 6 appellent, entre autres, les Membres de la convention à adopter des mesures tarifaires et fiscales sur les produits de tabac et ce, dans l'optique de réduire sa consommation. L'article suivant traite des mesures autres que financières qui visent à faire baisser la demande de tabac.

Quant à l'article 8, il a pour but de protéger contre l'exposition à la fumée du tabac. Il oblige les parties à la CCLAT à assurer une protection universelle dans les cinq ans suivant l'entrée en vigueur de cette convention³⁰¹. Sont donc concernés par cette mesure, les lieux publics (lieux accessibles au grand public ou à usage collectif) et les lieux intérieurs ou clos qui comprennent un espace couvert par un toit. Il faudra en ce sens informer le public de ces interdictions via des avertissements clairs situés à l'entrée³⁰².

Les mesures se trouvant à l'article 9 énoncent des réglementations relatives à la composition des produits du tabac. Dans l'optique de consolider les dispositions se trouvant dans cet article, la conférence des parties se doit de proposer des directives que les pays membres pourront utiliser lors de leurs analyses des compositions des produits du tabac³⁰³.

L'article 10 traite des réglementations relatives aux informations sur les produits du tabac. Ces informations doivent être communiquées par les acteurs du secteur tabagique. La CCLAT oblige en effet les pays à exiger des fabricants et importateurs de tabac de communiquer aux autorités les informations en relation avec la composition des produits tabagiques. Ces informations doivent par la suite être rendues publiques³⁰⁴.

³⁰¹ Élaboration des principes directeurs pour l'application de la convention, *Article 8 : Protection contre l'exposition de la fumée de tabac*, document de la 2^{ème} conférence des parties (COP), CCLAT/COP, 2007

³⁰² Nathalie Ferraud-Ciandet, *op.cit.*, p. 82.

³⁰³ Organisation mondiale de la santé, *Guide pour la mise en place de l'action antitabac*, Initiative pour un monde sans tabac, Groupe maladies non transmissibles et santé mentale, Genève, 2006, p. 52.

³⁰⁴ *Ibid.*

L'article suivant porte sur le conditionnement et l'étiquetage des produits du tabac qui, du fait de l'utilisation des emballages comme moyen de promotion, occupe une place fondamentale au sein de la CCLAT. Les États sont par conséquent dans l'obligation de réglementer leur conditionnement pour en réduire l'attrait³⁰⁵. Cet article oblige en ce sens à afficher des mises en garde sanitaires sur les paquets de cigarettes pour promouvoir la santé publique et surtout sensibiliser le consommateur sur les méfaits du tabac. Les mises en garde sanitaires ont aussi l'obligation de décrire les maladies que ce produit peut engendrer. En outre, elles doivent occuper entre 30 et 50% ou plus des emballages³⁰⁶. Cet article interdit aussi l'utilisation des mentions, qui sont jugées trompeuses, et qui se rapportent au goût ou à la teneur en goudron des produits du tabac. Parmi ces mentions prohibées, on peut citer, à titre d'exemple, « à faible teneur en goudron » ou plus encore « light ». Cette interdiction découle du fait que le comité scientifique sur la réglementation des produits du tabac de l'OMS considère que ce genre d'informations prête à confusion³⁰⁷. Par exemple, dans les cigarettes dites « light », les quantités réellement absorbées par le fumeur sont sous-estimées et ces mentions peuvent donc induire en erreur le consommateur sur les méfaits du tabac³⁰⁸.

L'article 12 énonce des mesures relatives à l'éducation, la communication, la formation et la sensibilisation du public. En effet, les campagnes de sensibilisation sont des moyens importants pour modifier les habitudes et les normes des sociétés en matière de consommation tabagique. Chaque partie doit en ce sens appliquer des mesures législatives ou autres mesures efficaces pour favoriser la sensibilisation et l'accès aux informations relatives au caractère addictif du tabac³⁰⁹. Ces campagnes peuvent ainsi sensibiliser les gens sur ses dangers et ainsi lutter efficacement contre la banalisation du tabac. Leur principal objectif est donc de changer les normes sociales vis-à-vis du tabagisme³¹⁰.

³⁰⁵ Pour plus d'informations, voir l'article 11 de la CCLAT.

³⁰⁶ Article 11 de la CCLAT portant sur le conditionnement et l'étiquetage des produits du tabac.

³⁰⁷ Nathalie Ferraud-Ciandet, *op.cit.*, p. 83.

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ Organisation mondiale de la santé, *Guide pour la mise en place de l'action antitabac*, Initiative pour un monde sans tabac, Groupe maladies non transmissibles et santé mentale, Genève, 2006, p. 53.

³¹⁰ Organisation mondiale de la santé, *Un programme de politiques pour inverser le cours de l'épidémie*, Bibliothèque de l'OMS, Genève, 2008, p. 20.

En ce qui concerne l'article 13, il traite des mesures relatives à la publicité en faveur du tabac. Cette norme n'est efficace que si elle est totale, ce qui implique donc une interdiction appliquée à l'ensemble des médias et à toutes les utilisations des marques de fabriques et des logos³¹¹. Ce type de mesure semble, à première vue, irréalisable, car il est quasiment impossible d'interdire totalement la publicité et ce, pour des motifs constitutionnels. La présente convention, consciente de cette impossibilité, appelle donc les États signataires à interdire au moins la publicité trempieuse concernant les effets néfastes du tabac³¹². La publicité reste en effet le principal moyen qu'utilise l'industrie pour accroître ses ventes. Son interdiction permet par conséquent de diminuer la commercialisation des produits tabagiques et donc par ricochet de protéger la santé. Ce constat est fondé sur plusieurs études qui démontrent que la proscription de la publicité peut faire baisser de 16% la consommation tabagique³¹³.

L'article 14, traite des mesures visant à réduire la demande en rapport avec la dépendance à l'égard du tabac et le sevrage tabagique. Les dispositions de cet article ont pour principal objectif d'encourager le sevrage tabagique des fumeurs. Les États ont donc l'obligation de fournir tous les efforts nécessaires pour s'acquitter de cette mission³¹⁴. Les parties à la convention peuvent par exemple mettre en œuvre des programmes de sevrage dans les établissements de santé ou scolaires et collaborer avec les autres pays pour faciliter l'accès à ce genre de traitement³¹⁵.

La deuxième partie de la CCLAT est consacrée aux mesures en relation avec la réduction de l'offre du tabac. L'article 15 énonce certaines dispositions relatives à son commerce illicite. La CCLAT reconnaît que l'élimination de toute forme de contrebande représente un aspect fondamental de la lutte anti-tabac³¹⁶. En effet, le commerce illicite constitue une menace car il rend les grandes marques plus accessibles vu qu'elles échappent aux différentes restrictions sanitaires³¹⁷. Les États doivent en ce sens adopter plusieurs mesures comme celles se rapportant au renforcement des législations qui sanctionnent

³¹¹ Cf. *supra*, note 307.

³¹² Nathalie Ferraud-Ciandet, *op.cit.*, p. 84.

³¹³ Fifth WHO Seminar for a Tobacco-Free Europe, *Country profiles*, Bureau régional de l'Europe de l'Organisation mondiale de la Santé, Varsovie, 26-28 octobre 1995.

³¹⁴ Pour plus d'informations, voir l'article 14 de la CCLAT.

³¹⁵ Article 14, para. 2 de la CCLAT.

³¹⁶ Article 15 de la CCLAT relatif au commerce illicite des produits du tabac.

³¹⁷ Cf. *supra*, note 312.

la contrebande ou à l'obligation d'imposer le marquage des paquets pour indiquer leur pays de destination. En outre, un échange d'informations sur le commerce illicite du tabac doit être mis en place³¹⁸. Cet article, comme on le verra plus tard, sera renforcé par un protocole qui verra le jour en 2012³¹⁹.

La mesure suivante prohibe la vente aux mineurs et par les mineurs. La distribution gratuite du tabac au public est donc défendue, de même que la commercialisation des paquets enfants (paquets de 10 cigarettes) et la vente à l'unité³²⁰. Cet article appelle aussi les États à bannir toute exposition visible des produits de tabac et ce, par le biais de la réduction de leur accessibilité³²¹.

Enfin, l'article 17 demande aux parties de fournir un appui à d'éventuelles activités de remplacement qui sont, sur le plan économique, viables. L'OMS, par le biais de la CCLAT, se doit aussi de promouvoir ce genre de mesures car plusieurs pays ont des économies basées sur la production du tabac³²². Il faut en ce sens venir en aide aux cultivateurs³²³. On peut citer, à titre d'exemple, le Malawi, pays où le secteur tabagique compte 1,6 millions de travailleurs et rapporte à lui seul 70% de ses réserves en devises³²⁴. La production de tabac est donc quasiment vitale pour la population locale. Par conséquent, la mise en place de mesures soudaines à l'encontre de ce produit peut donner lieu à l'augmentation du chômage et de la pauvreté. Le débat va donc porter sur la nature des mesures à adopter pour combler ce manque à gagner³²⁵. Certains États peuvent effectivement s'opposer aux dispositions de la CCLAT. Il faut donc leur fournir des moyens de rechange qui sont à même de remplacer leur manque à gagner. Certains pays, à l'instar du Mexique, ont réussi à promouvoir des solu-

³¹⁸ Article 15 para. 4 de la CCLAT.

³¹⁹ Voir le Protocole pour éliminer le commerce illicite des produits du tabac.

³²⁰ Nathalie Ferraud-Ciandet, *op.cit.*, p. 85.

³²¹ L'article 16 de la CCLAT énonce dans son alinéa b les dispositions suivantes : « *l'interdiction de vendre des produits du tabac en les rendant directement accessibles, par exemple sur les étagères des magasins* ».

³²² Les principaux pays producteurs de tabac que sont la Chine, le Brésil et l'Inde ont également ratifié la CCLAT de l'OMS.

³²³ Conférence des parties à la convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, 5^{ème} session, Séoul, novembre 2012, p. 1.

³²⁴ Cf. *supra*, note 320.

³²⁵ Conférence des parties à la convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, Deuxième session, Rapport sur l'audition publique concernant la diversification agricole et les cultures de substitution au tabac dans le contexte de la convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, Brasília, 26 février 2007, pp. 2-3.

tions de remplacement viables pour les cultivateurs³²⁶. En effet, le gouvernement et les firmes sont parvenus à conclure un accord pour la création d'un fond pour la santé financé à hauteur d'un Pesos sur chaque paquet de cigarettes vendu. Plusieurs organisations internationales, à l'instar de la FAO, ou la Banque mondiale ont en ce sens fourni une aide technique³²⁷. La CCLAT encourage donc les pays à trouver des solutions de substitution efficaces pour venir en aide aux cultivateurs.

On peut aussi mentionner certaines dispositions de la CCLAT qui traitent de l'obligation d'échanger des informations et ce, dans le cadre de la coopération internationale (article 20 et 22). Les différentes mesures que l'on a présentées, au cours de cette partie, démontrent donc le fait que la CCLAT demeure la meilleure arme dont disposent les pays pour combattre ce fléau qu'est le tabagisme. Cette convention traite en effet de tous les aspects relatifs au tabac comme ceux se rapportant à son commerce illicite (article 15) ou plus encore à l'immersion des multinationales dans l'élaboration des lois antitabac (5.3)³²⁸. Plusieurs guides d'application ou protocoles seront par la suite établis pour faciliter la mise en œuvre de ces mesures et surtout pour les compléter³²⁹. Ils seront analysés plus loin dans ce travail. On se doit tout d'abord de présenter le mode de gouvernance de la CCLAT pour mieux tracer les contours de la lutte antitabac au sein de l'OMS.

6.3. Le système de gouvernance de la convention-cadre pour la lutte antitabac

La conférence des parties (COP) est l'organe directeur de la CCLAT. C'est elle qui prend les décisions importantes notamment sur des questions liées au traité³³⁰. Elle examine la mise en œuvre globale de la convention. Elle déter-

³²⁶ Nathalie Ferraud-Ciandet, *op.cit.*, p. 85.

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ L'article 5.3 de la CCLAT énonce ce qui suit : « *En définissant et en appliquant leurs politiques de santé publique en matière de lutte antitabac, les Parties veillent à ce que ces politiques ne soient pas influencées par les intérêts commerciaux et autres de l'industrie du tabac, conformément à la législation nationale* ».

³²⁹ Tania Voon et al, *op.cit.*, p. 15, p. 18.

³³⁰ FCTC, Convention-cadre de l'OMS Pour La Lutte Antitabac, Conférence des Parties à la convention-cadre pour la lutte antitabac, <<https://www.who.int/fctc/cop/governance/fr/>> (Dernière consultation : le 30/01/2019).

mine et fixe le budget du secrétariat de la convention³³¹. Elle adopte aussi les décisions nécessaires pour promouvoir l'application efficace de la CCLAT³³². Elle est composée de tous les Membres de la convention³³³.

La première session de la COP date de février 2006³³⁴. C'est l'article 23 de la présente convention qui détermine ses prérogatives. L'article 7 de la CCLAT charge aussi cet organe d'établir des directives pour faciliter la mise en œuvre des articles 8-13. Cette liste d'article sera élargie et englobera par la suite les articles 5(3), 6, 14, 17, 18 et ce, en vertu de l'article 23 de la CCLAT qui donne le droit à la conférence des parties d'établir aussi des directives pour lesdits articles³³⁵. La COP a créé en ce sens des groupes de travail dont la principale mission est d'élaborer les directives d'application³³⁶. Ces derniers soumettent des rapports d'activité à la COP et à la fin de leurs travaux, ils remettent des directives finalisées pour examen et adoption³³⁷.

Conformément à l'article 33 de la CCLAT, la COP peut aussi adopter des protocoles. Les protocoles sont, suivant le modèle de traité qu'est la convention-cadre, des accords séparés et sous tutelle de la convention mère³³⁸. Néanmoins, l'organe suprême à qui revient la charge de veiller à la mise en œuvre de la CCLAT reste le secrétariat de la convention. Ce secrétariat aspire en outre à promouvoir le protocole pour éliminer le commerce illicite des produits du tabac³³⁹. Ses fonctions consistent donc à aider les parties à mettre en œuvre leurs obligations qui découlent de la CCLAT, apporter un soutien efficace à

³³¹ Article 23 de la CCLAT portant sur la Conférence des parties.

³³² FCTC, Convention-cadre de l'OMS Pour La Lutte Antitabac, 2. *L'organe directeur du traité et ses organes subsidiaires*, <<https://vivello.ch/fctc/fr/node/15>> (Dernière consultation : le 30/01/2019).

³³³ Cf. *supra*, note 330.

³³⁴ Cf. *supra*, note 332.

³³⁵ Convention-cadre de l'OMS Pour La Lutte Antitabac, Groupes de travail établis par la Conférence des parties, <<https://www.who.int/fctc/guidelines/groups/fr/>> (Dernière consultation : le 02/10/2020).

³³⁶ FCTC, Convention-cadre de l'OMS Pour La Lutte Antitabac, Conférence des parties à la convention-cadre pour la lutte antitabac, <<https://www.who.int/fctc/cop/governance/fr/>> (Dernière consultation : le 30/01/2019).

³³⁷ Andrew D. Mitchell / Tania Voon, *op.cit.*, p. 24.

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ FCTC, Convention-cadre de l'OMS Pour La Lutte Antitabac, Le secrétariat de la convention, <<https://www.who.int/fctc/secretariat/fr/>> (Dernière consultation le 30/01/2019).

la COP et surtout concrétiser les décisions de cette conférence sur le terrain réel³⁴⁰. Le secrétariat doit aussi faire contrepoids à l'industrie du tabac. On peut donc le qualifier d'organe administratif de la COP³⁴¹.

6.4. Les directives et les protocoles de la convention-cadre pour la lutte antitabac

La COP a adopté jusqu'à présent huit directives pour faciliter la mise en œuvre des dispositions de la CCLAT³⁴². Elles sont élaborées au moyen d'un processus consultatif et multilatéral. Elles sont fondées sur des preuves et des données empiriques³⁴³. Elles visent donc à aider les parties à s'acquitter de leurs obligations qui découlent de la CCLAT. C'est l'article 5.4 qui régit la mise en place des directives³⁴⁴. L'importance des directives réside dans le fait que certaines dispositions de la CCLAT nécessitent une interprétation approfondie pour ainsi remédier à certains problèmes spécifiques. L'article 7 propose par exemple des directives appropriées pour l'application des articles 8-13. Les parties sont donc tenues, par le biais de la COP, de soumettre des directives appropriées pour toutes les mesures de la CCLAT. Des groupes de travail seront aussi mis en place par la COP lors de l'élaboration d'une directive se rapportant à une disposition particulière de la CCLAT³⁴⁵. Ces lignes directrices permettent aux parties de réaliser les objectifs de la CCLAT. En effet et contrairement aux autres traités internationaux, la CCLAT crée un large épouvantail d'attentes via ses mesures sans pour autant indiquer spécifiquement aux parties comment les remplir, d'où la pertinence des directives³⁴⁶. Ces outils complémentaires seront alors en mesure d'aider les parties à la CCLAT à mettre en œuvre les dispositions de cette convention.

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ FCTC, *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac*, 3, Le secrétariat de la convention-cadre pour la lutte antitabac, <<https://vivello.ch/fctc/fr/node/15>> (Dernière consultation : le 30/01/2019).

³⁴² FCTC, *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac*, Les directives adoptés par la conférence des parties, <https://www.who.int/fctc/treaty_instruments/adopted/fr/> (Dernière consultation : le 30/01/2019).

³⁴³ Andrew D. Mitchell / Tania Voon, *op.cit.*, p. 25.

³⁴⁴ L'article 5.4 énonce les dispositions suivantes : « les parties coopèrent en vue de formuler des propositions de mesures, de procédures et de lignes directrices pour la mise en œuvre de la Convention et des protocoles auxquelles elles sont parties ».

³⁴⁵ Tania Voon et al, *op.cit.*, p. 18.

³⁴⁶ Andrew D. Mitchell / Tania Voon, *op.cit.*, p. 39.

Des interrogations risquent en ce sens d'être soulevées en relation notamment avec la nature des directives. On se doit en effet de déterminer si elles sont de nature contraignante ou non. En général, les directives sont essentiellement non contraignantes³⁴⁷. On utilise par exemple, dans le paragraphe 17 des directives relatives à l'article 5.3, l'expression « *il est recommandé* » pour évoquer les obligations qui découlent desdites directives. En outre, on fait usage du mot « *recommandation* » pour introduire le paragraphe susmentionné³⁴⁸. Les directives conseillent en ce sens aux pays d'adopter certaines mesures pour renforcer la mise en œuvre de la CCLAT, d'où leur nature non contraignante. Néanmoins et en dépit de leur caractère non contraignant, les directives sont en général invoquées par certaines parties à la convention. En effet, lors des débats survenus après l'adoption par l'Australie du « *Tobacco Plain Packaging Act* », plusieurs références ont été faites aux directives relatives aux articles 11 et 13³⁴⁹. Ces lignes directrices soutiennent notamment que l'emballage neutre pourrait, à terme, éliminer l'attrait de la publicité ou de la promotion en relation avec les produits du tabac³⁵⁰. Une de ces directives se contente de recommander aux parties d'adopter des mesures visant à limiter ou à interdire l'utilisation de logos et ce, en employant l'expression « *les parties devraient envisager* »³⁵¹. Ces diverses propositions émanant des directives relatives aux articles 11 et 13 ne seront cependant pas adoptées par tous les États membres et

³⁴⁷ Ibid.

³⁴⁸ Voir le paragraphe 17 des directives d'application pour l'article 5.3 de la CCLAT.

³⁴⁹ Bryan Mercurio / Kuei-Jung, *Science and Technology in International Economic Law/Balancing Competing interests*, Routledge research In International Economic Law, London / New York, 2014, p. 126.

³⁵⁰ Les directives d'application pour les articles 11 et 13 recommandent aux parties à la CCLAT d'adopter les emballages neutres pour réduire l'attrait des produits tabagiques, on peut en ce sens mentionner le para. 46 de la directive application pour l'article 11 qui énonce les dispositions suivantes : « *Les Parties devraient envisager d'adopter des mesures visant à limiter ou interdire l'utilisation de logos, de couleurs, d'images de marque ou de textes promotionnels sur les conditionnements hormis le nom de la marque et celui du nom du produit imprimés avec des caractères normaux et dans une couleur standardisée (conditionnement neutre). Cela pourrait conférer plus de relief et d'efficacité aux mises en garde sanitaires et aux messages, en empêchant que la forme de conditionnement ne détourne l'attention des consommateurs et en faisant échec aux techniques de design employées par l'industrie du tabac pour tenter de faire croire que certains produits sont moins nocifs que d'autres* ».

³⁵¹ Para. 46 de la Directive d'application de l'article 11 de la CCLAT.

ce, en dépit du soutien indéfectible de l'OMS³⁵². Certains pays ont néanmoins adopté quelques directives du fait de leur aspect non contraignant. Cette caractéristique les rend en effet attrayantes aux yeux de certaines parties à la convention dont le législateur local est réticent à l'idée d'adopter des dispositions contraignantes³⁵³.

En ce qui concerne les protocoles, ils peuvent être adoptés en vertu de l'article 33 de la CCLAT. En ce sens, seules les parties à la convention sont autorisées à en être membres. Actuellement, on compte un seul protocole adopté par la CCLAT. Il s'agit du « *protocole pour éliminer le commerce illicite des produits du tabac* ». Il a été introduit lors de la 5^{ème} session de la COP en 2012³⁵⁴. Il est entré en vigueur le 25 septembre 2018 et ce, après le dépôt du quarantième instrument de ratification³⁵⁵. Son principal objectif est d'éliminer toutes formes de commerce illicite des produits du tabac. Cette notion englobe les pratiques qui se rapportent à la production, l'expédition, la possession, la réception, la distribution, l'achat ou la vente de produits du tabac³⁵⁶. Ce protocole combat ce type de commerce car il menace la santé publique. Ce constat découle du fait que le commerce illicite rend les produits du tabac plus accessibles³⁵⁷. C'est l'article 23.5 qui sert de fondement lorsque sont adoptés des

³⁵² Seuls 14 pays ont, en 2019, adopté les emballages neutres, pour plus d'informations voir, société canadienne du cancer, *Emballages neutres-Survol à l'échelle mondiale*, 5 juillet 2019, p. 2.

³⁵³ Andrew D. Mitchell / Tania Voon, *op.cit.*, p. 40.

³⁵⁴ FCTC, Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, *Protocole pour éliminer le commerce illicite des produits du tabac*, <https://www.who.int/fctc/protocol/illicit_trade/protocol-publication/fr/> (Dernière consultation le 02/10/2020).

³⁵⁵ FCTC, Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, *Entrée en vigueur du Protocole pour éliminer le commerce illicite des produits du tabac*, <<https://www.who.int/fctc/mediacentre/press-release/protocol-entering-into-force/fr/>> (Dernière consultation : le 02/10/2020).

³⁵⁶ FCTC, Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, *Protocole pour éliminer le commerce illicite des produits du tabac : questions / réponses*, <FCTC, Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac> (Dernière consultation le 31/01/2019).

³⁵⁷ FCTC, Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, *Protocole pour éliminer le commerce illicite des produits du tabac, Protocole pour éliminer le commerce illicite des produits du tabac : vue d'ensemble*, p. 2, <https://www.who.int/fctc/Protocol_summary_fr.pdf> (Dernière consultation le 31/01/2019).

protocoles d’application de la CCLAT³⁵⁸. A noter que toutes les questions en relation avec le tabac peuvent être traitées par les protocoles. En effet, et en analysant de près les deux articles 23.5 et 33, on remarque qu’il n’y a pas de restrictions quant aux sujets pouvant être abordés³⁵⁹. Si une partie propose un protocole, la COP examinera son adoption. En plus, tout sujet pouvant être traité par une directive, peut l’être aussi par un protocole.

Le protocole est, contrairement aux directives, contraignant. Toutes les parties qui l’ont ratifié y sont liées³⁶⁰. Le protocole pour éliminer le commerce illicite des produits du tabac est divisé en 10 parties. Après l’introduction, la 2^{ème} partie traite des obligations générales à l’instar notamment de l’échange d’informations ou du renforcement de la coopération qui pourront permettre aux parties à la présente convention d’atteindre les objectifs du présent protocole³⁶¹. Quant à la 3^{ème} partie, elle est relative au contrôle de la chaîne logistique. Cette notion de « *chaîne logistique* » nous renvoie, entre autres, au suivi, à la traçabilité (article 8) ou à la tenue de registre par les personnes physiques et morales participant à ladite chaîne³⁶². Ce contrôle permet par exemple de prévenir le commerce illicite³⁶³. La section suivante traite des différentes infractions. C’est l’article 14 qui détermine avec exactitude les actes considérés comme étant illicites au sens de ce protocole³⁶⁴. Il revêt une certaine importance car il expose toutes les infractions susceptibles de tomber sous le coup dudit protocole. Sont donc considérés comme actes illicites au sens de l’article 14, la fabrication, le négoce, l’importation ou l’exportation de produits de

³⁵⁸ L’article 23.5 de la CCLAT énonce les dispositions suivantes concernant l’adoption des protocoles : « La Conférence des Parties examine régulièrement l’application de la Convention et prend les décisions nécessaires pour en promouvoir la mise en œuvre efficace ; elle peut adopter des protocoles, des annexes et des amendements à la Convention, conformément aux articles 28, 29 et 33 ».

³⁵⁹ Andrew D. Mitchell / Tania Voon, *op.cit.*, pp. 34-35.

³⁶⁰ *Ibid.*

³⁶¹ FCTC, Convention-cadre de l’OMS pour la lutte antitabac, Protocole pour éliminer le commerce illicite des produits du tabac, Protocole pour éliminer le commerce illicite des produits du tabac : vue d’ensemble, p. 2, <https://www.who.int/fctc/Protocol_summary_fr.pdf> (Dernière consultation le 31/01/2019).

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ FCTC, Convention-cadre de l’OMS pour la lutte antitabac, Protocole pour éliminer le commerce illicite des produits du tabac, Protocole pour éliminer le commerce illicite des produits du tabac questions/réponses, <https://www.who.int/fctc/Protocol_summary_fr.pdf> (Dernière consultation le 01/02/2019).

³⁶⁴ Pour plus d’informations, voir l’article 14 du Protocole pour éliminer le commerce illicite des produits du tabac.

tabac et de matériels de fabrication sans s'acquitter des taxes applicables³⁶⁵. Cette partie traite aussi du recouvrement après saisie ou des différentes poursuites judiciaires. La section suivante énonce certaines dispositions relatives à la coopération internationales, similaires à celles contenues au sein de l'article 20 en relation notamment avec l'échange d'information en général³⁶⁶. La partie VII traite des dispositions institutionnelles en relation avec la gouvernance du protocole, ou plus encore des ressources financières du protocole³⁶⁷. Les articles des dernières sections (VII à X) abordent la question de la résolution des conflits entre les parties³⁶⁸. On conclut donc qu'à l'instar des directives, les protocoles aspirent aussi à mettre en œuvre les dispositions de la CCLAT.

Dans le sillage de cette analyse relative à la nature des directives et des protocoles, plusieurs questions peuvent être soulevées comme celles se rapportant à la détermination du meilleur système à choisir par les parties membres à la CCLAT. On se doit par conséquent d'examiner, avec minutie, certains critères pour aider les parties à cette convention à fonder leur choix. Cette sélection dépend en partie des différentes stratégies et politiques adoptées par les États ayant ratifié la CCLAT³⁶⁹. En effet, et comme énoncé précédemment, certains pays sont réticents à l'idée d'adopter des dispositions contraignantes qui amènent avec elles de nouvelles obligations. De plus, le processus de négociation d'un protocole est souvent long. En outre, il est plus difficile d'arriver à un consensus dans le cadre de ce processus que lors des discussions relatives à l'élaboration des directives³⁷⁰. Il faut aussi noter que contrairement aux directives, un protocole énonce des dispositions contraignantes.

En conclusion, deux solutions ressortent de cette analyse : lorsqu'un État aspire à mettre en œuvre la CCLAT d'une manière efficace, il est souhaitable d'élaborer des obligations contraignantes. En effet, si l'on veut, par exemple, introduire un projet de loi relatif aux emballages neutres (prévus par les directives et non les protocoles), les protocoles peuvent s'avérer très pertinents en

³⁶⁵ Article 14 du Protocole pour éliminer le commerce illicite des produits du tabac.

³⁶⁶ Article 20 du Protocole pour éliminer le commerce illicite des produits du tabac.

³⁶⁷ Pour plus d'informations, voir les article 33, 34, 35 du Protocole pour éliminer le commerce illicite des produits du tabac.

³⁶⁸ FCTC, Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, Protocole pour éliminer le commerce illicite des produits du tabac, Protocole pour éliminer le commerce illicite des produits du tabac : vue d'ensemble, p. 2, <https://www.who.int/fctc/Protocol_summary_fr.pdf> (Dernière consultation le 31/01/2019).

³⁶⁹ Andrew D. Mitchell / Tania Voon, *op.cit.*, p. 40.

³⁷⁰ *Ibid.*, pp. 39-40.

raison du caractère obligatoire des règlements qu'ils énoncent. La ratification de ces protocoles conduira dès lors le législateur local à adopter ce projet de loi³⁷¹. Cette opération risque néanmoins d'être plus compliquée si l'on souhaite l'accomplir par le biais de l'adoption des directives. Ce constat découle du fait de leur nature non contraignante qui ne permet pas une mise en œuvre efficace de leurs dispositions sur le plan des différentes législations nationales. Mais lorsque l'on est en face d'une situation qui n'est pas d'une extrême gravité, les directives représentent l'outil idoine pour trouver rapidement des solutions et permettre ainsi aux parties de s'acquitter de leurs obligations découlant de la CCLAT³⁷².

Les lignes directrices et les protocoles sont donc des moyens qui permettent de mettre en œuvre efficacement les différentes dispositions de la CCLAT et ce, indépendamment de leur nature contraignantes ou non contraignantes.

7. L'efficacité et l'importance de la convention-cadre pour la lutte antitabac

La CCLAT représente de nos jours l'outil le plus puissant dont dispose la communauté internationale pour combattre efficacement le tabagisme et ce, du fait de son caractère contraignant. Cette dernière influe sur l'appareil législatif de nombreux États en les poussant à prendre des mesures fortes et percutantes en matière de lutte contre le tabagisme. Plusieurs obligations qui sont, sur le plan juridique, contraignantes vont donc voir le jour³⁷³.

En 2010, soit cinq ans après son entrée en vigueur, certains pays ont renforcé leur arsenal législatif relatif à la lutte antitabac³⁷⁴. En outre, plus de 54% des parties à la CCLAT ont considérablement consolidé leur législation relative au tabac³⁷⁵. La CCLAT a donc réussi à faire de la lutte antitabac une priorité mondiale. Ce constat a notamment été établi lors du rapport rédigé à la suite du 10^{ème} anniversaire de la CCLAT³⁷⁶. Ce traité pourra donc contribuer à la pré-

³⁷¹ *Ibid.*, p. 45.

³⁷² C'est la nature non contraignante des directives qui explique ce constat. En effet, leur mise en place est rapide et ne nécessite donc par un processus aussi long que celui en relation avec l'adoption d'un protocole.

³⁷³ Tania Voon et al, *op.cit.*, p. 25.

³⁷⁴ *Ibid.*

³⁷⁵ Florian Kastler, *art.cit.*, p. 65.

³⁷⁶ WHO, 10th Anniversary of the WHO Framework Convention on Tobacco Control – Saving Lives for a decade, 2015, p. 2.

servation de la vie humaine. Tous ces chiffres nous prouvent ainsi à quel point un instrument international contraignant peut exercer une influence considérable sur l'ordre juridique de nombreux pays.

Un article publié en 2011(juste après la 4^{ème} session de la COP) résume parfaitement le rôle de la CCLAT dans le renforcement des législations antitabac des différents États membres³⁷⁷. Ledit article estime que cette convention a réussi à :

- aider les gouvernements dans leur lutte contre l'industrie du tabac.
- créer une norme sociale dans laquelle fumer est devenu l'exception et non la norme.
- faciliter le partage d'expertises et d'expériences entre les gouvernements et les ONG.
- apporter de nouvelles ressources politico-financières à la lutte antitabac³⁷⁸.

Le plus grand succès de la CCLAT reste bien néanmoins la mise en œuvre sur le plan national de ses différentes mesures relatives à la lutte antitabac. Ces normes ont permis de renforcer considérablement les législations antitabac. En effet, en 2005, seulement 5 États avaient mis en place des dispositions qui interdisent de fumer dans les lieux publics contre 48 en 2014³⁷⁹. Quant au prix moyen d'une cigarette, il a augmenté de 150% ces cinq dernières années. Enfin, en 2014, 43 pays contre seulement 6 en 2005 ont adopté des mises en garde sanitaires, conformes à l'article 11.b de la CCLAT³⁸⁰.

La CCLAT participe aussi à la lutte mondiale contre les maladies non transmissibles (MNT) du fait du nombre innombrable de maladies provoquées par le tabac. La réunion de haut niveau sur la prévention et la maîtrise des MNT de l'assemblée générale des Nations Unies, a en ce sens recommandé en 2011 l'accélération de la l'adoption de cette convention. Cette réunion considère que la CCLAT est en mesure de réduire considérablement les MNT³⁸¹. Ce type de ma-

³⁷⁷ Jonathan Liberman, *Four COPs and Counting: Achievement, Underachievement and Looming Challenges in the Early Life of the WHO FCTC Conference of the Parties*, 21 *Tobacco Control*, 2012.

³⁷⁸ Andrew D. Mitchell / Tania Voon, *op.cit.*, p. 49

³⁷⁹ Florian Kastler, *art.cit.*, p. 65.

³⁸⁰ *Ibid.*

³⁸¹ Assemblée générale des Nations-Unies, *Réunion de haut niveau des Nations Unies sur la prévention et la maîtrise des maladies non transmissibles*, 66^{ème} session, Doc.N.U. A/66/L.1, 16 septembre 2011.

ladies qui touche surtout les pays pauvres³⁸², a poussé plusieurs d'entre eux à mettre en œuvre les mesures de la CCLAT pour mieux combattre le tabagisme et donc par ricochet les MNT³⁸³. De nombreux États d'Afrique ont en ce sens ratifié la CCLAT³⁸⁴. Cette démarche leur a permis de mettre en place des politiques efficaces de lutte contre le tabac³⁸⁵. La CCLAT est par conséquent en mesure de jouer un rôle primordial dans le cadre des efforts fournis en matière de prévention et de maîtrise des MNT.

Cette convention risque aussi d'avoir un impact sur le commerce international. En effet, et comme on le verra plus loin dans ce travail, des groupes spéciaux de l'OMC ainsi que certains états feront mention de la CCLAT pour étayer leurs constatations³⁸⁶. On constate donc que cette convention régit le tabac sous ses différents aspects.

En outre, elle consacre un cadre légal aux agissements de l'industrie du tabac. Ce constat découle du fait que la CCLAT s'intéresse de près aux comportements de cette industrie. Elle incite notamment ses membres à prendre les mesures législatives nécessaires à son encontre³⁸⁷. Les multinationales pourront donc être tenues responsables des méfaits qu'engendrent leurs pro-

³⁸² Alliance contre le tabac, *La CCLAT*, 2018, <<https://www.alliancecontreletabac.org/la-cclat/>> (Dernière consultation : le 07/01/2019).

³⁸³ Tania Voon / Andrew D. Mitchell / Jonathan Liberman, *op.cit.*, p. 276.

³⁸⁴ Voir la liste des parties à la CCLAT de l'OMS, <https://www.who.int/fctc/signatories_parties/fr/> (Dernière consultation : le 05/10/2020).

³⁸⁵ Cf. *supra*, note 383.

³⁸⁶ La CCLAT de l'OMC a été citée à plusieurs reprises lors de contentieux traités au sein de l'OMC. On peut en ce sens mentionner deux affaires : « *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* » et : « *États-Unis-Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle* ». Les groupes spéciaux, en charge desdites affaires, ont fait référence à certaines dispositions de la CCLAT lors de leur jugement relatif à la légalité des mesures adoptées au motif de la protection de la santé. En outre, les directives de la CCLAT ont été invoquées par des parties au litige.

³⁸⁷ Voir l'article 1 et l'article 19 de la CCLAT qui énonce dans son 1^{er} alinéa les dispositions suivantes : « *Aux fins de la lutte antitabac, les Parties envisagent de prendre des mesures législatives ou de promouvoir les lois existantes, si nécessaire, en matière de responsabilité pénale et civile, y compris l'indemnisation le cas échéant* ».

duits tabagiques sur la santé. Les États seront alors en mesure d'infliger des amendes ou des sanctions civiles et pénales pour réprimer toute violation des lois antitabac³⁸⁸.

On constate ainsi que la CCLAT met à la disposition de ses parties un ensemble de dispositions qui peuvent renforcer d'une manière considérable leur législation antitabac. Ces mesures permettent donc de lutter efficacement contre le tabagisme. Mais quid des effets de cette convention sur la prévalence du tabagisme ? Il semble, à première vue, ardu de dresser un constat relatif aux répercussions de la CCLAT sur la consommation tabagique. Cette conclusion découle du fait de la difficulté d'établir un lien de causalité entre ce traité et ses effets sur la santé³⁸⁹. Il faut de surcroît disposer de données comparables et prendre en considération certains facteurs qui diffèrent d'un État à l'autre pour pouvoir effectuer une comparaison entre les différents pays³⁹⁰. Néanmoins, certains résultats prometteurs en relation avec la prévalence du tabagisme ont été enregistrés. On peut citer, à titre d'exemple, l'Uruguay qui a vu sa prévalence du tabagisme baisser de 23% entre 2005 et 2011. La Turquie présente elle aussi des résultats encourageants puisque son nombre de fumeurs a enregistré une baisse de 13% entre 2008 et 2012³⁹¹. De plus, de nouvelles données indiquent que les mesures de réduction énoncées par la CCLAT peuvent aussi réduire le taux de mortalité dû au tabac³⁹². Plusieurs études vont étayer ce constat. En effet, une enquête réalisée en 2013 estime que si les mesures de réduction de la CCLAT étaient mises en œuvre d'une manière efficace, le monde pourrait enregistrer une réduction de 15 millions de fumeurs et éviter ainsi plus de 7,4 millions de morts prématurées d'ici 2050³⁹³. En dépit de toutes ces estimations, il est toujours difficile d'établir un lien direct entre la CCLAT et une éventuelle baisse de la prévalence du tabagisme car peu d'études sont

³⁸⁸ Nathalie Ferraud-Ciandet, *op.cit.*, p. 87.

³⁸⁹ Florian Kastler, *art.cit.*, p. 67.

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ World Health Organisation, *Report on the Global Tobacco Epidemic, 2013: Enforcing Bans on Tobacco Advertising, Promotion and Sponsorship*, WHO, 2013, pp. 42-43.

³⁹² David Levy et al, *Smoking-Related Deaths Averted Due to Three Years of Policy Progress*, Bulletin of the World Health Organization, 2013, p. 5, p. 509, p. 512.

³⁹³ *Ibid.*

en mesure d'identifier l'impact réel de cette convention sur la santé³⁹⁴. Cependant, la CCLAT parvient à influencer les politiques publiques de lutte antitabac. C'est la mise en œuvre des dispositions de cette convention qui permet d'évaluer efficacement ses effets sur les différents appareils juridiques des États membres. En outre, des enquêtes ont été réalisées pour démontrer l'incidence de la CCLAT sur les politiques nationales³⁹⁵. Ces enquêtes ont clairement démontré l'influence de ce traité sur les législations nationales en matière de lutte antitabac³⁹⁶. L'impact de la CCLAT sur les politiques publiques reste donc palpable.

A l'heure actuelle, cette convention reste l'instrument le plus puissant dont disposent les États pour lutter efficacement contre l'épidémie mondiale de tabagisme. Elle couvre 87% de la population mondiale et exerce, en ce sens, une grande influence sur les législations de leur pays³⁹⁷. Elle permet ainsi aux États de mener une politique de santé publique efficace³⁹⁸. Néanmoins, les avancées concernant la mise en œuvre des différentes mesures de la CCLAT restent inégales. Ce constat émane de l'application partielle des articles de cette convention. Ce taux étant compris entre 13 et 88% selon les articles, on assistera dès lors à une certaine disparité en matière de transposition des dispositions de la CCLAT en droit interne³⁹⁹. Les États doivent donc mettre en œuvre l'ensemble des mesures de cette convention pour pouvoir lutter d'une manière efficace contre le tabac et surtout résister aux assauts à répétition des multinationales. En effet, ce traité a suscité, à la suite de son entrée en vigueur, l'opposition de l'industrie du tabac qui, faute de ne pas avoir pu empêcher son adoption, utilise tout son poids économique pour contrecarrer son

³⁹⁴ Jonathan Liberman, *The WHO Framework Convention on Tobacco Control at 10: Its Power for Global Health and Development in the 21st Century*, Edward Elgar Blog, Août 2014, <<http://elgarblog.com/2014/08/05/the-who-framework-convention-on-tobacco-control-at-10-its-power-for-global-health-and-development-in-the-21st-century-by-jonathan-liberman/>> (Dernière consultation: le 05/10/2020).

³⁹⁵ Voir en ce sens Steven Hoffman / John-Arne ROTTINGEN, *Assessing the Expected Impact of Global Health Treaties: Evidence from 90 Quantitative Evaluations*, Government, Law, and Public Health Practice, American Journal of Public Health, janvier 2015, pp. 30-36.

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 27.

³⁹⁷ World Health Organization, *Banning Tobacco Advertising, Promotion and Sponsorship: What You Need to Know*, WHO, 2013, p. 12.

³⁹⁸ Andrew D. Mitchell / Tania Voon, *op.cit.*, p. 27.

³⁹⁹ FCTC, Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, Nouveau rapport sur les progrès mondiaux réalisés dans la mise en œuvre du traité de lutte antitabac, 1^{er} octobre 2018, <<https://www.who.int/fctc/mediacentre/press-release/launch-global-progress-report-2018/fr/>> (Dernière consultation : le 05/10/2020).

influence et ce, dans les domaines du commerce international ou des traités d'investissements⁴⁰⁰. Dans l'optique de combler ces lacunes et surtout consolider la mise en œuvre des dispositions de la CCLAT, l'OMS a mis en place un programme complémentaire qui porte le nom de « MPOWER ».

8. Le programme MPOWER de l'OMS

8.1. Présentations du programme MPOWER

Comme énoncé précédemment, les directives aident à mettre en œuvre les dispositions de la CCLAT. L'OMS a en ce sens créé le programme « MPOWER » qui contribue à concrétiser cette démarche⁴⁰¹. Il a été présenté lors de la 61^{ème} AMS et ce, dans le cadre du plan de l'organisation pour aider à lutter contre les MNT⁴⁰². Il contribue, entre autres, à renforcer les partenariats nationaux et internationaux et facilite aussi l'accès aux différentes ressources financières pour mener à bien la lutte antitabac⁴⁰³. Il permet par conséquent de réduire la demande et ce, conformément aux objectifs énoncés dans la CCLAT⁴⁰⁴. Il comprend six politiques majeures qui ont constitué son acronyme MPOWER :

- M pour (Monitor), ce qui implique de surveiller la consommation de tabac et les différentes politiques de prévention.
- P pour (Protect), les États ont l'obligation de protéger leur population contre le fumé de tabac.
- O pour (Offer), les parties doivent en ce sens aider toute personne désirant arrêter le tabac.

⁴⁰⁰ Sur ce point, voir Cour permanente d'arbitrage, « *Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia* », « *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. République orientale d'Uruguay* », arbitrage CIRDI, ARB/10/7 et, « *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* », DS 435.

⁴⁰¹ Organisation mondiale de la santé, *Initiative pour un monde sans tabac, Brochure et autres ressources du programme MPOWER*, <<https://www.who.int/tobacco/mpower/publications/fr/>> (Dernière consultation : le 08/02/2019).

⁴⁰² Organisation mondiale de la santé, *Un programme de politiques pour inverser le cours de l'épidémie*, Bibliothèque de l'OMS, Genève, 2008, p. 9.

⁴⁰³ *Ibid.*

⁴⁰⁴ Cf. *supra*, note 401.

- W pour (Warn), ce qui implique la mise en garde contre les dangers du tabac.
- E pour (Enforce), les Membres à la CCLAT doivent faire respecter l’interdiction de la publicité en faveur des produits du tabac.
- R pour (Raise), dans le cadre de ce programme, les États doivent augmenter les taxes sur le tabac⁴⁰⁵.

8.2. Les six politiques du programme MPOWER

8.2.1. La 1^{ère} politique (monitor)

La première politique relative à la surveillance de la consommation de tabac paraît indispensable et ce, pour pouvoir lutter efficacement contre l’épidémie de tabagisme. Les données récoltées de cette surveillance accrue permettront de mener à bien les autres politiques du programme MPOWER du fait de leur capacité à renseigner les hauts responsables et les acteurs de la société civile sur les effets néfastes du tabac sur les populations⁴⁰⁶. Ils pourront en ce sens combler leurs différentes lacunes⁴⁰⁷. Cette politique permet ainsi d’obtenir des données périodiques relatives aux principaux indicateurs tabagiques comme la prévalence ou le lobbying de l’industrie du tabac⁴⁰⁸. Ces informations doivent être diffusées au grand public pour permettre aux acteurs de la lutte antitabac de s’en servir comme éléments de preuve. Pour que cette politique réussisse, il faut renforcer la collaboration entre les différents acteurs et ainsi développer des systèmes de surveillance sur le plan national et international⁴⁰⁹.

8.2.2. La 2^{ème} politique (protect)

La 2^{ème} politique du programme MPOWER traite de la protection de la population contre la fumée du tabac. Son principal objectif est d’instaurer une interdiction totale de fumer dans tous les lieux publics et de travail intérieurs, y

⁴⁰⁵ Geraint Howells, *op.cit.*, p. 3.

⁴⁰⁶ Organisation mondiale de la santé, *Initiative pour un monde sans tabac, Brochure et autres ressources du programme MPOWER*, <<https://www.who.int/tobacco/mpower/publications/fr/>> (Dernière consultation : le 08/02/2019).

⁴⁰⁷ *Ibid.*

⁴⁰⁸ Heather Wipfli, *op.cit.*, pp. 73-74.

⁴⁰⁹ Organisation mondiale de la santé, *Rapport de l’OMS sur l’épidémie mondiale de tabagisme, Le programme MPOWER, Pour vivre sans tabac, MPOWER, France, 2018*, p. 23.

compris les bars et les restaurants⁴¹⁰. En effet, le tabagisme passif est devenu de nos jours un fait avéré et il faut donc protéger les non-fumeurs. Pour ce faire, les États se doivent de mettre en place des espaces où il serait totalement interdit de fumer. Cette politique peut aussi aider les fumeurs à renoncer au tabac⁴¹¹. Cette mesure s'inscrit donc dans le cadre de la volonté de la CCLAT de protéger contre la fumée du tabac et ce, conformément à son article 8⁴¹². La protection contre la fumée du tabac peut, entre autres, inciter les familles à bannir la cigarette de leur domicile⁴¹³ et pousser en même temps les fumeurs à s'abstenir de fumer chez eux⁴¹⁴. On aide donc à créer une société où le tabagisme serait mal vu. Néanmoins, ces lois risquent d'être inefficaces si l'on met en place des zones fumeurs. C'est pour cela qu'une interdiction totale s'impose pour mieux aider à lutter contre cette épidémie. Ce constat découle du fait que ces législations ont déjà prouvé par le passé leur efficacité. Elles ont effet réussi à faire baisser de 4% la prévalence du tabagisme dans les pays où elles sont appliquées⁴¹⁵. Cependant, elles sont souvent contestées par les industriels du tabac qui invoquent à chaque fois le manque à gagner que risque d'engendrer ce genre de lois sur l'activité des bars et des cafés. Ces contestations s'avéreront par la suite infondées car ce type d'interdiction n'influe en rien sur l'activité économique des établissements mentionnés précédemment.

Ces mesures seront même bien accueillies par tout le monde. On peut citer, à titre d'exemple, l'Uruguay, premier pays du continent Sud-Américain à avoir instauré une interdiction de fumer dans tous les lieux publics, où huit personnes sur dix approuvent cette mesure⁴¹⁶. Ce constat fut observé dans d'autres pays à l'instar de la Nouvelle-Zélande où en 2004, 69% de la popula-

⁴¹⁰ Organisation mondiale de la santé, *Un programme de politiques pour inverser le cours de l'épidémie*, Bibliothèque de l'OMS, Genève, 2008, p. 13.

⁴¹¹ *Ibid.*

⁴¹² Pour plus de détails sur les objectifs de la CCLAT en matière de protection contre la fumée du tabac, voir l'article 8 de cette convention.

⁴¹³ R Borland et al, *Determinants and Consequences of Smoke-Free Homes: Findings from the International Tobacco Control (ITC) Four Pays Survey*, Tobacco Control, 2006, p. 42.

⁴¹⁴ New Zealand Ministry of Health, *After the Smoke has Cleared: Evaluation of the Impact of a New Smoke Free Law*, Wellington, Ministry of Health, 2006, <http://www.hpac.govt.nz/moh.nsf/UnidPrint/MH5599?OpenDocument#_information> (Dernière consultation: le 10/10/2019).

⁴¹⁵ Caroline Fichtenberg / Stanton A Glantz, *Effect of Smoke-Free Workplaces on Smoking Behaviour: Systematic Review*, British Medical Journal, 2002, Volume 325, pp. 1-2.

⁴¹⁶ Organisation mondiale de la santé, *Rapport de l'OMS sur l'épidémie mondiale de tabagisme*, Le programme MPOWER, Pour vivre sans tabac, MPOWER, France, 2018, p. 28.

tion s'est déclarée pour l'interdiction totale de fumer dans les bars et les restaurants⁴¹⁷. On remarque par conséquent que, contrairement aux allégations de l'industrie du tabac, ce genre de mesure est salué par la majorité des personnes sondées. Elle s'inscrit donc dans le cadre des efforts de l'OMS pour aider les gouvernements dans leur combat contre le tabac⁴¹⁸. Cette organisation préconise néanmoins de procéder par étapes pour mettre en place des interdictions de fumer dans les lieux publics. L'OMS conseille en effet aux autorités de :

- Concevoir des campagnes d'information destinées aux publics et aux entreprises pour les mettre en garde contre les dangers du tabagisme passif.
- Soumettre ce projet de loi au public.
- Adopter une législation complète qui prévoit, entre autres, des sanctions claires et efficaces en cas de violation de la loi.
- défendre et appliquer la loi de façon énergique pour assurer sa réussite⁴¹⁹. Cette mise en œuvre progressive aidera donc à réaliser cet objectif en matière d'interdiction totale de fumer dans les lieux publics.

8.2.3. La 3^{ème} politique (offer)

La 3^{ème} politique de ce programme consiste à venir en aide aux personnes qui souhaitent arrêter le tabac. Elle vise à renforcer les systèmes de santé pour qu'ils puissent assurer aux fumeurs des services de conseil sur le sevrage tabagique⁴²⁰. Son objectif est donc de mettre à la disposition de toute personne désirant d'arrêter de fumer des services de prise en charge clinique facilement accessibles dans la totalité des centres de soins de santé primaire⁴²¹. Cette politique est très importante car toute aide extérieure peut faire augmenter le

⁴¹⁷ Asthma and Respiratory Foundation of New Zealand, *Aotearoa New Zealand Smoke Free Workplaces: a 12-Month Report*, Wellington, Asthma and Respiratory Foundation of New Zealand, 2005, p. 2.

⁴¹⁸ ONU Info, *Lutte contre le tabagisme : L'OMS juge nécessaire de renforcer les mesures fiscales publiques*, 2015 <<https://news.un.org/fr/story/2015/07/314292-lutte-contre-le-tabagisme-loms-juge-necessaire-de-renforcer-les-mesures>> (Dernière consultation : le 18/02/2019).

⁴¹⁹ Cf. *supra*, note 409.

⁴²⁰ Organisation mondiale de la santé, *Un programme de politiques pour inverser le cours de l'épidémie*, Bibliothèque de l'OMS, Genève, 2008, p. 12.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 16.

taux de sevrage tabagique. L'OMS se doit donc, par le biais de ce programme, de venir en aide aux pays. Ce constat découle du fait que c'est aux systèmes de santé des États qu'il incombe en premier lieu de traiter la dépendance au tabac⁴²². Toute aide extérieure serait donc la bienvenue. Pour rendre cette politique plus efficace, il convient aussi d'intégrer le sevrage tabagique dans les soins de santé primaire pour mieux sensibiliser les fumeurs aux dangers du tabac. On préconise aussi de mettre à leur disposition des services téléphoniques gratuits ou à tarif réduit pour les aider à arrêter de fumer⁴²³. Les pouvoirs publics ont en ce sens un rôle important à jouer car ils ont les moyens de prendre des mesures qui pourront, à terme, aider au sevrage tabagique. La Nouvelle-Zélande offre un bon exemple puisqu'elle consacre plus de 10 millions de dollars par ans pour aider les fumeurs à arrêter le tabac et ce, dans le cadre d'un vaste programme de lutte contre le tabac⁴²⁴.

8.2.4. La 4^{ème} politique (*warn*)

La 4^{ème} politique du programme MPOWER vise à mettre en garde contre les dangers du tabagisme. En effet, même si la plupart des personnes sont au courant des effets nocifs du tabac, ils ignorent exactement quelles maladies il peut causer⁴²⁵. Cette politique correspond parfaitement aux mesures énoncées aux articles 11 et 12 de la CCLAT, relatives au conditionnement des produits du tabac et à la sensibilisation du public. Ces normes imposent aux parties d'afficher des mises en garde sanitaires sur les emballages du tabac et de sensibiliser le public sur les effets nuisibles de ce produit⁴²⁶. Les campagnes de sensibilisation peuvent influencer sur la décision de commencer ou de continuer de fumer. Leur principal objectif est donc de changer les normes sociales à l'égard du tabac⁴²⁷. Les campagnes de prévention ainsi que les mises en garde seront alors en mesure d'aider les États à sensibiliser leurs citoyens sur les méfaits du tabac. On constate donc que cette démarche aspire principalement à

⁴²² *Ibid.*, p. 17.

⁴²³ Organisation mondiale de la santé, *Rapport de l'OMS sur l'épidémie mondiale de tabagisme, Le programme MPOWER*, Pour vivre sans tabac, MPOWER, France, 2018, p. 30.

⁴²⁴ *Ibid.*

⁴²⁵ Voir en ce sens Mohamed Siahpush et al, *Socio-economic Variations in Tobacco Consumption, Intention to Quit and Self-efficacy to Quit Among Male Smokers in Thailand and Malaysia: Results from the International Tobacco Control-South-East Asia (ITC-SEA) survey*, Society for the Study of Addiction, Volume 103, 2008, pp. 504-507.

⁴²⁶ Pour plus de détails, voir l'article 11 de la CCLAT.

⁴²⁷ Organisation mondiale de la santé, *Un programme de politiques pour inverser le cours de l'épidémie*, Bibliothèque de l'OMS, Genève, 2008, p. 20.

mettre fin à l'image séduisante que donnait jadis le marketing à ce produit⁴²⁸. Des campagnes de contre publicité peuvent être mises en place par les pouvoirs publics pour avertir les personnes sur les dangers du tabagisme passif ou pour les informer sur le coût économique exorbitant du tabac⁴²⁹. Néanmoins, ces campagnes peuvent coûter cher. En effet, leur coût s'élève à environ 15 à 20% des dépenses totales consacrées aux programmes de lutte antitabac⁴³⁰. Ces campagnes restent cependant essentielles dans le cadre de la lutte contre le tabagisme. Les mises en garde sanitaires revêtent aussi une grande importance car les emballages sont à la vue de tout le monde et peuvent en ce sens sensibiliser les consommateurs sur les dangers du tabagisme et des risques qu'ils encourent⁴³¹. De plus, elles sont importantes pour ceux qui ne savent pas lire. Pour que les mises en garde remplissent leur objectif en matière de lutte contre le tabagisme, elles doivent être claires et précises. En outre, elles doivent décrire, avec exactitude, les effets néfastes du tabac et les maladies qu'il engendre⁴³². On remarque donc que cette politique met l'accent sur le caractère nocif et dépendogène du tabac pour aider les États à mieux lutter contre ce produit et ce, par le biais d'une mise en œuvre efficace des articles 11 et 12.

8.2.5. La 5^{ème} politique (enforce)

La politique que nous allons étudier dans cette partie, s'intéresse au respect de l'interdiction de la publicité en faveur du tabac. Elle s'inscrit dans le cadre de l'article 13 de la CCLAT. Avec cette interdiction qui pèse sur les produits du tabac, certaines multinationales redoublent d'imagination pour pouvoir la contourner. La publicité et la promotion représentent en effet leur meilleur moyen d'écouler leurs produits. Cependant, en augmentant les ventes des pro-

⁴²⁸ Ibid.

⁴²⁹ Organisation mondiale de la santé, *Rapport de l'OMS sur l'épidémie mondiale de tabagisme, Le programme MPOWER, Pour vivre sans tabac*, MPOWER, France, 2018, p. 34.

⁴³⁰ U.S. Department of Health and Human Services, *CDC Recommended Annual per Capita Funding Levels for State Programs*, 2007, Atlanta, U.S. Department of Health and Human Services, Centers for Disease Control and Prevention, 2007, <http://www.cdc.gov/tobacco/tobacco_control_programs/stateandcommunity/best_practices/00_pdfs/2007/best_practices_sectionBpc.pdf> (Dernière consultation: le 07/11/2019).

⁴³¹ D Hammond et al, *Effectiveness of Cigarette Warning Labels in Informing Smokers about the Risks of Smoking: Findings from the International Tobacco Control (ITC) Four Country Survey*, Tobacco Control, 2006, pp. 19-25.

⁴³² Organisation mondiale de la santé, *Rapport de l'OMS Sur l'épidémie mondiale de tabagisme, Le programme MPOWER, Pour vivre sans tabac*, MPOWER, France, 2018, pp. 34-36.

duits du tabac, les multinationales risquent de contribuer à l'apparition de plusieurs maladies et ainsi accroître la morbidité. De plus, la publicité incite les plus jeunes à essayer la cigarette et banalise donc la consommation tabagique⁴³³. D'où la nécessité de cette interdiction car le marketing handicape sérieusement la lutte antitabac.

Ce genre de législation reste donc le meilleur moyen pour combattre le tabagisme du fait de sa capacité à faire baisser considérablement la consommation de ce produit néfaste. On peut citer, à titre d'exemple, les pays à haut revenu, où les lois relatives à l'interdiction de la publicité ont grandement influé sur la consommation tabagique⁴³⁴. Ces lois devront donc englober :

- l'interdiction de toute forme de publicité sur tous les types de médias.
- les restrictions imposées aux importateurs et aux détaillants.
- les restrictions relatives aux activités professionnelles telles que le sport et les divertissements⁴³⁵. Les lois en relation avec l'interdiction de la publicité doivent aussi être appliquées à toute forme de marketing et de promotion⁴³⁶. En effet, une interdiction partielle permettra à l'industrie du tabac de trouver des solutions de rechange pour pouvoir promouvoir ses produits. Certaines multinationales peuvent, par exemple, opter pour le parrainage d'événements qui attirent les jeunes⁴³⁷.

Le bannissement de la publicité doit être aussi périodiquement revu pour tenir compte des différentes tactiques des multinationales pour contourner ces règles. Néanmoins, les États peuvent rencontrer certaines difficultés lorsqu'ils souhaitent appliquer ce type de lois au niveau des médias internationaux⁴³⁸ et ce, comme mentionné précédemment, à cause de certains motifs consti-

⁴³³ *Ibid.*

⁴³⁴ Voir en ce sens Henry Saffer / Frank Chaloupka, *The effect of tobacco advertising bans on tobacco consumption*, *Journal of Health Economics* 2000, pp. 1117-1119.

⁴³⁵ Organisation mondiale de la santé, *Un programme de politiques pour inverser le cours de l'épidémie*, Bibliothèque de l'OMS, Genève, 2008, p. 24.

⁴³⁶ Organisation mondiale de la santé, *Guide pour la mise en place de l'action antitabac*, Initiative pour un monde sans tabac, Groupe maladies non transmissibles et santé mentale, Genève, 2006.

⁴³⁷ Marc C. Willemsen / Will M. De Zwart, *The Effectiveness of Policy and Health Education Strategies for Reducing Adolescent Smoking: A Review of the Evidence*, *Journal of Adolescence*, 1999, p. 590.

⁴³⁸ Organisation mondiale de la santé, *Rapport de l'OMS sur l'épidémie mondiale de tabagisme*, *Le programme MPOWER*, Pour vivre sans tabac, MPOWER, France, 2018, p. 38.

tutionnels⁴³⁹. Depuis l'adoption des mesures relatives à l'interdiction de la publicité en faveur du tabac, certaines multinationales vont en effet se mettre à contester ce type de législation en prétextant que l'interdiction totale de toute publicité restreint leur droit de promouvoir un produit licite⁴⁴⁰. Cet argument peut néanmoins être facilement réfuté du fait du caractère nocif et mortifère du tabac. De plus, la nature contraignante des dispositions de la CCLAT oblige les États l'ayant ratifiée à aligner leurs lois au cadre qu'elle a fixé⁴⁴¹. En outre, et comme on l'a énoncé précédemment, la CCLAT a pris en considération les particularités de certaines législations concernant la publicité et la promotion et appelle en ce sens à interdire au moins les publicités dites « trompeuses ».

L'interdiction de la publicité, conformément à l'article 13, reste donc un moyen efficace et légal pour lutter contre le tabagisme.

8.2.6. La 6^{ème} politique (raise)

La politique suivante traite de l'augmentation des taxes relatives au tabac et ce, conformément à l'article 6 de la CCLAT relatif aux mesures financières. En effet, ce genre de mesure reste le meilleur moyen pour faire diminuer la consommation de tabac⁴⁴². En outre, elle peut inciter les personnes qui sont réfractaires à l'idée d'arrêter de fumer, à réduire leur usage tabagique et ce, du fait des prix élevés des produits du tabac⁴⁴³. Cette conclusion découle de plusieurs enquêtes et autres études réalisées. Il a ainsi été constaté que pour chaque augmentation de 10% du prix de détail, la consommation diminuait de 4% dans les pays industrialisés et de 8% dans les pays à revenu faible ou intermédiaire⁴⁴⁴. Certaines études réalisées par l'OMS ont aussi démontré qu'une hausse de 70% des prix du tabac pourrait éviter jusqu'à un quart des morts liées au tabagisme⁴⁴⁵. On peut citer, à titre d'exemple, la France où l'application d'une augmentation des prix entre 1995 et 2005 a eu un impact important sur

⁴³⁹ Nathalie Ferraud-Ciandet, *op.cit.*, p. 83.

⁴⁴⁰ Cf. *supra*, note 438.

⁴⁴¹ Pascal Bovet / Jacques Cornuz / Fred Paccaud, *art.cit.*, pp. 1438-1439.

⁴⁴² Lawrence O. Gostin / Lindsay F. Willey, *Public Health Law / Power, Duty, Restraint*, Third Edition, University of California Press, 2016, p. 461.

⁴⁴³ *Ibid.*

⁴⁴⁴ Prabhat Jha / Frank Chaloupka, *Tobacco Control in Developing Countries*, Oxford University Press, 2000, pp. 2737-2772.

⁴⁴⁵ Prabhat Jha et al, *Disease Control Priorities in Developing Countries*, Second Edition, The World Bank, 2006, p. 870.

la mortalité due au tabac⁴⁴⁶. L'augmentation des taxes présente aussi des avantages d'ordre financier car elle permet d'accroître les recettes publiques et ce, contrairement aux allégations de l'industrie du tabac qui soutient le contraire. Ces recettes financières pourront même par la suite être utilisées pour des programmes de lutte antitabac⁴⁴⁷. Plusieurs pays ont mis en place des programmes allant dans ce sens à l'instar de l'Afrique du Sud où chaque majoration de 10% de la taxe sur les cigarettes s'accompagne d'une hausse de 6% du revenu de la taxe sur ce produit⁴⁴⁸. Cette politique de taxation est en général acceptée par tout le monde car l'opinion publique est de nos jours consciente des dangers du tabagisme. Elle est en quelque sorte, la seule hausse d'impôt qui recueille l'adhésion de la majorité des personnes⁴⁴⁹.

De plus, l'augmentation des taxes dissuade les jeunes et les plus pauvres de fumer du fait de leurs faibles moyens financiers. En outre, ces catégories socio-économiques sont les plus sensibles à toute hausse du prix d'un bien⁴⁵⁰. L'industrie du tabac va encore une fois contester cette politique car elle estime que ce genre de mesure est nuisible du fait de ses effets négatifs sur les couches sociales les plus pauvres. Cette allégation est bien évidemment totalement erronée et dénuée de toute logique car cette taxation peut être utilisée pour financer des programmes sociaux qui visent, entre autres, à lutter contre le tabagisme⁴⁵¹.

Le renforcement de la politique fiscale peut aussi aider à combattre le commerce illicite et ce, contrairement aux allégations de l'industrie du tabac qui soutient le contraire⁴⁵². On peut citer, à titre d'exemple, l'Espagne qui a été pendant des années le pays européen taxant le moins le tabac. Sa politique clémente et son laxisme fiscal n'ont pas empêché la contrebande de prospérer. Au contraire, c'est en renforçant sa législation, que ce pays a réussi à faire baisser

⁴⁴⁶ Organisation mondiale de la santé, Europe, *Augmenter les taxes sur le tabac / Faire baisser le nombre de morts et de malades*, Aide-mémoire, La Taxation du Tabac.

⁴⁴⁷ Organisation mondiale de la santé, *Rapport de l'OMS sur l'épidémie mondiale de tabagisme, Le programme MPOWER*, Pour vivre sans tabac, MPOWER, France, 2018, p. 39.

⁴⁴⁸ Corné Van Walbeek, *Tobacco Excise Taxation in South Africa: Tools for Advancing Tobacco Control in the 21st Century: Success Stories and lessons Learned*, Genève, Organisation mondiale de la santé, 2003, pp. 2-6.

⁴⁴⁹ Organisation mondiale de la santé, *Rapport de l'OMS sur l'épidémie mondiale de tabagisme, Le programme MPOWER*, Pour vivre sans tabac, MPOWER, France, 2018, p. 39.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 40.

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 40.

⁴⁵² Organisation mondiale de la santé, *Un programme de politiques pour inverser le cours de l'épidémie*, Bibliothèque de l'OMS, Genève, 2008, p. 30.

le commerce illicite⁴⁵³. Les États doivent donc adopter, à l’égard du tabac, des règlements qui sont en mesure de renforcer leur politique fiscale. Pour lutter contre le commerce illicite des produits tabagiques, ils peuvent compter sur le soutien de l’OMS. En effet, et comme énoncé précédemment, cette organisation a adopté en 2012 un protocole pour combattre ce phénomène qu’est le commerce illicite⁴⁵⁴. Le programme MPOWER préconise, pour renforcer les politiques fiscales, de taxer directement le tabac via un montant bien déterminé, prélevé sur une quantité donnée de tabac comme une cartouche de cigarette⁴⁵⁵. Cette taxe s’applique en fonction du nombre (taxe à taux fixe) ou de la valeur des articles (appelée taxe ad valorem⁴⁵⁶). Elle doit aussi être ajustée en permanence sur l’inflation et le pouvoir d’achat des consommateurs afin de continuer à rester dissuasive⁴⁵⁷. On doit en ce sens taxer tous les produits du tabac de la même manière⁴⁵⁸. Cette hausse des taxes n’étant pas en contradiction avec les engagements pris par les États dans le cadre de différents accords commerciaux⁴⁵⁹, elle reste par conséquent un moyen de dissuasion légal et efficace, conforme à l’article 6 de la CCLAT. Le programme MPOWER se distingue donc par sa simplicité et reste à la portée de tous les gouvernements⁴⁶⁰. Si l’ensemble des États appliquait totalement ces 6 politiques, ils changeraient radicalement la santé publique. Toutefois, peu de pays ont suivi les indications contenues au sein du programme MPOWER⁴⁶¹. Il reste donc beaucoup à faire pour combattre le tabagisme. Néanmoins, si les États fournissent plus d’effort pour mettre en œuvre la CCLAT, les mesures MPOWER seront alors appliquées dans leur totalité et pourront ainsi considérablement changer la donne actuelle en matière de lutte antitabac.

⁴⁵³ En renforçant sa politique fiscale, la contrebande de cigarettes en, Espagne est passée de 15% de part de marché en 1997 à 2% en 20001, Pour plus d’informations, voir Luke Joossens, L. *Report on smuggling control in Spain*, Genève, World Health Organization, 2003, p. 6.

⁴⁵⁴ Voir le Protocole pour éliminer le commerce illicite des produits du tabac de l’OMS.

⁴⁵⁵ Organisation mondiale de la santé, *Rapport de l’OMS sur l’épidémie mondiale de tabagisme, Le programme MPOWER*, Pour vivre sans tabac, MPOWER, France, 2018, p. 40.

⁴⁵⁶ Organisation mondiale de la santé, *Un programme de politiques pour inverser le cours de l’épidémie*, Bibliothèque de l’OMS, Genève, 2008, p. 29.

⁴⁵⁷ Organisation mondiale de la santé, *Rapport de l’OMS sur l’épidémie mondiale de tabagisme, Le programme MPOWER*, Pour vivre sans tabac, MPOWER, France, 2018, p. 41.

⁴⁵⁸ *Ibid.*

⁴⁵⁹ Nathalie Ferraud-Ciandet, *op.cit.*, p. 82.

⁴⁶⁰ Organisation mondiale de la santé, *Rapport de l’OMS sur l’épidémie mondiale de tabagisme, Le programme MPOWER*, Pour vivre sans tabac, MPOWER, France, 2018, p. 41.

⁴⁶¹ *Ibid.*

On constate que le tabac représente encore un danger croissant pour la santé. L'OMS œuvre donc pour réglementer efficacement ce produit et ce, dans l'optique de lutter contre ses effets nocifs. Néanmoins, de nouvelles alternatives au tabac, à l'instar notamment des cigarettes électroniques, sont apparues et ces produits risquent alors de mettre l'OMS devant un nouveau défi en matière de protection de la santé publique. Quid alors de l'approche de cette organisation vis-à-vis de cette nouvelle forme de cigarettes ?

C. Analyse des cigarettes électroniques à l'aune de la CCLAT de l'OMS

1. Présentation des cigarettes électroniques : conception et importance économique

La cigarette électronique communément appelée « *e-cigarette* » est un dispositif électronique qui produit de la vapeur en chauffant, sans combustion, un liquide aromatisé. Cette vapeur sera par la suite inhalée par le consommateur de la même façon que la fumée des cigarettes classiques⁴⁶². Elle est principalement composée de nicotine en plus de certains aromatisants et d'autres matières telles que le « Propylène Glyco ». Les solutions et émissions des inhalateurs contiennent aussi certains produits chimiques qui sont extrêmement toxiques⁴⁶³.

Les cigarettes électroniques font actuellement l'objet d'une controverse en relation avec la santé publique. En effet, certains scientifiques sont farouchement opposés à ce produit du fait de leur volonté de lutter ardemment contre le tabac. En revanche, d'autres y sont favorables car ils voient en les inhalateurs électroniques un moyen de réduire la consommation tabagique⁴⁶⁴. Par ailleurs, certains estiment que les cigarettes électroniques risquent de saper tout effort visant à changer les normes sociales en matière de consommation tabagique.

⁴⁶² Organisation mondiale de la santé, Initiative pour un monde sans tabac, *Cigarettes électroniques (e-cigarettes) ou inhalateurs électroniques de nicotine*, 2015, <https://www.who.int/tobacco/communications/statements/electronic_cigarettes/fr/> (Dernière consultation : le 02/03/2020).

⁴⁶³ *Ibid.*

⁴⁶⁴ Conférence des parties à la convention cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, Rapport de l'OMS, *Inhalateurs électroniques de nicotine*, Sixième session, Moscou, octobre 2014, p. 2.

Les cigarettes électroniques se situent alors sur une frontière mouvante entre espoir et menace réelle pour la lutte antitabac. Les différents acteurs en relation avec ce produit auront donc des approches différentes à leur rencontre⁴⁶⁵.

De plus, les e-cigarettes ont acquis avec le temps une certaine importance d’ordre économique. Le marché des inhalateurs économique est en effet en plein boom. Ce dernier a atteint par exemple en France, le chiffre d’affaires de plus de 820 millions d’euros en 2018. Les ventes dans ce pays ont en ce sens augmenté de plus de 21% pour la même année⁴⁶⁶. En outre, les ventes de cigarettes électroniques dans le monde devraient être multipliées par 17 d’ici 2030. Ce marché juteux a donc attiré la convoitise de l’industrie du tabac. Cette dernière, forte de ses moyens financiers quasi-inépuisables, commence lentement mais sereinement à exclure du marché les sociétés indépendantes, pourtant pionnières dans ce domaine⁴⁶⁷. Ce constat résulte des réglementations régissant les cigarettes électroniques qui ont entraîné une concentration du marché du fait des coûts de commercialisation. La hausse de ces coûts a permis à l’industrie du tabac de consolider sa position dominante. L’entrée des multinationales risque aussi de modifier considérablement le marché des inhalateurs électroniques⁴⁶⁸. De plus, ces derniers représentent une menace pour la lutte antitabac. L’industrie du tabac risque notamment de promouvoir les cigarettes électroniques comme un complément plutôt qu’une alternative au tabac. Certaines multinationales peuvent même promouvoir le tabagisme en ayant recours à la publicité pour leurs cigarettes électroniques⁴⁶⁹. Ces différentes politiques sont susceptibles de compromettre sérieusement les efforts faits en matière de lutte antitabac.

On constate par conséquent que les cigarettes électroniques sont devenues de nos jours l’objet d’un débat relatif à leur nature et leur réglementation. Nous allons dans les prochaines parties traiter du cadre juridique de ce produit et ce, à l’aune de la CCLAT de l’OMS.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 2.

⁴⁶⁶ La Tribune, *L’état du marché de la cigarette électronique en 2019*, 2019, <<https://www.la-tribune.fr/supplement/l-etat-du-marche-de-la-cigarette-electronique-en-2019-825386.html>> (Dernière consultation : le 02/03/2019).

⁴⁶⁷ Conférence des parties à la convention cadre de l’OMS pour la lutte antitabac, Rapport de l’OMS, *Inhalateurs électroniques de nicotine*, Sixième session, Moscou, octobre 2014, p. 3.

⁴⁶⁸ Conférence des parties à la convention cadre de l’OMS pour la lutte antitabac, Rapport de l’OMS, *Inhalateurs électroniques de nicotine et inhalateurs électroniques ne contenant pas de nicotine*, Septième session, Août 2016, p. 6.

⁴⁶⁹ *Ibid.*

2. Les effets nocifs des cigarettes électroniques

Les avis divergent quant au caractère nocif des cigarettes électroniques. En effet, si des organisations comme l'OMS ont adopté une position ferme vis-à-vis de ce produit, certains experts de la lutte antitabac estiment que les inhalateurs électroniques peuvent aider au sevrage tabagique⁴⁷⁰. Les cigarettes électroniques sont certes moins nocives que le tabac vu qu'elles ne contiennent pas certaines substances extrêmement dangereuses (et cancérigènes) telles que le goudron ou plus encore le monoxyde de carbone⁴⁷¹. Néanmoins, le liquide qu'elles renferment contient de la nicotine, substance extrêmement addictive qui attaque le cerveau⁴⁷². En outre, on retrouve dans la vapeur inhalée par le consommateur des particules fines qui pénètrent les poumons. Elle contient plusieurs substances toxiques telles que des métaux (ex : zinc) qui proviennent des composants des atomiseurs⁴⁷³.

C'est en se fondant sur ces données empiriques relatives au caractère nocif des e-cigarettes que l'OMS a estimé lors de son rapport mondial sur le tabac que ce produit ne pouvait, pour le moment, être recommandé comme une aide au sevrage⁴⁷⁴. Ce constat découle du fait que les preuves scientifiques relatives à l'efficacité des inhalateurs électroniques comme aide au sevrage ont été jugées insuffisantes par l'OMS. En outre, une autre étude commanditée par cette organisation a démontré que l'inhalation passive des aérosols contenus dans les cigarettes électroniques était une nouvelle source de contamination de l'air⁴⁷⁵. Les inhalateurs sont bien évidemment moins nocifs que la fumée des

⁴⁷⁰ Ibid., p. 4.

⁴⁷¹ Cancer environnement, comprendre, informer, prévenir, *La cigarette électronique ou vapoteuse*, <<https://www.cancer-environnement.fr/392-Cigarette-electronique.ce.aspx>> (Dernière consultation : le 18/05/2021).

⁴⁷² Stop-tabac.ch, *La cinétique de la nicotine*, novembre 2020, <<https://www.stop-tabac.ch/fr/therapies-et-medicaments-pour-arreter-de-fumer/les-substituts-de-nicotine/la-cinétique-de-la-nicotine>> (Dernière consultation : le 18/05/2021)

⁴⁷³ Forum économique mondial, *Cigarettes électroniques : des métaux toxiques trouvés dans les vapeurs des nouveaux modèles*, octobre 2019, <<https://fr.weforum.org/agenda/2019/10/cigarettes-electroniques-des-metaux-toxiques-trouves-dans-les-vapeurs-des-nouveaux-modeles/>> (Dernière consultation : le 18/05/2021).

⁴⁷⁴ Bulletin de l'Organisation mondiale de la santé, Interview de Armando Peruga expert à l'OMS de la lutte antitabac, 2014, <<http://www10.who.int/bulletin/volumes/92/12/14-031214/fr/>> (Dernière consultation : le 17/05/2021).

⁴⁷⁵ Conférence des parties à la convention cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, Rapport de l'OMS, *Inhalateurs électroniques de nicotine et inhalateurs électroniques ne contenant pas de nicotine*, Septième session, août 2016, p. 4.

cigarettes mais ils représentent en même temps un danger pour la santé. Ils peuvent en effet, s’ils sont utilisés à long terme, accroître le risque de maladies pulmonaires obstructives et chroniques ou plus encore provoquer le cancer des poumons. Certaines études indiquent que pour que les cigarettes électroniques représentent un avantage réel pour la santé, elles doivent être au moins trois fois plus sûres que les cigarettes classiques⁴⁷⁶.

De plus, ce produit risque d’initier les plus jeunes au tabagisme. Certaines études démontrent clairement que l’utilisation des cigarettes électroniques par les mineurs non-fumeurs multiplie au moins par deux le risque de tabagisme chez cette tranche d’âge⁴⁷⁷. En outre, les e-cigarettes électroniques, comme mentionné précédemment, sapent tous les efforts fournis en matière de lutte antitabac.

3. Les cigarettes électroniques au sein de la CCLAT

En principe, les dispositions de la CCLAT s’appliquent aux produits du tabac. En effet, l’article 1 alinéa f de cette convention définit les produits du tabac comme étant des produits fabriqués entièrement ou partiellement à partir de tabac⁴⁷⁸. On constate donc que la CCLAT reste silencieuse quant à la réglementation des cigarettes électroniques. Ce silence s’explique du fait de l’antériorité de la convention susmentionnée par rapport à ce produit. Néanmoins, les e-cigarettes sont susceptibles, si on établit une analyse de fond, de tomber sous le coup de la CCLAT⁴⁷⁹. On essaiera donc, au cours de cette partie, d’examiner avec minutie l’approche établie par la conférence des parties et le secrétariat de la CCLAT vis-à-vis des inhalateurs électroniques.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 3.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 5.

⁴⁷⁸ L’article 1 de la CCLAT définit les produits du tabac comme tels : « On entend par < produits du tabac > des produits fabriqués entièrement ou partiellement à partir de tabac en feuilles comme matière première et destinés à être fumés, sucés, chiqués ou prisés ».

⁴⁷⁹ Lukasz Gruszczynski, *The Regulation of E-Cigarettes / International, European and National Challenges*, Edgar Studies in Health and the Law, Cheltenham, UK / Northampton, MA, USA, 2019, p. 80.

3.1. La COP et les cigarettes électroniques

La COP est, comme énoncé précédemment, l'organe directeur qui prend les décisions les plus importantes en relation notamment avec les questions liées au traité⁴⁸⁰. Son approche vis-à-vis des cigarettes électroniques est donc primordiale et ce, dans le cadre de notre étude.

La première fois que la COP a traité de la problématique des inhalateurs électroniques a été lors de sa 5^{ème} session en 2012. Il avait à l'époque demandé au secrétariat de la CCLAT de préparer (avec l'initiative de l'OMS pour un monde sans tabac) un rapport sur les différentes législations des parties relatives à la réglementation des cigarettes électroniques⁴⁸¹. Ce document devait notamment dresser un compte rendu des différentes expériences des parties en ce qui concerne la mise en œuvre de la CCLAT. A la lecture de ce rapport, on remarque que certains pays, à l'instar de l'Australie, pionnière dans la lutte contre le tabagisme, ont commandé des études en vue de déterminer, avec exactitude, la teneur en nicotine des cigarettes électroniques ou plus encore de réglementer d'avantage ce produit⁴⁸². En outre, certaines délégations ont demandé à l'époque plus de clarifications quant à l'applicabilité de la CCLAT sur les e-cigarettes. En effet, ce produit pose quelques problèmes en matière de classification. Des experts vont alors essayer de déterminer si les cigarettes électroniques sont des produits du tabac au sens de la CCLAT⁴⁸³. D'autres spécialistes vont se poser la question de savoir si les cigarettes susmentionnées entrent dans la case des produits dits « *sui generis* », ce qui les exclurait par conséquent du champ d'application de la CCLAT⁴⁸⁴.

L'OMS a présenté un 2^{ème} rapport, commandé par la conférence des parties en 2014, qui traite des risques sanitaires des cigarettes électroniques et de leur efficacité en tant qu'aide au sevrage. Il comprend aussi une section sur l'impact de ce produit sur la lutte antitabac. Ce rapport met l'accent sur le caracté-

⁴⁸⁰ Pour plus d'informations sur la conférence des parties de la CCLAT, voir [para. 6.3, partie 6, chapitre III](#).

⁴⁸¹ Conférence des parties à la convention cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, Rapport du secrétariat de la convention, *Inhalateurs électroniques de nicotine dont les cigarettes électroniques*, Cinquième session, juin 2012, p. 1.

⁴⁸² *Ibid.*, p. 3.

⁴⁸³ Lukasz Gruszczynski, *op.cit.*, p. 82

⁴⁸⁴ Cette approche a été établie par Lukasz Gruszczynski dans son ouvrage *The Regulation of E-Cigarettes / International, European and National Challenges*. Il a tenu le constat suivant: « *Or maybe they constitute a sui generis category that falls outside the scope of FCTC* », p. 77.

tère nocif des cigarettes électroniques et estime que l'interdiction de ce produit est, du point de vue juridique, tout à fait légitime⁴⁸⁵. En outre, il préconise la prohibition de l'usage des inhalateurs électroniques dans les espaces publics ou plus encore la mise en place de restrictions en matière de publicité ou de parrainage. On reconnaît en ce sens le caractère nuisible des e-cigarettes et le danger qu'elles représentent pour les non-fumeurs et les enfants⁴⁸⁶. Les cigarettes électroniques ne doivent donc pas cibler les catégories susmentionnées. Les restrictions énoncées dans ce rapport, vont conduire inéluctablement au bannissement de la promotion du tabagisme par le biais des e-cigarettes⁴⁸⁷. Ce rapport préconise aussi l'interdiction des solutions aromatisées pour les inhalateurs électroniques. Ce document estime en effet que ces solutions sont susceptibles d'être attrayantes pour les enfants. Ce constat est fondé, comme on l'a mentionné précédemment, sur le danger que représentent les cigarettes électroniques pour les mineurs. Le rapport de l'OMS estime par la même occasion que les mises en garde sanitaires devraient être proportionnelles aux risques représentés par les cigarettes électroniques⁴⁸⁸.

Un autre rapport élaboré par l'OMS en 2016 à la suite de la demande de la conférence des parties) a, à son tour, insisté sur le caractère nocif de ce produit⁴⁸⁹. Il énonce en ce sens une liste d'options réglementaires qui sont en mesure de lutter contre les effets néfastes des cigarettes électroniques. Ce rapport aspire, par le biais de ses options, à remplir plusieurs objectifs de prévention. Les objectifs qu'il énonce reprennent certaines mesures préconisées par les sessions passées, comme celles qui visent à ce que les jeunes et les non-fumeurs ne consomment pas les cigarettes électroniques. Pour atteindre les objectifs susmentionnés, le rapport conseille aux parties d'interdire la vente des inhalateurs électroniques aux mineurs ou plus encore d'en prohiber la possession pour cette même catégorie d'âge⁴⁹⁰.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 82.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 83.

⁴⁸⁷ Morgan Johnson, *Regulatory Response to E-Cigarettes*, GA.J. Int'l and Comp., 2017, Volume 45, pp. 655-656.

⁴⁸⁸ Conférence des parties à la convention cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, Rapport de l'OMS, *Inhalateurs électroniques de nicotine*, Sixième session, Moscou, octobre 2014, p. 8, p. 17.

⁴⁸⁹ Pour plus de détails, voir [chapitre III, partie C, paras. 1 et 2](#) ci-dessus

⁴⁹⁰ Conférence des parties à la convention cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, Rapport de l'OMS, *Inhalateurs électroniques de nicotine et inhalateurs électroniques ne contenant pas de nicotine*, Septième session, Août 2016, p. 7.

D'autres objectifs sont mentionnés dans ce rapport. Ils s'inscrivent dans la continuité des recommandations énoncées dans les sessions précédentes. On peut citer, à titre d'exemple, l'objectif de réduire les risques que représentent les cigarettes électroniques pour les non-fumeurs. Le présent rapport préconise aussi de tester l'innocuité des aromatisants ou de réglementer l'étiquetage des dispositifs et des liquides. Il conseille par la même occasion aux parties d'exiger des fabricants qu'ils surveillent et déclarent les effets nuisibles des cigarettes électroniques⁴⁹¹. L'un des principaux objectifs énoncés lors de ce rapport, est celui se rapportant aux efforts fournis en matière de lutte antitabac. En effet, ce document appelle à veiller à ce que les activités de lutte antitabac ne soient pas influencées par les intérêts commerciaux et autres liés aux cigarettes électroniques. Il recommande en ce sens aux États d'empêcher toute interférence possible de l'industrie du tabac avec les efforts fournis dans le cadre de la lutte contre ce produit. En outre, ce rapport préconise le refus total de tout partenariat avec l'industrie du tabac⁴⁹². Il recommande aussi l'adoption des mesures adéquates pour limiter les interactions avec l'industrie du tabac. Il prône par la même occasion de refuser, en toutes circonstances, d'accorder un traitement préférentiel aux multinationales du tabac⁴⁹³.

La 8^{ème} conférence des parties, qui a été organisée à la suite de la demande de certains États membres, a demandé au secrétariat de la CCLAT d'élaborer une étude sur les progrès des mesures réglementaires en relation avec les inhalateurs électroniques. Cette étude a examiné les différentes classifications des e-cigarettes⁴⁹⁴.

On remarque donc que les rapports remis à la COP préconisent une réglementation stricte des cigarettes électroniques et ce, à l'instar de ce qui est fait pour les produits du tabac au sein de la CCLAT. On y retrouve notamment des mesures recommandant la mise en place de mises en garde sanitaires, la prohibition de toute publicité ou plus encore la protection des non-fumeurs. Ces mesures proposées sont plus ou moins similaires aux dispositions contenues au

⁴⁹¹ Ibid.

⁴⁹² Ibid., p. 9.

⁴⁹³ Ibid., p. 9.

⁴⁹⁴ Conférence des parties à la convention cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, *Rapport de situation sur l'évolution de la réglementation et du marché des inhalateurs électroniques contenant ou non de la nicotine*, Rapport du secrétariat de la Convention, juin 2018, p. 3, p. 4.

sein des articles 8, 11 et 13 de la CCLAT⁴⁹⁵. On peut donc constater que la COP appelle clairement à la réglementation des cigarettes électroniques. Cependant, il reste encore certaines zones d'ombre autour de l'encadrement du tabac au sein de la CCLAT. En effet, la conférence des parties ne s'est jusqu'à présent pas prononcée sur la nature exacte de ce produit. Quid alors des autres organes de la CCLAT ?

3.2. L'approche du secrétariat de la CCLAT

Les parties à la CCLAT et ses organes ont souvent fait appel à son secrétariat pour avoir plus d'informations quant à la possible application de cette convention aux cigarettes électroniques. La COP a en effet consulté à plusieurs reprises le secrétariat de la CCLAT en vue d'avoir des informations sur la façon dont les e-cigarettes devaient être réglementées. Cet organe va alors adopter une position tranchante vis-à-vis de ce produit. Pour ce faire, il fonde son approche sur les différentes classifications relatives aux inhalateurs électroniques. Il va ainsi procéder à l'analyse des expériences passées des parties à la CCLAT en matière de réglementation des e-cigarettes⁴⁹⁶.

Le constat du secrétariat se présente alors comme suit : si les parties à la CCLAT classent les cigarettes électroniques comme étant des produits du tabac, ce produit sera dès lors soumis au cadre légal mis en place par cette convention. Cet organe va donc effectuer un examen approfondi pour se prononcer sur la nature des inhalateurs électroniques. Il va en premier lieu analyser la façon dont les e-cigarettes doivent être classées. Concernant ce point, le secrétariat adopta une démarche plus ou moins obscure qui a rendu cette étape assez difficile à réaliser. En effet, il a recommandé de classer les e-cigarettes comme étant des objets ayant la forme des produits du tabac, qui s'adressent aux mineurs. Cette recommandation ne fait que confirmer le caractère sibyllin de l'approche du secrétariat de la CCLAT quant à la classification des inhalateurs électroniques⁴⁹⁷. En outre, ce constat n'aide en rien la conférence des parties. Nonobstant ces zones d'ombres, le secrétariat a insisté, lors de son rapport rendu à la 8^{ème} session de la conférence des parties, sur les dangers découlant d'une non-réglementation des cigarettes électroniques qui pourraient, *in fine*, avoir de graves conséquences sur les jeunes. Cet organe estime, qu'en l'absence de toute réglementation, les jeunes risquent de

⁴⁹⁵ Pour plus de détails sur les articles 8, 11, et 13 de la CCLAT, voir [chapitre III, para. 6.2](#) ci-dessus.

⁴⁹⁶ Lukasz Gruszczynski, *op.cit.*, p. 85.

⁴⁹⁷ *Ibid.*

succomber à la tentation des inhalateurs électroniques. Le secrétariat recommande dès lors de prendre en considération toutes les conclusions établies lors des différentes sessions des conférences des parties⁴⁹⁸.

Le secrétariat a aussi effectué une comparaison entre les cigarettes électroniques et les différentes dispositions de la CCLAT. Il mentionne en ce sens les article 5.2⁴⁹⁹ ou plus encore l'article 13.2⁵⁰⁰ de la CCLAT. Le secrétariat estime que les e-cigarettes peuvent tomber sous le coup de ces articles du fait de leur usage à des fins d'imitation du tabagisme classique⁵⁰¹. De plus, les différents articles mentionnés prohibent certains actes en relation avec les produits du tabac. On peut aussi mentionner l'article 8⁵⁰² ou plus encore l'article 14 qui traite du sevrage tabagique⁵⁰³. Le secrétariat a aussi fait mention de certaines directives d'application (directive de l'article 14) qui exigent des parties de fonder leurs réglementations sur des données probantes et empiriques et ce, dans le cadre de leur lutte contre la dépendance au tabac. Cette obligation risque néanmoins de se heurter aux divergences actuelles concernant l'innocuité des cigarettes électroniques⁵⁰⁴. D'autres facteurs risquent de compliquer encore plus la tâche du secrétariat de la CCLAT. Cet organe doit notamment prendre en considération les approches relatives au caractère « *sui generis* » des cigarettes électroniques.

En conclusion, le secrétariat a adopté deux approches, plus ou moins similaires, lors des rapports qu'il a rédigés pour le compte de la conférence des parties. Le premier de ces rapports, paru en 2012, a adopté une position radicale à l'encontre des cigarettes électroniques. Le secrétariat considère que ce

⁴⁹⁸ Conférence des parties à la convention cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, *Rapport de situation sur l'évolution de la réglementation et du marché des inhalateurs électroniques contenant ou non de la nicotine*, Rapport du secrétariat de la Convention, juin 2018, p. 7.

⁴⁹⁹ Article 5.2 de la CCLAT traite des mesures qui visent à réduire l'addiction à la nicotine et à l'exposition au tabac. Il énonce les dispositions suivantes : « A cette fin, chaque Partie en fonction de ses capacités : adopte et applique des mesures législatives, exécutive, administratives et/ou autres mesures efficaces et coopère, le cas échéant, avec d'autres Parties afin d'élaborer des politiques appropriées pour prévenir et réduire la consommation de tabac, l'addiction nicotinique et l'exposition à la fumée du tabac ».

⁵⁰⁰ L'article 13.2 traite des mesures en relation avec la publicité faite aux produits du tabac.

⁵⁰¹ Lukasz Gruszczynski, *op.cit.*, p. 87.

⁵⁰² Voir l'article 8 de la CCLAT qui porte sur la protection contre l'exposition à la fumée du tabac.

⁵⁰³ Pour plus de détails sur l'ensemble des dispositions de la CCLAT, voir [chapitre III, partie B, para. 6.2](#) ci-dessus.

⁵⁰⁴ Lukasz Gruszczynski, *op.cit.*, p. 86.

produit ressemble aux cigarettes classiques et qu’il peut en ce sens nuire aux efforts fournis en matière de dénormalisation du tabagisme⁵⁰⁵. Cette approche est, en autres, basée sur l’article 12 et (ses directives) de la CCLAT qui vise à changer les normes en ce qui concerne le tabagisme⁵⁰⁶. Elle appelle donc les parties à envisager l’interdiction des inhalateurs électroniques comme étant la solution idoine pour changer les normes sociales concernant la consommation tabagique. Le secrétariat a établi par la suite d’autres approches fondées notamment sur les articles 13.2 ou plus encore 8 de la CCLAT. Ces approches ont à chaque fois préconisé l’interdiction des cigarettes électroniques⁵⁰⁷.

Lors du deuxième rapport, paru en 2018, le secrétariat dresse le bilan des différentes réglementations relatives aux cigarettes électroniques à travers le monde en mettant notamment l’accent sur les pays interdisant ce produit. Il recommande aux parties de surveiller l’utilisation des e-cigarettes et appelle surtout les États qui ne les ont toujours pas réglementées à agir dans ce sens. Dans ce rapport, le secrétariat de la CCLAT insiste sur les dangers que représente la non-réglementation des cigarettes électroniques, notamment sur les plus jeunes⁵⁰⁸. On remarque donc que lors des deux rapports qu’il a remis à

⁵⁰⁵ Conférence des parties à la convention cadre de l’OMS pour la lutte antitabac, Rapport du Secrétariat de la Convention, *Inhalateurs électroniques de nicotine dont les cigarettes électroniques*, Cinquième session, juin 2012, p. 7.

⁵⁰⁶ Pour plus de détails sur l’article 12 de la CCLAT, voir [chapitre III, partie B, para. 6.2](#) ci-dessus.

⁵⁰⁷ Conférence des parties à la convention cadre de l’OMS pour la lutte antitabac, Rapport du Secrétariat de la Convention, *Inhalateurs électroniques de nicotine dont les cigarettes électroniques*, Cinquième session, juin 2012, para. 37, p. 8 (qui dresse le constat suivant : « Si les inhalateurs électroniques de nicotine ne sont pas interdits, une stratégie en deux volets, en les réglementant à la fois comme produit du tabac et comme produit médical, pourrait combler les failles potentielles au niveau de la réglementation. Toutefois, les Parties voudront peut-être étudier s’il est souhaitable d’autoriser la vente de nouveaux produits susceptibles d’avoir la capacité d’entretenir l’addiction nicotinique ».

⁵⁰⁸ Conférence des parties à la convention cadre de l’OMS pour la lutte antitabac, *Rapport de situation sur l’évolution de la réglementation et du marché des inhalateurs électroniques contenant ou non de la nicotine*, Rapport du secrétariat de la Convention, juin 2018, para. 28, p. 7 (qui dresse le constat suivant : « Malgré les débats de la Conférence des Parties ces dix dernières années au sujet des possibilités de réglementer ces produits, un grand nombre de Parties n’ont toujours pas adopté de réglementation les concernant. Cette situation peut avoir des conséquences et inciter un nombre croissant de jeunes à utiliser ces produits, avoir une incidence sur les mesures existantes de lutte antitabac, conduire à des allégations mensongères en matière de santé et à des stratégies marketing trompeuses, et in fine à un manque d’informations adéquates pour les consommateurs ».

la conférence des parties, le secrétariat a adopté une position tranchante à l'égard des cigarettes électroniques. Le premier de ces rapports fut sans doute le plus frappant. En effet, le secrétariat avait, à l'époque, recommandé une interdiction totale de ce produit. Cet organe tint lors de son deuxième rapport un constat assez similaire et ce, en dépit des divergences actuelles relatives à l'innocuité des inhalateurs électroniques et à leur classification.

3.3. L'approche finale de la CCLAT concernant la nature des cigarettes électroniques et les différentes options règlementaires disponibles

Les cigarettes électroniques n'ont jusqu'à présent pas fait l'objet d'une classification finale de la part de la CCLAT. Néanmoins, les différents rapports adressés à la conférence des parties, laissent à penser que ce produit pourrait, à terme, faire l'objet d'une classification qui risque de l'assujettir au régime mis en place par la CCLAT. En effet, en se fondant sur les approches adoptées par les organes de l'OMS (secrétariat et conférence des parties de la CCLAT), force est de constater, que les différents constats convergent vers une solution plus ou moins similaire⁵⁰⁹.

Les rapports présentés, ont insisté à chaque fois sur le lien entre cigarettes électroniques et tabac. On peut mentionner, à titre d'exemple, le rapport établi par le secrétariat de la CCLAT lors de la 6^{ème} session de la conférence des parties. Ce rapport a procédé à une analyse des inhalateurs électroniques à l'aune de la CCLAT. A la lumière de cet examen, on est en mesure de constater que le tabac et le produit susmentionné se ressemblent fortement. Il met notamment l'accent sur les effets similaires du tabac et des cigarettes électroniques sur les efforts fournis en matière de lutte contre la banalisation du tabagisme. En outre et comme mentionné précédemment, d'autres articles à l'instar de l'article 8, ont été mentionnés. Ces articles peuvent nous renvoyer aux entraves que risquent de poser les e-cigarettes quant à une mise en œuvre efficace des dispositions de la CCLAT⁵¹⁰. D'autres rapports, ont aussi mis l'accent sur les effets néfastes de la nicotine à l'instar du rapport de l'OMS lors de la 6^{ème} session de la conférence des parties.

⁵⁰⁹ Pour plus de détails, [partie 3, chapitre III, paras. 3.1 et 3.2](#) ci-dessus.

⁵¹⁰ Conférence des parties à la convention cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, Rapport du Secrétariat de la Convention, *Inhalateurs électroniques de nicotine dont les cigarettes électroniques*, Cinquième session, juin 2012, p. 7, p. 8.

En conclusion, on remarque que ces rapports ont, pour la plupart, mis en lumière les effets nocifs des cigarettes électroniques. Cette conclusion nous renvoie indirectement à certaines pratiques prohibées par la CCLAT⁵¹¹. Les constats finaux de la conférence des parties ainsi que du secrétariat de cette convention ne font que confirmer cette approche. Ces arguments énumérés peuvent donc nous aider dans notre objectif de classification des cigarettes électroniques. Ce besoin de réglementation des cigarettes électroniques se fait sentir car l'actuel vide juridique peut empêcher les États de mener à bien leur programme de lutte antitabac. Une classification, claire, nette et précise des inhalateurs électroniques comme produits du tabac pourra les assujettir officiellement aux dispositions de la CCLAT.

En général, trois classifications possibles ressortent des nombreuses thèses établies par les spécialistes en la matière. Tout d'abord, celle qui résulte des interprétations découlant des différents rapports présentés à la conférence des parties qui, à terme, nous laisse à penser que les cigarettes électroniques peuvent être classées comme étant des produits du tabac⁵¹². Ce constat s'affirme encore plus si l'on se base sur le but et l'objet de la CCLAT. En outre, si les cigarettes électroniques ne sont pas réglementées, elles peuvent empêcher les États de mener à bien leur programme de lutte antitabac.

D'autres classification sont possibles. En effet et comme énoncé précédemment, les e-cigarettes peuvent être classées comme étant des dispositifs aidant au sevrage tabagique ou plus encore comme des produits dits « *sui generis* »⁵¹³. Les inhalateurs électroniques peuvent aussi être perçus comme des produits qui s'adressent aux mineurs ou qui renforcent l'addiction à la nicotine.

Plusieurs solutions ressortent de ces classifications. On peut mentionner, à titre d'exemple, l'approche du secrétariat de l'OMS qui recommande l'interdiction des cigarettes électroniques et ce, en se fondant sur la perception de ce produit comme étant destiné aux mineurs⁵¹⁴. La classification des cigarettes électroniques nous met donc face à un incroyable imbroglio. En effet, même si la COP s'est prononcée pour une réglementation de ce produit, force est de

⁵¹¹ Pour plus de détails, voir le rapport du secrétariat de la convention (CCLAT) lors de la 5^{ème} session de la conférence des parties, le rapport de l'OMS lors de la 6^{ème} session de la conférence des parties et le rapport de l'OMS lors de la 7^{ème} session de la conférence des parties.

⁵¹² Voir [partie 3, chapitre III, paras. 3.1 et 3.2](#) ci-dessus.

⁵¹³ Lukasz Gruszczynski, *op.cit.*, 87.

⁵¹⁴ Pour plus de détails, [partie 3, chapitre III, para. 3.2](#) ci-dessus.

constater qu'elle est restée silencieuse quant à la nature exacte de ce produit. Cet organe est pourtant le plus à même à statuer sur l'encadrement des cigarettes électroniques du fait des instruments dont il dispose. Plutôt que d'établir une interprétation formelle quant au statut des inhalateurs électroniques, la conférence des parties doit avoir une approche claire voir autoritaire lors de sa démarche relative à ce produit. Elle est effectivement en mesure de réaliser tous les objectifs de la CCLAT vu le poids dont elle dispose et la nature des décisions qu'elle prend⁵¹⁵.

En outre, la COP peut créer une certaine homogénéité entre les parties à la CCLAT concernant la réglementation des cigarettes électroniques. Elle doit notamment établir une analyse de fond quant à la nature de ce produit pour pouvoir tenir un constat final. La COP s'est jusqu'à présent contentée d'emprunter des déclarations verbales ou de récolter des données relatives aux expériences des États en matière de réglementation des e-cigarettes⁵¹⁶. Une approche qui, comme on l'a constaté auparavant, est insuffisante si l'on veut se prononcer sur la nature exacte des cigarettes électroniques.

Néanmoins, tout effort en matière de classification risque de se heurter aux différentes interprétations actuelles relatives à la portée des dispositions de la CCLAT. Tout d'abord, la définition établie par l'article 1 (alinéa f) exclut à première vue les cigarettes électroniques de son champ d'application. Cet article ne fait nullement mention des cigarettes électroniques ou de leur mode de consommation (vapotage en langage courant)⁵¹⁷. Cependant, cette lecture purement littérale de l'article 1 (f) peut être facilement réfutée du fait de l'antériorité de la rédaction de la CCLAT par rapport à la mise en vente des inhalateurs électroniques. Il faut par conséquent établir une analyse beaucoup plus approfondie, fondée en partie sur le but et l'objet de cette convention pour pouvoir ainsi faire le lien avec les cigarettes électroniques. L'article 3 de la CCLAT énonce notamment que cette convention aspire à protéger les générations présentes et futures des effets sanitaires et sociaux-économiques de la consommation et de l'exposition du tabac. En outre, la présente convention a pour but d'adopter un cadre propice à la mise en œuvre des mesures de

⁵¹⁵ Lukasz Gruszczynski, *op.cit.*, pp. 92- 94.

⁵¹⁶ *Ibid.*, pp. 88-89.

⁵¹⁷ Voir l'article 1 alinéa f de la convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac qui définit les produits du tabac comme tels : « On entend par < produits du tabac > des produits fabriqués entièrement ou partiellement à partir de tabac en feuilles comme matière première et destinés à être fumés, sucés, chiqués ou prisés ».

lutte antitabac⁵¹⁸. En se fondant sur cet article, on constate que les cigarettes électroniques peuvent empêcher une mise en œuvre efficace des différentes dispositions de la CCLAT. De plus, et comme mentionné précédemment, les inhalateurs électroniques sont susceptibles de contrecarrer les objectifs de la CCLAT en matière de protection contre la fumée de tabac et l'addiction nicotinique⁵¹⁹.

La COP doit donc prendre en considération toutes ces données et se prononcer clairement sur la nature des cigarettes électroniques. Elle a néanmoins, à plusieurs reprises, invité les parties à réglementer avec rigueur ce produit en instaurant un niveau élevé de protection de la santé. Les différents rapports remis à cet organe, ont, comme énoncé précédemment, poussé la COP à opter pour une réglementation des cigarettes électroniques. Cet organe a en ce sens appelé les parties à la CCLAT à envisager plusieurs options réglementaires concernant les cigarettes électroniques⁵²⁰. Ce constat s'affirme encore plus du fait du rejet de la plupart des thèses relatives au rôle des cigarettes électroniques en matière de sevrage tabagique. En effet, plusieurs études et autres acteurs du secteur médical ont contesté cette affirmation⁵²¹. On peut citer, à titre d'exemple, le porte-parole du ministère de la santé du Singapour qui a estimé que l'efficacité des e-cigarettes, en tant qu'aide au sevrage tabagique, n'avait pas encore été démontrée⁵²². Ce pays interdit donc la vente des

⁵¹⁸ Voir l'article 3 de la convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac qui énonce les objectifs suivant : « L'objectif de la Convention et de ses protocoles est de protéger les générations présentes et futures des effets sanitaires, sociaux, environnementaux et économiques dévastateurs de la consommation de tabac et de l'exposition à la fumée du tabac en offrant un cadre pour la mise en œuvre de mesures de lutte antitabac par les Parties aux niveaux national, régional et international, en vue de réduire régulièrement et notamment la prévalence du tabagisme et l'exposition à la fumée du tabac ».

⁵¹⁹ Voir les articles 3, 5.2, 8 et 12 de la CCLAT.

⁵²⁰ Pour plus de détails, voir, [partie 3, chapitre III, para. 3.1](#) ci-dessus.

⁵²¹ Morgan Johnson, *art.cit.*, p. 658.

⁵²² Le porte-parole du ministère de la santé du Singapour tint les propos suivants : « The WHO's and UK's concerns over the lack of efficacy and safety of e-cigarettes, and their effects on long term health. Until there is strong, conclusive evidence supporting the safety and efficacy of e-cigarettes, [the] Ministry will continue to adopt a prudent approach and prohibit the import, distribution, and sale of e-cigarettes in Singapore ». Pour plus de détails, voir Electronic Cigarettes Question No. 700, Singapore Ministry of Health, 11 novembre 2013 <<https://www.moh.gov.sg/content/moh-web/home/pressRoom/ParliamentaryQA/2013/electronic-cigarettes.html>> (Dernière consultation : le 10/03/2020).

e-cigarettes sur son territoire⁵²³. D'autres pays, comme l'Australie, prohibent tout produit se revendiquant thérapeutique et qui, ne répond pas aux critères établis par les autorités locales compétentes⁵²⁴. Les cigarettes électroniques commercialisées en tant qu'aide au sevrage tabagique sont par conséquent interdites⁵²⁵. La Food and Drug Administration (FDA) (chargée, entre autres, de réglementer les cigarettes aux États-Unis) a aussi vu sa tentative de classer les cigarettes électroniques comme étant des dispositifs d'administration de médicaments bloquée par les tribunaux⁵²⁶. Ces derniers estiment notamment, qu'en vertu de la loi de 2009 sur la prévention du tabagisme familial et la lutte antitabac (FSPTCA), que les produits contenant de la nicotine dérivée doivent être réglementés comme des produits du tabac. Ce constat se fonde principalement sur la composition des cigarettes électroniques qui contiennent de la nicotine dérivée du tabac⁵²⁷. De plus, et comme énoncé précédemment, le rapport de l'OMS établi lors de la 7^{ème} session de la conférence des parties a estimé insuffisantes les preuves scientifiques actuelles concernant l'efficacité réelle des cigarettes électroniques en tant qu'aide au sevrage tabagique. Au contraire, de plus en plus de preuves et de données empiriques attestant de la nocivité des e-cigarettes sont disponibles de nos jours. Plusieurs parties à la CCLAT vont par conséquent interdire ce produit sur leur territoire. On peut citer, à titre d'exemple, l'Inde qui fonde son interdiction sur l'aspect atterrifiant que représentent les cigarettes électroniques pour les jeunes⁵²⁸. Cer-

⁵²³ Le Singapour a entièrement interdit la vente de cigarettes électroniques sur son territoire en vertu de la loi sur le tabac, Pour plus d'informations, voir Press Release, *Singapore's Response to World Health Organisation's (WHO) Report*, Singapore Ministry of Health, 27 Août 2014, <https://www.moh.gov.sg/content/moh_web/home/pressRoom/pressRoomItemRelease/2014/singapore_s-response-to-world-health-organisations--who--report.html> (Dernière consultation: le 09/10/2020).

⁵²⁴ Muhammad Aziz Rahman et al, *Electronic Cigarettes: Patterns of Use, Health Effects, Use in Smoking Cessation and Regulatory Issues*, BioMed Central, 2014, p. 6.

⁵²⁵ *Ibid.*

⁵²⁶ K. Cobb Nathan / David B. Abrams, *E-cigarette, or Drug-Delivery Device? Regulating Novel Nicotine Products*, *The New England Journal of Medicine*, 2011, Volume 365(3), pp. 193-195.

⁵²⁷ *Ibid.*

⁵²⁸ 30 pays interdisent en 2019 la vente des cigarettes électroniques sur leur territoire, pour plus de détails, voir Albane Guichard, *Business Insider France, Voici les pays qui interdisent la cigarette électronique totalement ou partiellement*, septembre 2019, <<https://www.businessinsider.fr/voici-les-pays-qui-interdisent-la-cigarette-electronique-totalement-ou-partiellement/#largentine>> (Dernière consultation : le 10/03/2020).

tains Membres de l'OMS ont donc adopté des réglementations allant dans ce sens alors que d'autres pays vont opter pour l'encadrement de l'utilisation des inhalateurs électroniques⁵²⁹.

La réglementation des cigarettes électroniques a été aussi affectée par l'entrée récente de l'industrie du tabac sur le marché. Cette démarche n'augure rien de bon. En effet, si les multinationales ont commencé à commercialiser ce produit, ce n'est pas dans l'optique d'aider au sevrage tabagique mais pour perpétuer leur produit phare : les cigarettes conventionnelles⁵³⁰. Depuis, l'industrie du tabac a mis la main sur ce marché lucratif et ne cesse d'accroître son expansion⁵³¹. Ces différentes manœuvres reflètent parfaitement la conviction réelle des multinationales. En agissant de la sorte, l'industrie du tabac nous prouve par conséquent à quel point elle n'est pas totalement convaincue par les thèses relatives à l'aide que pourrait apporter les inhalateurs électroniques au sevrage tabagique. On ne peut donc considérer les multinationales du tabac comme un partenaire fiable dans le cadre de la lutte contre le tabac⁵³².

La classification des cigarettes électroniques risque aussi, comme mentionné précédemment, de se heurter au débat relatif à son innocuité. En effet, si les méfaits de ce produit ont été prouvés et démontrés à maintes reprises par l'OMS, force est de constater qu'un doute persiste encore quant au degré réel de sa nocivité. Cette incertitude va donc influencer grandement sur l'approche qu'adoptera la CCLAT quant à la nature exacte des cigarettes électroniques.

Deux solutions vont alors ressortir du raisonnement établi au cours de ce chapitre. Ces solutions, comme on le verra par la suite, se complètent et l'une des deux disparaîtra avec le temps au profit de l'autre. Tout d'abord, au regard des données actuelles dont nous disposons et du fait des incertitudes qui persistent quant au degré exact d'innocuité des cigarettes électroniques, la CCALT est susceptible, en première phase, de classer ce produit comme étant de catégorie dite « *sui generis* ». Ce constat s'affirme encore plus si l'on se fonde sur le caractère moins néfaste des inhalateurs électroniques par rap-

⁵²⁹ Conférence des parties à la convention cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, Rapport du Secrétariat de la Convention, *Inhalateurs électroniques de nicotine dont les cigarettes électroniques*, Cinquième session, juin 2012, p. 11, p. 12.

⁵³⁰ Bulletin de l'Organisation mondiale de la santé, Interview de Armando Peruga expert à l'OMS de la lutte antitabac, 2014, <<http://www10.who.int/bulletin/volumes/92/12/14-031214/fr/>> (Dernière consultation : le 10/03/2020).

⁵³¹ *Ibid.*

⁵³² *Ibid.*

port aux cigarettes conventionnelles⁵³³. Néanmoins, cette classification devrait évoluer avec le temps. Cela est dû aux études actuelles relatives à la nocivité des cigarettes électroniques mais aussi à l'entrée sur leur marché de l'industrie du tabac. Dès lors, traiter ces cigarettes comme un produit « *sui generis* » risque de compromettre les efforts fournis en matière de lutte antitabac. Ce constat se renforce du fait de la situation actuelle qui voit les e-cigarettes être au cœur d'un marché extrêmement lucratif qui est passé, entre temps, entre les mains des multinationales⁵³⁴. Cette mainmise n'étant en rien anodine, il faut donc prendre des mesures drastiques à l'encontre des e-cigarettes. Pour ce faire, il serait judicieux d'assimiler les inhalateurs électroniques aux cigarettes classiques. Cette démarche permettrait ainsi aux États membres à la CCLAT de disposer d'une base de données juridiques assez riche. Les États seront alors en mesure de limiter les effets nuisibles des e-cigarettes. Ils peuvent en ce sens fonder leur approche sur l'article 5 (2) de la CCLAT, qui énonce des dispositions visant à réduire l'addiction nicotinique. Certes les dispositions de cet article sont assez générales, mais la CCLAT peut les renforcer par l'adoption de certaines directives d'interprétation et ce, indépendamment du caractère non contraignant desdites directives⁵³⁵. En outre, tous les rapports établis à la demande de la conférence des parties ne font que mettre en lumière le lien étroit entre les cigarettes dites conventionnelles et les inhalateurs électroniques. Un de ces rapports a même examiné les cigarettes électroniques à l'aune de la CCLAT. Cette analyse a démontré clairement que plusieurs aspects des cigarettes électroniques risquaient de tomber sous le coup de certains articles de la convention susmentionnée⁵³⁶. On peut aussi rappeler tous les points communs entre les deux produits étudiés, que l'on a mentionnés lors des parties précédentes⁵³⁷.

⁵³³ Constat tenu par Lukasz Gruszczynski dans son ouvrage *The Regulation of E-Cigarettes/ International, European and National Challenges* au para. 5 du chapitre 4 p. 97. Il a établi la conclusion suivante: « *This means that ENDS should be treated as sui generis category, one that is different from both traditional as well as novel tobacco products* ».

⁵³⁴ Pour plus d'informations sur le marché des cigarettes électroniques et le rôle de l'industrie du tabac, voir, [partie C, para. 1, chapitre III](#), ci-dessus.

⁵³⁵ Lukasz Gruszczynski, *op.cit.*, p. 97.

⁵³⁶ Conférence des parties à la convention cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, Rapport du Secrétariat de la Convention, *Inhalateurs électroniques de nicotine dont les cigarettes électroniques*, Cinquième session, juin 2012, p. 12.

⁵³⁷ Pour plus de détails, voir [partie 3, paras. 3.1 et 3.2, chapitre III](#), ci-dessus.

Au regard des différentes analyses et autres preuves présentées à la CCLAT, cette organisation peut donc légitimement classer les cigarettes électroniques comme faisant partie des « *produits du tabac* ». Cette démarche permettra aussi de créer une certaine cohésion au niveau des réglementations relatives aux cigarettes électroniques à l’échelle internationale. Les États pourront dès lors soumettre les inhalateurs électroniques au régime mis en place par la CCLAT⁵³⁸. En outre, ils seront en mesure de réglementer ce produit de façon à lutter efficacement contre ses effets néfastes. Ils pourront par exemple mettre en place des mesures de contrôle de qualité ou d’étiquetage, à l’instar de ce qui est fait actuellement pour les produits du tabac classique⁵³⁹. En classant les cigarettes électroniques comme étant des produits du tabac, la CCLAT permettrait ainsi d’éviter toute hétérogénéité au niveau réglementaire. En effet, alors que certains pays interdisent totalement ce produit⁵⁴⁰, d’autres le classent comme faisant partie des produits du tabac⁵⁴¹. Une prise de décision ferme de la part de la CCLAT pourrait alors donner lieu à une approche uniforme en matière de réglementation des cigarettes électroniques.

3.4. Conclusion

Les cigarettes électroniques sont de nos jours au cœur d’un débat qui porte sur le degré exact de leur nocivité. Plusieurs acteurs vont alors prendre part audit débat et ces derniers auront des approches plus ou moins divergentes. En dé-

⁵³⁸ Des auteurs réfutent partiellement ce constat à l’instar de Lukasz Gruszczynski qui estime à la page 97 de son ouvrage intitulé *The Regulation of E-Cigarettes / International, European and National Challenges* que classer les cigarettes électroniques comme produits du tabac ne serait pas adéquat. Il a tenu la conclusion suivante « *it also seems that classifying ENDS as tobacco products is not the best available strategy* ».

⁵³⁹ Morgan Johnson, *art.cit.*, p. 667.

⁵⁴⁰ Voir Albane Guichard, Business Insider France, *Voici les pays qui interdisent la cigarette électronique totalement ou partiellement*, septembre 2019, <<https://www.businessinsider.fr/voici-les-pays-qui-interdisent-la-cigarette-electronique-totalement-ou-partiellement/#largentine>> (Dernière consultation : le 10/03/2020).

⁵⁴¹ La FDA a décidé en 2016 d’inclure les cigarettes électroniques dans sa section 901 consacrée aux produits du tabac. Pour plus de détails, voir partie VIII (Regulation of Electronic Nicotine Delivery Systems (Including E-Cigarettes)) du chapitre III (Department of health and human service) du registre fédéral des États-Unis. En outre, la FDA a énoncé dans un article publié sur son site officiel la phrase suivante : *FDA regulates all tobacco products, including e-cigarettes, cigars, and hookah tobacco*. <<https://www.fda.gov/tobacco-products/compliance-enforcement-training/retail-sales-tobacco-products>> (Dernière consultation : le 16/05/2020).

pit de cet antagonisme relatif à la classification des cigarettes électroniques, l’OMS, par le biais notamment de la CCLAT, a émis des doutes quant à l’innocuité réelle de ce produit. Elle s’est par la suite clairement positionnée contre les e-cigarettes en mettant l’accent sur leurs effets néfastes et leurs répercussions sur la lutte antitabac⁵⁴². Cette approche, si elle venait à se confirmer, risque à terme, de voir la CCLAT classer les cigarettes électroniques comme faisant partie des produits du tabac. Cette démarche sera donc en mesure d’aider les pays à mieux lutter contre les méfaits de ce produit. En effet, ce type de classification fera que les États pourront assujettir les cigarettes électroniques à des législations semblables à celles qui sont en vigueur à l’encontre des produits du tabac classique. Dès lors, les différentes dispositions de la CCLAT seront en mesure d’être appliquées et on risque alors d’assister à une réglementation stricte des cigarettes électroniques. Les dispositions et résultats actuels enregistrés par la CCLAT en matière de lutte antitabac peuvent servir d’exemple paradigmatique pour une future classification des cigarettes électroniques. Quant à l’approche consistant à classer les inhalateurs électroniques comme étant de catégorie « *sui generis* », cette démarche risque de saper les efforts fournis pour lutter contre le tabac, du fait des ressemblances entre ce produit et les cigarettes classiques. La classification des cigarettes électroniques comme produits du tabac peut en outre aider à anticiper tout litige relatif à leur commercialisation et ce, en mettant en avant leur caractère néfaste pour permettre aux États de contrôler leurs ventes.

D. Conclusion du Chapitre III

La lutte contre le tabac fut un long chemin semé d’embûches. En effet, la CCLAT a vu se dresser devant elle de nombreux obstacles. Cette convention a notamment suscité l’opposition de plusieurs acteurs nationaux et internationaux. On peut citer, à titre exemple, l’industrie du tabac qui n’a cessé de remettre en cause les dispositions de cette convention. La CCLAT va dès lors de retrouver au cœur de plusieurs litiges en relation avec de nombreux domaines juridiques tels que le droit de la propriété intellectuelle⁵⁴³ ou plus encore le droit de l’OMC⁵⁴⁴. En dépit de ses résultats encourageant, notamment en matière de renforcement des arsenaux législatifs de certains pays ou dans le do-

⁵⁴² Pour plus de détails, voir, [partie C, paras. 2 et 3, chapitre III](#) ci-dessus.

⁵⁴³ Tania Voon, *Trade Liberalisation and International Co-operation / A Legal Analysis of the Trans-Pacific Partnership Agreement*, Edward Elgar, Cheltenham, UK / Northampton, MA, USA, 2013, p. 82.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 85.

maine sanitaire⁵⁴⁵, les multinationales s’opposent toujours à une mise en œuvre efficace des mesures de la CCLAT⁵⁴⁶. De plus, plusieurs, pays dont le poids économique est important, ne l’ont toujours pas ratifiée⁵⁴⁷. Nonobstant tous ces obstacles, la CCLAT a tout de même réussi à créer un certain consensus quant à la nécessité de la lutte antitabac. Son processus d’élaboration est donc passé par plusieurs étapes et a mis du temps avant de se concrétiser sous la forme d’un instrument de droit international. En outre, ses résultats probants nous prouvent à quel point la coopération à l’échelle internationale est importante pour combattre ce fléau des temps modernes qu’est le tabagisme. Cependant, le contexte international actuel où de plus en plus d’États découragent le commerce et la consommation de tabac⁵⁴⁸, conduira inéluctablement à l’apparition de plusieurs litiges en relation avec les différents aspects de ce produit. On se doit donc d’analyser, dans le cadre de la lutte antitabac, les possibles interactions entre le droit sanitaire et les autres branches du droit international. En effet, on sera amené, dans la continuité des analyses établies, à examiner plusieurs litiges relatifs au tabac. Ces litiges, que nous analyserons plus loin dans ce travail, risquent d’englober de nombreux segments du droit qui peuvent, à première vue, nous paraître antinomiques⁵⁴⁹. L’enjeu sera alors de trouver un juste équilibre entre ces branches du droit. Dès lors, se posera la question de savoir dans quelle mesure les principaux acteurs du commerce international prennent en considération la protection des valeurs non marchandes (protection de la santé le cas échéant). Cette analyse peut ainsi nous aider à mettre en lumière la possibilité de concilier entre les différentes branches du droit international et ce, dans le cadre de la lutte antitabac.

La nécessité d’examiner l’encadrement du tabac au sein du commerce international découle de l’essor sans précédent qu’ont connu les échanges de ce produit qui ont, de surcroît, conduit à l’apparition de plusieurs obstacles dus essentiellement à sa nature nocive. C’est effectivement avec la prise de

⁵⁴⁵ Vera Luiza da Costa e Silva, *Mise en œuvre de la CCLAT et bonnes pratiques des pays partenaires : un outil de coopération développé par le secrétariat de la CCLAT*, Secrétariat de la CCLAT, OMS, Paris, 2016, p. 3.

⁵⁴⁶ Andrew D. Mitchell / Tania Voon, *op.cit.*, p. 22.

⁵⁴⁷ Plusieurs pays comme la Suisse ou plus encore les États-Unis n’ont toujours pas ratifié la CCLAT, pour plus d’informations, voir Nations Unies, Chapitre IX, Santé, 4, *Convention-cadre de l’OMS pour la lutte antitabac*, état au 25-02-2019, <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IX-4&chapter=9&clang=fr> (Dernière consultation : le 25/02/2019).

⁵⁴⁸ Sabrina Robert-Cuendet / Brigitte Stern, *op.cit.*, p. 384.

⁵⁴⁹ Ces litiges seront analysés plus loin dans ce travail.

conscience mondiale sur les méfaits du tabac, que certains États ont mis en place des réglementations strictes qui risquent, à terme, de restreindre son commerce⁵⁵⁰. Cependant, certaines de ces réglementations peuvent cacher des desseins protectionnistes d'où le rôle important que peut jouer un organisme comme l'OMC.

La partie suivante sera par conséquent consacrée à l'analyse de la réglementation du tabac au sein du commerce international.

⁵⁵⁰ Voir « *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* », DS 435 et également, « *États-Unis - Cigarettes aux clous de girofle* », DS 406.

IV. La lutte antitabac et le commerce international

A. Présentation de l'Organisation mondiale du commerce

1. Du GATT de 1947 à l'OMC de 1995

L'OMC est l'unique organisation qui régit le commerce entre les différents pays. Ses principaux accords visent à aider les acteurs économiques à mener à bien leurs activités⁵⁵¹. Cette organisation est en quelque sorte l'héritière du GATT de 1947, accord pionnier en matière de réglementation du commerce à l'échelle internationale. Cet accord a vu le jour à une époque où le monde était en pleine reconstruction économique. Le GATT de 1947 est donc né dans un contexte qui lui était extrêmement défavorable et ce, à la suite de deux conflits mondiaux et une grave crise financière⁵⁵². En effet, dans un monde exsangue, encore hanté par le douloureux souvenir de la terrible crise de 1929, l'idéologie libérale n'était pas la bienvenue⁵⁵³. Cette crise ayant laissé de graves séquelles, beaucoup de pays ont décidé à l'époque d'adopter des mesures protectionnistes pour se protéger de la concurrence étrangère. Plusieurs États ont alors fermé leurs frontières et mis en place des réglementations qui restreignent les importations⁵⁵⁴. On peut citer, à titre d'exemple, une loi américaine qui date du 17 juin 1930. Cette loi a augmenté les droits de douane à l'importation de plusieurs produits industriels⁵⁵⁵. Ce sont ces mêmes américains qui ont commencé à prôner, à partir de 1941, un retour au libre-échange et ce, pour remédier aux conséquences désastreuses de ces politiques protectionnistes⁵⁵⁶.

⁵⁵¹ Organisation mondiale du commerce, *Qu'est-ce que l'OMC ?* <https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/whatis_f.htm> (Dernière consultation : le 20/05/2019).

⁵⁵² Marilyne Sadowsky, *Droit de l'OMC / Droit de l'Union Européenne et fiscalité directe*, Droit international Larcier, 2013, p. 20.

⁵⁵³ *Ibid.*, pp. 20- 21.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 21.

⁵⁵⁵ Voir « *The Smoot-Hawley Tariff Act* », 1930.

⁵⁵⁶ Marilyne Sadowsky, *op.cit.*, p. 21.

À la suite de la 2^{ème} guerre mondiale, le conseil économique et social des Nations Unies, dans le cadre de sa volonté d'édifier un nouvel ordre économique libéral, a décidé de lancer le projet de création de trois institutions : le FMI, la Banque mondiale (institutions de Bretton Woods) et une organisation économique internationale⁵⁵⁷. C'est donc sous les auspices de ce conseil que fut convoquée entre 1946 et 1948 la conférence de la Havane. Cette conférence aspirait à rédiger une charte constitutive d'une organisation internationale du commerce. Ce document aura pour nom « *Charte de la Havane* »⁵⁵⁸. Cette charte avait pour but d'établir des règles en relation avec le commerce international. Elle traitait aussi de l'emploi, des pratiques commerciales restrictives et des investissements internationaux⁵⁵⁹. Ce projet ne verra pourtant jamais le jour à cause, entre autres, du refus du congrès américain de le ratifier. En dépit de cet échec, 23 États détachèrent de cette charte le chapitre IV relatif aux échanges des produits manufacturés⁵⁶⁰. Ce chapitre est donc devenu l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT). Il a été signé le 30 octobre 1947. Il entra en vigueur le 1^{er} janvier 1948 et ce, en vertu du protocole d'application provisoire⁵⁶¹. Contre toute attente, cet accord a régi à lui seul le commerce à l'échelle internationale jusqu'à la création de l'OMC en 1995⁵⁶².

Une série de négociations commerciales multilatérales sera donc menée à la suite de la création du GATT de 1947 dans l'optique de libéraliser progressivement le commerce international⁵⁶³. Ce système va donc se développer via plusieurs conférences commerciales appelées « *Round* ». Huit cycles ont été organisés de façon périodique.⁵⁶⁴ Ils ont à chaque fois donné naissance à des protocoles tarifaires et à différents textes juridiques⁵⁶⁵. Le plus important d'entre eux est sans doute le cycle de négociation d'Uruguay (1986-1993). Les ministres de plusieurs pays ont notamment songé, au cours de ce processus, à l'extension des règles commerciales du GATT de 1947 à de nombreux domaines assez innovants tels que la propriété intellectuelle ou plus encore les

⁵⁵⁷ Thiébaud Flory, *L'Organisation mondiale du commerce / Droit institutionnel et substantiel*, Bruylant Bruxelles, 1999, p. 3.

⁵⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁵⁹ Jean-Marie Warègne, *L'Organisation mondiale du commerce / Règles de fonctionnement et enjeux économiques*, CRISP, Bruxelles, 2000, p. 29.

⁵⁶⁰ Thiébaud Flory, *op.cit.*, p. 4.

⁵⁶¹ *Ibid.*

⁵⁶² Jean-Marie Warègne, *op.cit.*, p. 30.

⁵⁶³ *Ibid.*

⁵⁶⁴ Thiébaud Flory, *op.cit.*, p. 4.

⁵⁶⁵ *Ibid.*

services⁵⁶⁶. De tous les cycles organisés dans le cadre du GATT de 1947, ce cycle est celui qui a eu la portée la plus ambitieuse. Il aboutira, en quelque sorte, aux accords de Marrakech⁵⁶⁷ et ce, en dépit de certaines divergences entre les États-Unis et l'Union Européenne sur le dossier agricole⁵⁶⁸. Un compromis a été finalement trouvé à Genève le 15 décembre 1993. Cette entente a par la suite abouti à la conférence de Marrakech, organisée entre le 14 et le 15 avril 1994.

Cet accord est officiellement entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995. Cette date annonce donc la création officielle de l'OMC⁵⁶⁹. L'OMC va reprendre l'essentiel du GATT de 1947 sous le nom de GATT de 1994⁵⁷⁰. Elle a donc remplacé le GATT de 1947⁵⁷¹, qui était jusqu'à présent considéré comme étant *de facto* l'organisation internationale du commerce⁵⁷². Les parties contractantes du GATT de 1947 et le comité préparatoire de l'OMC, vont par la suite adopter un accord sur le transfert des avoirs, des dossiers, du personnel et des fonctions de la commission intérimaire de cette organisation. C'est en vertu de cet acte, que l'OMC va succéder au GATT de 1947. Elle reprendra aussi les mêmes locaux à Genève⁵⁷³. L'OMC a aussi transposé la majeure partie des dispositions du GATT de 1947. Ce sont même les décisions et les procédures de cet accord qui guident encore l'OMC dans toutes ses actions⁵⁷⁴. Par le biais de cette brève présentation de l'OMC, on est en mesure de constater que cette organisation aspire

⁵⁶⁶ Organisation mondiale du commerce, *Le Cycle d'Uruguay*, <https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/fact5_f.htm> (Dernière consultation : le 22/12/2020).

⁵⁶⁷ Pour plus d'informations, voir l'accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, avril 1994.

⁵⁶⁸ Cf. *supra*, note 566.

⁵⁶⁹ Organisation mondiale du commerce, *Histoire du Commerce, Histoire du système commercial multilatéral*, <https://www.wto.org/french/thewto_f/history_f/history_f.htm> (Dernière consultation : le 23/12/2020).

⁵⁷⁰ *Ibid.*

⁵⁷¹ Cf. *supra*, note 566.

⁵⁷² Peter Van den Bossche / Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organisation / Text, Cases and Materials*, Fourth Edition, Cambridge 2017, p. 84.

⁵⁷³ Thiébaud Flory, *op.cit.*, p. 9.

⁵⁷⁴ L'article XIV de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce énonce les dispositions suivantes : « Sauf disposition contraire du présent accord ou des Accords commerciaux multilatéraux, l'OMC sera guidée par les décisions, les procédures et les pratiques habituelles des Parties contractantes du GATT de 1947 et des organes établis dans le cadre du GATT de 1947 ».

à construire un système économique basé sur un commerce libéralisé et une union douanière. En effet, ces notions étant le fondement du GATT de 1994⁵⁷⁵, elles chapeauteront donc les principales activités de l'OMC.

2. Notions générales sur l'OMC

Au contraire de son prédécesseur (GATT de 1947), l'OMC dispose d'une personnalité juridique qui lui confère des capacités juridiques. C'est donc une organisation internationale à part entière⁵⁷⁶. Cependant, et contrairement à l'OMS, l'OMC n'a pas le statut d'institution spécialisée des Nations Unies. Ce constat est dû à la nécessité d'attribuer à l'OMC une certaine spécificité du fait du rôle qu'elle joue en tant qu'organisation internationale économique⁵⁷⁷.

Les parties ayant contracté auparavant le GATT de 1947, sont devenues membres de plein droit de l'OMC et ce, dès sa création officielle (1^{er} janvier 1995)⁵⁷⁸. Pour les accessions postérieures à cette date, c'est l'article XII de l'accord instituant l'OMC qui régit cette procédure⁵⁷⁹.

Ses principaux objectifs sont mentionnés dans le préambule de l'accord instituant l'OMC. Cette organisation vise principalement à : améliorer le bien-être des populations, atteindre le plein emploi, accroître le revenu et la demande et développer la production et le commerce des biens et des services⁵⁸⁰. Parmi ces objectifs, on retrouve aussi la protection de l'environnement ou plus encore la prise en considération des besoins des pays en développement⁵⁸¹. Le fait que l'accord ayant institué l'OMC mentionne de tels objectifs peut nous paraître, à première vue, étrange. En effet, la prise en compte de telles notions contredit en quelque sorte l'affirmation selon laquelle l'OMC n'est qu'une organisation qui vise à libéraliser les échanges⁵⁸². C'est donc ce constat qui va nous

⁵⁷⁵ Marilyn Sadowsky, *op cit.*, p. 23.

⁵⁷⁶ Thiébaud Flory, *op.cit.*, p. 15.

⁵⁷⁷ *Ibid.*

⁵⁷⁸ *Ibid.*

⁵⁷⁹ Pour plus de détails sur ce point, voir l'article XII de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce qui énonce ce qui suit : « *en disposant que tout État ou tout territoire douanier distinct jouissant d'une entière autonomie dans la conduite de ses relations commerciales extérieures et pour les autres questions traitées dans le présent accord et dans les accords commerciaux multilatéraux pourra accéder à l'OMC à des conditions à convenir entre lui et l'OMC* ».

⁵⁸⁰ Préambule de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce.

⁵⁸¹ *Ibid.*

⁵⁸² Peter Van den Bossche / Werner Zdouc, *op. cit.*, p. 88

pousser à nous intéresser de plus près aux principes qui régissent cette organisation et à ses véritables aspirations en matière de protection de notions inhérentes aux droits de l'homme.

3. Les principes de base de l'OMC

Les principes que nous allons aborder au cours de cette partie sont d'une extrême importance car ils régulent les principales activités de l'OMC. Ils nous seront donc d'une grande utilité dans le cadre de notre analyse de l'encadrement du tabac par les accords constituant cette organisation.

3.1. La non-discrimination

C'est en quelque sorte le principe phare de l'OMC. Il comporte deux volets :

- Le premier volet traite du principe de la nation la plus favorisée⁵⁸³. Ce précepte est énoncé par l'article I (1) du GATT de 1994. Selon cette notion, lorsqu'un membre de l'OMC accorde un privilège commercial à un produit importé d'un État membre de l'OMC, il doit l'accorder à tout autre produit importé d'un autre pays et ce, indépendamment du fait que ledit pays soit membre ou non de l'OMC⁵⁸⁴. Cependant, ce principe n'est pas absolu. Il existe des exceptions en vertu desquelles un traitement préférentiel peut être accordé à d'autres pays dans des domaines restreints et selon des circonstances spécifiques⁵⁸⁵. En effet, il faut prendre en considération les différentes inégalités de développement entre les États dans le cadre des relations économiques. Il convient aussi de tenir compte de l'existence de blocs régionaux ainsi que de la possible survenance de circonstances exceptionnelles⁵⁸⁶. Trois types d'exceptions sont donc clairement énoncés dans les dispositions du GATT de 1994. Tout d'abord, celle mentionnée par l'article XXIV du GATT de 1994, en relation avec les intégrations économiques régionales. Ensuite, on retrouve les exceptions en faveur des pays en développement⁵⁸⁷ et enfin celles qui résultent de la dérogation à l'article XXV (alinéa 5) du présent accord⁵⁸⁸.

⁵⁸³ Article I (1) du GATT de 1994.

⁵⁸⁴ *Ibid.*

⁵⁸⁵ Andreas R. Ziegler, *Droit international économique de la Suisse / Une introduction (y inclut le droit des relations économiques extérieures)*, Stämpfli éditions SA Berne, 2010, p. 105.

⁵⁸⁶ Thiébaud Flory, *op.cit.*, p. 35

⁵⁸⁷ Voir partie IV du GATT de 1994.

⁵⁸⁸ Pour plus d'informations, voir l'article XXV alinéa 5 du GATT de 1994.

- Le deuxième volet aborde le principe du traitement national. Ce principe a pour but d'éviter l'apparition de distorsion économique ou de protectionnisme entre deux États⁵⁸⁹. Ce précepte confirme en quelque sorte la notion de départ qu'est la non-discrimination. Il est énoncé dans le premier paragraphe de l'article III que les Membres de l'OMC reconnaissent que les taxes et autres impositions intérieures ne devront pas être appliquées aux produits nationaux ou importés de manière à protéger la production nationale⁵⁹⁰. En analysant de plus près l'ensemble de cet article, on constate qu'il est fondé sur deux axes majeurs. Les Membres de cette organisation ne doivent tout d'abord pas appliquer des taxes intérieures plus élevées aux produits importés par rapport aux produits nationaux similaires. Ensuite, lesdites taxes ne doivent pas être imposées à des fins protectionnistes⁵⁹¹. Ainsi, si l'on se fonde sur la note additionnelle de l'article III.2 du GATT de 1994, une taxe compatible avec les dispositions de la 1^{ère} partie du paragraphe 2 de l'article III ne doit pas être considérée comme étant incompatible avec les dispositions de la 2^{ème} partie du même paragraphe que s'il y a concurrence entre le produit imposé et un produit directement concurrent ou substituable qui n'est pas frappé d'une taxe semblable⁵⁹². En cas de violation de cette disposition, le membre de l'OMC doit donc prouver que les taxes et les impositions intérieures qui frappent les produits importés sont supérieures à celles touchant les produits nationaux⁵⁹³. Ensuite, il est dans l'obligation de démon-

⁵⁸⁹ Andreas R. Ziegler, *op.cit.*, p. 106.

⁵⁹⁰ Pour plus de détails, voir l'article III du GATT de 1994.

⁵⁹¹ Le deuxième para de l'article III de 1994 énonce les dispositions suivantes : « *les produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas frappés directement ou indirectement de taxes ou autres impositions intérieures, de quelque nature qu'elles soient, supérieures à celles qui frappent directement ou indirectement les produits nationaux similaires. En outre, aucune partie contractante n'appliquera d'autre façon des taxes ou autres impositions intérieures aux produits importés ou nationaux d'une manière contraire aux principes énoncés au paragraphe premier de l'article III* ».

⁵⁹² Annexe 1, Notes et dispositions additionnelles du GATT de 1994, article III.2 : « *Une taxe satisfaisant aux prescriptions de la première phrase du para. 2 ne doit être considérée comme incompatible avec les dispositions de la deuxième phrase que dans le cas où il y a concurrence entre, d'une part, le produit imposé et, d'autres part, un produit directement concurrent ou un produit qui peut lui être directement substitué et qui n'est pas frappé d'une taxe semblable* ».

⁵⁹³ Thiébaud Flory, *op.cit.*, p. 37.

trer que les produits importés mis en cause et les produits nationaux sont identiques⁵⁹⁴. Pour ce faire, les États peuvent se baser sur le prix pour déterminer si les produits sont semblables ou non. Cet indicateur a en effet été utilisé lors de l'affaire « République dominicaine – Mesures affectant l'importation et la vente de cigarettes sur le marché intérieur »⁵⁹⁵.

Néanmoins, l'analyse du sens exact de la notion d'imposition intérieure peut donner lieu à plusieurs interprétations. Une disposition en relation avec une pénalité financière pour l'application d'une loi domestique peut en effet ne pas être qualifiée d'imposition intérieure⁵⁹⁶. Ce constat fut tenu lors de l'affaire « US-Tobacco ». Au cours de ce litige, le groupe spécial a conclu qu'une sanction pécuniaire relative à l'application d'une prescription concernant la teneur en éléments d'origine nationale était une loi nationale et non une taxe intérieure⁵⁹⁷. Nous reviendrons plus tard sur l'importance de ce principe (la non-discrimination) et ce, dans le cadre de notre analyse de l'encadrement du tabac par l'OMC.

On conclut donc que les dispositions relatives au traitement national visent essentiellement à supprimer les traitements discriminatoires en matière de commerce international⁵⁹⁸. Ce précepte est aussi présent dans d'autres accords régis par l'OMC tels que l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (AOTC) et ce, par le biais de son article 2.1⁵⁹⁹. Il nous sera d'une grande importance dans le cadre de notre étude de l'encadrement du tabac par le droit de l'OMC. En effet, les mesures sanitaires prises par les États ne doivent en aucun cas constituer un moyen de discrimination injustifiable. Les groupes

⁵⁹⁴ Ibid.

⁵⁹⁵ Le groupe spécial en charge de l'affaire « République dominicaine – Mesures affectant l'importation et la vente de cigarettes sur le marché intérieur » a tenu au para. 7.336 de la p. 209 de son rapport le constat suivant : « le Groupe spécial considérera comme des produits < similaires > aux cigarettes importées, les cigarettes nationales qui étaient vendues à un prix similaire et, plus spécifiquement, considérera que les cigarettes Viceroy importées en République dominicaine sont similaires aux cigarettes Líder nationales ».

⁵⁹⁶ Peter Van den Bossche / Werner Zdouc, *op. cit.*, p. 353.

⁵⁹⁷ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « United-States– Measures affecting the importation, internal sale and use of tobacco », DS 44, para. 80, p. 28.

⁵⁹⁸ L'alinéa 3 du préambule du GATT de 1947 énonce les dispositions suivantes : « Désireux de contribuer à la réalisation de ces projets par la conclusion d'accords visant, sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels, à la réduction substantielle des tarifs douaniers et des autres obstacles au commerce et à l'élimination des discriminations en matière de commerce international ».

⁵⁹⁹ Pour plus de détails, voir l'article 2.1 de l'AOTC.

spéciaux vont dès lors essayer de déterminer si ces réglementations constituent une discrimination arbitraire entre des pays où les mêmes conditions existent⁶⁰⁰.

3.2. La libéralisation

L'un des principaux objectifs de l'OMC est de libéraliser les relations économiques à l'échelle internationale. On se doit donc, dans le sillage de cet objectif, de supprimer les obstacles aux différents échanges économiques⁶⁰¹. Cet objectif est confirmé par l'article XI du GATT qui interdit notamment d'instituer des restrictions quantitatives outre que les droits de douane, taxes ou autres impositions⁶⁰². Cet article reflète parfaitement cette volonté de libéraliser le commerce à l'échelle internationale car il réfute l'idée d'instituer des restrictions (ou prohibitions) sur l'importation et l'exportation d'un produit. L'objectif primordial de la libéralisation peut se traduire, sur le plan national, par l'attribution d'une véritable liberté au commerce extérieur⁶⁰³. L'OMC en fera donc une condition *sine qua non* pour le bon exercice du commerce à l'échelle internationale.

Néanmoins, les Membres de l'OMC peuvent être politiquement ou économiquement contraints d'adopter des mesures qui sont susceptibles d'être incompatibles avec les règles de l'OMC. Dès lors, les principes relatifs à la non-discrimination et à la libéralisation risquent d'être en conflit avec certaines valeurs sociétales importantes⁶⁰⁴. Pour remédier à ce problème, l'OMC a prévu des exceptions entrant dans le champ de l'article XX (exceptions générales) mais aussi mentionnées dans les dispositions de l'article XXI (exceptions relatives à la sécurité). Un membre peut donc, en se fondant sur les exceptions susmentionnées, adopter des mesures contraires aux principes que l'on a énoncés au cours de cette partie. Ces exceptions permettent par conséquent aux États de s'écarter de quelques règles de base de l'OMC, sous réserve de certaines

⁶⁰⁰ Clotilde Jourdain-Fortier, *op.cit.*, p. 523.

⁶⁰¹ Andreas R. Ziegler, *op.cit.*, p. 104.

⁶⁰² L'article XI du GATT de 1994 énonce les dispositions suivantes : « *Aucune partie contractante n'instituera ou ne maintiendra à l'importation d'un produit originaire du territoire d'une autre partie contractante, à l'exportation ou à la vente pour l'exportation d'un produit destiné au territoire d'une autre partie contractante, de prohibitions ou de restrictions autres que des droits de douane, taxes ou autres impositions, que l'application en soit faite au moyen de contingents, de licences d'importation ou d'exportation ou de tout autre procédé* ».

⁶⁰³ Cf. *supra*, note 601.

⁶⁰⁴ Peter Van den Bossche / Werner Zdouc, *op.cit.*, p. 545.

conditions⁶⁰⁵. Elles visent, entre autres, à protéger un ensemble de notions qui se rattachent à la souveraineté nationale ou à la défense de certaines valeurs non marchandes⁶⁰⁶. Ces exceptions sont aussi présentes dans d'autres accords de l'OMC à l'instar de l'accord général sur le commerce des services (AGCS) qui énonce des dispositions allant dans ce sens et ce, par le biais de son article XIV⁶⁰⁷.

Dès lors, le tabac se retrouve directement concerné par ces exceptions car en voulant protéger la santé de leurs citoyens, certains États seront susceptibles de restreindre le commerce de ce produit⁶⁰⁸. On se doit donc, dans le sillage de cette analyse, d'étudier l'approche de l'OMC en matière de protection des valeurs non marchandes. A noter aussi que d'autres principes régissent l'action de l'OMC à l'instar de la transparence⁶⁰⁹.

B. L'OMC et les valeurs non marchandes

La mondialisation est devenue de nos jours le principal mot d'ordre de l'économie à l'échelle internationale. Cette notion qui nous paraît, à première vue, attrayante, peut s'avérer plus préjudiciable qu'elle en a l'air. Elle risque en effet de tout emporter dans son élan et réduire ainsi à néant certaines valeurs primordiales telles que la protection de l'environnement ou plus encore la sauvegarde de la santé. Joseph. E. Stiglitz (ancien prix Nobel d'économie) ira même jusqu'à affirmer dans la conclusion de son livre « *La grande désillusion* » : « *qu'aujourd'hui, la mondialisation, ça ne marche pas, ça ne marche pas pour les pauvres ; ça ne marche pas pour l'environnement ; ça ne marche pas pour la stabilité de l'économie mondiale* »⁶¹⁰. C'est un terrible constat de la part d'un économiste de la trempe de Joseph. E. Stiglitz. Ce constat s'affirme encore plus pour la protection de certaines valeurs sociales et nous fait presque oublier la pensée de Keynes, négociateur du Royaume-Uni lors des accords de Bretton Woods. En effet, ce dernier affirmait déjà à l'époque que : « *l'économie*

⁶⁰⁵ *Ibid.*, p. 42.

⁶⁰⁶ Thiébaud Flory, *op.cit.*, p. 55.

⁶⁰⁷ L'article XIV de l'AGCS énonce des exceptions générales relatives notamment à la protection de la santé ou à la moralité publique. Pour plus de détails, voir les dispositions de cet article.

⁶⁰⁸ Clotilde Jourdain-Fortier, *op.cit.*, p. 443.

⁶⁰⁹ Département fédéral de l'économie, Secrétariat d'état à l'économie, commerce mondial, OMC, *Principes de bases de l'OMC*, 11/10/2013, Berne, <https://www.seco.admin.ch/dam/.../Principes_de_base_de_l'OMC.pdf> (Dernière consultation : le 14/05/2019).

⁶¹⁰ Voir Joseph. E. Stiglitz, *La Grande désillusion*, Paris, Fayard, 2002.

n'avait d'autre finalité que le service de la société et de l'homme »⁶¹¹. Il avait imaginé un système où les États pourraient prendre en considération les objectifs de progrès social lors de leurs différents accords commerciaux. Ces derniers ne seraient pas alors dans l'obligation de placer les impératifs économiques au-dessus de leurs objectifs de progrès social⁶¹².

Le tabac se retrouve donc directement concerné par cette problématique. Il risque, du fait de ses effets nocifs, de se heurter aux différentes politiques sanitaires menées par les États. En effet, la santé est devenue de nos jours une préoccupation majeure dans nos sociétés modernes et on admet de plus en plus difficilement que des personnes puissent continuer à être menacées par des maladies que l'on est en mesure d'éviter⁶¹³. De plus, si l'on se réfère aux droits de l'homme, on remarque qu'ils affirment que la santé est un objet du droit qui mérite d'être protégé⁶¹⁴. Dès lors, se posera la question de sa place au sein du droit de l'OMC. Les États vont donc essayer de protéger la santé par tous les moyens. Il faudra alors trouver un juste équilibre entre d'une part, les impératifs économiques et d'autre part, les politiques sanitaires et ne pas pécher par excès d'angélisme. Ce constat découle du fait que le cycle de développement que connaît l'OMC peut offrir un espace où les États auront la possibilité de concilier entre les valeurs marchandes et non marchandes. De plus, les différents accords de l'OMC traitent de cette problématique⁶¹⁵. Nous allons, dans les parties suivantes, analyser dans quelle mesure l'OMC prend en considération des valeurs non marchandes telles que la protection de la santé.

⁶¹¹ Michel Beaud / Gilles Dostaler, *Keynes ou l'esprit de responsabilité*, Le Monde diplomatique, novembre 1996, p. 1, p. 20, p. 21.

⁶¹² John. K. Galbraith, *L'ordre mondial selon John Maynard Keynes*, Le Monde diplomatique, Mai 2003, pp. 22-23.

⁶¹³ Laurence Boy et al, *Droit économique et droits de l'homme*, Larcier, Droit / Économie internationale, Bruxelles, 2009, p. 463.

⁶¹⁴ Notion consacrée par le préambule de la Constitution de l'OMS qui énonce ce qui suit : « *La possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain, quelles que soient sa race, sa religion, ses opinions politiques, sa condition économique ou sociale* », ou plus encore par le Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) au sein de son commentaire général No. 14 : *The Right to the Highest Attainable Standard of Health* (Art. 12), para. 14, p. 6.

⁶¹⁵ Voir les articles XX du GATT de 1994, XIV de l'AGCS ou plus encore 2.2 de l'AOTC.

Cet examen s'inscrit dans le cadre de notre étude de l'approche de cette organisation vis à vis du tabac. Les organes de OMC ont en effet dû statuer sur plusieurs litiges en relation avec ce produit⁶¹⁶.

1. Les exceptions générales au sein du droit de l'OMC

Comme énoncé précédemment, plusieurs principes chapeautent les principales activités de l'OMC. Ces principes sont contenus au sein des accords qui régissent les actions de l'OMC. Le GATT de 1994 énonce par exemple des préceptes se rapportant à la prohibition des restrictions quantitatives⁶¹⁷ ou à la non-discrimination⁶¹⁸. Cependant, certaines valeurs non marchandes, telles que la protection de la moralité publique ou l'environnement, peuvent de nos jours justifier des obstacles à ces différents principes. Ce constat découle du fait que dans le cadre de leurs efforts de protection et de promotion de ces valeurs, les États sont susceptibles d'adopter des législations incompatibles avec les règles de l'OMC. Ces législations risquent notamment d'enfreindre des principes tels que la libéralisation ou plus encore la non-discrimination⁶¹⁹.

Le droit de l'OMC a donc, comme on l'a mentionné précédemment, introduit certaines exceptions qui seront néanmoins soumises au contrôle des juges de l'OMC. Il est donc légitime de se poser la question de savoir si certaines valeurs non commerciales, que l'on peut qualifier d'inhérentes aux droits de l'homme, sont mises sur un même pied d'égalité avec les impératifs économiques édictés par l'OMC⁶²⁰. En effet, du fait de la libéralisation accrue des échanges commerciaux, on essaiera de déterminer comment les États peuvent invoquer les exceptions générales relatives à la protection de certaines valeurs non mar-

⁶¹⁶ Voir « *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* », DS 435 et également, « *États-Unis - Cigarettes aux clous de girofle* », DS 406.

⁶¹⁷ Voir l'article XI alinéa 1 du GATT de 1994 (élimination générale des restrictions quantitatives).

⁶¹⁸ Voir les articles I alinéa 1 (traitement général de la nation la plus favorisée) et III alinéa 2 et 4 (traitement national en matière d'impositions et de réglementation intérieure).

⁶¹⁹ Peter Van den Bossche / Werner Zdouc, *op.cit.*, p. 545.

⁶²⁰ Cette problématique a été énoncée par Sophie Grosbon à la p. 177 de son ouvrage *La primauté du commerce sur les droits de l'homme dans le cadre de l'OMC*, Liberté économique et droits de l'homme, Presses universitaires de Paris Ouest, 2018. Elle a en effet émis la problématique suivante : « *Il convient alors de se demander si la protection des droits de l'homme compte parmi ces valeurs considérées comme supérieures à la libéralisation du commerce...* ».

chandes. Cette problématique trouve tout son sens du fait des entraves au commerce qui risquent d'apparaître lors de l'invocation par les États des questions de santé publique⁶²¹. Ces exceptions sont néanmoins soumises à plusieurs conditions. Elles doivent être notamment justifiées par un objectif légitime. C'est l'article XX du GATT de 1994 qui peut légitimer toute mesure, jugée à la base incompatible avec les dispositions de cet accord⁶²². Les exceptions qu'il contient occuperont alors le même rang que les principes libre-échangistes auxquels elles se rapportent et ce, si elles sont prouvées par la partie qui les invoque⁶²³. Un État peut appliquer une mesure qui enfreint une règle du GATT de 1994 sous réserve de certaines conditions énoncées dans ses clauses introductives⁶²⁴. L'article XX contient donc plusieurs exceptions relatives notamment à la protection de la moralité publique, l'environnement ou plus encore la santé⁶²⁵.

Néanmoins, ces exceptions ne sont pas absolues. En effet, un test en deux étapes a été mis en place pour déterminer si une mesure incompatible peut ou non être justifiée au titre de l'article XX. C'est lors de l'affaire « US- Gasoline » que l'organe d'appel a tenu ce genre de constat⁶²⁶. Cet organe a estimé que pour que la protection énoncée à l'article XX puisse être étendue au litige en cours, la mesure contestée ne devait pas seulement relever des exceptions

⁶²¹ Clotilde Jourdain-Fortier, *op.cit.*, p. 279, p. 443.

⁶²² Si une mesure est incompatible avec des obligations découlant de l'une des dispositions du GATT de 1994, le groupe spécial va essayer d'examiner si ladite mesure peut être justifiée au titre de l'article XX. Plusieurs groupes spéciaux de l'OMC ont établi des constats allant dans ce sens. On peut citer, à titre d'exemple, le groupe spécial en charge de l'affaire, « US-Section 37 Tariff Act (1989) ». Il énonce au para. 5.9 de son rapport la conclusion suivante : « Le groupe spécial a donc conclu que l'article XX(d) s'applique uniquement à des mesures incompatibles avec une autre disposition de l'Accord général, et que, par conséquent, l'application de l'article 337 doit être examinée en premier lieu à la lumière de l'article III :4. En cas d'incohérences avec l'article III :4, le groupe spécial examinerait alors s'ils peuvent être justifiés en vertu de l'Article XX, alinéa d ».

⁶²³ Thiébaud Flory, *op.cit.*, 54.

⁶²⁴ Les clauses introductives à l'article XX du AGTT de 1994 énoncent ce qui suit : « Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures ».

⁶²⁵ Pour plus d'informations, voir l'article XX du GATT de 1994.

⁶²⁶ Voir rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « US-Gasoline », pp. 22-24.

particulières énoncées à l'article XX (allant de l'alinéa (a) →(j)). Il considère en effet que la mesure mise en cause était aussi dans l'obligation de satisfaire à l'exigence imposée par les clauses introductives de l'article XX⁶²⁷.

Ce test a donc deux niveaux : une justification provisoire au titre de l'article XX et deuxièmement, une évaluation plus poussée de la mesure par rapport aux clauses introductives dudit article⁶²⁸. On conclut donc que pour qu'une mesure incompatible avec le GATT soit justifiée au regard de l'article XX, elle doit satisfaire en même temps aux conditions de l'une des exceptions allant de l'alinéa (a) → (j) du présent article et aux prescriptions des clauses introductives. Par conséquent, une analyse au titre de l'article XX porte d'abord sur la mesure elle-même et ensuite sur son application. Les clauses introductives de l'article XX concernent donc la manière dont une mesure est appliquée. Par exemple, lors de l'affaire « *Japan- Alcoholic Beverages* », l'organe d'appel a conclu que la conception et la structure de la mesure contestée pouvaient nous aider à déterminer si cette réglementation était appliquée d'une manière particulière⁶²⁹. Ces exceptions ont donc pour but de protéger certaines valeurs qui se rapportent à la conception de l'éthique propre de chaque État⁶³⁰.

Cet article permet aux Membres de l'OMC de prendre des mesures de protection nationale dans un certain nombre de domaines politiques définis les

⁶²⁷ L'organe d'appel en charge de l'affaire « *US-Gasoline (1996)* » a tenu au para. IV à la p. 22 de son rapport le constat suivant : « *pour que la protection de l'article XX puisse lui être étendue, la mesure en question doit non seulement relever de l'une ou l'autre des exceptions particulières - paragraphes (a) à (j) - énumérées à l'article XX, mais elle doit également satisfaire aux exigences imposées par les clauses liminaires de l'article XX. L'analyse est, en d'autres termes, à deux niveaux : premièrement, une justification provisoire en raison de la qualification de la mesure au titre de l'article XX, paragraphe g) ; deuxièmement, une évaluation plus approfondie de la même mesure au titre des clauses introductives de l'article XX* ».

⁶²⁸ Peter Van den Bossche / Werner Zdouc, *op.cit.*, p. 555.

⁶²⁹ Le groupe spécial en charge de l'affaire « *Japan- Alcoholic Beverages II* » a tenu le constat suivant: « *whether a measure is applied in a particular manner can most often be discerned from the design, the architecture, and the revealing structure of a measure* ». D'autres groupes spéciaux ont établi des conclusions allant dans ce sens. Pour plus de détails, voir le para. 5.302, p. 177 du rapport de l'organe d'appel de l'affaire « *EC- Seal products (2014)* ».

⁶³⁰ Thiébaud Flory, *op.cit.*, p. 55.

exemptant ainsi, sous réserve bien sûr de certaines conditions, des règles générales de cette organisation⁶³¹. Les États peuvent donc promulguer des lois qui sont susceptibles d'entrer en conflit avec certaines obligations de l'OMC⁶³².

Dans le cadre de notre étude, ce sont surtout les exceptions relatives à la santé qui nous intéressent. L'article XX (b) permet notamment aux États d'adopter des mesures nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes. Il a en ce sens une importance extrême du fait des enjeux actuels en matière de lutte mondiale contre le tabac. On traitera donc dans la prochaine partie des fondements textuels sur lesquels repose toute question ayant trait au tabac au sein du droit de l'OMC.

2. Les exceptions relatives à la protection de la santé

Le commerce international revêt actuellement une importance stratégique dans le fonctionnement de l'économie mondiale. Ce constat découle du fait qu'il porte sur un volume de transactions de plus en plus élevé⁶³³. Dès lors, plusieurs problèmes vont accompagner son expansion dont celui de la place de la santé au sein des échanges commerciaux. En effet, les différents acteurs juridiques régissant le commerce à l'échelle internationale ont une vision abstraite de la notion de marchandise. Pour eux, tout bien ou service circulant sur le marché contre un prix, relève des règles de la libre circulation⁶³⁴. La question que l'on doit alors se poser est de savoir si tous ces biens et services doivent être assujettis au même régime juridique ou non. Chaque produit a en effet ses propres caractéristiques et on ne peut traiter toutes les marchandises de la même manière⁶³⁵. On se doit par conséquent de déterminer si les États peuvent réglementer la commercialisation de certains produits jugés nocifs pour la santé humaine. L'OMS incombe certes, dans son préambule, aux États de prendre les mesures sanitaires nécessaires pour protéger la santé leurs po-

⁶³¹ Rüdiger Wolfrum et al, *WTO-Trade in Goods*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law / Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2011, p. 455.

⁶³² Renaud Witmeur et al, *L'exception de moralité publique dans le commerce international*, *Revue internationale de droit économique*, De Boeck supérieur Edition, 2012/3, p. 240.

⁶³³ Jacques Béguin / Michel Menjucq, *Droit du commerce international*, Deuxième Edition, Lexis Nexis, 2011, p. 1.

⁶³⁴ Clotilde Jourdain-Fortier, *op.cit.*, p. 279, p. 444.

⁶³⁵ M.-A Hermitte / C. Noiville, *Marrakech et Carthagène comme figures opposées du commerce international*, in *le commerce international des organismes génétiquement modifiés*, Direction de J. Bourrinet et S. Maljean-Dubois, CERIC, Université d'Aix-Marseille III, La Documentation française, Paris, août 2002, p. 399.

pulations⁶³⁶. Cependant, il n'est pas certain que ces derniers puissent assumer ce rôle dans le cadre de traités économiques multilatéraux⁶³⁷. Il serait alors déraisonnable que les gouvernements concluent des accords avec d'autres gouvernements, en vertu desquels et au nom de la libéralisation, ils exposent leurs populations à des facteurs extérieurs qui risquent d'affecter leur santé⁶³⁸. On risque en ce sens d'avoir un conflit entre d'une part, les politiques de santé publique de certains États et d'autre part, les règles du commerce international⁶³⁹.

On ne peut cependant pas réduire le commerce international aux seuls intérêts du libre-échange. Ce domaine peut avoir d'autres préoccupations d'ordre moral telles que la protection de la santé. L'OMC compte en effet au sein de ses différents accords plusieurs normes qui prennent en considération cette notion et d'autres valeurs non marchandes⁶⁴⁰. Néanmoins, ces normes ne confèrent aucun droit absolu. Elles sont, comme on le verra par la suite, soumises à des conditions. Elles peuvent en outre donner lieu à certaines limites à la libre circulation⁶⁴¹. C'est donc l'alinéa B de l'article XX du GATT qui traite en premier lieu de cette problématique. Les autres accords de l'OMC consacrent, eux aussi, un cadre légal à la protection de la santé.

2.1. Le GATT de 1994 et la protection de la santé

Comme énoncé précédemment, l'article XX du GATT de 1994 consacre, par le biais de son alinéa (b), une exception générale relative à la protection de la santé. Cette exception peut justifier certaines restrictions aux dispositions de l'OMC et donc aux règles du libre-échange. Néanmoins, ce droit légal de prendre des mesures sanitaires n'est pas absolu. En effet, toute partie qui l'invoque doit le prouver. Cet article ne traite donc pas du droit des Membres de l'OMC d'adopter des réglementations pour protéger leurs citoyens mais

⁶³⁶ Voir le préambule de la Constitution de l'OMS qui énonce ce qui suit : « *les gouvernements ont la responsabilité de la santé de leurs peuples ; ils ne peuvent y faire face qu'en prenant les mesures sanitaires et sociales appropriées* ».

⁶³⁷ Clotilde Jourdain-Fortier, *op.cit.*, p. 444.

⁶³⁸ George A. Bermann / Petros C. Mavroidis, *op.cit.*, p. 1.

⁶³⁹ *Ibid.*, pp. 1-2.

⁶⁴⁰ C'est l'article XX du GATT de 1994 qui consacre ces notions relatives aux valeurs non marchandes. Néanmoins, il ne fait que reprendre certaines exceptions énoncées dans d'anciens traités commerciaux. Pour plus de détails, voir David.P. Filder, *Trade and Health: the Global Spread of diseases and international Trade*, 1997, pp. 312-313.

⁶⁴¹ Laurence Boy et al, *op.cit.*, p. 472.

examine plutôt les mesures prises pour la mise en œuvre dudit droit⁶⁴². L'article XX du GATT de 1994 ne s'applique que s'il y a violation de l'une des obligations du traité. On se doit par conséquent d'analyser l'anatomie de cet article pour mieux examiner la portée de l'exception relative à la santé qu'il contient.

L'AGCS (l'accord général sur le commerce des services) a aussi consacré un cadre légal à la protection de la santé. Le présent accord permet aux Membres de l'OMC d'adopter des mesures nécessaires à la protection de la santé et ce, via son article XIV⁶⁴³. Il est donc susceptible de s'appliquer aux services associés aux produits du tabac tels que la distribution⁶⁴⁴.

On constate cependant que l'analyse de l'article XIV de l'AGCS est semblable à l'examen des exceptions énoncées au sein du GATT de 1994. Ces deux articles s'influencent mutuellement. En effet, l'organe d'appel renvoie souvent à la jurisprudence de l'OMC sur les exceptions générales de l'article XX du GATT de 1994 lorsqu'il interprète l'article XIV et vice versa⁶⁴⁵. En outre, c'est la nature même du tabac, en l'occurrence sa nocivité, et non sa distribution qui fait que ce produit est sujet à plusieurs débats juridiques au sein de l'OMC. Par conséquent, il n'est nul besoin d'analyser, avec minutie, l'article XIV du AGCS. Nous examinerons uniquement l'exception contenue au sein de l'article XX du GATT de 1994.

⁶⁴² L'organe d'appel dans l'affaire « US-Gasoline (1996) » a tenu le constat suivant : « Si les exceptions prévues à l'article XX peuvent être invoquées en tant que droit légal, le détenteur du droit ne doit pas les appliquer de façon à aller à l'encontre ou à faire fi des obligations légales résultant pour lui des règles de fond de l'accord général ».

⁶⁴³ L'article XIV de l'AGCS énonce les dispositions suivantes : « Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où des conditions similaires existent, soit une restriction déguisée au commerce des services, aucune disposition du présent accord, ne sera interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application par tout Membre de mesures : Nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ».

⁶⁴⁴ Tania Voon, *Flexibilities in WTO Law to Support Tobacco Control Regulation*, *American Journal of Law and Medicine*, Volume 39, 2013, p. 208.

⁶⁴⁵ Rapport de l'organe d'appel dans l'affaire « Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés », DS 332, paras. 142-143, p. 65.

2.1.1. Anatomie de l'article XX du GATT de 1994

Cet article contient deux parties distinctes. La première partie énumère des motifs et des conditions qui peuvent restreindre le commerce (alinéa A→J). Néanmoins, ils n'ont pas tous la même importance pratique. Les dispositions essentielles que l'on invoque le plus sont celles relatives à la protection de la santé (alinéa B) ou celles contenues dans l'alinéa g (qui renvoie indirectement à la protection de l'environnement)⁶⁴⁶.

La deuxième partie de l'article contient une disposition générale qui s'applique en plus de certains motifs spécifiques. L'article XIV de l'AGCS s'inspirera par la suite de ce modèle en permettant aux États de s'écarter de certaines obligations pour pouvoir protéger la santé⁶⁴⁷. D'autres accords de l'OMC vont à leur tour adopter des exceptions allant dans ce sens.

2.1.2. Les conditions d'application d'une mesure relative à la protection de la santé

L'article XX (b) du GATT de 1994 est susceptible de s'appliquer à de nombreuses mesures en relation avec la lutte antitabac, d'où la nécessité de l'étudier minutieusement. Il faut par conséquent analyser plusieurs conditions pour déterminer si un règlement antitabac satisfait les exigences de l'exception énumérée à l'article XX (b) du GATT.

Tout d'abord, on doit prouver que la mesure contestée entre dans le champ d'application de l'alinéa b (1)⁶⁴⁸. Il faut ensuite démontrer que cette mesure respecte les termes du préambule de l'article XX⁶⁴⁹. On a aussi établi une sorte de norme juridique à deux niveaux pour déterminer si une mesure est justifiée au regard des dispositions de l'article XX. Cette norme implique les conditions suivantes. Il faut en premier lieu, prouver que la mesure en question est destinée à protéger la vie ou la santé des personnes, animaux ou plantes. Le défendeur doit ensuite démontrer que cette mesure est nécessaire à la protection

⁶⁴⁶ Julian Chaisse, *Exploring the Confines of International Investment and Domestic Health Protections- Is a General Exceptions Clause a Forced Perspective*, *American Journal of Law and Medicine*, Volume 39, 2013, p. 345.

⁶⁴⁷ Pour plus de détails, voir l'article XIV du GATS.

⁶⁴⁸ Nathalie Ferraud-Ciandet, *op.cit.*, p. 163.

⁶⁴⁹ Tania Voon, *art.cit.*, p. 207.

de ces êtres vivants⁶⁵⁰. Ce test est une d'extrême importance car il déterminera si une mesure relative au tabac satisfait ou non aux exigences de l'article XX (b) du GATT de 1994.

La première étape n'a pas donné lieu à des problèmes d'interprétation et on peut donc facilement l'analyser⁶⁵¹. A des fins de détermination de l'objectif de la politique poursuivie par une mesure, il faut examiner sa conception et sa structure. Le groupe d'appel a fait en ce sens preuve d'une grande retenue en acceptant que l'objectif d'une mesure soit la protection de la santé. Ce large épouvantail de mesures peut contenir des législations visant, entre autres, à réduire le tabagisme ou la pollution⁶⁵². Nous verrons plus loin dans ce travail comment les mesures antitabac ont été analysées sous l'angle de cet article. Cette approche relative à la protection de la santé a été confirmée par le groupe spécial en charge de l'affaire « Brésil- Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés ». Ce groupe a en effet, accepté les arguments du Brésil concernant les effets nocifs de l'accumulation des pneus usagés (risque de maladies transmissibles par les moustiques telles que la fièvre jaune)⁶⁵³.

La deuxième partie de ce test vise, comme énoncé précédemment, à prouver que la mesure est réellement nécessaire à la protection de la santé des personnes ou des animaux. Plusieurs affaires analysées par les groupes spéciaux de l'OMC nous ont permis d'étudier, avec précision, la portée de ce critère qui est essentiel lorsqu'un État souhaite invoquer cette exception relative à la protection de la santé. Ce critère incombe au défendeur de prouver que le produit présente des risques pour la santé. Il doit en ce sens présenter une liste de preuves scientifiques pour étayer sa décision⁶⁵⁴. Différents groupes spéciaux ont reconnu qu'une mesure dont le but était de réduire la consommation d'un produit nocif pour la santé pouvait remplir les conditions relatives à la protection de la santé et ce, telles qu'elles sont énoncées au sein de l'article XX (b)⁶⁵⁵.

⁶⁵⁰ Peter Van den Bossche / Werner Zdouc, *op.cit.*, p. 554, p. 557.

⁶⁵¹ Sur ce point, voir les paras. 5.68, -5.70 et 5.76-5.77 du rapport de l'organe d'appel en charge de l'affaire « Colombie- Mesures visant les importations de textiles, vêtements et chaussures ». L'objectif de la mesure contestée a été analysé dans ce litige à l'aune de l'article XX(b) du GATT de 1994.

⁶⁵² Plusieurs groupes spéciaux ont donné gain de cause à des États ayant adopté des mesures visant à lutter contre le tabagisme ou la pollution. Voir en ce sens « États-Unis - Cigarettes aux clous de girofle » et « Us-Gasoline »

⁶⁵³ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « Brésil- Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés », DS 332, paras.7.53, 7.84, p. 176, p. 188.

⁶⁵⁴ Nathalie Ferraud-Ciandet, *op.cit.*, p. 163.

⁶⁵⁵ Voir « Japan- Alcoholic Beverages II », DS 8.

On peut citer à titre d'exemple l'affaire « *Communautés européennes-Amiante* ». Ce litige traite d'une mesure adoptée par la France et dont le but est de réduire à zéro le niveau de risque pour la santé⁶⁵⁶. L'organe d'appel a conclu que cette réglementation aspirait à protéger la santé du fait de son objectif en matière de suppression et de réduction des risques sanitaires que pouvaient présenter les fibres d'amiante. En outre, cet organe a constaté que le défendeur voulait mettre à l'abri sa population contre les dangers de cette matière⁶⁵⁷. Les États qui veulent donc remplir les conditions du premier critère doivent baser leurs mesures sanitaires sur une base scientifique provenant de sources fiables. Le terme « *nécessaire* » a donné lieu à une série d'interprétations qui s'étend de 1947 jusqu'à nos jours⁶⁵⁸.

Un autre élément ressort de ces différentes analyses : il s'agit de l'absence d'alternative raisonnablement disponible. On incombe donc à l'État mis en cause de choisir parmi les mesures dont il dispose raisonnablement, celle qui restreint le moins les échanges⁶⁵⁹.

On conclut qu'une mesure ne devient nécessaire au sens de l'article XX (b) que si aucune autre mesure compatible ou moins incompatible (celle qui comprend le plus petit degré d'incompatibilité avec les autres dispositions du GATT de 1994) avec le traité ne pouvait être modérément utilisée pour parvenir à l'objectif de protection de la santé publique⁶⁶⁰. On analysera avec plus de détails ce critère lors de notre examen du litige « *Thaïlande-Cigarettes* ». C'est au cours de l'affaire « *Brésil- Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés* » que l'on a appliqué pour la première fois cette approche⁶⁶¹. L'organe d'appel a en effet résumé comment l'exigence de la nécessité au titre de l'article XX devait être appliquée et interprétée et ce, au regard des nouvelles évolutions du droit de l'OMC⁶⁶². Les groupes spéciaux doivent donc, dans le cadre de leurs analyses, prendre en considération plusieurs facteurs. Leur raisonnement va comporter 3 étapes :

⁶⁵⁶ Voir rapport de l'organe d'appel dans l'affaire « *Communautés européenne-Amiante* », DS 135, 2001.

⁶⁵⁷ Rapport de l'organe d'appel dans l'affaire « *Communautés européennes-Amiante* », paras 155, 156, 157, 168, pp. 64-65, p. 69.

⁶⁵⁸ Cf. *supra*, note 654.

⁶⁵⁹ Nathalie Ferraud-Ciandet, *op.cit.*, p. 164.

⁶⁶⁰ Clotilde Jourdain-Fortier, *op.cit.*, p. 518.

⁶⁶¹ Peter Van den Bossche / Werner Zdouc, *op.cit.*, p. 559

⁶⁶² Rapport de l'organe d'appel dans l'affaire « *Brésil- Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés* », DS 332, para. 178, p. 82.

- l'importance de l'intérêt ou des valeurs qui sont en jeu,
- l'étendue de la contribution à la réalisation de l'objectif en matière de protection de la santé (efficacité de la mesure) et
- le degré des effets restrictifs de la mesure⁶⁶³. Ce sont donc ces deux critères (que l'on a énoncés au début de cette partie) qui vont nous permettre de déterminer si une mesure satisfait ou non les exigences de l'exception mentionnée à l'article XX(b).

2.1.3. Les limites de l'exception relative à la santé

Si, via l'article XX du GATT de 1994, l'OMC permet aux États de prendre des mesures qui restreignent les échanges, elle impose en même temps des conditions qui limitent leur utilisation abusive. En effet, une mesure ne doit pas constituer, selon cet article, un moyen de discrimination arbitraire entre les pays où les mêmes conditions existent⁶⁶⁴. En outre, les produits doivent être similaires⁶⁶⁵. La mesure ne doit pas aussi être une restriction déguisée au commerce⁶⁶⁶. On peut ainsi invoquer ces exceptions en tant que droit légal mais pas pour échapper à certaines obligations de l'OMC. Les États doivent donc prendre en considération les conditions qui existent dans les pays importateurs et exportateurs⁶⁶⁷. Les Membres de l'OMC sont notamment dans l'obligation d'accorder l'accès à leur marché dans toutes les situations où un risque semblable à celui qui se trouve sur leur territoire existe⁶⁶⁸.

Le respect du principe de non-discrimination sera aussi pris en compte lors de notre analyse des limites imposées aux exceptions de l'OMC. Pour qu'une discrimination soit justifiée, il faut qu'il y ait au préalable une série de négociations avec le pays concerné⁶⁶⁹. On peut citer, à titre d'exemple, l'approche de l'organe d'appel de l'affaire « *Etats-Unis – Crevettes* ». Cet organe a qualifié, lors de son analyse du caractère discriminatoire de la mesure contestée, la décision prise par les autorités américaines d'interdire les crevettes provenant de

⁶⁶³ *Ibid.*

⁶⁶⁴ Voir l'article XX du GATT de 1994.

⁶⁶⁵ Nathalie Ferraud-Ciandet, *op.cit.*, pp. 165-166.

⁶⁶⁶ Cf. *supra*, note 664.

⁶⁶⁷ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *Argentine-Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de cuirs finis* », DS 155, septembre 2000.

⁶⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁶⁹ Rapport de l'organe d'appel dans l'affaire « *Etats-Unis – Crevettes* », DS 58, paras. 161-163, pp. 68-69

pays où la pêche menaçait la vie des tortues marines de discrimination injustifiable⁶⁷⁰. En effet, les États-Unis ont manqué à leur devoir de coopération avec les autres pays concernés et la mesure adoptée était donc unilatérale. Cet État aurait dû entamer avec son vis-à-vis des négociations sérieuses pour arriver à un accord multilatéral⁶⁷¹. Ce devoir de coopération puise ses sources dans la volonté exprimée par les Membres de l'OMC de privilégier l'approche multilatérale dans le cadre des négociations des accords internationaux⁶⁷².

Une mesure discriminatoire peut aussi se caractériser par sa rigidité et l'imprévisibilité des procédures qui l'accompagnent⁶⁷³. C'est l'organe d'appel de l'affaire « États-Unis – Crevettes », qui arriva à cette conclusion. Cet organe a estimé que le manque de flexibilité de la mesure américaine constituait une discrimination arbitraire⁶⁷⁴. Concernant l'interdiction énoncée à l'article XX et relative à la prohibition de toute restriction déguisée, il faut que le principal objectif de la mesure soit la restriction des échanges pour qu'un État enfreigne cette règle. Les groupes spéciaux vont donc essayer de déterminer si l'application de la mesure vise en premier lieu à protéger le marché national ou non. En effet, certaines mesures de santé publique dissimulent des desseins protectionnistes⁶⁷⁵. Pour qu'une mesure constitue une restriction déguisée au commerce, il faut considérer la conception ainsi que les principes de base de la structure de ladite mesure. On peut citer, à titre d'exemple, une affaire que l'on a mentionnée précédemment « *Communautés Européennes – Amiante* ».

⁶⁷⁰ *Ibid.*

⁶⁷¹ *Ibid.*

⁶⁷² *Ibid.*, para. 161, p. 68.

⁶⁷³ Nathalie Ferraud-Ciandet, *op.cit.*, 167.

⁶⁷⁴ Rapport de l'organe d'appel dans l'affaire « États-Unis – Crevettes », paras. 162-163, pp. 68-69. L'organe d'appel estime en ce sens que les États-Unis ont établi des critères stricts et rigides quant à l'application de l'article 609 de la Loi générale des États-Unis n° 101-162.

⁶⁷⁵ Clotilde Jourdain-Fortier, *op.cit.*, p. 526.

Le groupe spécial en charge de cette affaire a conclu qu'aucun élément dans la décision d'interdire l'amiante laissait à penser que le défendeur (la France en l'espèce) essayait de restreindre le commerce⁶⁷⁶.

Dans le cadre de leur analyse, les groupes spéciaux peuvent exiger une preuve scientifique concernant toute mesure sanitaire. En effet, les États sont dans l'obligation de démontrer que leur mesure protège contre un danger qui menace réellement la santé des personnes⁶⁷⁷. Si les éléments présentés ne permettent pas de formuler des conclusions probantes, le groupe spécial a le droit de solliciter par exemple des avis techniques. Il peut en ce sens consulter des experts pour savoir quels seront les conséquences de telles substances sur la santé⁶⁷⁸. Les juges de l'OMC disposent aussi d'une totale liberté d'action pour avoir les renseignements nécessaires⁶⁷⁹.

On conclut donc que bien que l'OMC reconnaisse aux États le droit de prendre des mesures pour protéger la santé, force est de constater que l'exercice dudit droit est soumis à des conditions qui ont pour but de protéger les intérêts du commerce international⁶⁸⁰. L'enjeu est donc de trouver un équilibre entre d'une part, le commerce et d'autre part, la santé. Les autres accords de cette organisation tels que l'AOTC ou plus encore l'accord sur l'application des me-

⁶⁷⁶ Le groupe spécial en charge de l'affaire « Communautés Européennes – Amiante », a tenu au para. 8.239, p. 501 de son rapport le constat suivant : « Certes, il est impossible d'exclure que des mesures comme celle contenues dans le Décret puissent avoir pour effet de favoriser l'industrie nationale des produits de substitution. Un tel effet est la conséquence naturelle de l'interdiction d'un produit donné et ne saurait suffire en soi à conclure que la mesure a un objectif protectionniste, tant qu'il ne dépasse pas certaines proportions. Or, les informations mises à la disposition du Groupe spécial ne permettent pas de juger que l'interdiction d'importation a bénéficié à l'industrie française des fibres de substitution par rapport aux productions des pays tiers de manière telle que l'on devrait conclure que le Décret a été appliqué de façon à constituer une restriction déguisée au commerce international ».

⁶⁷⁷ Voir le rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « Thaïlande-restriction à l'importation de cigarettes », novembre 1990.

⁶⁷⁸ L'article 13 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends énonce les dispositions suivantes : « Chaque groupe spécial aura le droit de demander à toute personne ou à tout organisme qu'il jugera approprié des renseignements et des avis techniques ».

⁶⁷⁹ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire : « Argentine-Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles », DS 56, para. 84, p. 35. Ce groupe a tenu le constat suivant : « Il s'agit là d'un pouvoir discrétionnaire : un groupe spécial n'est pas tenu, en vertu de cette disposition, de demander des renseignements dans chaque cas ni de consulter des experts individuels ».

⁶⁸⁰ Clotilde Jourdain-Fortier, *op.cit.*, p. 527.

sures sanitaires et phytosanitaires, (ASPS) vont, à leur tour, s'attarder sur la problématique relative aux objectifs sanitaires des États. Leur approche peut être très pertinente dans le cadre de notre étude de la lutte antitabac.

2.2. L'AOTC et la protection de la santé

L'AOTC s'est, à l'instar des autres accords qui régissent les activités de l'OMC, attardé sur les principales problématiques relatives à la protection de la santé. Cet intérêt découle des principaux objectifs énoncés par cet accord. Parmi ces objectifs, on peut mentionner ceux qui se rapportent au fait que les règlements techniques ne créent pas d'obstacles inutiles au commerce et ne soient pas discriminatoires. L'AOTC reconnaît en même temps à ses membres le droit d'adopter des mesures qui permettent de remplir certains objectifs légitimes en relation notamment avec la protection de la santé⁶⁸¹. Cet accord peut donc s'avérer très pertinent dans le cadre de notre étude des différentes dispositions prises par les États pour réguler le commerce du tabac. En effet, et comme on le verra plus loin dans ce travail, les exigences réglementaires en matière d'emballages et de mises en garde sanitaires peuvent tomber sous le coup de cet accord. Il sera alors reconnu aux États le droit de poursuivre certains buts légitimes et ce, tout en essayant de faciliter les échanges à l'échelle internationale⁶⁸².

C'est en général l'article 2 de l'AOTC (en particulier les articles 2.1 et 2.2) qui nous intéresse le plus dans le cadre de notre étude. Cet article traite de l'élaboration, l'adoption et l'application des règlements techniques. On examinera donc en premier lieu des objectifs réglementaires au regard de l'article 2.1 du présent accord puis on analysera les objectifs légitimes au titre de l'article 2.2⁶⁸³.

⁶⁸¹ Voir l'article 2.2 de l'AOTC.

⁶⁸² Organisation mondiale du commerce, *Les obstacles techniques au commerce*, <https://www.wto.org/french/tratop_f/tbt_f/tbt_f.htm> (Dernière consultation : le 04/06/2019).

⁶⁸³ Voir « *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* », DS 435 et également, « *États-Unis - Cigarettes aux clous de girofle* », DS 406.

2.2.1. Les objectifs réglementaires au sens de l'article 2.1 AOTC

L'article 2.1 de l'AOTC émet au sein de ses dispositions une obligation relative à la notion de traitement national, semblable à celle qui est contenue dans l'article III du GATT de 1994. Il contient aussi des exigences relatives au principe de la nation la plus favorisée, similaires à celles qui sont mentionnées par l'article I du GATT de 1994⁶⁸⁴.

On remarque tout d'abord que cette exigence nous renvoie, comme pour le GATT de 1994, à la condition de similarité des produits. Plusieurs théories ont en ce sens été élaborées par les différents groupes spéciaux et organes d'appel pour déterminer le sens exact de la notion de « *produits similaires* ». On peut citer, à titre d'exemple, l'approche du groupe spécial en charge de l'affaire « *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* ». Ce groupe avait conclu lors de ce litige que l'objectif réglementaire de la mesure était essentiel pour déterminer si les produits étaient similaires ou non⁶⁸⁵. L'organe d'appel de cette affaire a eu une approche différente. Il a réfuté la thèse relative au rôle central que pouvait jouer l'objectif réglementaire d'une mesure dans le cadre du test de similarité⁶⁸⁶. En effet, cet organe a souligné que c'était la nature et l'étendue du rapport concurrentiel entre les produits en question qui déterminaient le sens exact de la notion de « *produits similaires* »⁶⁸⁷. Néanmoins, l'approche fondée sur l'objectif réglementaire d'une mesure peut aussi être pertinente. Cette méthode a été, en dépit de sa démarche basée sur le rapport

⁶⁸⁴ L'article 2.1 de l'AOTC énonce les dispositions suivantes : « *les Membres feront en sorte que les règlements techniques relatifs aux produits importés ne subissent pas de traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires d'origine nationale ou originaires de tout autre pays* ».

⁶⁸⁵ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* », DS 406, para.122, p. 53.

⁶⁸⁶ L'organe d'appel dans l'affaire « *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* » a tenu dans son para. 122 de la p. 53 le constat suivant : « *Compte tenu de ce qui précède, nous ne partageons pas l'avis du Groupe spécial selon lequel le texte et le contexte de l'Accord OTC étaient une interprétation du concept de < similarité > employé à l'article 2.1 de l'Accord OTC principalement axée sur les objectifs et buts légitimes du règlement technique, plutôt que sur le rapport de concurrence entre et parmi les produits* ».

⁶⁸⁷ L'organe d'appel dans l'affaire « *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* » a tenu dans son para. 120 de la p. 56 le constat suivant : « *À la lumière de ce contexte et de l'objet et du but de l'Accord OTC, tels qu'ils sont exprimés dans son préambule, nous estimons que la détermination de la similarité dans le cadre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, comme dans celui de l'article III : 4 du GATT de 1994, est une détermination concernant la nature et l'importance d'un rapport de concurrence entre et parmi les produits en cause* ».

concurrentiel, avancée par l'organe d'appel en charge de l'affaire « États-Unis-Cigarettes aux clous de girofle ». Ladite méthode s'est, entre autres, basée sur un raisonnement qui suggérait que les États avaient le droit de poursuivre des objectifs légitimes dans le cadre de leur règlement technique et ce, tout en étant en conformité avec les dispositions de l'AOTC⁶⁸⁸. L'Organe d'appel s'est fondé, lors de son analyse, sur l'équilibre établi dans le préambule de l'AOTC, entre d'une part, le désire d'éviter de créer des obstacles inutiles au commerce international et, d'autre part, la reconnaissance du droit des membres à régler. Il a comparé cet « équilibre » à celui établi dans le GATT de 1994, où l'on remarque que des obligations telles que le traitement national (article III) sont nuancées⁶⁸⁹. L'organe d'appel a donc affirmé que cette pesée des intérêts constituait l'objet et le but de l'accord AOTC. Néanmoins, certains juges de l'OMC auront des approches plus nuancées dans le cadre de leurs études de cette disposition relative au traitement national. Cette pesée des intérêts sera, comme on le verra plus loin dans ce travail, au cœur de l'analyse des juges de l'OMC au cours de litiges portant sur le tabac. Cet article nous sera donc très pertinent lors de notre examen de l'encadrement du tabac par l'OMC.

2.2.2. Analyse de l'article 2.2 AOTC

Cette partie sera consacrée à l'étude de l'article 2.2. En premier lieu, on remarque que cet article admet des entraves au commerce dans le cas où l'État aspire à réaliser des objectifs légitimes⁶⁹⁰. Ces objectifs comprennent, entre autres, la protection de la santé⁶⁹¹.

⁶⁸⁸ L'organe d'appel de l'affaire « États-Unis - Cigarettes aux clous de girofle » a tenu dans son para. 95 de la p. 47 le constat suivant : « Ainsi, à ce que nous croyons comprendre, le sixième considérant donne à penser que les Membres ont le droit d'utiliser les règlements techniques dans la quête de leurs objectifs légitimes, pourvu qu'ils le fassent d'une manière impartiale et d'une manière qui soit par ailleurs conforme aux dispositions de l'Accord OTC ».

⁶⁸⁹ L'organe d'appel de l'affaire : « États-Unis- Cigarettes aux clous de girofle » a tenu au para. 96 de la p. 47 de son rapport le constat suivant : « L'équilibre établi dans le préambule de l'Accord OTC entre, d'une part, le désir d'éviter de créer des obstacles non nécessaires au commerce international et, d'autre part, la reconnaissance du droit des Membres de régler n'est pas, en principe, différent de l'équilibre établi dans le GATT de 1994, où des obligations comme le traitement national visé à l'article III sont nuancées par la disposition de l'article XX concernant les exceptions générales ».

⁶⁹⁰ Pour plus de détails, voir l'article 2.2 de l'accord sur les obstacles techniques au commerce.

⁶⁹¹ *Ibid.*

Cet article, contrairement à l'article XX du GATT de 1994, n'énumère pas des exceptions. En effet, l'article 2.1 est une sorte de clause de non-discrimination autonome de l'article 2.2⁶⁹². On peut donc violer l'article 2.1 de l'AOTC sans pour autant enfreindre les dispositions de l'article 2.2⁶⁹³. Ce constat sera, comme on le verra par la suite, tenu par le groupe spécial en charge de l'affaire « États-Unis-Cigarettes aux clous de girofle ».

L'article 2.2 s'applique à toutes les réglementations techniques et normes d'évaluation de la conformité. On verra plus loin dans ce travail comment ces dispositions traitent des contentieux relatifs aux emballages neutres. On peut donc, dans le sillage de l'article 2.2, restreindre les échanges si jamais un produit donné constitue un danger potentiel pour la santé⁶⁹⁴. Les dispositions de cet article peuvent être invoquées dans le cas où les normes internationales sont inefficaces et ne permettent pas d'atteindre l'objectif relatif à la santé publique. Un test de cohérence à quatre niveaux a été donc instauré et ce, dans l'optique de déterminer si un règlement technique satisfait ou non aux conditions découlant de l'exception relative à la protection de la santé⁶⁹⁵. Ce test nous rappelle un peu celui établi par la jurisprudence du GATT de 1994.

On se doit donc de répondre à quatre questions pour déterminer si une mesure est compatible ou non avec les dispositions de l'article 2.2. La mesure contestée doit tout d'abord être un règlement technique au sens de l'annexe 1.1 de l'AOTC. Ensuite, un examen du caractère restrictif d'une mesure et de ses répercussions sur les échanges doit être effectué. Puis, il faut prouver que la mesure analysée remplit un objectif légitime. Enfin, la mesure ne doit pas être plus restrictive que nécessaire au commerce⁶⁹⁶.

⁶⁹² Ce constat fut tenu par Benn McGrady et Alexandra Jones dans leur article « *Tobacco Control and Beyond : The Broader Implications of United States-Clove Cigarettes for Non-Communicable Diseases* ». Ils énoncent à la p. 282 la conclusion suivante : « *In particular, the status of Article 2.2 as a freestanding obligation, and differences in relevant burden of proof may have important implications for legal analysis* ».

⁶⁹³ L'Organe d'appel de l'affaire « US-Tuna II(Mexico) » a estimé que les dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* étaient incompatibles avec l'article 2.1 tout en infirmant la décision du groupe spécial concernant l'incompatibilité de la mesure contestée avec l'article 2.2 de l'AOTC.

⁶⁹⁴ Nathalie Ferraud-Ciandet, *op.cit.*, p. 176.

⁶⁹⁵ Peter Van den Bossche / Werner Zdouc, *op.cit.*, p. 913.

⁶⁹⁶ *Ibid.*

La première étape de ce test sera analysée au regard des dispositions de l'AOTC. Un règlement technique, au sens de l'annexe 1 de l'AOTC, est un document qui énonce les caractéristiques d'un produit ou qui prévoit des règles d'utilisations communes et répétées. Il peut aussi traiter en partie ou en totalité de symboles ou prescriptions en matière d'emballages⁶⁹⁷. Une mesure doit donc satisfaire à ces conditions pour passer le premier test.

Quant au deuxième élément du test relatif à la nature restrictive de la mesure, c'est l'organe d'appel de l'affaire « US-Tuna II » qui l'a défini. Un commerce restrictif, au sens du raisonnement de cet organe, est celui qui a un effet limitatif sur les échanges⁶⁹⁸. L'analyse de cet élément (restriction du commerce) va se baser sur deux procédés. Le premier de ces procédés consiste à considérer que toute réglementation technique est *de facto* restrictive. L'AOTC va alors traiter de la prolifération de l'utilisation de réglementations techniques comme obstacle au commerce⁶⁹⁹. En effet, cet accord n'a pas, contrairement au GATT, pour principal objectif d'empêcher l'adoption de mesures protectionnistes. Il aspire aussi à réduire les obstacles au commerce en encourageant notamment l'harmonisation des règlements techniques⁷⁰⁰. L'AOTC souligne dans son préambule que la conformité en matière de règlement technique facilite le commerce international⁷⁰¹. Compte tenu de cette orientation, tout règlement technique peut être considéré comme étant restrictif⁷⁰². Le deuxième procédé considère que la restriction du commerce est un élément distinct de l'article 2.2 et que toute restriction n'est pas forcément incompatible avec les dispositions dudit article. En effet, lors de l'affaire « EC-Sardines », le groupe spécial n'a pas examiné la légalité de la mesure mais a néanmoins mentionné

⁶⁹⁷ Thiébaud Flory, *op. cit.*, p. 83.

⁶⁹⁸ Rapport de de l'organe d'appel dans l'affaire « US-Tuna II(Mexico) », DS 381, para. 319, p. 143.

⁶⁹⁹ Benn Mc Grady, *op.cit* 203.

⁷⁰⁰ *Ibid.*

⁷⁰¹ Voir le préambule de l'AOTC.

⁷⁰² Benn Mc Grady, *op.cit.*, p. 204.

qu'il s'agissait d'une mesure restrictive⁷⁰³. Le groupe d'appel en a déduit que toutes les réglementations techniques n'étaient pas forcément restrictives. On peut donc conclure que les degrés de restriction diffèrent d'un règlement à l'autre⁷⁰⁴. De plus, le caractère restrictif d'une mesure ne la rend pas automatiquement incompatible avec l'article 2.2. Ce constat se fonde sur la première phrase de cet article qui fait référence à des obstacles non nécessaires au commerce. Cette référence implique donc qu'une certaine restriction est autorisée⁷⁰⁵.

Le 3^{ème} élément de ce test traite des objectifs légitimes. On fait notamment mention dans l'article 2.2 des objectifs en relation avec la protection de la santé ou la sécurité⁷⁰⁶. Plusieurs questions intermédiaires se posent dans le cadre de notre analyse de cette étape du test. On doit en premier lieu définir, avec précision, l'objectif poursuivi par la mesure en question. Il faut ensuite se poser la question de savoir quels sont les objectifs légitimes au sens de l'article 2.2⁷⁰⁷. On est aussi dans l'obligation déterminer quand est-ce qu'un règlement technique remplit un objectif légitime et surtout dans quelle mesure il réalise l'objectif légitime poursuivi⁷⁰⁸. Pour déterminer l'objectif d'une mesure, l'organe d'appel de l'affaire « US-Tuna II » préconise que l'on prenne en compte l'historique ainsi que d'autres éléments de preuve tels que la structure ou le fonc-

⁷⁰³ Le groupe spécial en charge de l'affaire « Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines » a tenu au para. 6.11 de la p. 58 de son rapport le constat suivant : « Les Communautés européennes ont fait valoir que nous avons appliqué le principe d'économie jurisprudentielle à la question de savoir si la mesure en cause était restrictive pour le commerce et que nous devrions donc < nous abstenir de qualifier gratuitement la mesure des CE de < restrictive pour le commerce > ». Nous avons utilisé l'expression < restrictive pour le commerce > dans le raisonnement juridique pour indiquer que, si les Membres pouvaient engendrer des attentes chez les consommateurs puis justifier la mesure restrictive pour le commerce, nous cautionnerions la possibilité d'établir des obstacles réglementaires au commerce qui s'autojustifient ».

⁷⁰⁴ Cf. *supra*, note 702.

⁷⁰⁵ Peter Van den Bossche / Werner Zdouc, *op.cit.*, p. 913.

⁷⁰⁶ L'article 2.2 de l'AOTC énonce les objectifs légitimes 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 ».

⁷⁰⁷ Peter Van den Bossche / Werner Zdouc, *op.cit.*, p. 914.

⁷⁰⁸ *Ibid.*

tionnement de ladite mesure pour se prononcer sur cette caractéristique⁷⁰⁹. Concernant la notion d'objectif légitime, l'organe d'appel de l'affaire susmentionnée assimile cette notion à un but ou une cible légalement justifiable⁷¹⁰. L'article 2.2 énumère des exemples précis d'objectifs légitimes tels que la sécurité nationale ou plus encore la protection de la santé. Cette liste n'est cependant pas exhaustive. Elle peut aussi inclure d'autres objectifs comme ceux se rapportant à la fourniture d'informations aux consommateurs⁷¹¹. En ce qui concerne la troisième question intermédiaire (quand est-ce qu'une mesure réalise un objectif légitime), l'organe d'appel a essayé de définir avec exactitude le sens du mot « réaliser ». Il estime que ce mot est utilisé dans l'article 2.2 pour remplir un objectif légitime et qu'il est donc inhérent à cette notion⁷¹². Cet organe a donc décidé que la question de savoir si une mesure satisfaisait ou non à un objectif portait sur le degré de contribution de ladite mesure à la réalisation de l'objectif légitime⁷¹³. On doit alors déterminer dans quelle mesure un règlement technique contribue à l'accomplissement d'un objectif légitime. Quant à la dernière question intermédiaire, l'organe d'appel de l'affaire « US-

⁷⁰⁹ L'organe d'appel de l'affaire « US- Tuna II(Mexico) » a tenu au para. 314 de la p. 141 le constat suivant : « En conséquence, pour rendre une décision concernant une allégation au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, un groupe spécial doit évaluer ce qu'un Membre cherche à accomplir au moyen d'un règlement technique. Ce faisant, il peut prendre en compte les textes des lois, l'historique de l'élaboration des lois et d'autres éléments de preuve concernant la structure et le fonctionnement de la mesure ».

⁷¹⁰ Rapport de l'organe d'appel dans l'affaire « US- Tuna II(Mexico) », DS 381, para. 313, p. 141.

⁷¹¹ L'organe d'appel dans l'affaire « US-COOL » a tenu dans le para. 445, p. 218 de son rapport le constat suivant : « Nous faisons observer, à cet égard, que la fourniture aux consommateurs de renseignements sur l'origine a un certain rapport avec l'objectif consistant à prévenir les pratiques de nature à induire en erreur figurant à la fois à l'article 2.2 lui-même et à l'article XX d) du GATT de 1994, dans la mesure où les consommateurs pourraient être induits en erreur en ce qui concerne l'origine des produits si l'étiquetage est inexact ou trompeur ».

⁷¹² L'Organe d'appel dans l'affaire « US-Tuna II(Mexico) » a tenu dans son para. 315, pp. 141-142 le constat suivant : « Nous examinons ensuite le sens du terme < réaliser > dans le contexte du membre de phrase < réaliser un objectif légitime > figurant à l'article 2.2 de l'Accord OTC. Nous notons tout d'abord que le mot < fulfil > (réaliser) est défini comme signifiant < provide fully with what is wished for > (fournir intégralement ce qui est souhaité).⁶³⁹ Il apparaît que, lu isolément, le terme < réaliser > décrit l'accomplissement total de quelque chose. Cependant, à l'article 2.2, il est utilisé dans le membre de phrase < pour réaliser un objectif légitime > et, comme cela a été indiqué plus haut, le terme < objectif > désigne < une cible, un but ou une visée >. Selon nous, la notion < d'objectif > inclut intrinsèquement la possibilité que ce < but ou [cette] visée > soit quelque chose qui est recherché et accompli à un degré plus ou moins élevé ».

⁷¹³ Rapport de l'organe d'appel dans l'affaire « US-Tuna II(Mexico) », DS 381, para. 315, p. 141.

Tuna II » a noté que le degré d'accomplissement de l'objectif poursuivi, c'est à dire le degré de contribution à la réalisation de l'objectif, pouvait être déduit de la conception, de la structure et du fonctionnement du règlement technique⁷¹⁴.

En ce qui concerne l'examen du 4^{ème} élément de cette démarche (la mesure en question n'est pas plus restrictive que nécessaire), il sera plus ou moins similaire au test de nécessité mis en place dans le cadre de l'analyse de l'article XX du GATT⁷¹⁵. Cependant, et comme énoncé précédemment, l'article 2.2 AOTC impose une obligation positive et n'énonce pas des exceptions. Ce point nous sera d'une grande importance lorsque l'on analysera les différentes mesures relatives au tabac sous l'angle de l'article 2.2. L'organe d'appel de l'affaire « US-Tuna II » a mis en place quatre critères dans le cadre de son test de nécessité. Il estime en effet qu'il faut examiner les questions suivantes : le degré de contribution de la mesure pour réaliser l'objectif en cause, le caractère restrictif de la mesure pour le commerce et la gravité des conséquences qui découleraient du non-respect de l'objectif poursuivi par le membre au moyen de la mesure⁷¹⁶. En outre, l'organe d'appel considère qu'une comparaison des réglementations contestées et des mesures de rechange possibles doit être entreprise pour déterminer si une réglementation technique est plus restrictive pour le commerce que nécessaire⁷¹⁷. Il sera alors amené à analyser le degré de restriction de la mesure de remplacement proposée par rapport au règlement technique mis en cause⁷¹⁸. De plus, il faut que la mesure de rechange apporte une contribution équivalente à la réalisation de l'objectif légitime⁷¹⁹. Cette me-

⁷¹⁴ Ibid, para. 317, p. 142.

⁷¹⁵ Benn Mc Grady, *op.cit.*, p. 206.

⁷¹⁶ Rapport de l'organe d'appel dans l'affaire « US-Tuna II (Mexico) », DS 381, para. 322, p. 144.

⁷¹⁷ Ibid.

⁷¹⁸ Ibid.

⁷¹⁹ L'organe d'appel de l'affaire « US-Tuna II (Mexico) », a tenu le constat suivant : « En particulier, il peut être pertinent aux fins de cette comparaison d'examiner si la mesure de rechange proposée est moins restrictive pour le commerce, si elle apporterait une contribution équivalente à l'objectif légitime pertinent ». Sur ce point, certains groupe spéciaux et autres organes d'appel vont analyser le degré de contribution de la mesure de rechange à l'objectif légitime par rapport à l'apport de la réglementation contestée. L'organe d'appel de l'affaire « US-COOL (Article 21.5-Canada and Mexico (2015)) » a tenu au para. 5.215, p. 128 de son rapport la conclusion suivante : « Nous ne considérons pas qu'un plaignant doive démontrer que la mesure alternative qu'il propose atteint un degré de contribution identique à celui atteint par la règle technique contestée pour qu'il soit considéré comme atteignant un degré équivalent ».

sure doit aussi être raisonnablement disponible⁷²⁰. Concernant l'exigence relative à la contribution équivalente, l'organe d'appel de l'affaire «US-Cool » juge que cette condition n'oblige en rien le plaignant à démontrer la capacité de sa mesure de rechange à avoir un niveau de contribution identique à celui atteint par la mesure mise en cause. Selon cet organe, il existe une marge d'appréciation pour évaluer si une mesure alternative proposée permet d'atteindre un degré de contribution équivalent⁷²¹. La condition relative à la disponibilité raisonnable de la mesure de rechange a été analysée par l'organe d'appel de l'affaire « US-Tuna II ». Cet organe estime qu'une possibilité raisonnable se rapporte aux mesures de rechange proposées, qui servent d'outils conceptuels pour aider à évaluer si une réglementation technique est plus restrictive pour le commerce que nécessaire⁷²². Ce point a aussi été examiné à l'aune de l'article XX GATT de 1994. L'organe d'appel, de l'affaire susmentionnée, considère en ce sens que la disponibilité d'une mesure peut aussi dépendre des coûts et des difficultés techniques liés à sa mise en œuvre⁷²³.

L'AOTC a donc traité, par le biais des articles cités dans cette partie, de la protection de la santé et a adopté en ce sens une approche semblable à celle utilisée par l'article XX GATT 1994. Cet accord se révélera par la suite très pertinent dans le cadre de notre analyse de l'encadrement du tabac par l'OMC. Mais quid des autres dispositions de l'article 2 de l'AOTC et des obligations contenues au sein des différents accords de l'OMC ?

⁷²⁰ Rapport de l'organe d'appel dans l'affaire « US-COOL (Article 21.5-Canada and Mexico (2015)) », DS 384/DS 386, para. 5.213, p. 128.

⁷²¹ Le degré de contribution de la mesure de rechange à l'objectif légitime par rapport à la contribution de la réglementation contestée a été analysé par plusieurs organes de l'OMC. L'organe d'appel de l'affaire « US-COOL (Article 21.5-Canada and Mexico (2015)) » a tenu au para. 5.215, p. 128 de son rapport la conclusion suivante : « Nous ne considérons pas qu'un plaignant doit démontrer que la mesure alternative qu'il propose atteint un degré de contribution identique à celui atteint par la règle technique contestée pour qu'il soit considéré comme atteignant un degré équivalent ».

⁷²² Rapport de l'organe d'appel dans l'affaire « US-Tuna II (Mexico) », DS 381, para. 5.328, pp. 143-144.

⁷²³ Rapport de l'organe d'appel dans l'affaire « US-COOL (Article 21.5-Canada and Mexico (2015)) », DS 384/DS 386, para. 5. 339, pp. 159-160.

2.2.3. Pertinence des autres dispositions de l'article 2 AOTC

Les autres dispositions de l'article 2 de l'AOTC peuvent s'avérer très pertinentes dans le cadre de notre étude de l'encadrement du tabac par l'OMC. L'article 2.4 émet notamment des exigences relatives à l'utilisation des normes internationales appropriées lors des différents litiges. Ce point sera analysé plus loin dans ce travail lors de l'examen des conditions relatives à l'usage de certaines conventions internationales telles que la CCLAT au sein de l'OMC.

L'article 2.5 présente aussi un intérêt car il crée une présomption selon laquelle toute mesure sanitaire conforme aux normes internationales ne devrait pas créer d'obstacles non nécessaires et ce, en vertu de l'article 2.2⁷²⁴. Les autres articles tels que le 2.8 ou le 2.9 émettent des obligations relatives aux règlements techniques. On y traite de l'exigence de définir un règlement selon sa performance et non sa conception ou plus encore de l'obligation d'informer les autres membres de toute nouvelle réglementation technique⁷²⁵.

2.2.4. Les limites des exceptions relatives à la santé

A l'instar du GATT de 1994, l'AOTC a mis en place certaines conditions pour ainsi éviter tout usage abusif des dispositions contenues au sein de l'article 2.2. En effet, lorsqu'une mesure est adoptée au sens de l'AOTC, il faut déterminer d'abord si ladite mesure ne cache pas une volonté protectionniste. Cette notion est clairement énoncée dans le préambule de l'AOTC⁷²⁶. On doit donc veiller à ce que les mesures sanitaires ne constituent pas un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiée⁷²⁷. Un règlement technique est aussi dans l'obligation d'être justifié par une évaluation des risques et basé sur des raisons scientifiques plausibles⁷²⁸.

On constate donc que les mesures aspirant à protéger la santé au sens de l'article 2.2 de l'AOTC sont dans l'obligation d'être fondées sur des principes scientifiques et des données empiriques.

⁷²⁴ Convention – cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, *Atelier sur les questions d'ordre commercial concernant la mise en œuvre de la convention – cadre de l'OMS pour la lutte antitabac*, Salle du conseil d'exécutif, Genève, 15 et 16 mars 2012, p. 6.

⁷²⁵ Pour plus de détails, voir les articles 2.8 et 2.9 de l'AOTC.

⁷²⁶ Préambule de l'AOTC.

⁷²⁷ *Ibid.*

⁷²⁸ Nathalie Ferraud-Ciandet, *op.cit.*, p. 195, p. 200.

2.3. La protection de la santé au sein de l'ASPS

L'ASPS a aussi consacré un cadre légal à la protection de la santé. Néanmoins, l'analyse que l'on s'apprête à établir sera effectuée d'une façon théorique. Cela s'explique par le fait que le champ d'application de l'ASPS est assez limité. De ce fait, il y a peu de chance que cet accord s'applique aux produits du tabac.

L'ASPS reconnaît le droit aux Membres de l'OMC à adopter des mesures sanitaires qui peuvent, à terme, restreindre les échanges commerciaux⁷²⁹. Il vise principalement à protéger les personnes, les animaux et les plantes contre les risques liés aux additifs ou aux toxines présentes dans les produits alimentaires⁷³⁰. Il administre par conséquent l'application par les États de mesures sanitaires et phytosanitaires susceptibles d'entraver le commerce⁷³¹. Par mesure sanitaire, on veut dire toute mesure dont le but est de protéger la santé des humains ou des animaux. Quant aux mesures phytosanitaires, elles visent à préserver les végétaux⁷³². L'ASPS constitue l'un des nombreux accords négociés lors du cycle de l'Uruguay. Il se situe à l'annexe 1A de l'OMC⁷³³. Il englobe seulement les mesures sanitaires et phytosanitaires et exclut donc de son champ d'application le commerce des services, des marchandises ou tout aspect relatif à la propriété intellectuelle⁷³⁴.

2.3.1. Les principes de base de l'ASPS

L'accord SPS est basé sur quatre principes à savoir le droit souverain des États à adopter des mesures sanitaires et phytosanitaires et aussi l'obligation relative au fait que ces mesures doivent être nécessaires à la protection de la vie des personnes, des animaux mais aussi des plantes⁷³⁵. En outre, les Membres

⁷²⁹ Ibid., p. 375.

⁷³⁰ Organisation mondiale du commerce, *Mesures sanitaires et phytosanitaires, Introduction, Comprendre l'Accord de l'OMC sur les mesures sanitaires et phytosanitaires*, <https://www.wto.org/french/tratop_f/sps_f/spsund_f.htm> (Dernière consultation : le 19/10/2020).

⁷³¹ Peter Van den Bossche / Werner Zdouc, *op.cit.*, p. 935.

⁷³² Marc Lynedjian, *L'accord de L'Organisation mondiale du commerce sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires / Une analyse juridique*, Bibliothèque de droit international et communautaire, Tome 17, Paris 2002, Introduction.

⁷³³ Ibid., p. 7.

⁷³⁴ Ibid., p. 7.

⁷³⁵ Voir les articles 2.1 et 2.2 de l'ASPS.

de l'OMC doivent faire en sorte que leurs mesures n'établissent pas de discrimination arbitraire ou injustifiable. Ces derniers sont aussi dans l'obligation de fonder ces mesures sur des principes scientifiques⁷³⁶.

L'article 2.1 de l'ASPS reconnaît clairement le droit des Membres de l'OMC à adopter des mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes, des animaux et des plantes. Il diffère en ce sens du GATT de 1994 où les mesures opérant des discriminations ou restreignant le commerce pour des raisons d'ordre sanitaire doivent être justifiées au titre de l'article XX (b)⁷³⁷. De ce fait, pour démontrer qu'une mesure est discriminatoire ou qu'elle constitue une restriction quantitative, le plaignant doit juste prouver que ladite mesure est contraire aux règles énoncées au sein de l'ASPS⁷³⁸.

Néanmoins, le droit d'adopter des mesures SPS n'est pas absolu et il est soumis, à l'instar des autres accords de l'OMC, à certaines conditions. La partie suivante sera consacrée à l'analyse de cette caractéristique.

2.3.2. Les conditions relatives à l'adoption d'une mesure SPS

L'ASPS a mis en place certaines conditions pour qu'un État puisse exercer son droit souverain d'adopter des mesures sanitaires. En effet, pour que les obstacles résultant de ce genre de mesures puissent être justifiés, il faut que ces règlements soient nécessaires⁷³⁹. Cette exigence énoncée au sein de l'article 2 de l'ASPS nous rappelle les règles contenues dans l'article XX (b) du GATT de 1994. On retrouve les mêmes conditions relatives au fait que la mesure ne doit pas être appliquée de façon à établir une discrimination arbitraire ou injustifiable ou à constituer une restriction déguisée au commerce⁷⁴⁰. L'accord SPS est donc étroitement lié à l'article XX (b) du GATT de 1994. Ce constat découle du fait que lorsqu'un règlement est présumé compatible avec l'ASPS, il bénéficie automatiquement d'une présomption de compatibilité avec les dispositions de l'article XX (b) du GATT de 1994⁷⁴¹. L'ASPS s'inscrit par conséquent dans

⁷³⁶ Voir les articles 2.2 et 2.3 de l'ASPS.

⁷³⁷ Peter Van den Bossche / Werner Zdouc, *op.cit.*, p. 945.

⁷³⁸ *Ibid.*

⁷³⁹ Nathalie Ferraud-Ciandet, *op.cit.*, p. 214.

⁷⁴⁰ Voir l'article 2 de l'ASPS.

⁷⁴¹ Nathalie Ferraud-Ciandet, *op.cit.*, p. 178.

la continuité de l'article XX (b). De ce fait le terme « nécessaire » tel qu'il est mentionné au sein de l'article 2 de l'ASPS est similaire à la notion de nécessité, contenue dans l'article XX (b) du GATT de 1994⁷⁴².

2.3.2.1. La nécessité d'une mesure au sens de l'ASPS

L'article 5.6 fait mention de certaines conditions, qui peuvent être incluses dans le cadre de la détermination de la nécessité d'une mesure. En effet, il énonce qu'une mesure ne doit pas être plus restrictive pour le commerce qu'il n'est requis pour obtenir un niveau de protection sanitaire approprié⁷⁴³. On peut remarquer que le contenu de cet article est aussi partiellement similaire à celui de l'article 2.2 de l'AOTC. Les différents groupes spéciaux de l'OMC vont par la suite interpréter la portée exacte du contenu de l'article 5.6 de l'ASPS. On peut en ce sens mentionner le rapport du groupe spécial (confirmé par l'organe d'appel) en charge de l'affaire « *Australie-Saumon* » qui a identifié un test en trois étapes pour se prononcer sur le degré de restriction d'une mesure. Il estime qu'une mesure est plus restrictive pour le commerce international qu'il ne le faut s'il existe une autre mesure dite de remplacement. Cette mesure est donc dans l'obligation de remplir trois conditions. La mesure de substitution doit tout d'abord être raisonnablement applicable compte tenu de sa faisabilité technique et économique⁷⁴⁴. Ensuite, il faut qu'elle permette d'obtenir un niveau de protection jugé approprié. Elle doit en ce sens protéger la santé d'une manière aussi efficace que la mesure contestée et surtout permettre d'atteindre le même niveau de protection⁷⁴⁵. Il faut enfin prouver que la mesure

⁷⁴² Lilian Balderas Morales, *La nature juridique de l'Accord SPS, la sécurité alimentaire et la sécurité juridique : lutte ou compromis ?* Thèse de doctorat, Université de Laval, Québec, Canada, 2017, p. 62.

⁷⁴³ L'article 5.6 de l'ASPS stipule ce qui suit : « *Sans préjudice des dispositions du paragraphe 2 de l'article 3, lorsqu'ils établiront ou maintiendront des mesures sanitaires ou phytosanitaires pour obtenir le niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire, les Membres feront en sorte que ces mesures ne soient pas plus restrictives pour le commerce qu'il n'est requis pour obtenir le niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire qu'ils jugent approprié, compte tenu de la faisabilité technique et économique* ».

⁷⁴⁴ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *Australie-Saumon* », DS 18, para. 8.167, p. 233.

⁷⁴⁵ Rapport de l'organe d'appel de l'affaire « *Australie-Pommes* », DS 367, para. 368, p. 148.

de remplacement est sensiblement moins restrictive que la mesure contestée⁷⁴⁶. Ces trois éléments sont cumulatifs pour que l'incompatibilité d'une mesure avec les dispositions de l'article 5.6 soit établie⁷⁴⁷.

Un autre critère ressort de la lecture de l'article 5 de l'ASPS, c'est l'évaluation des risques. Ce critère est essentiel pour se prononcer sur la nécessité d'une mesure⁷⁴⁸. Le groupe spécial en charge de l'affaire « *Australie-Saumon* » estime en ce sens que l'article 5 (1 et 2) doit être considéré comme faisant partie des applications spécifiques des obligations contenues au sein de l'article 2.2 de l'ASPS⁷⁴⁹. Ce constat a été confirmé par l'organe d'appel de l'affaire « *CE - Hormones* » qui a déclaré que les articles 2.2 et 5.1 devaient toujours être lus conjointement⁷⁵⁰.

Comme énoncé au début de cette partie, d'autres conditions existent, en plus de la nécessité pour qu'une mesure soit légitime au titre de l'ASPS. La prochaine partie va donc analyser ces exigences.

2.3.2.2. *Les autres exigences relatives à l'adoption d'une mesure SPS*

A la lecture de l'article 2.2 de l'ASPS, on constate qu'une mesure SPS doit être fondée sur des principes scientifiques. Ces exigences font que toute mesure SPS sera jugée à l'aune de la science⁷⁵¹. Ce constat s'affirme encore plus avec l'article 5.1 de l'ASPS. En effet, cet article dispose que les mesures SPS sont dans l'obligation d'être établies sur la base d'une évaluation des risques pour la santé et la vie des personnes et des animaux⁷⁵².

⁷⁴⁶ *Ibid.*

⁷⁴⁷ Lilian Balderas Morales, *op.cit.*, p. 64.

⁷⁴⁸ L'article 5.1 de l'ASPS énonce ce qui suit : « Les Membres feront en sorte que leurs mesures sanitaires ou phytosanitaires soient établies sur la base d'une évaluation, selon qu'il sera approprié en fonction des circonstances, des risques pour la santé et la vie des personnes et des animaux ou pour la préservation des végétaux, compte tenu des techniques d'évaluation des risques élaborées par les organisations internationales compétentes ».

⁷⁴⁹ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *Australie-Saumon* », DS 18, para 8. 51, p. 173.

⁷⁵⁰ Rapport de l'organe d'appel de l'affaire « *CE - Hormones* », DS 26, para. 180, p. 81.

⁷⁵¹ Peter Van den Bossche / Werner Zdouc, *op.cit.*, p. 946.

⁷⁵² Article 5.1 de l'ASPS.

L'importance des articles 5.1 e 2.2 de l'ASPS a été consacrée par l'organe d'appel de l'affaire « CE-Hormones ». Cet organe estime que les obligations énoncées sont dans les articles susmentionnés permettent de maintenir l'équilibre négocié dans le cadre de l'ASPS entre d'une part, la promotion du commerce international et d'autre part, la protection de la vie humaine⁷⁵³.

Concernant le sens exact du terme « scientifique », c'est le groupe spécial en charge de l'affaire « Japan-Pommes », qui s'est prononcé pour la première fois sur cette question⁷⁵⁴. Il estime que cette notion nous renvoie, en vertu de l'article 2.2 de l'ASPS, aux preuves recueillies suivant des méthodes scientifiques⁷⁵⁵.

L'autre condition est relative à la prohibition de toute discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent. C'est l'article 2.3 de l'ASPS qui énonce de telles conditions. Cette limitation nous rappelle le principe de non-discrimination, découlant des obligations relatives au traitement national et à la nation la plus favorisées, contenues au sein du GATT de 1994.

Le groupe spécial en charge de l'affaire « Australie-Saumon », a identifié trois conditions cumulatives pour qu'une mesure soit considérée comme étant une violation aux dispositions de l'article 2.3 de l'ASPS. Tout d'abord, il faut que la mesure donne lieu à une discrimination entre les territoires de membres, autres que le membre qui a introduit la mesure, ou entre le territoire du membre qui impose la mesure et celui d'un autre membre⁷⁵⁶. Ensuite, la discrimination qui résulte de la mesure contestée doit être arbitraire ou injustifiable. Enfin, des conditions identiques ou semblables doivent exister sur le territoire des États qui font l'objet de la comparaison⁷⁵⁷. A noter que le groupe spécial en charge de cette affaire a estimé que la discrimination au sens de l'article 2.3 de l'ASPS incluait aussi une discrimination entre les produits différents⁷⁵⁸.

⁷⁵³ Rapport de l'organe d'appel de l'affaire « EC-Hormones », DS 26, para. 177, p. 180.

⁷⁵⁴ Cf. *supra*, note 751.

⁷⁵⁵ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « Japan-Pommes », DS 245, para. 8.92, p. 80.

⁷⁵⁶ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « Australie-Saumon » établi au titre de l'article 21.5 du Mémorandum d'accord, para. 7.111, p. 152.

⁷⁵⁷ *Ibid.*

⁷⁵⁸ *Ibid.*, para. 7.112.

Comme énoncé précédemment, une mesure ne doit pas, en vertu de de l'article 2.3, être une restriction déguisée au commerce. L'énoncé de cet article nous rappelle donc, encore une fois les conditions relatives au traitement national et à la nation la plus favorisée. Cette condition est donc essentielle pour qu'une mesure soit conforme aux dispositions de l'article 2.3 de l'ASPS.

L'ASPS contient aussi des dispositions visant à permettre une plus grande transparence au niveau des mesures que les pays appliquent⁷⁵⁹. C'est l'annexe B de l'article 7 de l'ASPS qui traite de cette condition. Les Membres de l'OMC doivent en effet publier tous les mesures SPS adoptées dans les moindres délais pour permettre aux États concernés d'en prendre connaissance⁷⁶⁰.

L'ASPS encourage aussi les pays, par le biais de l'article 3, à adopter d'harmoniser leurs mesures SPS sur la base des standards internationaux. Cette recommandation permet de remédier aux problèmes qui découlent des règlements SPS différents qui peuvent avoir un impact négatif sur l'accès aux marchés pour certains produits⁷⁶¹.

On constate donc que l'ASPS contient, à l'instar des autres accords constituant l'OMC, des mesures pertinentes en matière de protection de la santé. Il serait donc intéressant d'examiner sa relation avec le GATT de 1994 et l'AOTC.

2.3.3. *La relation entre l'ASPS et les autres accords de l'OMC*

2.3.3.1. *La relation entre l'ASPS et le GATT de 1994*

Comme énoncé précédemment, il est possible qu'une mesure soit soumise à la fois aux dispositions du GATT de 1994 et de l'ASPS et ce, en vertu de l'article 2.4 de l'ASPS. Toutefois, une mesure présumée conforme au GATT de 1994, ne l'est pas automatiquement avec les dispositions de l'ASPS. Cet accord contient en effet des obligations qui ne sont pas prévues par le GATT de 1994⁷⁶². L'ASPS s'inscrit donc dans la continuité des exceptions sanitaires énoncées au sein de l'article XX (b) du GATT de 1994.

⁷⁵⁹ T. Chillaud, *The World Trade Organisation Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures*, Rev sci.tech.Off.int.Epiz, 1996, p. 738.

⁷⁶⁰ Annexe B de l'article 7 de l'ASPS.

⁷⁶¹ Peter Van den Bossche / Werner Zdouc, *op.cit.*, p. 951.

⁷⁶² *Ibid.*, p. 944.

2.3.3.2. *La relation entre l'ASPS et l'AOTC*

Au regard des analyses énoncées lors des parties précédentes⁷⁶³, on peut constater que l'AOTC et l'ASPS encouragent l'utilisation des normes internationales et soutiennent le principe de non-discrimination. En outre, ils aspirent à éviter tout obstacle inutile au commerce⁷⁶⁴.

Le problème en matière de distinction entre les deux accords se pose lorsque l'ASPS prend la forme d'un règlement technique ou d'une évaluation de conformité⁷⁶⁵. Un règlement sanitaire est susceptible par exemple de se présenter sous la forme d'une prescription en matière d'emballage. Néanmoins, l'article 1.5 de l'AOTC a tranché sur cette question et a, par conséquent, mis fin à tout débat d'ordre juridique. En effet, en vertu de cet article, l'AOTC ne s'applique sur aucune mesure SPS. De ce fait, lorsqu'une mesure SPS remplit les critères énoncés au sein de l'annexe A (1) de l'ASPS, l'AOTC n'entre plus en matière. Ce constat a notamment été tenu par le groupe spécial en charge de l'affaire « *CE-Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques* »⁷⁶⁶.

2.3.4. *L'ASPS et la lutte antitabac*

Comme énoncé précédemment, l'ASPS aspire à protéger les personnes, les animaux et les plantes contre les risques liés aux additifs ou aux toxines présentes dans les produits alimentaires. Il administre en ce sens l'application par les États de mesures sanitaires et phytosanitaires susceptibles d'entraver le commerce. Il s'inscrit donc dans le cadre de la prise en compte par l'OMC de la protection de la santé.

En l'espèce, il y a peu de chance que l'ASPS s'applique aux mesures antitabac. En effet, cet accord n'englobe que les mesures sanitaires et phytosanitaires. Ce constat découle notamment des dispositions de l'annexe A de cet accord qui définit dans son paragraphe (a) les mesures sanitaires et phytosanitaires comme étant tout règlement qui aspire à protéger la santé et la vie des animaux des risques découlant de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de parasites, maladies, organismes porteurs de maladies ou organismes pathogènes. En outre, le paragraphe (c) de cette annexe énonce que les me-

⁷⁶³ Voir [partie 2.2](#) et [2.3, chapitre IV](#) ci-dessus.

⁷⁶⁴ Nathalie Ferraud-Ciandet, *op.cit.*, p. 178.

⁷⁶⁵ Peter Van den Bossche / Werner Zdouc, *op.cit.*, p. 943.

⁷⁶⁶ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *CE-Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques* », DS 291, para. 7.165, p. 406.

sures soumises à cet accord sont celles qui ont pour objectif de protéger contre les maladies véhiculées par les animaux, les plantes ou leurs produits. De même que le paragraphe (d) qui stipule que l'ASPS englobe les mesures qui empêchent ou limitent l'entrée, l'établissement ou la dissémination de parasites. Le tabac n'entre donc pas dans cette case car les règlements qui l'encadrent ont pour but de protéger la santé humaine contre les maladies causées par ce produit. De ce fait il est peu probable qu'une réglementation antitabac soit analysée à l'aune de l'ASPS⁷⁶⁷. Ce constat a été notamment confirmé par le groupe spécial en charge de l'affaire « États-Unis- Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle » qui n'a pas analysé les mesures antitabac contestées à la lumière de l'ASPS⁷⁶⁸.

Le constat énoncé ci-dessus s'affirme encore plus à la lumière de la définition du mot « aliment », établie par le groupe spécial en charge de l'affaire « CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques », qui considère que ce terme désigne toute substance absorbée par le corps pour maintenir la vie et la croissance⁷⁶⁹. Au regard de cette approche, le terme « aliment » ne peut englober les produits du tabac. Cela s'applique aussi pour les produits tels que le tabac à mâcher qui n'est pas destiné à être avalé et ne maintient en aucun cas la vie et la croissance⁷⁷⁰. De plus, le code de déontologie du « Codex Alimentarius » pour le commerce international des denrées exclut de son champ d'application le tabac et les substances utilisées comme médicaments⁷⁷¹. Ce point est d'une extrême importance car le « Codex Alimentarius » est la référence internationale en ce qui concerne les normes alimentaires et sa pertinence est reconnue par l'ASPS⁷⁷².

A la lumière de ce qui a été énoncé, au cours de cette partie, on conclut que l'ASPS ne s'applique pas aux mesures relatives à la lutte antitabac. Ces règlements ne peuvent en effet constituer des mesures SPS. On traitera plus loin

⁷⁶⁷ Benn Mc Grady, *op.cit.*, p. 177.

⁷⁶⁸ Voir le rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « États-Unis- Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle », DS 406.

⁷⁶⁹ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « CE - Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques », DS 291, para. 7. 291, p. 446.

⁷⁷⁰ Cf. *supra*, note 767.

⁷⁷¹ Code de déontologie du Codex Alimentarius pour le commerce international des denrées, article 3.1.

⁷⁷² Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) / OMS, *Comprendre le Codex Alimentarius*, Chapitre V : Le Codex et le commerce international des denrées alimentaires, 1999.

dans ce travail de *l'Accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (ADPIC) qui est susceptible d'être d'une grande importance lors de notre analyse des différentes mesures ayant trait au tabac au sein de l'OMC. La partie suivante examinera l'approche de l'OMC dans le cadre des litiges relatifs au tabac. Cet examen sera fondé sur les différentes dispositions juridiques que nous avons abordées lors des précédentes parties.

C. La lutte antitabac au sein du droit de l'OMC

1. Les enjeux relatifs au tabac

Comme énoncé précédemment, le tabac est extrêmement nocif pour la santé. En effet, il est responsable de plus de 7 millions de morts par an selon l'OMS⁷⁷³. On prédit même qu'en 2030, le tabac causera près de 10 millions de décès annuellement⁷⁷⁴. De plus, il représente un lourd fardeau économique pour la planète du fait de son coût en matière de dépense de santé et de perte de productivité qui s'élève à 1 milliard et 400 mille Dollars (soit 1,8% du PIB mondial)⁷⁷⁵. En dépit de ces chiffres alarmants, les industriels du tabac continuent de mener une politique commerciale agressive⁷⁷⁶. Ces derniers, étant d'ardents défenseurs de l'abaissement des droits de douane, sont prêts à tout pour promouvoir et faciliter l'ouverture des marchés. Ils aspirent notamment à concurrencer les produits nationaux sur des zones géographiques à forte croissance telles que l'Amérique latine ou l'Asie⁷⁷⁷. Cette politique risque, à terme, d'intensifier la promotion et la commercialisation des produits du tabac⁷⁷⁸. Ce constat s'affirme encore plus, si l'on mentionne les autres méfaits de ce produit (ex : paupérisation, touche surtout les pays en développement, etc.).

⁷⁷³ Organisation mondiale de la santé, *Tabac, Principaux faits*, <<https://www.who.int/fr/news-room/fact-sheets/detail/tobacco>> (Dernière consultation : le 17/05/2021).

⁷⁷⁴ Benn Mc Grady, *op.cit.*, p. 14.

⁷⁷⁵ World Health Organisation, *US\$ 1.4 trillion Lost Every Year to Tobacco Use - New Tobacco Tax Manual Shows Ways to Save Lives, Money and Build Back Better after COVID-19*, 2021, <<https://www.who.int/news/item/12-04-2021-1.4-trillion-lost-every-year-to-tobacco-use-new-tobacco-tax-manual-shows-ways-to-save-money-and-build-back-better-after-covid-19>> (Dernière consultation : le 11/06/2021).

⁷⁷⁶ Peter Boyle et al, *op.cit.*, p. IV.

⁷⁷⁷ *Les Accords de l'OMC et la santé publique* / Étude conjointe de l'OMS et du secrétariat de l'OMC, 2002, p. 77.

⁷⁷⁸ *Ibid.*

On se retrouve donc face un produit nuisible qui, de surcroît, risque de créer plusieurs obstacles lors de sa commercialisation. En effet, selon un rapport de la Banque mondiale qui date de 1999, toute action visant à augmenter les droits de douane sur le tabac ne peut que faire baisser le tabagisme (surtout le tabagisme juvénile⁷⁷⁹), d'où la possibilité de voir survenir plusieurs contentieux d'ordre commercial. Plusieurs questions relatives à l'approche adoptée par l'OMC lors de différends relatifs au tabac seront ainsi soulevées. Cette organisation a toujours été au cœur de plusieurs débats en relation notamment avec la portée de ses dispositions. On s'est ainsi toujours interrogé sur l'impact de l'accord de Marrakech sur les questions d'ordre social⁷⁸⁰. Les différents litiges ayant trait au tabac vont donc nous éclaircir sur l'approche des principaux organes de l'OMC concernant des questions relatives aux valeurs non marchandes.

2. Les différends concernant le tabac au sein de l'OMC

Nous allons traiter dans cette partie des différends relatifs au tabac et ce, selon la procédure établie par l'OMC. Cette procédure représente la clef de voûte du système commercial multilatéral⁷⁸¹. L'OMC a en effet institué depuis sa création des règles assez innovantes en matière de résolution des litiges tout en préservant un certain lien de continuité avec le système du GATT de 1947⁷⁸². Elle a en ce sens instauré une procédure unifiée⁷⁸³.

Ce système de résolution des différends a traité de nombreux contentieux ayant trait au tabac et ce, dans le cadre du GATT de 1947 ou de l'OMC. Ces litiges ont mis en lumière la possible opposition entre d'une part, certaines lois antitabac et d'autre part, le droit de l'OMC. Cette organisation s'est donc retrouvée au cœur de cette problématique relative à la relation entre la santé et les impératifs du commerce international. Cette problématique a vu le jour à

⁷⁷⁹ *Ibid.*, p. 78.

⁷⁸⁰ Voir 96th American Journal of International Law, *The Symposium on the Boundaries of the WTO*, janvier 2002.

⁷⁸¹ Organisation mondiale du commerce, *Comprendre l'OMC : règlement des différends / Une contribution sans précédent*, <https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/displ_f.htm> (Dernière consultation : le 19/06/2019).

⁷⁸² Eric Canal-Forgues, *Le règlement des différends à l'OMC*, 2^{ème} édition, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 5-6.

⁷⁸³ *Ibid.*, p. 12.

partir de la fin des années 1980⁷⁸⁴. Depuis, plusieurs différends vont survenir au sein de l'OMC. La lutte antitabac, du fait du caractère nocif de ce produit, représente donc un exemple paradigmatique parfait de cette relation tendue. Néanmoins, elle peut en même temps donner lieu à une coordination entre les impératifs économiques et la protection de la santé. L'approche des différents organes de l'OMC peut en ce sens aider à concilier entre ces deux domaines.

2.1. Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes (1990)

Cette affaire est l'une des toutes premières à avoir traité du tabac (en plus d'une affaire impliquant le Japon et les États-Unis qui date de 1981)⁷⁸⁵ dans le cadre du droit de l'OMC (GATT de 1947 à l'époque). Avant toute chose, il faut présenter les faits de ce différend.

En 1966, la législation thaïlandaise relative à la lutte antitabac interdisait l'importation des produits tabagiques sauf dans le cas où une société possédait une licence⁷⁸⁶. Cette licence ne sera accordée par la suite qu'à trois reprises. C'est le monopole thaïlandais de tabac qui a obtenu à chaque fois le précieux sésame. En 1989, les États-Unis ont réclamé l'ouverture de consultations au titre de l'article XXIII du GATT de 1947. Ces consultations ayant échoué, ce pays a demandé par la suite qu'un groupe spécial soit établi⁷⁸⁷.

La principale question soulevée lors de ce litige était de savoir s'il était nécessaire ou non d'interdire l'importation des cigarettes américaines pour réduire la consommation de tabac et donc par ricochet pour protéger la santé. Les protagonistes de ce litige ont eu des approches différentes concernant cette problématique⁷⁸⁸.

⁷⁸⁴ Les Accords de l'OMC et la santé publique / Étude conjointe de l'OMS et du secrétariat de l'OMC, 2002, p. 79.

⁷⁸⁵ Organisation mondiale du commerce, *Rapports de règlement des différends dans le cadre du GATT de 1947*, <https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/gt47ds_f.htm> (Dernière consultation le : 13/06/2019).

⁷⁸⁶ David P. Fidler, *op.cit.*, p. 224.

⁷⁸⁷ *Ibid.*

⁷⁸⁸ Rapport du groupe spécial du GATT de 1947 en charge de l'affaire, « Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes », DS 10.

Tout d'abord, les États-Unis considéraient que les interdictions thaïlandaises violaient l'article XI.1 GATT de 1947 du fait de la prohibition par la législation de ce pays des cigarettes de fabrication étrangère. Ces interdictions ne peuvent donc pas être justifiées au titre de l'article X.2⁷⁸⁹. De plus, ils estimaient que lesdites interdictions n'étaient pas nécessaires au sens de l'article XX (b)⁷⁹⁰.

En effet, et comme énoncé précédemment, une mesure doit être nécessaire pour satisfaire aux dispositions de l'article susmentionné. En outre, les États-Unis considéraient que les interdictions mises en place par le défendeur étaient incompatibles avec l'article III.2 du GATT⁷⁹¹.

Nous allons maintenant exposer les arguments de la Thaïlande. La délégation de ce pays a en premier lieu essayé de contrer les allégations américaines en arguant que la prohibition en question pouvait être justifiée au titre de l'article XX (b). Elle estimait en effet que seule une telle mesure pouvait garantir à l'État un contrôle effectif du tabagisme⁷⁹². Le défendeur considérait en outre que les cigarettes américaines contenaient des additifs qui les rendaient plus nocives que les cigarettes locales⁷⁹³. On remarque donc que la Thaïlande a fondé son approche sur la protection de la santé publique pour pouvoir justifier sa prohibition des cigarettes en provenance des États-Unis. Elle a de plus estimé que l'ouverture de son marché aux cigarettes importées allait augmenter le tabagisme et surtout les maladies et les décès qui lui sont dus.

Le défendeur doit aussi répondre aux allégations des plaignants relatives à l'autorisation accordée au monopole thaïlandais du tabac. La Thaïlande considérait que seul ce genre d'autorisation permettait de contrôler efficacement la quantité de tabac vendu pour ne pas ainsi accroître la demande⁷⁹⁴. De plus, le gouvernement de ce pays a noté des liens entre les campagnes publicitaires étrangères et l'augmentation de la contrebande sur le sol national⁷⁹⁵. Tels sont donc les arguments avancés par la Thaïlande pour défendre sa mesure interdisant les cigarettes étrangères.

⁷⁸⁹ *Ibid.*, para. 12, p. 3.

⁷⁹⁰ *Ibid.*, para. 12, p. 3.

⁷⁹¹ Organisation mondiale du commerce, *Etats-Unis / Thaïlande : cigarettes*, <https://www.wto.org/french/tratop_f/envir_f/edis03_f.htm> (Dernière consultation : le 12/06/2019).

⁷⁹² Rapport du Groupe spécial du GATT de 1947 en charge de l'affaire « *Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes* », DS 10, para. 14, pp. 3-4.

⁷⁹³ *Ibid.*

⁷⁹⁴ *Ibid.*, para. 21, p. 6.

⁷⁹⁵ Cf. *supra*, note 786.

Le plaignant a réfuté l'ensemble des arguments présentés par la délégation thaïlandaise. Il estima en effet que le défendeur pouvait chercher autrement à éviter l'augmentation du tabagisme⁷⁹⁶. Il considéra que le but réel de la mesure thaïlandaise était de protéger la production locale de la concurrence étrangère et non de promouvoir la santé publique. En outre, la délégation des Etats-Unis a constaté que le monopole thaïlandais des tabacs produisait une multitude de marques de cigarettes dont certaines qui imitaient des marques américaines⁷⁹⁷. Elle a aussi fait savoir au groupe spécial que le plaignant avait échoué à imposer des exigences en matière d'étiquetages relatives aux mises en garde sanitaires⁷⁹⁸.

Dès lors, plusieurs articles seront en jeu dans le cadre de ce contentieux. Le groupe spécial sera amené à analyser l'article XI du GATT de 1947 relatif à l'élimination des restrictions quantitatives et l'article XX (b) en relation avec les exceptions qui peuvent justifier certaines mesures discriminatoires et incompatibles avec l'article III.2. En effet, dans le cas d'espèce, on est face à un État qui, sous prétexte de vouloir protéger la santé, interdit un produit. La pertinence des articles mentionnés ci-dessus découle donc de ce constat.

On va tout d'abord commencer par analyser l'approche du groupe spécial à l'aune de l'article XI. (1) et (2) Ce groupe a constaté que la Thaïlande n'avait accordé aucune licence d'importation de cigarettes au cours de ces dix dernières années⁷⁹⁹. Cet acte peut être jugé comme étant incompatible avec les dispositions du présent article. Ensuite, le groupe spécial a examiné l'allégation du plaignant au titre de l'article XI (2)⁸⁰⁰. Cette allégation a été en effet réfutée par le défendeur. Ce dernier estima que les interdictions imposées pour faire respecter les restrictions à la commercialisation ou à la production intérieure de feuilles de tabac et de cigarettes, étaient au contraire justifiées au titre l'ar-

⁷⁹⁶ Clotilde Jourdain-Fortier, *op.cit.*, p. 517.

⁷⁹⁷ Rapport du groupe spécial du GATT de 1947 en charge de l'affaire, « *Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes* », DS 10, para. 29, p. 9.

⁷⁹⁸ *Ibid.*, para. 19, p. 5.

⁷⁹⁹ *Ibid.*, para. 63, p. 18.

⁸⁰⁰ Pour plus d'informations, voir l'article XI (2), alinéa (c.) (i) du GATT de 1947.

ticle XI.2(c)⁸⁰¹. Le groupe spécial s'est prononcé sur cette question par le biais d'une note relative à cet article. Il a considéré que la disposition relative aux produits agricoles désignait les mêmes produits à un stade précoce de transformation (encore périssables) et en concurrence directe avec le produit frais. De plus, il estimait que l'importation libre d'un produit frais rendrait sa restriction sans effet⁸⁰². Le groupe spécial indiqua aussi que la référence aux produits frais désignait un produit fabriqué par des agriculteurs. Cette analyse s'est basée, entre autres, sur l'historique de cet article où l'on constate que ses dispositions visaient à permettre aux gouvernements de protéger les agriculteurs et les pêcheurs de facteurs tels que la périssabilité des produits⁸⁰³.

Pour toutes ces raisons, le groupe spécial a conclu que seules les restrictions nationales relatives au tabac en feuilles étaient concernées par les dispositions de l'article XI.2(C). Les cigarettes n'étaient donc pas couvertes par les dispositions de cet article. En effet, le groupe spécial estima qu'un produit transformé à partir d'un élément frais devait être à un stade précoce de transformation pour pouvoir bénéficier de cette exemption. Les cigarettes ne remplissaient pas les conditions énoncées par cette approche vu qu'elles ont déjà fait l'objet d'une transformation intensive⁸⁰⁴. On conclut donc que la mesure thaïlandaise n'est pas couverte par les dispositions de l'article XI.2(C).

⁸⁰¹ Le groupe spécial a analysé les arguments suivants présentés par le défendeur : «*The Panel then examined Thailand's claim that its restrictions on the importation of cigarettes were necessary to enforce domestic marketing or production restrictions for leaf tobacco and cigarettes and that they were therefore justified by Article XI:2(c)(i), the relevant part of which reads: < The provisions of paragraph 1 of this Article shall not extend to the following: ... (c) Import restrictions on any agricultural or fisheries product, imported in any form, necessary to the enforcement of governmental measures which operate > »*. Pour plus de détails, voir para. 68, p. 18 du rapport du groupe spécial.

⁸⁰² Rapport du groupe spécial du GATT de 1947 en charge de l'affaire, « *Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes »*, DS 10, para. 69, p. 19.

⁸⁰³ Le groupe spécial du GATT de 1947 en charge de l'affaire « *Thaïlande-Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes »* a tenu au para. 69, p. 19 de son rapport le constat suivant : « *the domestic product subject to restrictions had to be the product produced by farmers. 2 The Panel noted that this interpretation was borne out by the drafting history, which suggested that the provision was intended to enable governments to protect farmers and fishermen who, because of the perishability of their produce, often could not withhold excess supplies of fresh product from the market »*.

⁸⁰⁴ Rapport du groupe spécial du GATT de 1947 en charge de l'affaire, « *Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes »*, DS 10, paras. 70-71, pp. 19-20.

Le groupe spécial a, par la suite, traité de l'argumentation du défendeur fondée sur l'article XX du GATT de 1947. Dans cette perspective, il a étudié la nécessité de la mesure adoptée par la Thaïlande pour protéger la santé. Cet organe considéra que les restrictions imposées par la Thaïlande pouvaient être nécessaires au sens de l'article XX (b) si aucune autre mesure compatible avec le traité ne pouvait être raisonnablement employée pour atteindre l'objectif relatif à la santé publique⁸⁰⁵. De plus, il estima que si aucune mesure compatible avec le GATT de 1947 n'était raisonnablement disponible, la partie contractante avait l'obligation d'utiliser parmi les mesures dont elle dispose celle qui comporte le moindre degré d'incompatibilité avec lesdites dispositions.⁸⁰⁶ Le groupe spécial a aussi noté que les États pouvaient, conformément à l'article III (4) du GATT de 1947, imposer des lois et des règlements qui affectent la vente interne ou l'utilisation des produits importés. Néanmoins, ce droit est nuancé. En effet, les États ne doivent pas accorder aux produits importés un traitement moins favorable que celui imposé aux produits similaires d'origine nationale⁸⁰⁷.

Le groupe spécial a, par la suite, examiné les préoccupations de la Thaïlande au sujet de la qualité des cigarettes consommées sur le sol national. Il estima en ce sens qu'un État pouvait adopter des mesures conformes à l'article III.4 du GATT de 1947 pour permettre à son gouvernement de contrôler le contenu des cigarettes⁸⁰⁸. Le défendeur a donc le droit d'adopter une réglementation non discriminatoire et conforme à l'article III.4. Ladite réglementation peut exiger la divulgation complète des ingrédients et l'instauration d'une interdiction totale des substances malsaines⁸⁰⁹.

Concernant la volonté de la Thaïlande de faire baisser le tabagisme, le groupe spécial considéra que le gouvernement de ce pays pouvait réaliser cet objectif en ayant recours à des mesures compatibles ou qui comportent le moindre degré d'incompatibilité. Il a alors proposé plusieurs solutions qui ne sont en rien contraires au contenu du GATT de 1947. Il a en ce sens fait mention d'une ré-

⁸⁰⁵ *Ibid.*, para. 74, p. 20.

⁸⁰⁶ Clotilde Jourdain-Fortier, *op.cit.*, pp. 517-518.

⁸⁰⁷ Pour plus de détails, voir l'article III (4) du GATT de 1947.

⁸⁰⁸ Rapport du groupe spécial du GATT de 1947 en charge de l'affaire, « *Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes* », DS 10, para. 77, p. 21.

⁸⁰⁹ *Ibid.*

solution de l'OMS⁸¹⁰ qui recommandait d'interdire la publicité pour réduire la demande de cigarettes⁸¹¹. Cette interdiction englobera donc les cigarettes nationales et étrangères et ce, conformément à l'article III.4 du GATT de 1947.

Le groupe spécial a ensuite examiné la question de savoir comment la Thaïlande pouvait restreindre l'offre des cigarettes d'une manière conforme aux dispositions du GATT de 1947. Il estima que le gouvernement pouvait maintenir le monopole étatique à condition d'accorder un traitement équitable entre les cigarettes nationales et importées⁸¹². De plus, il considéra qu'il n'y avait aucune raison d'interdire ce genre de mesure (monopole étatique) du fait de sa capacité à permettre au gouvernement de réguler les prix⁸¹³. Concernant les prix, le groupe spécial s'est basé lors de son analyse sur l'approche de la 43^{ème} AMS qui suggérait que les mesures financières pouvaient faire baisser le tabagisme et donc par ricochet les ventes⁸¹⁴. Il réfuta donc l'argument de la Thaïlande selon lequel la concurrence étrangère entraînait nécessairement une augmentation des ventes totales des cigarettes⁸¹⁵.

Au regard de tous les arguments avancés par les deux parties et à la lumière de l'analyse faite par le groupe spécial, on constate que la Thaïlande était en mesure d'adopter d'autres mesures moins restrictives pour les échanges pour pouvoir, à terme, maîtriser la consommation de cigarettes⁸¹⁶. Les restrictions thaïlandaises à l'importation sont donc incompatibles avec les articles XI.1 et non nécessaires au sens de l'article XX (b) du GATT de 1947.

Cette affaire nous décrit l'approche du GATT de 1947 vis-à-vis du tabac et l'examen établi par le groupe spécial l'ayant analysée. On remarque aussi que les groupes spéciaux commençaient déjà, à l'époque, à invoquer certaines résolutions émanant de l'OMS. En effet, et en dépit du caractère non contrai-

⁸¹⁰ Voir la résolution de la 43^{ème} assemblée mondiale de la santé, A43/VR/14 ; WHA43.16, 1990.

⁸¹¹ Rapport du groupe spécial du GATT de 1947 en charge de l'affaire, « Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes », DS 10, para. 78, pp. 21-22.

⁸¹² *Ibid.*, para. 79, p. 22.

⁸¹³ *Ibid.*, para. 79, p. 22.

⁸¹⁴ La 43^{ème} assemblée mondiale de la santé a établi le constat suivant : « *It accordingly urged all member states to consider including in their tobacco control strategies plans for... progressive financial measures aimed at discouraging the use of tobacco* ».

⁸¹⁵ David P. Fidler, *op.cit.*, p. 228.

⁸¹⁶ Rapport du groupe spécial du GATT de 1947 en charge de l'affaire, « Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes », DS 10, paras. 87-89, p. 25.

gnant desdites résolutions⁸¹⁷, le groupe spécial a fait mention de l'une d'entre elles lors de son rapport. Néanmoins, c'est la nature protectionniste de la mesure contestée qui a guidé ce groupe dans son analyse, d'où son rejet des arguments relatifs à la protection de la santé publique. D'autres différends relatifs au tabac vont par la suite voir le jour et ce, dans le cadre du droit de l'OMC. Les différents organes de cette organisation devront néanmoins composer avec un nouveau contexte mondial marqué par l'émergence de la CCLAT, premier traité contraignant signé sous les auspices de l'OMS.

2.2. États-Unis – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle (2012)

L'affaire que nous allons traiter lors de cette partie est très pertinente du point de vue du droit de l'OMC car elle traite de plusieurs dispositions de l'AOTC. Elle a pour objet une loi fédérale américaine promulguée en 2009⁸¹⁸. En effet, le 22 juin de la même année, le président Obama signe le « *Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act (FSPTCA)* », loi phare de l'époque qui changea radicalement la politique américaine en matière de santé publique. Elle donnait notamment le pouvoir à la FDA de réglementer l'industrie du tabac⁸¹⁹. Cette législation a adopté plusieurs mesures qui ont mis en place des distinctions légitimes entre les différents produits tabagiques. L'une d'entre elles a notamment instauré une prohibition de 13 additifs aromatisant (on peut citer à titre d'exemple l'orange, le chocolat, le clou de girofle, etc.)⁸²⁰. Cette loi fera aussitôt l'objet de plusieurs critiques notamment au niveau national et inter-

⁸¹⁷ Pour plus d'informations, voir [partie B, para. 2, chapitre III](#) ci-dessus.

⁸¹⁸ US. Food and Drug Administration, *Family Smoking Prevention and Tobacco Act, An Overview*, <<https://www.fda.gov/tobacco-products/rules-regulations-and-guidance/family-smoking-prevention-and-tobacco-control-act-overview>> (Dernière consultation : le 20/08/2021).

⁸¹⁹ Pour plus de détails, voir « *Family Smoking Prevention and Tobacco Act* », disponible sur : <<https://www.fda.gov/tobacco-products/about-center-tobacco-products-ctp/center-tobacco-products-overview>>

⁸²⁰ Voir l'article 907 a) 1) A) du « *Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act (FSPTCA)* ».

national à cause, entre autres, de l'exemption qu'elle accorde à certains additifs tels que le Menthol⁸²¹. Les États-Unis vont alors invoquer la protection de la santé comme principal argument pour justifier leur mesure⁸²².

L'Indonésie, grand producteur de cigarettes aux clous de girofle, a demandé le 7 avril 2010 l'ouverture de consultations au titre de l'article III.4 du GATT de 1994 et de l'article 2 de l'AOTC. Elle contestait l'interdiction par les États-Unis des additifs tels que le clou de girofle. Cette contestation émane du fait que tout en interdisant les cigarettes aux girofles, le défendeur continuait à autoriser les cigarettes aromatisées au menthol (qui sont essentiellement produites par l'industrie locale de tabac⁸²³). La mesure américaine risque donc d'être qualifiée de discriminatoire. Le plaignant a demandé le 9 juin 2010 l'établissement d'un groupe spécial.

Ce différend porte donc sur les interdictions énoncées par l'article 907 a) 1) A) du (FSPTCA). L'analyse du groupe spécial va d'abord se fonder sur l'annexe 1.1 de l'AOTC puis sur l'article 2 (2.1, 2.2, 2.5, 2.8, 2.9, 2.10, 2.12) et 12.3 du même accord⁸²⁴. D'autres allégations telles que celles fondées sur les articles 2,3,5 et 7 de l'ASPS n'ont pas été retenues par le groupe spécial⁸²⁵. Nous allons donc traiter en premier lieu de la compatibilité de cette interdiction avec l'obligation relative au traitement national puis nous essaierons de déterminer si ladite interdiction est nécessaire au sens de l'article 2.2 AOTC. Ce litige a eu une importance cruciale dans l'élaboration du droit de l'OMC (sous l'angle de l'AOTC) car peu d'affaires traitant des article 2.1 et 2.2 ont été déposées avant lui devant les instances de cette organisation⁸²⁶.

⁸²¹ Voir le rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « États-Unis- Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle », DS 406.

⁸²² Sergio Puig, *Tobacco Litigation in International Courts*, Harvard International Law Journal, Volume 57, 2016, p. 426.

⁸²³ « États-Unis- Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle », DS 406, <https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds406_f.htm> (Dernière consultation : le 20/06/2019).

⁸²⁴ *Ibid.*

⁸²⁵ Voir OMC, « États-Unis- Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle », DS 406.

⁸²⁶ Benn McGrady / Alexandra Jones, *Tobacco Control and beyond: The Broader Implications of United States-Clove cigarettes for Non-Communicable Diseases*, American Journal of Law and Medicine, 2013, p. 270.

Avant toute chose, il faut déterminer si la mesure contestée est un règlement technique au sens de l'AOTC. En effet, si la mesure américaine est qualifiée de règlement technique, sa licéité sera examinée au regard de l'AOTC. Dans le cas contraire, elle sera désignée comme étant une mesure générale et sera analysée selon le GATT de 1994⁸²⁷. Le groupe spécial a considéré que la mesure américaine était bel et bien un règlement technique au sens de l'annexe 1.1 de l'accord AOTC⁸²⁸ en se basant notamment sur l'article 907 a) 1) A de la loi fédérale américaine. Ce groupe a aussi fondé son constat sur le texte et le contenu de la présente loi⁸²⁹ qui énonce certaines caractéristiques relatives aux cigarettes (même s'il le fait de manière négative)⁸³⁰. Les caractéristiques d'un règlement technique peuvent en effet avoir une forme négative (ex : les prohibitions) ou une forme positive (ex : les contraintes)⁸³¹. Cette loi a aussi un caractère obligatoire du fait de sa prohibition de tout arôme artificiel ou naturel autre que le menthol⁸³². Le groupe spécial est donc bel et bien face à un règlement technique.

Nous passons maintenant à l'analyse de l'argumentation des deux protagonistes. Nous allons en premier lieu traiter de la pertinence des allégations de l'Indonésie au titre des articles 2.1 et 2.2. L'article 2.1 AOTC contient, comme énoncé précédemment, des dispositions similaires à celles que l'on trouve au sein de l'article III du GATT de 1994⁸³³. Il prohibe donc toute discrimination entre produits similaires et ce, dans le cadre du commerce international. L'Indonésie a allégué que les États-Unis avaient violé les dispositions de cet accord. Le défendeur a réfuté les allégations du plaignant. Il soutenait en effet, que cette distinction visait avant toute chose à protéger les jeunes des cigarettes aux clous de girofle. Ce type de cigarettes est, selon les États-Unis, consommé en majorité par cette tranche d'âge (contrairement aux mentholées)⁸³⁴. Pour établir donc une violation relative au traitement national (au sens

⁸²⁷ Guillaume Busseuil et al, *Chronique commentée des décisions de l'organe de règlement des différends*, De Boeck Supérieur, Revue internationale de droit économique, 2011, p. 181.

⁸²⁸ Pour plus de détails, voir l'annexe 1.1 de l'AOTC.

⁸²⁹ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « États-Unis- Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle », DS 406, para. 7.40, p. 36.

⁸³⁰ *Ibid.*, para. 7. 39, pp. 35-36.

⁸³¹ Rapport de l'organe d'appel de l'affaire « EC-Asbestos », para. 67, p. 29.

⁸³² Voir l'article 907 a) 1) A) du « Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act (FSPTCA) ».

⁸³³ Pour plus de détails sur l'article 2.1 de l'AOTC, voir [partie 2, para. 2.2, chapitre IV](#), ci-dessus.

⁸³⁴ Rapport de l'organe d'appel de l'affaire « États-Unis- Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle », DS 406, para. 19, p. 8.

de l'article 2.1), il faut, comme énoncé précédemment, démontrer que les produits en question sont similaires puis prouver que les cigarettes importées ont reçu un traitement moins favorable que celles produites sur le sol national⁸³⁵. L'approche de l'AOTC concernant ce critère n'est pas bien définie et les groupes spéciaux vont dès lors s'inspirer de la jurisprudence des contentieux analysés à l'aune du GATT⁸³⁶. Le groupe spécial en charge de ce litige va donc suivre cette démarche et reprendre certains critères énoncés par des rapports antérieurs⁸³⁷. Afin de déterminer si oui ou non des produits sont similaires, le groupe a analysé :

- la nature ou la qualité des produits,
- l'utilisation finale des produits,
- les goûts et les habitudes des consommateurs et le classement tarifaire des produits⁸³⁸. En outre, il a essayé, dans le cadre de son analyse du critère de similarité, de déterminer si les cigarettes aux clous de girofle et celles au menthol avaient un effet similaire sur le tabagisme chez les jeunes. À la suite de cette comparaison portant sur l'effet des deux types de cigarettes sur les jeunes, le groupe spécial a considéré que le tabac aromatisé était en général attrayant vu qu'il réduisait la dureté du tabac⁸³⁹. Les deux types de cigarettes sont donc similaires aux yeux du groupe spécial. Ce groupe fonda principalement son approche sur le fait que les cigarettes mises en cause soulevaient les mêmes préoccupations réglementaires invoquées par les États-Unis à savoir la problématique en relation avec le tabagisme juvénile. Il se basa donc sur ce constat pour étayer sa décision⁸⁴⁰. Concernant ce critère, l'organe d'appel a précisé que

⁸³⁵ Voir, [partie B, para. 2.2.2, chapitre IV](#), ci-dessus.

⁸³⁶ Andrew D. Mitchell / Tania Voon, *op.cit.*, p. 90.

⁸³⁷ Les critères utilisés par le groupe spécial lors de son approche ont été consacrés par le groupe spécial en charge de l'affaire, « *Border Tax Adjustments* », au para. 18, p. 3 de son rapport.

⁸³⁸ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *États-Unis - Cigarettes aux clous de girofle* », para. 7.121, p. 57.

⁸³⁹ Cette approche relative au fait que les cigarettes mentholées réduisent la dureté du tabac fut énoncée par le groupe spécial chargé de l'affaire « *États-Unis - Cigarettes aux clous de girofle* » au para. 182 de la p. 74 de son rapport.

⁸⁴⁰ Pour plus de détails, voir le para. 231 à la p. 87 du rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *États-Unis - Cigarettes aux clous de girofle* ».

la question de savoir si les produits étaient similaires ou non pouvait aussi reposer sur la nature et l'étendue de la relation concurrentielle entre les produits mis en cause⁸⁴¹.

Nous allons à présent déterminer si l'interdiction américaine est compatible ou non avec l'obligation relative au traitement national (telle qu'elle est énoncée dans l'article 2.1 AOTC). En effet, l'Indonésie a allégué que les cigarettes aux clous de girofle subissaient un traitement moins favorable que celles au menthol, produites essentiellement sur le sol américain. Cet article sera, comme énoncé précédemment, traité indépendamment de l'article 2.2⁸⁴². Cette approche différera donc de l'analyse de l'article III du GATT de 1994. On constate tout d'abord, que la loi américaine établit une discrimination *de facto* et non *de jure* puisqu'elle ne fait nulle part mention de l'origine des produits qu'elle prohibe. En outre, elle transgresse les dispositions de l'article 2.1 AOTC car elle impose une interdiction à l'encontre de certains produits⁸⁴³. En effet, la plus grande partie des cigarettes importées d'Indonésie aux États-Unis étaient celles aux clous de girofle⁸⁴⁴. Les cigarettes indonésiennes sont donc directement ciblées. Le groupe spécial constata par conséquent que l'interdiction était incompatible avec les dispositions de l'article 2.1. Il considéra en ce sens que la mesure américaine imposait aux cigarettes aux clous de girofle un traitement moins favorable que celui accordé aux cigarettes américaines. En effet, après avoir, en premier lieu, conclu que les deux types de cigarettes étaient similaires, le groupe spécial a estimé qu'il y avait violation de l'article mentionné ci-dessus⁸⁴⁵.

Le groupe spécial a aussi constaté que les États-Unis avaient enfreint l'article 12.2 de l'AOTC. Le défendeur a en effet aménagé un délai inférieur à 6 mois entre la publication et l'entrée en vigueur de l'article 907a) 1) A)⁸⁴⁶.

⁸⁴¹ Rapport de l'organe d'appel dans l'affaire « États-Unis - Cigarettes aux clous de girofle », para. 120, p. 56

⁸⁴² Pour plus de détails, voir [partie 2, para 2.2.2, chapitre IV](#), ci-dessus.

⁸⁴³ Guillaume Busseuil et al, *art.cit.*, p. 184.

⁸⁴⁴ *Ibid.*, pp. 184-185.

⁸⁴⁵ « États-Unis- Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle », DS 406, <https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds406_f.htm> (Dernière consultation : le 21/06/2019).

⁸⁴⁶ *Ibid.*

Les États-Unis ont par la suite fait appel. Ils estimaient que le groupe spécial avait fait une erreur lors de son analyse de la notion de similarité des produits. En outre, ils considéraient que le constat de ce groupe relatif à l'incompatibilité de l'interdiction avec l'article 2.1 était erroné⁸⁴⁷. L'organe d'appel a cependant confirmé la décision du groupe spécial et ce, en dépit des divergences relatives à l'analyse de la similarité des produits⁸⁴⁸. Il est même allé plus loin dans son analyse en précisant que l'article 2.1 ne devait pas être interprété comme interdisant tout préjudice sur les possibilités de concurrence pour les importations des produits dans le cas où ledit préjudice découlait d'une distinction légitime⁸⁴⁹. En effet, pour déterminer si un effet préjudiciable est légitime ou non, il faut examiner la conception, la structure et l'application équitable du règlement technique⁸⁵⁰. Dès lors, on saura si l'interdiction est compatible avec les dispositions de l'article 2.1. L'organe d'appel a par conséquent confirmé la décision du groupe spécial concernant l'incompatibilité de l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle avec l'article susmentionné. Il a en ce sens constaté que la conception ou le fonctionnement de la mesure américaine laissait à penser que l'effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence pour les cigarettes aux clous de girofle reflétait une certaine discrimination à l'égard des produits similaires, importés d'Indonésie⁸⁵¹.

⁸⁴⁷ Ibid.

⁸⁴⁸ L'organe d'appel a eu une approche plus ou moins différente de celle du groupe spécial concernant l'interprétation du texte et du contexte de l'AOTC. Il a en effet tenu au para. 112, p. 53 de son rapport le constat suivant : « Compte tenu de ce qui précède, nous ne partageons pas l'avis du Groupe spécial selon lequel le texte et le contexte de l'Accord OTC étayaient une interprétation du concept de < similarité > employé à l'article 2.1 de l'Accord OTC principalement axée sur les objectifs et buts légitimes du règlement technique, plutôt que sur le rapport de concurrence entre et parmi les produits ».

⁸⁴⁹ L'organe d'appel dans l'affaire : « États-Unis- Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle » a tenu au para. 174, p. 75 de son rapport le constat suivant : « Enfin, comme nous l'avons noté auparavant, l'objet et le but de l'Accord OTC sont d'établir un équilibre entre, d'une part, l'objectif de libéralisation du commerce et, d'autre part, le droit des Membres de réglementer. Cet objet et ce but donnent donc à penser que l'article 2.1 ne devrait pas être interprété comme interdisant tout effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence pour les importations dans le cas où cet effet préjudiciable sur les importations découle exclusivement de distinctions réglementaires légitimes ».

⁸⁵⁰ Ibid., para. 215, pp. 89-90.

⁸⁵¹ « États-Unis- Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle », DS 406 <https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds406_f.htm> (Dernière consultation : le 21/06/2019).

Nous passons maintenant à l'analyse de l'allégation indonésienne selon laquelle l'interdiction américaine n'était en rien nécessaire à la protection de la santé. Cette allégation va donc être examinée au titre de l'article 2.2. Conformément aux dispositions de cet article, un règlement technique ne doit pas être plus restrictif que nécessaire pour réaliser un objectif légitime⁸⁵². De plus, il énonce un droit : le droit des États à élaborer des réglementations techniques qui leur permettraient, à terme, de réaliser des objectifs légitimes tels que la protection de la santé sur leur territoire⁸⁵³. Ce droit n'est cependant pas absolu. En effet, la réglementation technique mise en cause doit poursuivre un objectif légitime. De plus, et comme énoncé précédemment, ladite réglementation ne doit pas être plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire⁸⁵⁴.

Tout d'abord, on constate que la mesure américaine remplit la première condition relative à la légitimité de l'objectif poursuivi car elle aspire à réduire le tabagisme chez les jeunes et donc par ricochet à protéger la santé⁸⁵⁵. L'analyse du deuxième critère relatif à la nécessité de l'interdiction mise en place par le défendeur pour réaliser son objectif de réduction du tabagisme sera beaucoup plus approfondie que la première condition. En effet, en l'absence d'une définition claire du test de nécessité de la part de l'AOTC⁸⁵⁶, il serait pertinent, dans le cadre de notre analyse, de fonder son approche sur la jurisprudence du GATT de 1994. On va donc reprendre certaines conditions énumérées lors de notre partie relative à l'article 2.2 AOTC. On va traiter en premier lieu de l'importance de la valeur non commerciale protégée par la mesure américaine. Ce critère n'a pas donné lieu à une interprétation minutieuse à cause, entre autres, de son évocation lors de l'étude de la légitimité de la mesure américaine⁸⁵⁷. La mesure contestée risque donc d'être considérée comme étant nécessaire à la réduction du tabagisme. Le deuxième critère traite du degré de contribution de la mesure à la réalisation de l'objectif légitime (protection de la santé le cas échéant). On va donc analyser dans quelle mesure, le règlement

⁸⁵² Article 2.2 de l'AOTC.

⁸⁵³ *Ibid.*

⁸⁵⁴ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « États-Unis - Cigarettes aux clous de girofle », DS 406, para. 7.333, p. 114.

⁸⁵⁵ *Ibid.*, para. 347, p. 118.

⁸⁵⁶ Benn McGrady / Alexandra Jones, *art.cit.*, p. 282.

⁸⁵⁷ Guillaume Busseuil et al, *art.cit.*, p. 189.

technique va contribuer à protéger la santé sur le sol américain⁸⁵⁸. Comme énoncé précédemment, le degré de contribution de la mesure peut être déduit de sa conception, sa structure ou plus encore de son application⁸⁵⁹.

En l'espèce, on va essayer de déterminer si l'interdiction américaine apporte une contribution importante à l'objectif de réduction du tabagisme chez les jeunes. Pour qu'une mesure soit jugée importante aux yeux du groupe spécial, elle doit être signifiante et considérable⁸⁶⁰. Ce groupe a conclu que la réglementation technique américaine remplissait bien cette condition et que l'Indonésie n'avait pas réussi à démontrer que l'interdiction américaine était insignifiante. Il considéra aussi que le fait de prohiber ou non les cigarettes mentholées n'influaient en rien sur l'effet de l'interdiction de celles aux clous de girofle sur les jeunes⁸⁶¹. Cette interdiction contribue en effet de manière importante à la lutte antitabac⁸⁶². En outre, le fait d'avoir plus de 6800 jeunes fumeurs de cigarettes aux clous de girofle sur son territoire (nombre jugé dérisoire par l'Indonésie) ne pouvait que renforcer l'argumentation des États-

⁸⁵⁸ Rapport de l'Organe d'appel de l'affaire « États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO) », para. 461, pp. 226-227. Cet organe a tenu le constat suivant : « Dans cette affaire, l'Organe d'appel a précisé qu'une analyse au titre de l'article 2.2 impliquait l'évaluation d'un certain nombre de facteurs, et que l'un de ces facteurs était la question de savoir si un règlement technique < réalisait > un objectif. L'Organe d'appel a expliqué que ce facteur avait trait au degré de contribution que le règlement technique apportait à l'accomplissement de l'objectif légitime, et qu'un groupe spécial devait s'efforcer de déterminer à quel degré, à supposer qu'il le fasse, le règlement technique contesté, tel qu'il était libellé et appliqué, contribuait effectivement à l'objectif légitime poursuivi par le Membre ».

⁸⁵⁹ Rapport de l'organe d'appel de l'affaire « US-Tuna II(Mexico) », para. 317, p. 142.

⁸⁶⁰ L'organe d'appel dans l'affaire « Brésil-Pneus rechapés », a tenu au para. 150, p. 68 de son rapport le constat suivant : « Cela dit, lorsqu'une mesure a sur le commerce international des effets restrictifs aussi graves que ceux qui résultent d'une interdiction d'importer, il apparaît, selon nous, qu'il serait difficile pour un groupe spécial de constater que cette mesure est nécessaire, à moins qu'il ne soit convaincu qu'elle est à même d'apporter une contribution importante à la réalisation de son objectif ».

⁸⁶¹ Le groupe spécial en charge dans l'affaire « États-Unis - Cigarettes aux clous de girofle », a tenu au para. 7.398, p. 131 le constat suivant : « En revanche, les États-Unis font observer que la raison pour laquelle les cigarettes mentholées ont été exclues du champ de l'interdiction était d'éviter les conséquences négatives potentielles associées à l'interdiction de produits dont des dizaines de millions d'adultes sont chimiquement et psychologiquement dépendants à cause des conséquences potentielles mais inconnues pour la santé des utilisateurs individuels ou de l'ensemble de la population ».

⁸⁶² *Ibid.*, para. 7.401, p. 131.

Unis fondée sur le caractère attrayant des dites cigarettes sur les jeunes⁸⁶³. Le groupe spécial a en ce sens reconnu la pertinence de plusieurs études scientifiques présentées par les États-Unis qui mettaient en évidence le danger que représentent les cigarettes aux clous de girofle pour les jeunes⁸⁶⁴. On peut citer, à titre d'exemple, un rapport élaboré par un groupe d'étude de l'OMS (établi conformément à la CCLAT). Ce rapport recommande aux États d'adopter des lois pour interdire les arômes exotiques qui ciblent les jeunes⁸⁶⁵. De plus, une autre étude réalisée par « l'institut national américain de toxicomanie » reconnaît clairement la nature nocive des cigarettes aux clous de girofle. Elle estime en effet que les cigarettes susmentionnées représentent le premier pas vers le tabagisme⁸⁶⁶.

Le prochain critère que l'on va analyser traite du caractère restrictif du règlement technique sur le commerce. On se doit donc, dans le sillage de cette analyse, de déterminer s'il existe ou non d'autres mesures de rechange raisonnablement disponibles, moins restrictives et permettant en même temps de protéger la santé⁸⁶⁷. L'Indonésie a proposé différentes solutions de rechange moins restrictives pour le commerce. En effet, la majorité des alternatives n'interdisaient pas les cigarettes aux clous de girofle mais limitaient leur accès auprès des jeunes⁸⁶⁸. L'Indonésie s'est contentée d'énumérer d'autres dispositions du FSPTCA. Ces dispositions énonçaient des mesures applicables aux cigarettes ordinaires et mentholées. Elles visaient surtout à empêcher les firmes de cibler les jeunes. Elles exposaient aussi les obligations de la CCLAT relatives à la vente de tabac aux mineurs⁸⁶⁹. Le groupe spécial réfuta cette argumentation en estimant notamment que l'Indonésie s'était contentée de lister d'une manière désorganisée et sans détails un ensemble de mesures de rechange que la FDA pourrait appliquer⁸⁷⁰. De même, le groupe spécial a invoqué les directives de la CCLAT prohibant la vente des cigarettes aromatisées pour

⁸⁶³ *Ibid.*, para. 7.390, p. 129.

⁸⁶⁴ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire, « États-Unis-Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle », paras. 7.404-7.414, pp. 133-137.

⁸⁶⁵ *Ibid.*, para 7. 413, p. 136.

⁸⁶⁶ *Ibid.*, para. 7.406, p. 133.

⁸⁶⁷ Rapport de l'organe d'appel de l'affaire « États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO) », DS 384, para. 471, pp. 231-232.

⁸⁶⁸ Guillaume Busseuil et al, *art.cit.*, p. 190.

⁸⁶⁹ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « États-Unis-Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle », DS 406, para. 7.420, p. 139.

⁸⁷⁰ *Ibid.*

étayer sa décision⁸⁷¹. Il a par conséquent conclu que l'Indonésie n'avait proposé aucune alternatives sérieuses et fiables à la mesure contestée⁸⁷². En l'absence donc de mesure de rechange équivalente, le groupe spécial s'est prononcé en faveur de l'argumentation des États-Unis selon laquelle la réglementation mise en cause était nécessaire pour protéger la santé⁸⁷³.

On constate donc que l'Indonésie n'a pas réussi à démontrer que l'interdiction était plus restrictive pour le commerce qu'il n'était nécessaire pour accomplir un objectif légitime (lutte antitabac chez les jeunes) au sens de l'article 2.2⁸⁷⁴. Cette conclusion a été fondée sur plusieurs preuves et données empiriques qui confirment la constatation selon laquelle la prohibition des cigarettes aux clous de girofle pouvait aider à réduire le tabagisme chez les jeunes⁸⁷⁵. Concernant les autres conclusions établies par les différents organes en charge de l'affaire, on peut noter, à titre d'exemple, que les États-Unis ont enfreint l'article 2.9 relatif à l'obligation de notifier tout règlement technique aux Membres de l'OMC⁸⁷⁶. Mais dans le cadre de notre étude de la lutte antitabac, ce sont surtout les articles 2.1 et 2.2 de l'AOTC qui nous intéressent le plus.

L'organe d'appel a, par la suite, approuvé la plupart des conclusions établies par le groupe spécial, surtout celles en relation avec l'article 2.1⁸⁷⁷. Il confirme notamment le constat selon lequel l'interdiction des cigarettes mentholées au titre de l'article 907 a) 1) A) de la FSPTCA était contraire aux dispositions de l'article 2.1 AOTC⁸⁷⁸. Il a cependant mis l'accent, lors de sa décision, sur l'importance de la lutte contre le tabagisme chez les jeunes. L'organe d'appel a en

⁸⁷¹ *Ibid.*, para. 7.427, p. 142.

⁸⁷² *Ibid.*, para. 7.421, p. 139.

⁸⁷³ *Ibid.*, para. 8.1, p. 193.

⁸⁷⁴ « États-Unis- Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle », DS 406, <https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds406_f.htm> (Dernière consultation : le 26/06/2019).

⁸⁷⁵ *Ibid.*

⁸⁷⁶ *Ibid.*

⁸⁷⁷ Rapport de l'organe d'appel de l'affaire « États-Unis-Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle », para. 298, p. 118.

⁸⁷⁸ *Ibid.*, para. 233, p. 97.

effet estimé qu'un membre avait tout à fait le droit d'adopter des mesures pour remplir des objectifs légitimes tels que la lutte antitabac. Il estime néanmoins que ce droit doit prendre en compte les dispositions de l'AOTC⁸⁷⁹.

On constate que l'interdiction américaine est incompatible avec les dispositions de l'article 2.1. Elle est cependant en accord avec les obligations énoncées dans l'article 2.2 du fait notamment de la légitimité de l'objectif qu'elle poursuit⁸⁸⁰. En effet, une mesure peut violer l'article 2.1 sans pour autant enfreindre les dispositions de l'article 2.2. Ce litige reflète donc parfaitement la prise en compte des valeurs non marchandes par les différents organes de l'OMC. Elle nous prouve en effet que cette organisation peut, par le biais de ses différents accords, donner gain de cause aux États voulant protéger cette notion primordiale qu'est la santé. En outre, on remarque que le groupe spécial en charge de cette affaire prend en considération certaines directives de la CCLAT et ce, en dépit de leur caractère non contraignant. En mentionnant ces directives pour étayer sa décision, ce groupe prouve qu'il est possible de concilier entre le droit international sanitaire et les différents accords de l'OMC. Il ne faut cependant pas analyser les jugements rendus par les différents groupes spéciaux de l'OMC à travers le seul prisme des droits de l'homme car les intérêts économiques seront toujours présents. Le mérite de l'analyse des organes en charge de cette affaire est d'avoir réussi à articuler les règles de l'OMC avec certains impératifs sanitaires. On va traiter dans la partie suivante d'un autre contentieux ayant trait au tabac. En effet, dans une affaire assez récente, les organes de l'OMC ont dû statuer sur des litiges en relation avec l'adoption par certains États de mesures imposant les emballages neutres aux produits du tabac.

⁸⁷⁹ L'organe d'appel dans l'affaire « États-Unis- Cigarettes aux clous de Girofle », a tenu au para. 236, pp. 97-98 de son rapport le constat suivant : « Bien que nous ayons confirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle la mesure spécifique en cause dans le présent différend est incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC, nous ne disons pas qu'un Membre ne peut pas adopter de mesures pour rechercher des objectifs de santé légitimes tels que limiter ou empêcher le tabagisme chez les jeunes. En particulier, nous ne disons pas WT/DS406/AB/R Page 98 que les États-Unis ne peuvent pas interdire les cigarettes aux clous de girofle : toutefois, s'ils choisissent de le faire, cela doit être fait d'une manière compatible avec l'Accord OTC ».

⁸⁸⁰ Pour plus de détails, voir para. 8.1 (b)-(c) du rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « États-Unis- Cigarettes aux clous de Girofle ».

2.3. 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 (2020)

Nous allons, au cours de cette partie, analyser ce litige uniquement sous l'angle de l'examen réalisé par les organes de l'OMC à l'aune de l'AOTC. Les conclusions établies à la lumière de l'accord sur les ADPIC seront étudiées plus loin dans ce travail. En effet, cette affaire traite principalement de questions en relation avec le droit de la propriété intellectuelle. Cette thématique sera donc examinée lors du chapitre relatif à l'encadrement du tabac au sein de cette branche du droit.

La législation australienne en matière de conditionnement neutre a suscité de nombreuses polémiques, notamment au niveau de l'OMC⁸⁸¹. En effet, plusieurs pays producteurs de tabac ont contesté la légalité de cette loi et ont donc invoqué certaines dispositions du droit de l'OMC. Cette contestation résulte en partie du fait que le conditionnement neutre, tel qu'il est prévu par l'Australie, menace les intérêts économiques de ces pays⁸⁸².

On peut mentionner la plainte déposée par l'Ukraine à l'encontre de la législation australienne. En effet, cet État a demandé en 2012 l'ouverture de consultations au sujet du *Tobacco Plain Packaging Act* (TPP). Il a été rejoint par la suite par d'autres Membres de l'OMC tels que le Brésil ou plus encore l'Indonésie. Néanmoins, l'Ukraine demanda au groupe spécial d'arrêter ses travaux en raison de sa volonté d'arriver à un accord mutuel avec l'Australie. La compétence du groupe spécial est alors caduque du fait de l'abandon de l'affaire par le plaignant⁸⁸³. C'est donc un autre groupe de pays composé, entre autres, de l'Indonésie, de Cuba ou plus encore du Honduras qui a repris le

⁸⁸¹ Le contenu de cette législation sera analysé plus loin dans ce travail. Voir en ce sens, [partie B, para. 1.3.2, chapitre V](#) ci-dessous.

⁸⁸² Voir Organisation mondiale du commerce, DS 435 : *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*.

⁸⁸³ Organisation mondiale du commerce, DS 435 : *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*, <https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds467_f.htm> (Dernière consultation : le 13/11/2019).

flambeau. Ces États ont demandé le 20 septembre 2013 l'ouverture de consultations avec l'Australie au sujet de certaines de ses réglementations relatives au conditionnement⁸⁸⁴.

Comme mentionné au début de cette partie, nous allons analyser ce litige uniquement sous l'angle de l'AOTC. Les plaignants arguent, concernant ce point, que les mesures relatives au conditionnement neutre ne sont pas conformes aux dispositions de cet accord⁸⁸⁵. En effet, ils estiment que les obligations en matière d'emballages neutres ont un caractère plus restrictif que nécessaire au commerce⁸⁸⁶. En outre, certains États, tels que l'Indonésie, considèrent que le TPP opère une discrimination entre les produits nationaux et similaires importés⁸⁸⁷.

On constate donc qu'une multitude d'accords sont en jeu. Les allégations relatives aux AOTC portent principalement sur les articles 2.1 et 2.2⁸⁸⁸.

A noter aussi que des allégations ont été déposées au titre de l'article III du GATT de 1994. Les plaignants ont notamment insisté, lors de leur requête, sur le possible caractère discriminatoire de la législation australienne. Ces revendications ont été néanmoins abandonnées⁸⁸⁹.

2.3.1. *L'analyse au titre de l'article 2.2 de l'AOTC*

2.3.1.1. *Les principaux arguments présentés par les parties au litige au sens de l'article 2.2 de l'AOTC*

Le Honduras a demandé, le 15 octobre 2012, l'établissement d'un groupe spécial. Ce groupe a vu le jour le 25 septembre 2013 et ce, à la suite de la réunion de l'Organe de règlement des différends (ORD)⁸⁹⁰. Il va d'abord examiner les allégations des plaignants au titre de l'article 2.2. Le groupe spécial va donc être amené à analyser le degré de contribution de la mesure contestée dans la réalisation de l'objectif en matière de santé. Cette analyse permettra au groupe

⁸⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁸⁹ *Ibid.*

⁸⁹⁰ *Ibid.*

spécial de se prononcer sur la légalité du TPP. En outre, il se doit, dans le cadre de son examen, de vérifier s'il existe une autre mesure moins restrictive pour le commerce⁸⁹¹.

De nombreuses données et autres études ont été donc présentées par les plaignants pour contester la légalité de la législation australienne. On peut mentionner, à titre d'exemple, le Honduras qui a exposé plusieurs preuves contre le TPP. Cet État a en ce sens présenté une étude réalisée par *l'Institut du Cancer de la Nouvelle-Galles du sud* qui risque de remettre en cause les effets du TPP sur la prévalence du tabagisme. Les données récoltées par cet institut ne montrent en effet aucune diminution du tabagisme⁸⁹². En outre, le sevrage tabagique n'a pas connu de changement depuis l'introduction du conditionnement neutre⁸⁹³. De plus, le Honduras a exposé d'autres études réalisées par des experts qui démontraient que les emballages neutres n'étaient en rien déterminants dans l'arrêt du tabagisme⁸⁹⁴. L'Australie a réfuté ces arguments en arguant notamment que le TPP allait produire des résultats dans le temps et ce, conjointement à d'autres mesures⁸⁹⁵.

Le Honduras a, par la suite, présenté quatre mesures de rechange capables d'apporter un degré de contribution équivalent à l'objectif de réduction du tabagisme et ce, tout en étant moins restrictives. Il proposa tout d'abord d'augmenter l'âge légal de consommation en le faisant passer de 18 ans à 21 ans⁸⁹⁶. Ensuite, il suggéra d'augmenter les taxes sur le tabac en citant notamment les expériences passées de certains Membres à la CCLAT⁸⁹⁷. Le Honduras proposa,

⁸⁹¹ Pour plus d'informations sur le test de nécessité au sein de l'AOTC, voir [partie 2, para 2.2, chapitre IV](#) ci-dessus.

⁸⁹² Annexes A → C du rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *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* » Addendum, annexe B-26, DS 435, para. 80, p. 42.

⁸⁹³ *Ibid.*

⁸⁹⁴ *Ibid.*, annexe B-27, paras 85-86, pp. 43-44.

⁸⁹⁵ *Ibid.*, annexe B-27, paras 85-86, pp. 43-44.

⁸⁹⁶ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *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* », DS :435, para. 7.1413, p. 545.

⁸⁹⁷ Annexes A → C du rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *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* » Addendum, annexe B-19, DS 435, para. 60, p. 35.

en outre, d'instaurer un mécanisme permettant d'inspecter les produits du tabac avant leur commercialisation⁸⁹⁸. Cet État estima aussi que le renforcement des campagnes de marketing pour prévenir les jeunes sur les dangers du tabac pouvait être plus efficace en matière de lutte antitabac⁸⁹⁹. D'autres arguments ont été en ce sens présentés par les plaignants⁹⁰⁰.

L'Australie a, par la suite, avancé toute une série de preuves étayant sa législation en matière d'emballages neutres. Elle estime tout d'abord que l'objectif de santé publique est en mesure de se réaliser par le biais de la réduction de l'attrait des emballages⁹⁰¹. Elle considère en ce sens que le conditionnement neutre peut renforcer l'efficacité des mises en garde sanitaires. En outre, le défendeur avance que la législation contestée aide à ne pas induire en erreur le consommateur sur les effets nocifs du tabac⁹⁰². Il appelle aussi le groupe spécial à ne pas tenir compte des arguments qui mettent l'accent exclusivement sur la prévalence du tabagisme pour déterminer l'objectif de la mesure⁹⁰³. Le TPP s'inscrit donc, de l'avis du défendeur, dans le cadre de sa volonté de mettre en œuvre les dispositions de la CCLAT⁹⁰⁴. Nous allons par conséquent maintenant analyser l'approche du groupe spécial.

⁸⁹⁸ *Ibid.*, para. 61, p. 35.

⁸⁹⁹ *Ibid.*, para. 62, p. 36.

⁹⁰⁰ Voir Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « 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 ».

⁹⁰¹ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « 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 », paras. 7.204-7.207, p. 187.

⁹⁰² *Ibid.*

⁹⁰³ *Ibid.*, para. 7.206, p. 188.

⁹⁰⁴ Lukasz Gruszczynski / Margherita Melillo, *The FCTC and its Role in WTO Law: Some Remarks on the WTO Plain Packaging Report*, Cambridge University Press, 2018, p. 565.

2.3.2. Détermination de l'objectif de la législation australienne en matière de conditionnement neutre

Le groupe spécial considère que la législation australienne, telle qu'elle est libellée, a deux principaux objectifs. Elle vise en premier lieu à améliorer la santé publique⁹⁰⁵. Elle a aussi pour but de donner effet aux obligations de l'Australie qui découlent de la CCLAT⁹⁰⁶. Le groupe spécial réfute donc les allégations des plaignants selon lesquelles le TPP aspire seulement à réduire la prévalence du tabagisme. En effet, à la suite d'une analyse minutieuse de la législation australienne, il a constaté que cette loi visait aussi à réduire l'exposition à la fumée du tabac et à décourager les personnes à consommer les produits tabagiques⁹⁰⁷. Dès lors, le groupe spécial va essayer de déterminer le but fondamental et final du TPP pour pouvoir se prononcer sur sa légalité.

Le groupe spécial estima que la législation contestée visait à améliorer la santé publique en réduisant la consommation du tabac et l'exposition à ses produits⁹⁰⁸. De plus, il considéra que le fait de donner effet aux obligations de l'Australie qui lui incombait dans le cadre de la CCLAT n'était pas le but final du TPP⁹⁰⁹. En effet, la mise en œuvre de certaines dispositions de cette convention s'inscrit dans le cadre de la volonté du défendeur de réaliser ses

⁹⁰⁵ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *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* », para. 7.218, p. 190.

⁹⁰⁶ *Ibid.*

⁹⁰⁷ *Ibid.*, paras. 7. 221-7.222, pp. 191-192.

⁹⁰⁸ Le groupe spécial a tenu au para. 7.243, p. 196 de son rapport le constat suivant : « *Compte tenu de ces éléments, nous considérons que la référence qui est faite, dans la Loi TPP ainsi que dans son exposé des motifs et ses documents connexes, à l'intention de l'Australie de donner effet à certaines obligations dans le cadre de la FCTC en adoptant les mesures TPP étaye et confirme encore que l'objectif de ces mesures, aux fins de notre détermination au titre de l'article 2.2 (à savoir, identifier la préoccupation de politique générale fondamentale à laquelle répondent les mesures contestées) est d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits* ».

⁹⁰⁹ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *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* », para. 7.238, p. 195.

objectifs en matière d'amélioration de la santé publique⁹¹⁰. De ce fait, le groupe spécial a conclu que le but principal du TPP était d'améliorer la santé par le biais de la réduction de la consommation tabagique⁹¹¹. En outre, l'objet de la législation australienne est, du point de vue de l'OMC, légitime vu qu'il fait partie de la liste des objectifs énoncés par l'article 2.2 de l'AOTC⁹¹². On essaiera maintenant de statuer sur la légalité du TPP au titre de l'article 2.5 de l'AOTC.

2.3.3. Analyse du TPP à l'aune de l'article 2.5 de l'AOTC

L'article 2.5 énonce des dispositions pertinentes qui peuvent être invoquées par un pays souhaitant prouver la légalité d'une mesure contestée. En effet, en vertu l'article 2.5, il est présumé que les règles conformes aux normes internationales pertinentes ne sont pas plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime⁹¹³. L'Australie va alors invoquer les articles 11 et 13 de la CCLAT (et leurs directives) pour justifier la légalité du TPP⁹¹⁴.

⁹¹⁰ Le groupe spécial en charge de l'affaire « *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* » énonce au para. 7.238, p. 195 ce qui suit : « En fait, nous estimons que l'intention de l'Australie de donner effet à certaines de ses obligations dans le cadre de la FCCT au moyen des mesures TPP, y compris la Loi TPP, est directement liée, et conforme, à son objectif d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits ».

⁹¹¹ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *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* », para. 7. 243, p. 196.

⁹¹² *Ibid.*, para. 7.251, p. 198.

⁹¹³ L'article 2.5 de l'AOTC stipule ce qui suit : « Lorsqu'il élaborera, adoptera ou appliquera un règlement technique pouvant avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres, un Membre justifiera, si un autre Membre lui en fait la demande, ce règlement technique au regard des dispositions des paragraphes 2 à 4. Chaque fois qu'un règlement technique sera élaboré, adopté ou appliqué en vue d'atteindre l'un des objectifs légitimes expressément mentionnés au paragraphe 2, et qu'il sera conforme aux normes internationales pertinentes, il sera présumé - cette présomption étant réfutable - ne pas créer un obstacle non nécessaire au commerce international ».

⁹¹⁴ Organisation mondiale de la santé, *Le conditionnement neutre des produits du tabac / Éléments factuels, élaboration et mise en œuvre de la politique*, 2017, p. 51.

Le groupe spécial a néanmoins réfuté cet argument. Il estima en effet que les directives ne pouvaient être considérées comme étant des normes internationales au sens de l'AOTC⁹¹⁵. Ce constat découle du fait que l'article 2.5 de cet accord mentionne certaines conditions relatives à la notion de normes internationales. Une réglementation doit d'abord constituer une règle exigeant le respect de certaines conditions pour pouvoir entrer dans le champ d'application de l'article susmentionné⁹¹⁶. Ensuite, il faut qu'elle soit adoptée par un organisme international⁹¹⁷. La réglementation contestée doit enfin faire l'objet d'une utilisation commune et répétée⁹¹⁸.

A la lumière de ces conditions, le groupe a considéré que les directives ne remplissaient pas ces conditions et ce, du fait de plusieurs raisons. Il estima que la nature interdépendante des obligations de la CCLAT et de ses lignes directrices rendait difficile la possibilité de pouvoir isoler les éléments spécifiques des directives en tant que document à part entière⁹¹⁹. De ce fait, le groupe spécial a jugé qu'il n'était pas en mesure d'identifier toutes les règles pertinentes qui constitueraient une norme relative à l'emballage neutre⁹²⁰. Ce constat s'affirme encore plus si l'on se réfère à l'interprétation du sens exact de la notion « *d'emballages neutres* », établie par les directives des articles 11 et 13. En effet, il y a quelques différences dans la formulation des recommandations sur ces emballages⁹²¹.

On constate donc que les directives des articles 11 et 13 ne sont pas assez claires et précises⁹²². Le refus du groupe spécial de reconnaître les directives comme étant une norme internationale au sens de l'article 2.5 de l'AOTC est cependant susceptible de donner lieu à plusieurs problèmes d'interprétation. En effet, son approche rigide risque d'avoir des répercussions qui vont au-delà du litige en question. Le groupe spécial aurait pu donc agir autrement. Ce constat découle du fait que les règles relatives aux mesures contenues au sein de la CCLAT doivent être lues et interprétées en fonction des autres pro-

⁹¹⁵ Lukasz Gruszczynski / Margherita Melillo, *art.cit.*, p. 570.

⁹¹⁶ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *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* », para. 7. 281, p. 209.

⁹¹⁷ *Ibid.*

⁹¹⁸ *Ibid.*

⁹¹⁹ *Ibid.*, para. 7. 328, p. 226.

⁹²⁰ *Ibid.*, para. 7. 330, p. 227.

⁹²¹ Lukasz Gruszczynski / Margherita Melillo, *art.cit.*, p. 571.

⁹²² Voir les directives d'application pour les articles 11 et 13 de la CCLAT.

tocoles et directives de cette convention⁹²³. Cette convention et ses directives font en effet partie d'un réseau complet d'obligations et de recommandations politiques⁹²⁴. Il faut donc mettre en place une approche globale en matière de lutte antitabac. L'interprétation rigide risque alors de rendre impossible l'identification d'un document pouvant être qualifié de norme internationale au sens de l'AOTC⁹²⁵.

La nature non contraignante des directives a pu aussi jouer un rôle dans leur non-reconnaissance comme normes internationales au sens de l'article 2.5 de l'AOTC⁹²⁶. Cependant, et en dépit de toutes ces constatations, des groupes spéciaux ont reconnu que les directives de la CCLAT pouvaient être pertinentes dans quelques circonstances. En effet, certains d'entre eux ont fait mention de ces directives pour étayer leur argumentation. On peut citer, à titre d'exemple, le groupe spécial en charge de l'affaire « États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle » qui a cité les directives prohibant les cigarettes aromatisées⁹²⁷. En ce qui concerne la conformité du TPP avec les normes internationales, le groupe spécial estime que la législation australienne est bel et

⁹²³ Les mesures énoncées par la CCLAT ont été complétées par des directives d'application et des protocoles. Le protocole pour éliminer le commerce illicite des produits du tabac a par exemple pour but de prolonger et de compléter l'article 15 de la CCLAT. En outre, les directives visent à faciliter la mise en œuvre de cette convention.

⁹²⁴ La CCLAT contient des obligations contraignantes mais aussi des recommandations qu'elle énonce en général par le biais de ses directives. L'adoption du conditionnement neutre découle, par exemple, des directives d'application des articles 11 et 13 où l'on utilise notamment l'expression « devrait envisager l'adoption ».

⁹²⁵ Cf. *supra*, note 921.

⁹²⁶ Pour plus de détails sur la nature des directives, voir, [partie 6, para. 6.4, chapitre III](#) ci-dessus.

⁹²⁷ Le groupe spécial en charge de l'affaire « États-Unis-Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle » a tenu, para. 7.427, p. 142 de son rapport le constat suivant : « Enfin, bien qu'une interdiction des cigarettes aromatisées ne compte pas parmi les diverses mesures énoncées dans la convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac elle-même, nous rappelons que prohiber la vente de cigarettes aromatisées est en fait l'une des mesures qui sont désormais recommandées dans les Directives partielles de l'OMS ».

bien un règlement technique au sens de l'AOTC⁹²⁸. Néanmoins, il considère en même temps que le TPP ne remplit pas toutes les conditions pour pouvoir être qualifié de norme internationale. De ce fait, il ne peut être présumé comme étant d'office un règlement qui ne crée aucun obstacle non nécessaire au commerce⁹²⁹. Nonobstant ce constat, les conclusions relatives aux directives n'impliquent aucune détermination à l'encontre de la pertinence de la CCLAT⁹³⁰.

Nous allons, dans la prochaine partie, analyser l'approche établie par le groupe spécial dans le cadre de sa détermination du degré de contribution de la législation australienne à la réalisation de l'objectif en matière de réduction du tabagisme.

2.3.4. Contribution du TPP à la réalisation de l'objectif en matière de réduction du tabagisme

La seconde étape de notre analyse va traiter du degré de contribution du TPP à l'objectif en matière d'amélioration de la santé. L'Australie estime en ce sens que l'emballage neutre réduit l'attrait du tabac et diminue les perceptions positives des fumeurs⁹³¹. En outre, le défendeur a encore une fois avancé le fait que le TPP allait produire ses effets à long terme⁹³².

Le groupe spécial va donc être amené à analyser la conception, la structure et le fonctionnement des mesures. Il considère en premier lieu que la législation contestée reflète une chaîne de causalité selon laquelle l'adoption d'une présentation uniforme des produits du tabac est censée réduire l'attrait desdits produits et augmenter l'efficacité des mises en garde sanitaires⁹³³. L'Australie a présenté en ce sens une série de preuves relatives au fait que l'em-

⁹²⁸ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « 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 », paras 7.403-7.404, p. 254. Le groupe spécial énonce ce qui suit : « Compte tenu de ce qui précède, nous constatons que l'Australie n'a pas démontré que les mesures TPP étaient < conforme[s] aux normes internationales pertinentes > aux fins de la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC. Par conséquent, nous constatons également que les mesures TPP ne peuvent pas être < présumé[s] – cette présomption étant réfutable – ne pas créer un obstacle non nécessaire au commerce international > ».

⁹²⁹ *Ibid.*, para. 7. 402, p. 254.

⁹³⁰ *Ibid.*, para. 7. 243, p. 196.

⁹³¹ *Ibid.*, para. 7. 451, p. 270.

⁹³² *Ibid.*, para. 7. 454, p. 271.

⁹³³ *Ibid.*, para. 7. 519, p. 288.

ballage pouvait jouer le même rôle que la publicité pour attirer les jeunes consommateurs⁹³⁴. L'industrie du tabac a elle-même reconnu l'attrait qu'exerçait le conditionnement classique des produits du tabac sur les plus jeunes⁹³⁵. De plus, le défendeur estime que le TPP fait partie d'un vaste programme de lutte antitabac qui pourra, à terme, réduire le tabagisme⁹³⁶. Il mentionne en ce sens certaines conclusions tenues par des groupes d'appel qui considèrent que les règlements techniques n'ont pas besoin d'être immédiatement observables pour qu'ils soient jugés comme compatibles avec l'article 2.2⁹³⁷. Les études présentées par les plaignants sur les effets à court terme de cette loi sont donc impertinentes. En outre, le défendeur a fait savoir que le TPP entraînait des réductions appréciables de la consommation tabagique et ce, si l'on se base sur les effets à court terme de cette loi⁹³⁸. L'Australie a aussi mis l'accent sur le fait que le tabac était le seul produit qui tuait la moitié de ses utilisateurs lorsqu'il était utilisé de la même façon avec le même conditionnement⁹³⁹.

Le groupe spécial a donc considéré, au regard des arguments présentés par les parties, que le TPP, combiné aux autres législations existantes, pouvait contribuer à l'objectif de l'Australie en matière de réduction de la consommation du tabac et de l'exposition à la fumée⁹⁴⁰. Il a en ce sens mentionné le préambule de la CCLAT qui estime que l'épidémie du tabagisme était un problème mondial qui menaçait directement la santé publique⁹⁴¹. Le groupe spécial considère par conséquent que la non-réduction de l'usage du tabac pouvait avoir de graves conséquences, surtout sur les jeunes⁹⁴². On va essayer de déterminer, au cours

⁹³⁴ *Ibid.*, para. 7. 450, p. 269.

⁹³⁵ *Ibid.*, para. 7. 450, p. 269.

⁹³⁶ *Ibid.*, para. 7. 449, p. 269.

⁹³⁷ Rapport de l'organe d'appel de l'affaire « Brésil- Pneumatiques rechapés », DS 332, para. 151, p. 69.

⁹³⁸ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « 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 », DS 435, para. 7.453, p. 271.

⁹³⁹ Tania Voon, *Third Strike: The WTO Panel Reports Upholding Australia's Tobacco Plain Packaging Scheme*, *Journal of World Investment and Trade*, 2019, p. 159.

⁹⁴⁰ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « 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 », DS 435, para. 7.1025, p. 446.

⁹⁴¹ *Ibid.*, para. 7. 1309, p. 525.

⁹⁴² *Ibid.*, para. 7. 1317, p. 527.

de la prochaine partie, s'il existe des mesures moins restrictives pour le commerce et capables en même temps de réaliser des objectifs identiques de santé publique.

2.3.5. Analyse du groupe spécial relative au caractère restrictif de la législation australienne

Comme énoncé précédemment, le Honduras estime que les mesures australiennes en matière d'emballages neutres sont plus restrictives que nécessaires pour le commerce. Il considère en ce sens que le TPP risque d'avoir des répercussions sur les autres Membres de l'OMC⁹⁴³. Le Honduras avance notamment le fait que la législation australienne relative au conditionnement neutre diminue la capacité du consommateur à différencier leurs produits en fonction du logo⁹⁴⁴. Il estime par la même occasion que le TPP impose des barrières potentiellement sévères à l'entrée de toute entreprise souhaitant introduire une nouvelle marque⁹⁴⁵.

Le groupe spécial va tout d'abord examiner le caractère restrictif de la mesure australienne. L'Australie a allégué que le TPP n'était en rien restrictif pour le commerce. Le groupe spécial réfuta cette argumentation en soutenant que les emballages neutres, via leur objectif en matière de réduction de la consommation de tabac, allaient forcément diminuer le volume des produits de tabac importé⁹⁴⁶. On constate donc que le groupe spécial a confirmé l'argumentation australienne en faveur de l'efficacité des emballages neutres pour réduire l'attrait du tabac mais a en même temps rejeté son argument relatif à son caractère non restrictif⁹⁴⁷. Néanmoins, ce constat ne rend pas le TPP contraire au droit de l'OMC (AOTC plus précisément). En effet, on est tenté de décrire toute mesure aspirant à réduire la consommation d'un produit comme étant nécessairement restrictive pour le commerce. Cependant, si on étudie de plus près l'anatomie de l'article 2.2 de l'AOTC, on remarque que ce sont les obstacles inutiles qui sont prohibés et non les mesures restrictives⁹⁴⁸.

⁹⁴³ Tania Voon, *art.cit.*, 2019, p. 161.

⁹⁴⁴ *Ibid.*

⁹⁴⁵ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *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* », DS 435, para. 7. 1101, p. 468.

⁹⁴⁶ *Ibid.*, para. 7.1208, p. 498.

⁹⁴⁷ Tania Voon, *art.cit.*, 2019, p. 164.

⁹⁴⁸ Pour plus de détails sur l'article 2.2 de l'AOTC, voir [partie 2, para. 2.2.2, chapitre IV](#) ci-dessus.

De ce fait, et comme énoncé précédemment, la mesure australienne ne sera jugée comme contraire à l'article 2.2 que si une alternative moins restrictive pour le commerce est raisonnablement disponible.

2.3.6. *Analyse des alternatives présentées par les plaignants*

Le Honduras a présenté, comme on l'a mentionné précédemment, quatre alternatives au TPP. En ce qui concerne la proposition d'augmenter l'âge légal de consommation de 18 ans à 21 ans, le groupe spécial estime que cette mesure n'est pas nécessairement moins restrictive pour le commerce que la mesure australienne⁹⁴⁹. Il considère notamment qu'une telle proposition allait éliminer toute vente potentielle aux personnes âgées de 18 ans à 21 ans et ainsi faire disparaître toute possibilité concurrentielle associée auxdites ventes⁹⁵⁰.

Quant à la contribution de la mesure de rechange à l'objectif de l'Australie, le groupe spécial estime que ladite mesure allait affecter la disponibilité des produits du tabac et non la demande⁹⁵¹. Néanmoins, il juge que la proposition du Honduras ne fournit pas de contribution équivalente à la mesure contestée du fait qu'elle ne traite pas de l'initiation, de la cessation ou de la rechute dans d'autres catégories d'âge⁹⁵². Le groupe spécial considère en effet que pour que l'alternative proposée soit fonctionnelle et recevable à ses yeux, elle doit fonctionner en l'absence de la mesure contestée plutôt qu'en combinaison avec elle. Il estime que le TTP, combiné avec la législation australienne actuelle en matière d'âge légal de consommation, est plus apte à réduire la consommation de tabac pour tous les groupes d'âge en Australie⁹⁵³.

En ce qui concerne la proposition du Honduras d'augmenter les taxes, l'Australie considère que ladite proposition ne représente pas une alternative au TPP car cette loi impose déjà des augmentations régulières des droits d'accises en relation avec le tabac⁹⁵⁴. Cependant le groupe spécial estime que la mesure de rechange proposée par les plaignants est une variante de la norme austra-

⁹⁴⁹ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *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* », DS 435, para. 7.1413, p. 549.

⁹⁵⁰ *Ibid.*

⁹⁵¹ *Ibid.*, para. 7.1458, p. 563.

⁹⁵² *Ibid.*, para. 7.1460, p. 563.

⁹⁵³ *Ibid.*, para. 7.1461, pp. 563-564.

⁹⁵⁴ *Ibid.*, para. 7.1477, pp 566-567.

lienne relative à l'augmentation des taxes⁹⁵⁵. Il a donc procédé à l'évaluation du caractère restrictif de la mesure de rechange proposée. Il a en ce sens pris note de toutes les augmentations appliquées par l'Australie. Il a notamment mentionné le fait que ce pays comptait parmi les États où les taxes étaient les plus élevées au monde⁹⁵⁶. Le groupe spécial a conclu, à la lumière des données dont il dispose, que l'augmentation des taxes ne serait pas moins restrictive pour le commerce que les mesures contestées. En effet, il avança que si la mesure proposée (augmentation des taxes) apportait le même résultat que le TPP, elle serait tout aussi restrictive pour les échanges commerciaux⁹⁵⁷. De plus, il a jugé qu'une augmentation des taxes ne résoudrait pas le problème des images ou messages véhiculés par les emballages du tabac⁹⁵⁸. On constate donc que la mesure proposée par le Honduras n'apporte pas une contribution équivalente au TPP pour réaliser son objectif en matière de réduction de la consommation du tabac⁹⁵⁹.

Le groupe spécial a tenu le même constat pour les deux autres alternatives proposées par le Honduras (amélioration des campagnes de marketing pour sensibiliser les jeunes sur les méfaits du tabac et l'instauration d'un mécanisme pour inspecter les produits avant leur écoulement). Il a en ce sens considéré que les mesures proposées ne permettaient pas d'aborder les effets relatifs à la conception des emballages. Il jugea que les propositions du Honduras ne pouvaient pas mettre fin à la capacité du conditionnement à induire en erreur le consommateur⁹⁶⁰. Ce constat s'affirme même si le groupe spécial procédait à une combinaison des quatre mesures proposées⁹⁶¹. En outre, le défendeur applique déjà deux des quatre propositions⁹⁶².

⁹⁵⁵ *Ibid.*, para. 7.1479, p. 568.

⁹⁵⁶ *Ibid.*, para. 7.1477, pp. 566-567.

⁹⁵⁷ Tania Voon, *art.cit.*, 2019, p. 167.

⁹⁵⁸ *Ibid.*, p. 168.

⁹⁵⁹ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *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* », DS 435, para. 7.1531, p. 584.

⁹⁶⁰ Tania Voon, *art.cit.*, 2019, p. 169.

⁹⁶¹ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *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* », DS 435, para. 7.1721, p. 638.

⁹⁶² L'Australie a déjà mis en place un âge minimum pour la consommation des produits du tabac. De plus, il impose des taxes très élevées sur ces produits.

En ce qui concerne la quatrième alternative relative à l'instauration d'un mécanisme de contrôle, une mesure pareille engendrerait des coûts supplémentaires. Elle risque notamment de ne pas être moins restrictive pour le commerce que le TPP⁹⁶³.

Les différentes conclusions établies par le groupe spécial nous permettent d'établir un constat contraire aux attentes des parties plaignantes. En effet, on constate, à la lumière de l'analyse établie au cours de cette partie, que les alternatives qui sont aussi efficaces que la législation contestée seront tout aussi restrictives pour le commerce⁹⁶⁴. Cette appréciation se fonde sur le fait que le TPP puise son caractère restrictif dans sa capacité à faire baisser l'usage du tabac et donc indirectement les ventes⁹⁶⁵. On conclut finalement que toute proposition aussi efficace que la mesure contestée sera forcément aussi restrictive pour le commerce.

2.3.7. *Le constat final*

En dépit des difficultés à déterminer, avec précision, les effets de la législation australienne, le groupe spécial a considéré que les dispositions du TPP contribuaient efficacement à l'objectif de réduction de l'usage du tabac⁹⁶⁶. En outre, il a estimé qu'il n'existait aucune mesure moins restrictive et capable de réaliser cet objectif de diminution du tabagisme⁹⁶⁷. Finalement, le groupe spécial a conclu que les plaignants n'avaient pas prouvé que les dispositions du TPP étaient incompatibles avec l'article 2.2 de l'AOTC. Les mesures TPP ne sont donc pas plus restrictives pour le commerce que nécessaires pour réaliser un objectif légitime. On est alors en mesure de conclure que le TPP contribue à la réalisation de l'objectif de l'Australie en matière de réduction de l'usage du tabac et de l'exposition à la fumée.

A noter que le groupe spécial n'a formulé aucune constatation concernant les allégations relatives au caractère incompatible de la législation contestée avec l'article III.4 du GATT de 1994. Le 28 Août 2018, la République Dominicaine a

⁹⁶³ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *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* », DS 435, para. 7. 1680, pp. 627-628.

⁹⁶⁴ Tania Voon, *art.cit.*, 2019, p. 164.

⁹⁶⁵ *Ibid.*, p. 170.

⁹⁶⁶ Lukasz Gruszczynski / Margherita Melillo, *art.cit.*, p. 567.

⁹⁶⁷ *Ibid.*

notifié à l'ORD son intention de faire appel. Elle a été rejointe par la suite par le Honduras⁹⁶⁸. Cet appel porte sur le rapport rendu par le groupe spécial au titre des articles 2.2 de l'AOTC⁹⁶⁹ et d'autres accords⁹⁷⁰.

2.3.8. *Le rapport de l'organe d'appel*

Le 9 juin 2020, l'organe d'appel a rendu son rapport relatif à l'affaire opposant l'Australie à un groupe de pays composé, entre autres, du Honduras et de la République Dominicaine⁹⁷¹. Nous allons donc examiner les conclusions établies à l'aune de l'article 2.2 de l'AOTC.

2.3.9. *Analyse au titre de l'article 2.2 de l'AOTC*

Plusieurs questions ont été soulevées lors de cette analyse. Ces questions s'articulaient principalement autour de la contribution réelle de la mesure contestée à l'objectif de santé publique de l'Australie⁹⁷². En outre, l'organe d'appel a été amené à se prononcer sur le constat du groupe spécial relatif au caractère restrictif du TPP et aux mesures de rechange proposées. Les plaignants ont aussi estimé que le groupe spécial avait manqué à son obligation de procéder à une évaluation objective des faits et ce, au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord⁹⁷³.

⁹⁶⁸ Organisation mondiale du commerce, DS 435 : *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*, <https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds467_f.htm> (Dernière consultation : le 13/06/2021).

⁹⁶⁹ Voir le rapport de l'organe d'appel de l'affaire « *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* », DS 435, juin 2020.

⁹⁷⁰ L'appel déposé au titre de l'accord sur les ADPIC sera analysé plus loin dans ce travail.

⁹⁷¹ Rapport de l'organe d'appel de l'affaire « *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* », DS 435.

⁹⁷² *Ibid.*, para. 4.1, p. 23.

⁹⁷³ *Ibid.*, para. 4.1, p. 23.

L'organe d'appel confirma, lors des différentes questions soulevées en relation avec l'article 2.2 de l'AOTC, les constatations établies par le groupe spécial. Il a en ce sens tenu, un constat plus ou moins similaire à celui du groupe spécial⁹⁷⁴. En effet, l'organe d'appel a estimé que les plaignants n'avaient pas réussi à démontrer que la mesure contestée ne pouvait pas apporter une contribution significative à l'objectif de protection et d'amélioration de la santé publique de l'Australie⁹⁷⁵. Cet organe a considéré que le TPP, combiné à d'autres mesures relatives à la lutte antitabac comme celles se rapportant aux mises en garde sanitaires, est à même de contribuer aux efforts de l'Australie en matière de santé publique⁹⁷⁶. Il confirma par conséquent le constat tenu par le groupe spécial⁹⁷⁷.

En ce qui concerne la nature restrictive de la mesure australienne⁹⁷⁸, l'organe d'appel a approuvé la conclusion du groupe spécial à savoir que les emballages neutres sont restrictifs pour le commerce et ce, du fait de leur réduction du volume des produits du tabac importé. Cet organe estima en outre que le TPP n'impose pas des conditions à la vente des produits du tabac ou des coûts de mise en conformité qui équivalent à un effet limitatif sur le commerce⁹⁷⁹.

⁹⁷⁴ Terence P. Stewart, Washington International Trade Association, *WTO Appellate Body Issues Reports on Australia's Plain Packaging Requirements on Tobacco Products – Last Reports Until WTO Appellate Body Reform Occurs*, le 06/09/2020.

⁹⁷⁵ *Ibid.*

⁹⁷⁶ Ce constat a été tenu par l'organe d'appel de l'affaire « *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* » au sein du para. 7. 2, p. 257 de son rapport.

⁹⁷⁷ Le groupe spécial en charge de cette affaire a tenu au para. 7. 1025 , p. 446 le constat suivant : « *En fait, nous constatons que les éléments de preuve qui nous ont été présentés, considérés dans leur intégralité, étayent le point de vue selon lequel les mesures TPP, combinées avec d'autres mesures de lutte antitabac maintenues par l'Australie (y compris les mises en garde sanitaires explicites agrandies introduites en même temps que l'emballage neutre du tabac), sont à même de contribuer, et contribuent effectivement, à l'objectif de l'Australie de réduire la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits* ».

⁹⁷⁸ Pour plus d'informations sur la notion de restriction du commerce dans le cadre de l'AOTC, voir le para. 319 du rapport du groupe d'appel en charge de l'affaire « *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon* », DS 381, 2012.

⁹⁷⁹ Ce constat fut tenu par l'organe d'appel au para. 7.3 de la p. 257 de son rapport. Il confirme en ce sens la conclusion du groupe spécial au para. 7. 1255, p. 511.

L'organe d'appel s'est par la suite prononcé sur la capacité des mesures de rechange proposées à contribuer d'une manière équivalente à celle du TPP à l'objectif d'améliorer la santé publique en matière de réduction de la consommation du tabac et de l'exposition à ses produits. Il a cette fois ci partiellement infirmé le constat du groupe spécial. L'organe d'appel estima que le groupe spécial avait commis une erreur en concluant que les plaignants n'avaient pas démontré que les mesures de rechange étaient capables d'apporter une contribution équivalente au TPP⁹⁸⁰. Le groupe spécial a laissé entendre que chacune des solutions proposées était en mesure de réduire d'une manière significative le tabagisme sur le sol australien et ce, à un degré semblable à celui des mesures TPP. Il considéra néanmoins que la contribution globale des mesures de rechange n'était en rien équivalente à celle des mesures contestées vu qu'elle ne traitait pas de la conception et des emballages des produits du tabac⁹⁸¹. Le groupe spécial s'est donc, en quelque sorte, contredit sur ce point. En outre, les mesures de rechange proposées semblent, à première vue, à même de contribuer à l'objectif légitime de l'Australie. L'organe d'appel estime en ce sens que le groupe spécial a commis une erreur lors de son application des dispositions de l'article 2.2 de l'AOTC⁹⁸².

Néanmoins, ce constat est à relativiser vu que l'organe d'appel a en même temps jugé que les mesures de rechange n'étaient pas moins restrictives que la législation contestée⁹⁸³. Il a donc approuvé le constat tenu par le groupe spécial lors de son rapport initial⁹⁸⁴. L'organe d'appel considéra en effet que des mesures, telles que le relèvement de l'âge minimum pour l'achat, n'étaient pas moins restrictives pour le commerce que le TPP.

⁹⁸⁰ Pour plus de détails, voir para. 7.4, p. 257 du rapport de l'organe d'appel.

⁹⁸¹ Rapport de l'organe d'appel de l'affaire « *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* », DS 435, para. 7.4, p. 257.

⁹⁸² *Ibid.*

⁹⁸³ *Ibid.*, para. 7.5.

⁹⁸⁴ Le groupe spécial a tenu dans le para. 7.1545, p. 587 de son rapport le constat suivant : « *Nous constatons donc que les plaignants n'ont pas démontré qu'une augmentation des taxes sur le tabac serait une solution de rechange moins restrictive pour le commerce pour remplacer les mesures TPP qui apporteraient une contribution équivalente à l'objectif de l'Australie* ».

L'organe d'appel confirme par conséquent le constat du groupe spécial selon lequel la législation relative aux emballages neutres n'est pas plus restrictive que nécessaire pour le commerce⁹⁸⁵.

On est donc en mesure de conclure que les organes de l'OMC ont pris en considération, au cours de ce différend, l'importance de la protection et de la promotion de la santé publique.

Les autres questions analysées au cours de ce litige et qui portent notamment sur l'accord sur les ADPIC seront examinées plus loin dans ce travail. En effet, la problématique en relation avec l'encadrement du tabac au sein du droit de la propriété intellectuelle nécessite une analyse minutieuse.

2.4. Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines (2019)

Cette partie traite d'un litige impliquant deux États d'Asie du Sud-Est. Certains pays de cette région, conscients de l'impact économique du tabac⁹⁸⁶, ont adopté des législations visant, entre autres, à protéger la santé publique mais aussi les cultivateurs locaux et les fabriques nationales⁹⁸⁷. On peut citer, à titre d'exemple, l'un des deux protagonistes de cette affaire, la Thaïlande qui est l'un des rares pays au monde à appliquer une politique fiscale qui vise explicitement à protéger l'industrie locale de tabac⁹⁸⁸.

En l'espèce, les Philippines ont demandé l'ouverture de consultations concernant les mesures douanières et fiscales thaïlandaises qui ciblaient ses cigarettes. Ces mesures englobent notamment les évaluations en douane, les droits d'accise, la taxe sanitaire, la redevance audiovisuelle, le régime de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), les prescriptions en matière de licences pour la vente au détail et les garanties à l'importation imposées aux importateurs de cigarettes⁹⁸⁹. Le plaignant alléguait que la Thaïlande pratiquait ces mesures

⁹⁸⁵ Rapport de l'organe d'appel de l'affaire « *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* », DS 435, para 7.6, p. 258.

⁹⁸⁶ Guillaume Busseuil et al, *art.cit.*, p. 196.

⁹⁸⁷ Groupe de la Banque mondiale, *Boîte à outils de l'économie de la fiscalité du tabac*, Washington, mars 2018, p. 154.

⁹⁸⁸ *Ibid.*

⁹⁸⁹ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines* », DS 371paras. 2.1-2.2, pp. 2-5.

d'une manière subjective et qu'elle enfreignait par la même occasion plusieurs dispositions de l'accord sur l'évaluation en douane (1.2, 16) ou plus encore du GATT de 1994 (III.2, III.4, X.3, X.1)⁹⁹⁰.

Le 29 septembre 2008, les Philippines demandent l'établissement d'un groupe spécial. Cette affaire sera donc très pertinente aussi bien du point de vue procédural que substantiel. Ce sont surtout les allégations au titre de l'article III et X qui nous intéressent le plus et ce, dans le cadre de notre étude sur le tabac.

Commençons donc par l'analyse de ce litige sous l'angle de l'article III du GATT de 1994. Les Philippines arguent que les mesures adoptées par le défendeur à l'égard des cigarettes importées favorisent la production nationale⁹⁹¹. En effet, le plaignant considère que la base d'imposition de la TVA est déterminée de façon à assujettir les cigarettes importées à une TVA supérieure à celle qui touche les cigarettes nationales similaires. Elle estime en ce sens que la Thaïlande viole les dispositions de l'article III.2⁹⁹². De plus, une exemption de TVA était accordée à tout revendeur de cigarettes nationales. Les Philippines considèrent donc que le défendeur avait enfreint les obligations contenues au sein des articles III.2 et III. 4 du GATT de 1994⁹⁹³.

La Thaïlande réfuta ces allégations en arguant notamment que la détermination de la TVA était appliquée de la même manière pour tout le monde⁹⁹⁴. Elle ajouta aussi que l'exemption en question n'était pas accordée uniquement aux revendeurs de cigarettes nationales. Les revendeurs de cigarettes importées bénéficiaient aussi, selon le défendeur, d'un crédit d'impôt qui leur permettait de compenser le montant de la TVA qu'ils devaient payer⁹⁹⁵.

⁹⁹⁰ *Ibid.*, para. 3.1, pp. 6-8.

⁹⁹¹ « Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines », DS 371, <https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds371_f.htm> (Dernière consultation : le 29/06/2019).

⁹⁹² Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines », DS 371, para. 4. 28, p. 15

⁹⁹³ *Ibid.*, paras. 4.31-4.32, p. 15.

⁹⁹⁴ *Ibid.*, para. 4.57, p. 22.

⁹⁹⁵ Ds371 : Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines, <https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds371_f.htm> (Dernière consultation : le 29/06/2019).

Le groupe spécial réfuta cette argumentation et arriva à la conclusion que le département des droits d'accise thaïlandais soumettait bel et bien les cigarettes importées à une imposition supérieure⁹⁹⁶. On constate donc que l'imposition Thaïlandaise est contraire aux dispositions de l'article III.2 et III.4 Le groupe spécial a donc conclu que le régime thaïlandais de la TVA constituait une violation des obligations découlant des article III.2 et III.4⁹⁹⁷.

Le deuxième point de l'analyse concerne l'allégation des Philippines au titre de l'article X.3 du GATT 1994. Cet article appelle, par le biais de son alinéa (a), les Membres de l'OMC à assurer une application impartiale de toute loi ou décision administrative⁹⁹⁸. De plus, il prône dans sa deuxième partie (alinéa b) l'institution de tribunaux judiciaires ou arbitraux dans les plus brefs délais. Ces dispositions visent à permettre la révision rapide de toute mesure se rapportant aux questions douanières⁹⁹⁹. On est alors en mesure de constater que cet article aspire à assurer une application impartiale de la loi par les États¹⁰⁰⁰. On se retrouve donc face à un litige qui traite d'un précepte inhérent au droit et dont le respect représente une condition *sine qua non* pour la résolution de tout différend au sein de l'OMC.

Lors de cette affaire, les Philippines contestaient le fait que le gouvernement thaïlandais permette à certains fonctionnaires de siéger au conseil d'administration du monopole thaïlandais de tabac¹⁰⁰¹. En outre, ils considéraient que

⁹⁹⁶ Le groupe spécial en charge de l'affaire « Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines », a tenu au para. 7.644, p. 331 de son rapport le constat suivant : « Pour les raisons qui précèdent, nous concluons que, du fait des mesures en cause, les cigarettes importées sont frappées d'une imposition supérieure à celle qui frappe les cigarettes nationales similaires, en violation de la première phrase de l'article III :2 du GATT de 1994. Dans le cadre des dispositions pertinentes des lois et règlements de la Thaïlande, les revendeurs de cigarettes nationales sont exemptés de jure de TVA, tandis que la même exemption n'est pas accordée aux revendeurs de cigarettes importées, étant donné que les crédits d'impôt ne compensent pas automatiquement et irrévocablement dans chaque cas les montants de la taxe que les détaillants de cigarettes importées sont tenus d'acquitter ».

⁹⁹⁷ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines », DS 371, para. 7.644, para. 7.655, p. 331, p. 336.

⁹⁹⁸ Voir l'article X.3 du GATT de 1994.

⁹⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰⁰ Guillaume Busseuil et al, *art.cit.*, p. 197.

¹⁰⁰¹ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines », DS 371, paras. 7.881-7.882, pp. 292-293.

la détermination de la base d'imposition de la TVA, de la taxe sanitaire ainsi que du calcul des droits d'accise étaient déraisonnables et partiales. Les Philippines estiment par conséquent que les défendeurs violent les dispositions de l'article X (3) (a)¹⁰⁰². De plus, ils soutenaient que la Thaïlande ne maintenait pas de tribunaux ou procédures indépendants qui permettent de réviser dans les moindres délais toute mesure administrative se rapportant aux questions douanières (article X.3 (b))¹⁰⁰³.

Concernant la première allégation au titre de l'article X. 3(a), le groupe spécial a conclu que les Philippines n'avaient pas démontré que le fait de nommer certains fonctionnaires Étatiques au conseil d'administration du monopole thaïlandais de tabac constituait une application partielle des législations douanières de la Thaïlande¹⁰⁰⁴. Il estimait en effet que la législation thaïlandaise offrait assez de garanties pour assurer l'impartialité des fonctionnaires de la *Tobacco authority of Thaïlande*, nommés comme administrateurs au sein de *Philip Morris Thaïlande*¹⁰⁰⁵. Le groupe spécial a néanmoins constaté que la

¹⁰⁰² « Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines », DS 371, <https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds371_f.htm> (Dernière consultation : le 29/06/2019).

¹⁰⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁰⁴ Le groupe spécial en charge de l'affaire « Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines », a tenu au para. 7.909, p. 402 de son rapport le constat suivant : « Compte tenu de ce qui précède, nous sommes d'avis que les Philippines n'ont pas prouvé que les caractéristiques se rapportant à la nomination de certains fonctionnaires de l'État en tant qu'administrateurs du TTM conduit nécessairement à un manque d'impartialité dans l'application des règles douanières et fiscales thaïlandaises. Pour parvenir à cette conclusion, nous n'oublions pas la gravité de l'allégation concernant l'application par un gouvernement souverain de ses lois et règlements ».

¹⁰⁰⁵ Le groupe spécial en charge de l'affaire « Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines », a tenu au para. 7.909, p. 402 de son rapport le constat suivant : « Nous admettons qu'il peut exister des situations dans lesquelles une mesure ou un acte d'un gouvernement est si manifestement vicié que l'injustice intrinsèque d'une telle mesure ou d'un tel acte suffira à démontrer l'existence d'une application impartiale sans avoir besoin de l'illustrer au moyen d'un ou de plusieurs exemples concrets de décisions ayant résulté de l'application en question. Mais dans les circonstances qui sont celles du présent différend, nous n'estimons pas que la nomination de fonctionnaires en tant qu'administrateurs du TTM, considérée à la lumière des sauvegardes existantes, équivalait à une telle situation ».

Thaïlande avait enfreint l'article X. 3(a), à cause du retard accumulé lors du processus de révision administrative¹⁰⁰⁶.

Concernant la détermination de la base d'imposition de la TVA, le groupe spécial a conclu que l'utilisation de la valeur de garantie comme base d'imposition ainsi que l'absence de mécanisme de remboursement influaient sur les aspects fondamentaux de ces lois et non sur la manière dont il leur était donné effet. La partie défenderesse n'a donc pas enfreint les dispositions de l'article X.3 (a)¹⁰⁰⁷. En outre, le groupe spécial a constaté que la Thaïlande violait l'article susmentionné du fait de sa non-publication des réglementations concernant la détermination de la TVA relative aux cigarettes¹⁰⁰⁸.

Nous allons maintenant analyser les allégations au titre de l'article X.3 (b)¹⁰⁰⁹. Le groupe spécial a conclu que la Thaïlande violait l'article susmentionné en ne maintenant pas de tribunaux indépendants capables de réviser rapidement les décisions concernant les garanties¹⁰¹⁰. Il estima que les retards globaux enregistrés tout au long de la procédure d'examen n'étaient pas appropriés et proportionnés. Ces retards ont donc donné lieu à une application déraisonnable de la législation thaïlandaise¹⁰¹¹. C'est encore une fois l'impartialité qui est au cœur de cette analyse.

Les protagonistes de cette affaire vont, par la suite, faire appel et ce, au titre des articles X.3, III.2 et III.4. La Thaïlande a demandé à l'organe d'appel d'infirmier la constatation du groupe spécial relative aux garanties douanières (X.3b)¹⁰¹². Cet organe confirma la décision rendue par le groupe spécial. Il estimait notamment que la Thaïlande enfreignait les dispositions de l'article X.3 (b). Il considérait que cet État ne maintenait pas de tribunaux (ou

¹⁰⁰⁶ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines », DS 371, para. 7. 969, p. 418.

¹⁰⁰⁷ Ds371 : Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines, <https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds371_f.htm> (Dernière consultation : le 29/06/2019).

¹⁰⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁰⁹ L'article X (3) (b), énonce des dispositions en relation avec le maintien de tribunaux indépendants.

¹⁰¹⁰ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines », DS 371, para. 7. 969, p. 418.

¹⁰¹¹ Ibid.

¹⁰¹² DS 371 : Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines, <https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds371_f.htm> (Dernière consultation : le 29/06/2019).

procédures) indépendants, de manière à pouvoir réviser rapidement les décisions relatives aux garanties¹⁰¹³. L'organe d'appel a donc contredit l'argument du défendeur. Ce dernier estimait que le groupe spécial avait commis une erreur d'interprétation en considérant que l'exigence d'une garantie pour pouvoir obtenir la mainlevée des marchandises était une mesure administrative relative à des questions douanières¹⁰¹⁴. Cette garantie était de l'avis de la Thaïlande, une simple mesure provisoire¹⁰¹⁵. La particularité de l'article X.3 (b) est qu'il énonce une notion inhérente au droit. En effet, il émet des exigences qui consacrent le droit à un procès équitable. L'organe d'appel considéra en ce sens que l'expression « réviser et rectifier dans les moindres délais » impliquait une révision rapide et effective, de manière à permettre la correction rapide de toute erreur administrative¹⁰¹⁶. Les dispositions de l'article 3 (b) ainsi que la démarche de l'organe d'appel instituent donc un principe bien connu du droit qu'est le « droit à un procès équitable ». Ce principe, tel qu'il est énoncé par l'article X.3(b), nous renvoie, entre autres, à des définitions contenues au sein de plusieurs législations nationales et internationales (ex : article 6 alinéa 1 CEDH)¹⁰¹⁷. L'organe d'appel a par conséquent approuvé, en dépit de l'ensemble des arguments présentés par la Thaïlande, la constatation du groupe spécial.

La Thaïlande a aussi fait appel au titre de l'article III du GATT 1994. L'organe d'appel va encore une fois confirmer les conclusions du groupe spécial. Il considéra en effet que la Thaïlande avait agi de manière incompatible avec les dispositions de l'article III.2. Cet organe estima que l'assujettissement des cigarettes importées à des taxes intérieures supérieures à celles frappant les cigarettes locales similaires était contraire à l'article III¹⁰¹⁸. Il a donc confirmé la décision du groupe spécial selon laquelle la mesure thaïlandaise influait sur la taxation des produits nationaux et importés. La Thaïlande a par conséquent bel et bien enfreint l'article III. 2 en exemptant les revendeurs nationaux de TVA¹⁰¹⁹. L'organe d'appel a aussi réfuté l'argumentation de la Thaïlande au titre

¹⁰¹³ *Ibid.*

¹⁰¹⁴ *Ibid.*

¹⁰¹⁵ Guillaume Busseuil et al, *art.cit.*, p. 200.

¹⁰¹⁶ Rapport de l'organe d'appel dans l'affaire « Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines », DS 371, para. 203, p. 91.

¹⁰¹⁷ Guillaume Busseuil et al, *art.cit.*, p. 201.

¹⁰¹⁸ Ds371 : Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines, <https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds371_f.htm> (Dernière consultation : le 29/06/2019).

¹⁰¹⁹ *Ibid.*

de l'article XX (d) du GATT 1994. Le défendeur a en effet qualifié la mesure contestée de prescription administrative pour pouvoir ainsi déroger aux obligations découlant de l'article III.2¹⁰²⁰.

L'organe d'appel a été aussi amené à examiner les allégations de la Thaïlande au titre de l'article III.4. Il a, encore une fois, approuvé le constat tenu par le groupe spécial. Il estima que la Thaïlande agissait d'une manière incompatible avec les dispositions de l'article susmentionné. Cette conclusion est due à l'exemption accordée par le défendeur aux revendeurs nationaux pour trois ensembles de prescriptions administratives relatives à la TVA¹⁰²¹.

Les Philippines vont par la suite demander l'ouverture de consultations au titre de l'article 21.5 du mémorandum d'accord à cause d'un désaccord relatif à la mise en œuvre des recommandations de l'ORD. Le groupe spécial a rendu son rapport le 12 novembre 2018¹⁰²². Il considéra, lors de son analyse, que le défendeur n'avait pas mis en œuvre les recommandations de l'ORD. La Thaïlande devait en effet rendre ses mesures conformes à ses obligations au titre de l'accord sur l'évaluation en douane¹⁰²³. Cette situation a notamment conduit les Philippines à demander à l'OMC de prendre des mesures de rétorsion¹⁰²⁴ contre la Thaïlande. Le plaignant estimait que le défendeur devait aligner son traitement fiscal sur les cigarettes importées des Philippines pour se confor-

¹⁰²⁰ Guillaume Busseuil et al, *art.cit.*, p. 202.

¹⁰²¹ Ds371 : Thaïlande — Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines, <https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds371_f.htm> (Dernière consultation : le 29/06/2019).

¹⁰²² *Ibid.*

¹⁰²³ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « Thaïlande — Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines », recours des Philippines à l'article 21 du mémorandum d'accord, DS 371, para. 8.4, p. 348.

¹⁰²⁴ On parle de rétorsion lorsque le plaignant est autorisé à imposer des contre-mesures, incompatibles avec les accords de l'OMC. Cet acte découle d'une violation ou d'une annulation ou une réduction d'avantages en situation de non-violation. Ces mesures sont en général appelées « mesures de rétorsion ». Cette suspension d'obligations est opérée sur une base discriminatoire et vise seulement le membre qui n'a pas procédé à la mise en œuvre. La rétorsion est aussi la conséquence finale d'une non mise en œuvre des recommandations de l'ORD de la part d'un membre. Pour plus de détails, voir Organisation mondiale du commerce, Module de formation au système de règlement des différends, le processus-étape d'une affaire, <[https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c6s10p1_f.htm#:~:text=Ces contre-mesures sont aussi rétorsion ou sanctions"&text=La rétorsion est la conséquence du Mémorandum d'accord](https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c6s10p1_f.htm#:~:text=Ces%20contre-mesures%20sont%20aussi%20r%C3%A9torsion%20ou%20sanctions%20est%20la%20cons%C3%A9quence%20du%20M%C3%A9morandum%20d'accord)> (Dernière consultation: le 27/10/2020).

mer à la décision rendue par les organes de l'OMC¹⁰²⁵. Il envisagea en ce sens d'imposer des droits de douane supplémentaires sur les exportations de véhicules automobiles depuis la Thaïlande¹⁰²⁶. Un deuxième groupe spécial de mise en conformité a été mis en place à la demande des Philippines. Il a remis son rapport le 12 juillet 2019. Le plaignant a, encore une fois, eu gain de cause¹⁰²⁷.

La Thaïlande, va par la suite faire appel de certaines questions de droit figurant dans le rapport du groupe spécial de mise en conformité. On ne va pas trop s'attarder sur cette problématique. En effet, l'organe d'appel était, au moment des faits, inopérant¹⁰²⁸. Cette affaire est donc pour le moment en suspens. Néanmoins, l'analyse des décisions rendues au titre des articles III et X du GATT 1994 s'est avérée très pertinente et ce, pour plusieurs raisons. D'abord, on y traite du principe de non-discrimination, précepte de base qui régit les principales activités de l'OMC. Ensuite, ce litige a été examiné à l'aune de l'article XX (d) (relatif aux exceptions générales). Enfin, l'analyse fondée sur l'article X nous a permis d'étudier (sous l'angle du droit de l'OMC) des notions consubstantielles au droit telles que l'impartialité ou plus encore l'équité du procès. Autant de préceptes dans une seule affaire explique donc notre intérêt pour ce différend.

2.5. Les autres différends relatifs au tabac au sein de l'OMC

Plusieurs autres différends relatifs au tabac sont survenus dans le cadre de la procédure de résolution des conflits établie par l'OMC. On peut citer, à titre d'exemple, un contentieux opposant le Japon et les États-Unis en date de 1981. Ce litige a été traité au titre du GATT de 1947. Les États-Unis soutenaient à l'époque que le Japon appliquait des mesures discriminatoires à l'encontre

¹⁰²⁵ Bernie Cahiles-Magkilat, Manila Bulletin, Business news, *PH renews WTO bid to retaliate against Thailand*, Août 2020, <<https://mb.com.ph/2020/08/22/ph-renews-wto-bid-to-retaliate-against-thailand/>> (Dernière consultation : le 27/10/2020).

¹⁰²⁶ *Ibid.*

¹⁰²⁷ Voir Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines », 2^{ème} recours des Philippines à l'article 21 du mémorandum d'accord, DS 371, juillet 2019.

¹⁰²⁸ Marie Owens Thomsen, AGEFI, *Le terrible sort de l'organe d'appel de l'OMC, le respect de la loi sur le commerce international pâtit d'un retard critique dans le traitement des différends*, décembre 2019, <<https://www.agefi.com/home/marches-et-produits/detail/edition/online/article/le-respect-de-la-loi-sur-le-commerce-international-patit-dun-retard-critique-dans-le-traitement-des-differends-492758.html>> (Dernière consultation : le 27/10/2020).

des importations de tabac manufacturé et ont donc demandé l'ouverture de consultations. Ces mesures étaient considérées par le gouvernement américain comme étant incompatibles avec les articles III (traitement national) et XVII (entreprises commerciales d'État) du GATT de 1947¹⁰²⁹. Le groupe spécial appela les deux parties à trouver une solution mutuelle qui les satisfierait. Ces parties vont, par la suite, entamer avec succès des consultations bilatérales. Ils prévoyaient ainsi de mettre en œuvre lesdites consultations en avril 1981. La plainte des États-Unis a été donc retirée¹⁰³⁰. Cette affaire est très intéressante du fait qu'elle traite du premier différend relatif au tabac, analysé au regard du GATT de 1947¹⁰³¹.

On peut aussi faire mention d'un autre différend ayant trait au tabac. En effet, l'OMC a dû se prononcer en 2003 sur un contentieux opposant le Honduras à la République Dominicaine. Le Honduras avait à l'époque demandé l'ouverture de consultations avec la République Dominicaine au sujet de certaines de ses dispositions qui visaient l'importation de cigarettes¹⁰³². Cette demande contestait 3 mesures jugées incompatibles avec l'article III.2 (traitement national) du GATT de 1994. Le plaignant estimait que la législation de la République Dominicaine discriminait les cigarettes honduriennes par rapport aux produits nationaux similaires.

En outre, le Honduras alléguait que le défendeur enfreignait l'article III. 4. Il considérait en effet que la prescription obligeant à apposer des vignettes sur le territoire de la République Dominicaine donnait lieu à un traitement moins favorable pour ses cigarettes que les cigarettes honduriennes. Le Honduras estimait aussi que les mesures du défendeur qui visaient l'importation des cigarettes étaient contraires à l'article III. 4. Cette alléguation découle du fait des prescriptions qui imposent aux importateurs de déposer une caution pour pouvoir écouler leurs produits sur le territoire dominicain. Le Honduras considère que cette mesure est une imposition distincte d'un droit de douane¹⁰³³.

¹⁰²⁹ Organisation mondiale du commerce, *Rapports de règlement des différends dans le cadre du GATT de 1947*, <https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/gt47ds_f.htm> (Dernière consultation : le 17/09/2019).

¹⁰³⁰ *Ibid.*

¹⁰³¹ *Ibid.*

¹⁰³² Organisation mondiale du commerce, *République dominicaine – Mesures visant l'importation de cigarettes*, DS 302, <https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds302_f.htm> (Dernière consultation : le 17/09/2019).

¹⁰³³ *Ibid.*

À la suite de la deuxième demande du Honduras, un groupe spécial a été établi le 9 janvier 2004. Ce groupe a conclu que la prescription relative à la vignette était incompatible avec l'article III.4 du GATT. En outre, il considéra que la base d'imposition (qui sera par la suite modifiée par la République Dominicaine en 2004) était incompatible avec les articles III. 2 et X du GATT de 1994. Concernant la troisième plainte du Honduras, le groupe spécial estima que le plaignant n'avait pas démontré que le dépôt de caution était incompatible avec l'article III. 4 du GATT de 1994¹⁰³⁴.

Les deux protagonistes de ce litige ont par la suite fait appel au titre des articles III. 4 du GATT de 1994 et 11 du mémorandum d'accord. L'organe d'appel confirma les conclusions établies par le groupe spécial en relation avec l'article III. 4 du GATT de 1994¹⁰³⁵. Il estima aussi que le groupe spécial avait évalué les faits d'une façon objective et ce, conformément à l'article 11 du mémorandum d'accord¹⁰³⁶. On remarque donc que ces litiges traitent du principe phare de l'OMC qu'est la non-discrimination, d'où leur pertinence.

L'OMC (ou GATT de 1947) a statué sur d'autres affaires ayant trait au tabac. On peut citer, à titre d'exemple, le différend DS44/R traitant des mesures américaines affectant l'importation, la vente et l'utilisation de tabac sur le marché intérieur en date de 1994. Ce litige a vu le jour à la suite d'une demande de certains pays comme le Brésil ou le Chili d'ouvrir des consultations concernant la loi des finances américaine de 1993 qui prévoyait notamment un contrôle de la production et un soutien des prix pour le tabac produit localement¹⁰³⁷. Néanmoins, cette affaire n'est pas très pertinente dans le cadre de notre travail de thèse car elle ne traite nullement des aspects sanitaires en relation avec le tabac.

¹⁰³⁴ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « République dominicaine – Mesures visant l'importation de cigarettes », DS 302, para. 8.1, pp. 225-226.

¹⁰³⁵ Rapport de l'organe d'appel dans l'affaire « République dominicaine – Mesures visant l'importation de cigarettes », DS 302, para. 128, p. 58.

¹⁰³⁶ *Ibid.*

¹⁰³⁷ Pour plus de détails, voir rapport du Groupe spécial en charge de l'affaire « États-Unis – Mesure affectant l'importation, la vente et l'utilisation de tabac sur le marché intérieure » DS44.

D. L'OMC et les cigarettes électroniques

Comme nous l'avons précédemment constaté, les enjeux liés aux cigarettes dites « classiques » sont de nos jours au cœur de plusieurs débats relatifs à la place de la santé au sein du commerce international¹⁰³⁸. Néanmoins, on remarque que plusieurs produits du tabac dits « nouveaux produits du tabac » ont fait immersion ces derniers temps sur le marché international. Ces derniers, du fait de leur ressemblance avec les produits du tabac classique, peuvent donner lieu à des questions d'ordre juridique, en relation notamment avec le droit de l'OMC. En outre, certains pays qui prohibent les cigarettes électroniques¹⁰³⁹ autorisent la vente des cigarettes classiques, produites localement notamment¹⁰⁴⁰. Ils sont par conséquent susceptibles d'enfreindre des principes phares de l'OMC tels que la non-discrimination. Quid alors de l'approche de cette organisation vis-à-vis des cigarettes électroniques.

Cette question découle surtout du fait que les mesures relatives à ce type d'interdiction risquent d'être contraires à certaines dispositions de l'OMC. En outre, et en dépit du débat relatif à la nature exacte des cigarettes électroniques, une prohibition totale du produit susmentionné peut être qualifiée de discriminatoire si l'on se fonde sur le régime de l'OMC.

Actuellement, trois approches réglementaires ressortent des différentes expériences des pays en matière de réglementation des inhalateurs électroniques. Tout d'abord, on peut mentionner ceux qui, comme mentionné ci-dessus, en interdisent totalement la vente (au nombre de 27)¹⁰⁴¹. On retrouve ensuite des

¹⁰³⁸ Sur la question de la place de la santé dans le commerce international, voir les ouvrages de Clotilde Jourdain-Fortier, *Santé et commerce international / Contribution à l'étude de la Protection des Valeurs non Marchandes par le Droit du Commerce International*, Université de Bourgogne, 2006, Volume 26 et de George A. Bermann / Petros C. Mavroidis, *Trade and Human Health and Safety, Columbia Studies in WTO Law and Policy*, Cambridge University Press / First Publishers, 2006.

¹⁰³⁹ Des pays tels que le Brésil, le Singapour ou plus encore l'Argentine ont complètement interdit l'achat, la vente ou la possession de cigarettes électroniques. Pour plus d'informations, voir Nathalie Mayer, *Futura santé, Cigarettes électroniques : les pays qui ont choisi de l'interdire*, 2019, <<https://www.futura-sciences.com/sante/questions-reponses/divers-cigarette-electronique-pays-ont-choisi-interdire-11813/>> (Dernière consultation : le 06/12/2020).

¹⁰⁴⁰ Le Liban, à titre d'exemple, interdit l'importation et le commerce des cigarettes électroniques et ce, alors même qu'il autorise la production et la commercialisation des cigarettes classiques.

¹⁰⁴¹ Lukasz Gruszczynski, *op.cit.*, p. 127.

États qui classent les inhalateurs électroniques comme étant des produits du tabac¹⁰⁴². Enfin, certains pays désignent ce produit sous l'appellation de « *produits pharmaceutiques* »¹⁰⁴³. C'est la première approche qui nous intéresse le plus et ce, dans le cadre de notre étude relative à la possible survenance d'un débat en relation avec la place des cigarettes électroniques au sein du système de l'OMC. En effet, certaines plaintes fondées sur des dispositions majeures de l'OMC risquent de voir le jour.

1. L'interdiction des cigarettes électroniques à l'aune du régime de l'OMC

L'interdiction des cigarettes électroniques par certains États risquent de poser des problèmes d'ordre juridique. En effet, ce type de mesures peut être contesté en vertu de certaines dispositions du droit de l'OMC, comme celles portant sur la non-discrimination (entre les cigarettes classiques et électroniques le cas échéant) au sein du GATT de 1994 et de l'AOTC¹⁰⁴⁴. Pour qu'une violation de la disposition susmentionnée soit constatée, plusieurs critères ont été établis dans l'optique de statuer sur le caractère discriminatoire d'une mesure¹⁰⁴⁵. Néanmoins, un défendeur peut toujours invoquer une exception générale relative à la santé et ce, au titre de l'article XX de l'OMC (ou 2.2 de l'AOTC)¹⁰⁴⁶. Tout gouvernement aspirant à interdire les cigarettes électroniques sur son territoire devra donc concilier entre d'une part, ses objectifs en matière de santé publique et, d'autre part, ses obligations découlant des accords de l'OMC¹⁰⁴⁷.

Nous allons donc, au cours de cette partie, anticiper les futurs litiges portant sur le possible caractère discriminatoire des mesures prohibant les e-cigarettes et ce, en analysant ce produit à l'aune du droit de l'OMC. En effet, la ressemblance des inhalateurs électroniques avec les cigarettes conventionnelles

¹⁰⁴² *Ibid.*, p. 139.

¹⁰⁴³ Conférence des parties à la convention cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, Rapport de l'OMS, *Inhalateurs électroniques de nicotine*, Sixième session, Moscou, octobre 2014, pp. 12-13.

¹⁰⁴⁴ Marina Foltea / Anna Markitanova, *The Likeness of E-vapor Products and Cigarettes in the WTO*, Society of International Economic Law, Fifth Biennial Global Conference, 2017, p. 3.

¹⁰⁴⁵ Sur le principe de non-discrimination au sein de l'OMC, voir [partie 3, para 3.1, chapitre IV](#) ci-dessus.

¹⁰⁴⁶ Sur la notion de protection de la santé au sein du GATT de 1994 et de l'AOTC, partie 2, voir [para 2.1](#) et [2.2, chapitre IV](#), ci-dessus.

¹⁰⁴⁷ Marina Foltea / Anna Markitanova, *art.cit.*, p. 3.

risque de donner lieu à plusieurs plaintes qui sont susceptibles d'être portées devant les organes de l'OMC. Ce constat s'affirme encore plus du fait que certains États interdisant les cigarettes électroniques sur leur sol, continuent à autoriser le commerce des cigarettes classiques. Nous allons donc procéder à une comparaison entre les principales caractéristiques de ces deux produits et ce, au regard de certaines dispositions du droit de l'OMC.

1.1. Comparaison entre les caractéristiques des cigarettes conventionnelles et électroniques à la lumière du principe de non-discrimination (GATT de 1994)

Comme énoncé précédemment, le principe de non-discrimination est l'un des principaux préceptes qui régule les activités de l'OMC. Il comporte deux volets portant sur le principe de la nation la plus favorisée et le traitement national. C'est le deuxième volet qui sera donc au cœur de notre analyse. L'un des critères majeurs mis en place lors de l'établissement de ce volet est celui relatif à la similarité. En effet, l'analyse dudit critère est une condition *sine qua non* lors d'une plainte fondée sur la violation du principe de non-discrimination¹⁰⁴⁸. Si deux produits similaires sont traités d'une manière différente et en l'absence de toute justification fondée sur une exception générale au sens de l'article XX du GATT de 1994, on est face à une violation du principe de non-discrimination.

Nous allons donc analyser, au cours de cette partie, les cigarettes électroniques et conventionnelles à l'aune du critère de similarité. Cette analyse sera fondée sur les principaux critères développés par la jurisprudence de l'OMC, en relation avec la condition de similarité.

¹⁰⁴⁸ Sur le principe de la non-discrimination au sein de l'OMC et plus particulièrement sur le volet relatif au traitement national, voir, [partie 3, para 3.1, chapitre IV](#) ci-dessus.

1.1.1. *Le test de similarité (aperçu général)*

L'OMC, par le biais notamment du GATT de 1994 ne s'est pas clairement prononcée sur le critère de similarité¹⁰⁴⁹. C'est la jurisprudence de cette organisation qui a donné lieu à la mise en place d'un test permettant aux différents groupes spéciaux de se prononcer sur le degré exact de similitude entre deux produits mis en cause lors d'un litige¹⁰⁵⁰. Ce sont deux affaires (*Border tax adjustments* et *Japan-Alcoholic Beverages II*) qui ont permis à l'OMC d'établir progressivement un test de similarité dans le cadre des plaintes fondées sur le principe de non-discrimination.

Lors de la première affaire susmentionnée (examinée au titre du GATT de 1947), le groupe de travail a, comme mentionné précédemment, établi quatre critères à savoir l'utilisation finale du produit sur un marché donné, les goûts et les habitudes des consommateurs, les propriétés du produit et la nature et la qualité des produits¹⁰⁵¹. L'organe d'appel de l'affaire « *Japan-Alcoholic Beverages II* » a par la suite mis en place des critères supplémentaires¹⁰⁵². En effet, cet organe estima que la classification tarifaire uniforme des produits pouvait être précieuse dans le cadre du test de similarité. Il considéra que si ce critère était suffisamment détaillé, les juges de l'OMC pourraient l'utiliser lors de leur examen de la similarité des produits¹⁰⁵³. Le prix des produits mis en cause peut être aussi un critère très pertinent lors du test de similarité¹⁰⁵⁴.

Dans le cadre de notre analyse du degré de similitude entre les cigarettes électroniques et classiques, on peut mentionner d'autres critères qui sont, sur le plan juridique, assez innovants. Lesdits critères traitent de l'élasticité prix

¹⁰⁴⁹ L'article III du GATT de 1994 ne donne aucune précision sur la notion de « *produits similaires* », il se contente dans son alinéa 2 de la définition suivante : « *Les produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas frappés, directement ou indirectement, de taxes ou autres impositions intérieures, de quelque nature qu'elles soient, supérieures à celles qui frappent, directement ou indirectement, les produits nationaux similaires* ».

¹⁰⁵⁰ Voir [partie C, para 2.2, chapitre IV](#) ci-dessus.

¹⁰⁵¹ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *Border Tax Adjustments* », au para. 18, p. 3.

¹⁰⁵² Peter Van den Bossche / Werner Zdouc, *op.cit.*, pp. 355-356.

¹⁰⁵³ Rapport de l'organe d'appel dans l'affaire « *Japan-Alcoholic Beverages II* », DS 8, 1996, p. 24.

¹⁰⁵⁴ Ce critère a été énoncé lors de l'affaire « *République dominicaine – Mesures visant l'importation de cigarettes* », dans les paras. 7.333-7.336, p. 209. Le groupe spécial a en effet estimé que la différence de prix entre les produits locaux et importés était la conséquence d'une discrimination injustifiée.

croisée de la demande ou plus encore du régime réglementaire des produits ci-dessus¹⁰⁵⁵. Nous allons donc procéder à l'analyse de la similarité entre les cigarettes conventionnelles et électroniques et ce, en nous basant sur les critères mentionnés au cours de cette partie. Cette analyse est pertinente dans le cadre de notre examen du caractère discriminatoire des mesures prohibant la vente des cigarettes électroniques.

1.1.2. Les propriétés physiques des produits analysés

Nous allons, au cours de cette partie, procéder à une analyse des principales caractéristiques physiques des cigarettes électroniques et classiques. Tout d'abord, il est indéniable que les deux produits susmentionnés ne sont pas en tout identiques. Néanmoins, force est de constater que les inhalateurs électroniques essaient de copier certaines caractéristiques propres aux cigarettes classiques. En effet, les cigarettes électroniques ont été à la base conçues pour imiter les cigarettes conventionnelles et ce, dans l'optique de créer chez les utilisateurs un effet semblable à celui procuré par le tabagisme classique¹⁰⁵⁶. En outre, la première génération des e-cigarettes à l'instar des « *cigalikes* » avaient des caractéristiques physiques quasi-identiques à celles des cigarettes conventionnelles¹⁰⁵⁷. Néanmoins, ils existent des différences assez importantes entre les inhalateurs électroniques et les cigarettes classiques. En effet, les cigarettes électroniques ne sont pas combustibles contrairement aux cigarettes conventionnelles. Cette caractéristique, qui est inhérente aux cigarettes classiques, les différencie donc clairement des e-cigarettes¹⁰⁵⁸.

Un autre critère peut être aussi pris en considération, dans le cadre de notre analyse, à savoir les risques que peuvent engendrer les deux produits susmentionnés sur la santé. Ce critère a été consacré par l'OMC via l'organe d'appel de l'affaire « *Communautés Européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* ». En effet, cet organe a, au cours de son analyse du critère de similarité, procédé à une comparaison entre le niveau de dangerosité des fibres de chrysolite et des fibres ACV. Cette analyse a permis à l'organe d'appel de se prononcer sur le degré exact de ressemblance physique entre les deux

¹⁰⁵⁵ Lukasz Gruszczynski, *op.cit.*, p. 183.

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*, p. 132.

¹⁰⁵⁷ Marina Foltea, *International Trade Rules for Banning E-Vapor Products*, R Street Policy Study No. 104, August 2017, p. 3.

¹⁰⁵⁸ Lukasz Gruszczynski, *op. cit.*, p. 133

fibres susmentionnées¹⁰⁵⁹. Il a estimé que les éléments de preuve relatifs aux risques qu'un produit présente pour la santé étaient des indicateurs très importants dans le cadre de l'analyse de la notion de « *similarité* » au titre de l'article III.4 du GATT de 1994¹⁰⁶⁰. On constate donc qu'une analyse minutieuse du niveau de dangerosité des inhalateurs électroniques et des cigarettes conventionnelles peut être entreprise si jamais un litige ayant trait à ces produits était soumis à l'OMC. Néanmoins, des zones d'ombres persistent quant à l'innocuité des cigarettes électroniques. En effet, l'OMS conteste la plupart des thèses qui estiment que les cigarettes électroniques peuvent aider au sevrage tabagique¹⁰⁶¹. En outre, cette organisation considère que les e-cigarettes représentent une menace réelle pour la santé¹⁰⁶². Néanmoins, certaines études es-timent, qu'en dépit de la dangerosité avérée des cigarettes électroniques, que ce produit présente moins de dangers que les cigarettes conventionnelles. Ce constat repose en partie sur la composition des inhalateurs électroniques¹⁰⁶³. En effet, certains scientifiques ont considéré que le fait que les e-cigarettes ne contiennent pas des substances toxiques, les rendait moins nocives que les

¹⁰⁵⁹ Ce critère fut énoncé par l'organe d'appel dans l'affaire « *Communautés Européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* ». En effet, cet organe a mentionné ce critère au para. 135 en tenant le constat suivant : « *En revanche, le Groupe spécial a constaté que les fibres d'ACV < ne sont pas classées par l'OMS au même niveau de dangerosité que la chrysolite. > Les experts ont aussi confirmé, comme l'a signalé le groupe spécial que les éléments de preuves scientifiques actuels indiquent que les fibres d'ACV < ne présent[ent] pas le même risque pour la santé que ... [les fibres d'amiante] chrysolite > ».*

¹⁰⁶⁰ L'organe d'appel dans l'affaire « *Communautés Européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* » a consacré d'une manière claire l'importance de ce critère qu'est le risque que représente un produit pour la santé en tenant au para. 151 le constat suivant : « *Au paragraphe 113 du rapport, nous disons que [n]ous sommes très nettement d'avis que les éléments de preuve relatifs aux risques qu'un produit présente pour la santé peuvent être pertinents dans un examen de la < similarité > au titre de l'article III :4 du GATT de 1994 ».*

¹⁰⁶¹ Bulletin de l'Organisation mondiale de la santé, interview de Armando Peruga expert à l'OMS de la lutte antitabac, 2014, <<http://www10.who.int/bulletin/volumes/92/12/14-031214/fr/>> (Dernière consultation : le 10/03/2020).

¹⁰⁶² Conférence des parties à la convention cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, Rapport de l'OMS, *Inhalateurs électroniques de nicotine et inhalateurs électroniques ne contenant pas de nicotine*, Septième session, Août 2016, p. 3.

¹⁰⁶³ Pour plus d'informations sur la composition des cigarettes électroniques, voir la septième session de la COP de l'OMS, *Inhalateurs électroniques de nicotine et inhalateurs électroniques ne contenant pas de nicotine*, août 2016.

cigarettes classiques¹⁰⁶⁴. En outre, l'OMS estime que si l'on se base sur la composition des produits susmentionnés, on est en mesure de constater que les inhalateurs électroniques sont moins toxiques que les cigarettes conventionnelles¹⁰⁶⁵. On constate donc que le facteur relatif au risque que représente un produit pour la santé n'est pas entièrement déterminant dans le cadre de l'analyse de la « *similarité* ».

D'autres éléments peuvent alors être pertinents pour la détermination du degré de ressemblance dite « *physique* » entre deux produits. En effet, on peut fonder notre approche sur la relation concurrentielle directe entre les inhalateurs électroniques et les cigarettes conventionnelles¹⁰⁶⁶. En outre, l'invocation de ce critère permettra à une partie d'établir, en dépit des différences physiques, l'existence d'une relation de concurrence entre les produits. Cette relation pourra, à terme, permettre aux groupes spéciaux de l'OMC d'établir un constat de similarité¹⁰⁶⁷. On peut en ce sens mentionner l'approche de l'organe d'appel de l'affaire « *Japan-Alcholic Beverages II* ». Cet organe considère que les produits, qui représentent certaines différences physiques, peuvent être jugés comme étant « *similaires* » si lesdites différences ont un impact limité sur leur relation concurrentielle¹⁰⁶⁸. Cependant, cette relation de concurrence doit être forte pour pouvoir l'invoquer dans le cadre du test de « *similarité* ». Ce critère fondé sur la relation concurrentielle fut aussi utilisé par l'organe d'appel de l'affaire « *États-Unis- Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle* ». Cet organe a notamment procédé à une analyse minutieuse du rapport concurrentiel entre les cigarettes au menthol et celles aux clous de girofle¹⁰⁶⁹. On constate donc, au vu de la jurisprudence de

¹⁰⁶⁴ Ce constat se base principalement sur le niveau et le nombre de substances toxiques produites lors de l'utilisation typique des cigarettes électroniques.

¹⁰⁶⁵ Un rapport de l'OMS établi lors de la 7^{ème} session de la Conférence des parties à la CCLAT a émis la remarque suivante : « si l'on se base principalement sur le niveau et le nombre de substances toxiques produites lors de l'utilisation d'inhalateurs électroniques non frelatés (contenant ou non de la nicotine), il est très probable que ces inhalateurs soient moins toxiques que la fumée des cigarettes ».

¹⁰⁶⁶ Marina Foltea / Anna Markitanova, *art.cit.*, p. 9.

¹⁰⁶⁷ Lukasz Gruszczynski, *op. cit.*, pp. 133-134.

¹⁰⁶⁸ Ce constat fut tenu par l'organe d'appel dans l'affaire « *Japan-Alcholic Beverages II* ». En outre, l'importance du rapport concurrentiel a été consacrée par plusieurs autres organes d'appel notamment celui en charge de l'affaire « *États-Unis – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle* ».

¹⁰⁶⁹ Pour plus de détails sur l'affaire « *États-Unis – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle* », voir [partie. C, para. 2.2, chapitre IV](#) ci-dessus.

l'OMC, que le rapport de concurrence peut être un indicateur très pertinent dans le cas où deux produits ne partagent pas assez de caractéristiques physiques¹⁰⁷⁰. Actuellement, nous ne disposons pas de suffisamment de données sur la relation concurrentielle entre les inhalateurs électroniques et les cigarettes classiques pour pouvoir se prononcer sur le degré exact de leur similitude. Néanmoins, ce critère sera, du fait des caractéristiques physiques des produits susmentionnés, très pertinent dans le cadre de l'analyse la condition de « *similarité* ».

Un deuxième critère majeur a été énoncé par la jurisprudence de l'OMC lors de l'étude de la notion de « *similarité* ». Ce critère traite de l'utilisation finale des produits comparés¹⁰⁷¹. La prochaine partie analysera donc cette condition avec minutie.

1.1.3. *L'utilisation finale des cigarettes électroniques et conventionnelles*

Comme énoncé précédemment, l'utilisation finale d'un produit peut être très pertinente dans le cadre de l'analyse du critère de « *similarité* » au titre de l'article III. 4 du GATT de 1994. Ce critère est défini par la jurisprudence de l'OMC comme étant la mesure dans laquelle les produits peuvent avoir les mêmes utilisations finales¹⁰⁷².

En l'espèce, les e-cigarettes et les cigarettes conventionnelles délivrent toutes les deux de la nicotine au consommateur et ce, tout en contribuant à perpétuer le rituel du tabagisme. Des études ont été aussi réalisées sur les cigarettes électroniques ne contenant pas de la nicotine. Ces études, fondées sur des

¹⁰⁷⁰ Lukasz Gruszczynski, *op.cit.*, pp. 133-134.

¹⁰⁷¹ Ce critère fut entre autres consacré par l'organe d'appel dans l'affaire « Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant » au para. 117, pp. 50-51 de son rapport. Ce paragraphe se présente comme suit : « Par conséquent, les éléments de preuve relatifs à la mesure dans laquelle des produits peuvent avoir les mêmes utilisations finales et à la mesure dans laquelle les consommateurs sont – ou seraient – disposés à choisir un produit plutôt qu'un autre pour opérer ces utilisations finales sont des éléments de preuve très pertinents pour évaluer la < similarité > de ces produits au sens de l'article III :4 du GATT de 1994 ».

¹⁰⁷² Rapport de l'organe d'appel, « Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant », DS 135, para. 117, p. 51.

données présentées par le Tobacco Atlas, suggèrent que 1,3 millions de personnes au Royaume Uni consomment à la fois les cigarettes classiques et les cigarettes électroniques ne contenant pas de la nicotine¹⁰⁷³.

Quant aux e-cigarettes qui contiennent de la nicotine, elles peuvent être un moyen de substitution aux produits du tabac classique. En effet, selon un sondage réalisé par Reuters, 30% des consommateurs de ce produit l'utilisent comme un moyen de substitution à la cigarette conventionnelle alors que 62% s'en servent comme un substitut partiel aux dites cigarettes¹⁰⁷⁴. Les deux études que l'on a citées précédemment, nous prouvent clairement que les cigarettes électroniques et conventionnelles sont utilisées de manière interchangeable. Cette analyse peut donc nous amener à établir un constat de similarité entre ces deux produits et ce, aux fins d'évaluation du critère relatif à la discrimination au titre de l'OMC¹⁰⁷⁵.

Néanmoins, certains spécialistes risquent d'invoquer les effets curatifs des e-cigarettes (aide au sevrage) pour s'opposer à ce constat de similarité. Ils vont, entre autres, fonder leur approche sur le fait que certains États classent les cigarettes électroniques dans la liste des dispositifs médicaux¹⁰⁷⁶. On remarque donc, qu'en dépit des similarités en matière d'utilisation finale entre les cigarettes électroniques et classiques, que certains doutes subsistent quant au degré exact de similitude. En effet, il peut y avoir des différences importantes entre(et) parmi les utilisateurs et leur utilisation. On peut en ce sens mentionner les utilisations à des fins médicales (ex : l'aide au sevrage). Au regard de ces arguments, des doutes persistent quant à la capacité réelle des groupes spéciaux de l'OMC à statuer sur le degré exact de similitude en matière d'utilisation finale entre les cigarettes électroniques et conventionnelles¹⁰⁷⁷. Cepen-

¹⁰⁷³ Marina Foltea / Anna Markitanova, *art.cit.*, p. 9.

¹⁰⁷⁴ Jilian Mincer, *U.S. e-cigarette Use Stalls as Health Concerns Grow*, Reuters / IPSIS poll, Reuters, 24 Mai 2016, <<https://www.reuters.com/article/us-usa-ecigarettes-poll-idUSKCN0YFODE>> (Dernière consultation : le 16/05/2020).

¹⁰⁷⁵ Marina Foltea, *art.cit.*, p. 4.

¹⁰⁷⁶ R.D. Kennedy et al, *Global Approaches to Regulating Electronic Cigarettes*, *Tob Control*, 1 décembre 2016, p. 3. Les exemples cités dans cet article sont, entre autres, le Japon, la Belgique, le Chili et le Danemark.

¹⁰⁷⁷ Constat tenu par Lukasz Gruszczynski dans son ouvrage « *The Regulation of E-Cigarettes* ». Il énonce en ce sens la conclusion suivante: « *While in many respects e-cigarettes have a similar, if not identical, end use to conventional tobacco products, there can be important differences between and among users and their uses. For this reason, while it is likely that a panel/ Appellate Body would find the products are < like > conventional tobacco products under the criterion of end use, this cannot be stated with absolute certainty* ».

dant, les ressemblances entre les produits susmentionnés et leur caractère interchangeable peuvent pousser certains groupes spéciaux à les qualifier de similaires et ce, aux fins de l'analyse du critère de non-discrimination de l'OMC. En outre, les études présentées sur les diverses utilisations des cigarettes électroniques et conventionnelles risquent de renforcer ce constat.

D'autres critères seront étudiés dans le cadre de notre analyse du degré exact de similarité entre les inhalateurs électroniques et les cigarettes classiques. La prochaine partie va examiner le critère relatif aux habitudes et aux goûts des consommateurs.

1.1.4. *Les perceptions des consommateurs en matière de goût et d'habitudes*

Comme énoncé précédemment, ce critère a été consacré par l'organe d'appel en charge de l'affaire « *Border tax adjustments* »¹⁰⁷⁸. Ledit critère a été ensuite développé par la jurisprudence de l'OMC qui le définit comme étant : « *la mesure dans laquelle les consommateurs perçoivent et considèrent les produits comme d'autres moyens de remplir des fonctions particulières pour satisfaire à un désir ou à une demande spécifique*¹⁰⁷⁹ ». Plusieurs facteurs doivent être pris en considération lors de la détermination de cette notion. On peut citer, à titre d'exemple, l'élasticité prix, la substituabilité des produits ou plus encore la reconnaissance de la marque. Ce critère repose donc principalement sur les attitudes et les opinions des consommateurs à l'égard de l'interchangeabilité des cigarettes conventionnelles et électroniques¹⁰⁸⁰.

Nous allons maintenant passer à l'analyse des deux produits susmentionnés à l'aune du critère relatif aux perceptions des consommateurs. Tout d'abord, on remarque que de plus en plus de consommateurs (qui ne souhaitent pas arrêter le tabagisme) voient en les cigarettes électroniques une alternative plus saine que les cigarettes classiques. En outre, plusieurs enquêtes montrent que les fumeurs passent de plus en plus aux e-cigarettes¹⁰⁸¹. On peut en ce sens mentionner l'étude que nous avons citée lors de la partie précédente, relative

¹⁰⁷⁸ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *Border Tax Adjustments* », 1968, para. 18, p. 3.

¹⁰⁷⁹ Cette définition a été énoncée par l'organe d'appel dans l'affaire « *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* » au para. 101, p. 44 de son rapport.

¹⁰⁸⁰ Lukasz Gruszczynski, *op.cit.*, p. 135.

¹⁰⁸¹ Marina Foltea, *art.cit.*, p. 4.

au sondage réalisé par l'agence Reuters. Selon ledit sondage, 30% des consommateurs de inhalateurs électroniques utilisent ce produit comme un moyen de substitution aux cigarettes conventionnelles alors que 62% s'en servent comme un substitut partiel aux dites cigarettes¹⁰⁸². Certains utilisent aussi les inhalateurs électroniques en même temps que les cigarettes conventionnelles. D'autres consomment ce produit dans des lieux où il est interdit de fumer (des cigarettes classiques) ou comme simple choix de vie. Ils essayent en ce sens de contourner certaines restrictions sur le tabagisme¹⁰⁸³. De plus, plusieurs fumeurs délaissent les cigarettes classiques pour les inhalateurs électroniques ou d'autres produits de substitution. En effet, une étude réalisée par l'industrie du tabac (Philip Morris International) au Japon et en Italie, a montré que 30% des fumeurs (12% pour les adultes) ont fini par adopté le IQOS system¹⁰⁸⁴ (technologie développée par PMI qui permet de chauffer le tabac mais sans le brûler)¹⁰⁸⁵. Selon l'avis de l'étude susmentionnée, ce produit a montré un fort potentiel pour répondre aux nouvelles attentes des fumeurs¹⁰⁸⁶.

On remarque donc que les cigarettes électroniques sont une alternative prisée par les fumeurs. En effet, ces derniers considèrent ce produit comme étant capable de remplir les mêmes fonctions que les cigarettes conventionnelles. Par conséquent, le consommateur perçoit les cigarettes électroniques et conventionnelles comme étant des produits remplaçables. Dès lors, la consommation des e-cigarettes va connaître une forte augmentation¹⁰⁸⁷. De plus, ils existent des statistiques qui mettent en lumière le fait que certains fumeurs délaissent de nos jours rapidement le tabac classique pour les cigarettes électro-

¹⁰⁸² Jilian Mincer, U.S. *e-cigarette Use Stalls as Health Concerns Grow*: Reuters / IPSIS poll, Reuters, 24 Mai 2016, <<https://www.reuters.com/article/us-usa-ecigarettes-poll-idUSKCN0YF0DE>> (Dernière consultation: le 16/05/2020).

¹⁰⁸³ Jessica K Pepper et al, *Effects of Advertisements on Smokers' Interest in Trying E-Cigarettes: The Roles of Product Comparison and Visual Cues*, *Tob Control*, 2014, p. 1, p. 4.

¹⁰⁸⁴ Philip Morris International, Investors Day, 26 June 2014, Présentation de Bertrand Bonvin, Manuel Peitsch et Frederic de Wilde, slide numéro 92, <[https://pminewprds3-1.s3.amazonaws.com/docs/default-source/pmi-investor-day-archives-2016/2014-day-1/2014-06-26-rrps_investor_day_slides_-_website_final-\(2\).pdf?sfvrsn=b4e092b5_4](https://pminewprds3-1.s3.amazonaws.com/docs/default-source/pmi-investor-day-archives-2016/2014-day-1/2014-06-26-rrps_investor_day_slides_-_website_final-(2).pdf?sfvrsn=b4e092b5_4)> (Dernière consultation : le 08/05/2020).

¹⁰⁸⁵ PressePortal, Philip Morris S.A, *lance en Suisse iQOS, son système révolutionnaire de tabac chauffé*, le 04/08/2015, <<https://www.presseportal.ch/fr/pm/100054131/100776131>> (Dernière consultation : le 08/05/2020).

¹⁰⁸⁶ Cf. *supra*, note 1084.

¹⁰⁸⁷ Lukasz Gruszczynski., *op.cit.*, p. 136.

niques¹⁰⁸⁸. A noter aussi que certaines marques encouragent le double usage en vendant dans un même paquet une cigarette classique et électronique. En outre, le consommateur voit en la cigarette électronique une alternative plus saine pour satisfaire ses besoins en matière de tabagisme¹⁰⁸⁹. Selon un rapport de l'OMS, les deux principales raisons qui expliquent l'usage des cigarettes électroniques sont : la volonté de certains consommateurs de réduire leur consommation tabagique et les interdictions de fumer dans certains lieux¹⁰⁹⁰.

On remarque donc que la plupart des usagers conçoivent les cigarettes électroniques et conventionnelles comme étant des produits remplaçables. Néanmoins, certains consommateurs considèrent les deux produits susmentionnés comme étant distincts et de nature différente¹⁰⁹¹. En outre, des zones d'ombre subsistent quant aux preuves scientifiques relatives à l'innocuité des e-cigarettes. On peut aussi mentionner l'avis de certains experts qui estiment que l'usage par les non-fumeurs des cigarettes électroniques conduira inéluctablement à l'utilisation par ces derniers des cigarettes conventionnelles. Cependant, ce constat n'est pas absolu¹⁰⁹². En dépit des incertitudes relatives au degré exact de substituabilité entre les cigarettes électroniques et classiques, force est de constater qu'une partie non négligeable des consommateurs conçoit ces produits comme étant interchangeables. Ce bilan peut être déterminant si jamais un groupe spécial venait à statuer sur la similarité des produits susmentionnés aux fins de l'article III.4 du GATT de 1994¹⁰⁹³.

¹⁰⁸⁸ Selon un article paru dans la revue électronique « *The Economist* » en date du 23 avril 2016, près de 3% des américains et 4% des britanniques passent dans un délai de moins d'un an des cigarettes classiques aux cigarettes électroniques. <<https://www.economist.com/business/2016/04/23/smoke-signals>> (Dernière consultation : le 09/05/2020).

¹⁰⁸⁹ Marina Foltea / Anna Markitanova., *art.cit.*, p. 10.

¹⁰⁹⁰ Conclusion établie par le rapport de l'OMS (Inhalateurs électroniques de nicotine) lors la 6^{ème} session de la conférence des parties à la CCLAT de l'OMS en date du 1^{er} septembre 2014.

¹⁰⁹¹ Lukasz Gruszczynski., *op.cit.*, p. 137.

¹⁰⁹² *Ibid.*

¹⁰⁹³ Marina Foltea / Anna Markitanova., *art.cit.*, p. 11.

On est donc en mesure de de tenir un constat de similarité, si l'on fonde notre approche sur le critère relatif à la perception des consommateurs en matière d'habitudes¹⁰⁹⁴. Les cigarettes électroniques et classiques risquent donc d'être considérées comme étant similaires du fait de leur caractère changeable et ce, à l'aune des critères établis par la jurisprudence de l'OMC. Nous allons dans la prochaine partie traiter du critère relatif à la classification tarifaire des produits.

1.1.5. Analyse établie à la lumière de la classification tarifaire

Comme énoncé précédemment, ce critère fut consacré par l'organe d'appel en charge de l'affaire « *Japan-Alcoholic Beverages II* »¹⁰⁹⁵. Nous allons donc, au cours de cette partie, analyser le degré de similitude entre les cigarettes conventionnelles et électroniques au titre de leur classification tarifaire.

On remarque tout d'abord, que ces deux produits présentent des différences au niveau de leur composition et de leur mode de fabrication. En outre, certains pays ne leur accordent pas la même classification tarifaire. On constate en premier lieu qu'il n'existe pas d'approche unifiée quant à la classification des cigarettes électroniques du point de vue tarifaire. Certains pays les classent comme étant des produits pharmaceutiques alors que d'autres les rangent dans la liste des machines électriques¹⁰⁹⁶. On peut citer, à titre d'exemple, des Membres de l'OMC tels que la Chine qui les inclut dans la case des équipements et dispositifs électriques non listés ayant des fonctions indépendantes. Quant à l'UE, elle range ce produit dans la liste des autres machines et appareils¹⁰⁹⁷. On remarque par la même occasion que les cigarettes convention-

¹⁰⁹⁴ Des auteurs tels que Marina Foltea et Anna Markitanova ont tenu des conclusions allant dans ce sens. Elles ont établi le constat suivant dans leur article intitulé « *The likeness of e-vapor products and cigarettes in the WTO* » : « *This would seem to show a high degree of substitutability between the products in order to satisfy the same habit, as required under the consumers tastes and habits criterion of < likeness > determination* ».

¹⁰⁹⁵ Pour plus de détails, voir p. 21 du rapport de l'organe d'appel dans l'affaire « *Japan-Alcoholic Beverages* ».

¹⁰⁹⁶ Lukasz Gruszczynski, *op.cit.*, p. 137.

¹⁰⁹⁷ Marina Foltea / Anna Markitanova, *art.cit.*, p. 11.

nelles sont, contrairement aux inhalateurs électroniques, classées dans un système harmonisé de désignation et de codification des marchandises¹⁰⁹⁸ au sein du chapitre dédié aux produits du tabac¹⁰⁹⁹.

Dans l'optique de mettre en place une approche unifiée en matière de classification tarifaire des e-cigarettes, certains experts estiment qu'il serait adéquat d'inclure les e-cigarettes dans le chapitre 24 du système harmonisé qui comprend, entre autres, les produits du tabac¹¹⁰⁰. A la suite de nombreux débats survenus entre ses membres, le comité du système harmonisé a convenu, lors d'une réunion qui date du 29 mars 2019, d'inclure les cigarettes électroniques dans le chapitre 24. Il a en ce sens créé une nouvelle position au sein du chapitre 24 (24.04)¹¹⁰¹. Si aucune opposition n'est soulevée, cette classification prendra effet à partir de 2022¹¹⁰².

Cette nouvelle approche en matière de classification des cigarettes électroniques aura donc des conséquences directes sur l'analyse du critère de similarité au titre de l'article III. 4 de l'OMC. En effet, avec cette nouvelle classification tarifaire, les cigarettes électroniques et classiques pourront être jugées comme étant similaires. Les différents organes de l'OMC fonderont dès lors une partie de leur jugement sur cette approche qui les conduira, à terme, à juger toute prohibition des cigarettes électroniques comme étant discriminatoire au regard de l'article III.4 du GATT de 1994. On analysera dans les prochaines parties la notion de « *similarité* » à l'aune de nouveaux critères tels que le régime réglementaire ou plus encore l'élasticité-prix croisée de la demande.

1.1.6. *Le critère relatif à l'élasticité-prix croisée de la demande*

Les principaux critères énoncés dans les parties précédentes ne sont pas exhaustifs. En outre, ils ne font partie d'une liste prescrite à l'avance par l'OMC. En effet, ces derniers sont plutôt le résultat du pouvoir discrétionnaire dont

¹⁰⁹⁸ Pour plus de détails sur la notion de système harmonisé, voir l'article 1 de la Convention internationale sur le Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises.

¹⁰⁹⁹ Organisation mondiale des douanes, *Le Système harmonisé / Un langage universel pour le commerce international*, 2018, p. 26. Les cigarettes sont en ce sens incluses dans le chapitre 24 du système susmentionné.

¹¹⁰⁰ Lukasz Gruszczynski, *op.cit.*, p. 137.

¹¹⁰¹ *Ibid.*

¹¹⁰² *Ibid.*

jouissent les différents juges de cette organisation¹¹⁰³. De plus, il n'existe pas de hiérarchie entre ces critères et ces derniers ne peuvent donc être interprétés séparément. Par conséquent, aucun d'entre eux n'est déterminant en tant que tels. Il existe en effet une certaine interdépendance entre tous ces critères¹¹⁰⁴. Le critère relatif à l'élasticité-prix croisée s'inscrit donc dans ce contexte. Il peut, s'il est conjointement analysé avec les autres critères énoncés par l'OMC, aider les juges de cette organisation dans le cadre de leur examen de la notion de « *similarité* ». On se doit d'abord de définir cette notion qu'est l'élasticité-prix croisée avant de mettre en lumière son importance.

L'élasticité-prix croisée désigne une opération qui mesure le taux de réponse de la quantité relative à la demande d'un produit en raison d'un changement de prix d'un autre¹¹⁰⁵. En d'autres termes, elle mesure l'évolution de la demande du produit A (cigarettes électroniques) si le prix de son produit de substitution B (cigarettes conventionnelles) augmente ou diminue¹¹⁰⁶. En nous basant sur ce critère, nous sommes donc en mesure de déterminer si les cigarettes électroniques et classiques sont des produits substituables. Ledit critère peut nous aider à déterminer le degré exact de similitude entre les deux produits susmentionnés.

Plusieurs études économiques ont traité de cette notion qu'est l'élasticité-prix croisée. On peut, à titre d'exemple, citer une enquête réalisée en Nouvelle-Zélande. Cette enquête a démontré que les consommateurs percevaient les cigarettes électroniques comme des substituts des cigarettes conventionnelles¹¹⁰⁷.

¹¹⁰³ Cette conclusion a été établie par plusieurs organes d'appel de l'OMC. On peut citer à titre d'exemple celui de l'affaire « *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* » qui énonça le constat suivant au para. 101, p. 43 de son rapport : « *Nous passons maintenant à la manière dont devrait procéder celui qui interprète un traité pour déterminer si des produits sont < similaires > au sens de l'article III :4. Comme pour l'article III :2, dans cette détermination, < aucune approche unique...ne sera appropriée pour tous les cas >. En fait, une évaluation impliquant < inévitablement un élément de jugement personnel >, discrétionnaire* ». Ce constat a aussi été tenu par l'organe d'appel de l'affaire « *Japan-Alcoholic Beverages* » en des termes plus ou moins identiques à ceux de la première conclusion.

¹¹⁰⁴ Rapport de l'organe d'appel dans l'affaire, « *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* », DS 135, para. 102, p. 44.

¹¹⁰⁵ ThoughtCo., Mike Moffatt, *Cross-Price Elasticity of Demand, A Primer on the Cross-Price Elasticity of Demand*, 25 Février, 2017, <<https://www.thoughtco.com/cross-price-elasticity-of-demand-overview-1146251>> (Dernière consultation : le 15/05/2020).

¹¹⁰⁶ Marina Foltea, *art.cit.*, p. 4.

¹¹⁰⁷ Marina Foltea / Anna Markitanova, *art.cit.*, p. 12.

En effet, cette étude a clairement prouvé que l'augmentation du prix des cigarettes classiques entraînait avec elle une hausse de la demande des e-cigarettes. L'élasticité prix-croisée était dans ce cas de 0,16 (positive), d'où notre constat relatif au caractère substituable de ces produits¹¹⁰⁸. Ce critère a été mentionné par la jurisprudence de l'OMC qui l'a consacré par le biais de l'organe d'appel de l'affaire « Corée-Taxes sur les boissons alcooliques »¹¹⁰⁹. Néanmoins, ledit critère n'est pas en mesure d'évaluer à lui seul le degré de similitude entre deux produits¹¹¹⁰. Il doit donc être analysé, en plus des autres critères classiques que l'on a mentionnés lors des parties précédentes. En effet, la jurisprudence de l'OMC n'ayant jusqu'à présent pas établi de liste exhaustive relative aux critères qui déterminent la notion de « similarité », les différents groupes spéciaux se doivent donc d'examiner tous les éléments de preuves pertinents¹¹¹¹. On en déduit que le critère relatif à l'élasticité-prix croisée est en mesure de fournir des indications importantes aux juges de l'OMC pour le tri et l'examen des données mises à leur disposition. Ces éléments de preuves peuvent avoir une incidence sur le constat final d'un groupe spécial en relation avec le degré de similitude entre deux produits¹¹¹².

Au regard des arguments et autres éléments de preuves présentés lors de cette partie, on est en mesure de conclure que les cigarettes électroniques et classiques peuvent, à l'aune du critère relatif à l'élasticité-prix croisée, être considérées par certains groupes spéciaux comme étant des produits similaires. Nous allons dans la prochaine partie analyser la notion de « similarité » en nous basant sur d'autres critères tels que les différents régimes réglementaires appliqués aux cigarettes électroniques et conventionnelles.

¹¹⁰⁸ Ibid.

¹¹⁰⁹ La notion d'élasticité-prix a été utilisée par l'organe d'appel de l'affaire « Corée-Taxes sur les boissons alcooliques » dans l'optique de déterminer si des produits sont directement substituables ou non. Pour plus de détails voir para. 109, p. 34 du rapport de l'affaire susmentionnée.

¹¹¹⁰ L'organe d'appel dans l'affaire « Corée-Taxes sur les boissons alcooliques » a tenu dans le para. 109, p. 34 de son rapport le constat suivant concernant le critère relatif à l'élasticité-prix : « De même, des études quantitatives de l'élasticité-prix sont pertinentes, mais pas exclusives ni même déterminantes ».

¹¹¹¹ Rapport de l'organe d'appel dans l'affaire « Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant », DS 135, para. 102, p. 44.

¹¹¹² Lukasz Gruszczynski, *op.cit.*, p. 139.

1.1.7. Analyse à l'aune du régime réglementaire

Nous allons, au cours de cette partie, analyser le degré de similitude entre les cigarettes électroniques et conventionnelles à la lumière du critère relatif à leur régime réglementaire respectif. En effet, la similarité entre ces deux produits peut être évaluée en fonction de la manière dont les autorités locales de régulation les conçoivent. On constate tout d'abord que plusieurs pays incluent les e-cigarettes dans leur législation relative aux produits du tabac¹¹¹³. On peut citer, à titre d'exemple, les États-Unis qui, comme mentionné précédemment, réglementent les inhalateurs électroniques de la même manière que les produits classiques du tabac¹¹¹⁴. L'UE a elle aussi adopté des réglementations allant dans ce sens¹¹¹⁵. Ces réglementations visaient, entre autres, à harmoniser la qualité et la sécurité des produits du tabac par le biais notamment de l'introduction d'exigences en matière d'emballages et d'étiquetage. De plus, elles énoncent des interdictions en matière de publicité pour les cigarettes électroniques¹¹¹⁶. On peut aussi ajouter que les inhalateurs électroniques sont contrôlés comme des produits du tabac dans plus de 62 pays à travers le monde¹¹¹⁷. En outre, ce produit est exclu par certains TBI des procédures de règlement des différends. On peut citer, à titre d'exemple, le traité signé entre l'Australie et le Singapour qui énonce des dispositions allant dans ce sens¹¹¹⁸. Cette exclusion découle du fait que ce TBI classe les e-cigarettes comme étant des produits du tabac.

¹¹¹³ *Ibid.*

¹¹¹⁴ La FDA a décidé en 2016 d'inclure les cigarettes électroniques dans sa section 901 consacrée aux produits du tabac. Pour plus de détails voir partie VIII (Regulation of Electronic Nicotine Delivery Systems (Including E-Cigarettes)) du chapitre III (Department of Health and Human Service) du registre fédéral des États-Unis. En outre, la FDA a énoncé dans un article publié sur son site officiel la phrase suivante : « FDA regulates all tobacco products, including e-cigarettes, cigars, and hookah tobacco ». <<https://www.fda.gov/tobacco-products/compliance-enforcement-training/retail-sales-tobacco-products>> (Dernière consultation : le 16/05/2020).

¹¹¹⁵ Commission européenne, Tabac, Réglementation sur les produits, <https://ec.europa.eu/health/tobacco/products_fr> (Dernière consultation : le 15/05/2020).

¹¹¹⁶ Marina Foltea / Anna Markitanova, *art.cit.*, pp. 13-14.

¹¹¹⁷ Harry Shapiro, *No Fire, No Smoke: The Global State of Tobacco Harm Reduction*, London, 2018, p. 85.

¹¹¹⁸ La section (c) du TBI entre l'Australie et Hong-Kong énonce les dispositions suivantes: « No claim may be brought under this Section in respect of a Party's control measures of tobacco products (including products made or derived from tobacco), cigarettes, imitation smoking products, and other smoking products such as Electronic Nicotine Delivery Systems and Electronic non Nicotine Delivery Systems including electronic cigarettes ».

On constate donc, à la lumière notamment des données présentées lors de cette partie, que les cigarettes électroniques et classiques peuvent être considérées comme étant « *similaires* ». Néanmoins, le critère relatif au régime réglementaire d'un produit a un poids relativement limité lors de l'analyse de la « *similarité* » entre deux produits dans le cadre du droit de l'OMC¹¹¹⁹. En dépit de ce constat, les différents régimes réglementaires appliqués aux inhalateurs électroniques peuvent nous aider à statuer sur le degré exact de similitude entre les inhalateurs électroniques et les cigarettes conventionnelles.

Les critères analysés sous l'angle de l'article III. 4 du GATT nous permettent de conclure que les cigarettes électroniques et classiques peuvent être considérées comme étant similaires au titre de l'article III.4 du GATT de 1994. En effet, et malgré les incertitudes actuelles quant au degré exact de ressemblance physique entre les produits susmentionnés, d'autres critères additionnels, tels que le rapport concurrentiel, nous ont aidé à atténuer cette différence¹¹²⁰. On peut donc, en se fondant notamment sur l'analyse établie lors de ce chapitre, constater que l'interdiction des cigarettes électroniques enfreint les dispositions de l'article III. 4 du GATT en instaurant une discrimination à l'encontre de ce produit. Néanmoins, on est aussi susceptible d'invoquer le fait que le degré de nocivité des cigarettes classiques soit supérieur à celui des e. cigarettes. Dès lors, un constat de similarité peut ne pas être établi. Ces produits risquent alors d'être considérés comme étant différents. En fonction de ce constat, leur interdiction ne sera pas jugée comme contraire aux dispositions de l'article III.4 du GATT. Cette question reste donc en suspens et donne lieu à différentes interprétations. Nous allons, dans la partie suivante, procéder à l'analyse du critère de « *similarité* » au titre de l'AOTC.

1.2. Comparaison entre les caractéristiques des cigarettes conventionnelles et électroniques au titre du principe de non-discrimination (AOTC)

Nous allons, au cours de cette partie, procéder à une analyse du critère de « *similarité* » à l'aune de l'AOTC. Ce critère a été consacré par l'article 2.1 de cet accord. Comme mentionné précédemment, pour pouvoir établir une analyse fondée sur l'AOTC, la mesure contestée doit être un règlement technique au sens de l'annexe 1.1 du présent accord. On se doit ensuite de démontrer que les produits en question sont similaires au titre de l'article 2.1.

¹¹¹⁹ Marina Foltea / Anna Markitanova, *art.cit.*, pp. 13-14.

¹¹²⁰ *Ibid.*

En l'espèce, on analysera les cigarettes électroniques et conventionnelles en nous basant sur les deux critères susmentionnés. Concernant le critère relatif à la détermination de la notion de règlement technique au sens de l'annexe 1.1 de l'AOTC, nous ne sommes pas en mesure de statuer clairement sur cette question. Dans l'absolu, rien ne laisse à penser, si l'on se fonde notamment sur la jurisprudence de l'OMC, que l'interdiction d'un produit serait contraire au concept relatif aux règlements techniques¹¹²¹.

Néanmoins, la jurisprudence de l'OMC a estimé, lors de l'affaire « *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* », que le bannissement des fibres d'amiante, en tant que telles, ne saurait constituer un règlement technique. Toutefois, les organes de l'OMC ont considéré, au cours de ladite affaire, que la prohibition des produits contenant de l'amiante pouvait être qualifiée de règlement technique¹¹²².

Ce constat se fonde sur le fait que la fibre d'amiante ne peut être utilisée que sous forme de produit et non à l'état brut¹¹²³. En outre, il s'agit d'une réglementation qui impose des exigences obligatoires pour un produit. Dans notre cas de figure, la nicotine ne peut être interdite, en tant que telle. Par conséquent, c'est la prohibition des e-cigarettes en contenant qui est au cœur de notre analyse puisqu'elle est fondée, en partie, sur la lutte contre le caractère addictif de ce composant. Dès lors, l'interdiction des cigarettes électroniques contenant de la nicotine peut être qualifiée de règlement technique au sens de l'AOTC. L'analyse de ce critère se fera donc au cas par cas. Le bannissement des cigarettes électroniques peut alors tomber sous le coup de l'annexe 1.1 de l'AOTC. Tout dépendra par conséquent de l'interprétation des juges de l'OMC¹¹²⁴.

¹¹²¹ L'organe d'appel dans l'affaire « *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* » a émis la remarque suivante concernant l'interdiction du décret par les Communautés européennes : « En l'espèce, la question soumise au Groupe spécial était de savoir si les interdictions énoncées dans le Décret constituaient un règlement technique, et non pas de savoir si, dans l'abstrait, une interdiction générale peut être un règlement technique ».

¹¹²² Rapport de l'organe d'appel dans l'affaire « *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* », paras. 71-72, p. 31.

¹¹²³ *Ibid.* Voir aussi « *Communauté européenne- Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque* », DS 401, Rapport de l'organe d'appel, para. 5.35, p. 121.

¹¹²⁴ Lukasz Gruszczynski, *op.cit.*, p. 140.

Néanmoins, les critères établis par la jurisprudence de l'AOTC, à l'instar notamment du rapport concurrentiel entre deux produits,¹¹²⁵ peuvent nous aider dans le cadre de notre analyse. En effet, on peut supposer que l'interdiction des cigarettes électroniques est un règlement technique au sens de l'annexe 1.1. Dès lors, l'analyse du deuxième critère relatif à la « similarité » sera plus aisée. Notre démarche sera basée, entre autres, sur les conclusions établies lors de notre examen du critère susmentionné au regard du GATT de 1994. Les conclusions relatives au rapport concurrentiel peuvent nous pousser à conclure que les cigarettes électroniques et conventionnelles sont « similaires » au sens de l'article 2.1 de l'AOTC. En outre, on peut mentionner les conclusions établies par les juges de l'OMC en charge de l'affaire « États-Unis - Cigarettes aux clous de girofle ». Le groupe spécial a par exemple fondé son approche sur les préoccupations réglementaires invoquées par les États-Unis pour justifier leur prohibition des cigarettes mentholées (produit attrayant pour les jeunes)¹¹²⁶. Il a en effet estimé que les autres cigarettes aromatisées en vente dans le pays étaient tout aussi attrayantes pour les jeunes que les cigarettes au menthol¹¹²⁷. Quant à l'organe d'appel en charge de cette affaire, il estima que le rapport concurrentiel entre deux produits était l'élément déterminant lors de l'analyse de la similarité¹¹²⁸.

¹¹²⁵ Ce critère a été énoncé par l'organe d'appel dans l'affaire « États-Unis - Cigarettes aux clous de girofle » au para. 120 de la p. 56 de son rapport.

¹¹²⁶ Pour plus d'informations sur l'affaire « États-Unis - Cigarettes aux clous de girofle » et les préoccupations soulevées par le défendeur (États-Unis en l'espèce), voir [para 2.2 de la partie C, chapitre IV](#) ci-dessus.

¹¹²⁷ Pour plus de détails sur les conclusions du groupe spécial en relation avec l'aspect attrayant des cigarettes mentholées, voir les paras. 7. 231 et 7. 247 du rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « États-Unis - Cigarettes aux clous de girofle ».

¹¹²⁸ Ce constat fut tenu par l'organe d'appel dans l'affaire « États-Unis-Cigarettes aux clous de girofle » au para. 111, pp. 52-53 de son rapport. Il énonce en ce sens la conclusion suivante : « Dans de tels cas, un groupe spécial devrait déterminer la nature et l'importance du rapport de concurrence aux fins de la détermination concernant la similarité séparément de la mesure en cause, dans la mesure où celle-ci donne des indications sur les caractéristiques physiques des produits et/ou les préférences des consommateurs ».

On remarque donc que les critères utilisés par les différents juges de l'OMC, dans le cadre du teste de similarité au titre de l'AOTC, sont semblables à ceux qui ont été mis en place par la jurisprudence du GATT de 1994. On est dès lors en mesure de conclure que les cigarettes électroniques et conventionnelles sont similaires au regard des dispositions de l'article 2.1 de l'AOTC¹¹²⁹.

1.3. Analyse fondée sur l'article 2.2 de l'AOTC

L'AOTC reconnaît, par le biais de l'article 2.2, le droit aux Membres de l'OMC de protéger la santé. En effet, cet accord estime que les États ne devraient pas être empêchés de prendre des mesures nécessaires à la protection de la santé. Néanmoins, ces mesures ne doivent pas être appliquées dans l'optique de mettre en place une discrimination arbitraire et injustifiable¹¹³⁰. Les juges de l'OMC établiraient donc une analyse qui vise à déterminer si une mesure contestée n'est pas plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour atteindre un objectif légitime.

En l'espèce, et en supposant que l'interdiction des cigarettes électroniques est un règlement technique au sens de l'annexe 1.1 de l'AOTC, cette mesure peut être justifiée au titre de l'article 2.2 de l'AOTC. Il est en ce sens très important de rappeler que l'article 2.2 de l'AOTC n'émet pas, à l'instar de l'article XX du GATT de 1994, des exceptions¹¹³¹. Une mesure interdisant les cigarettes électroniques peut être compatible avec l'article 2.2 de l'AOTC et ce, tout en étant contraire aux dispositions de l'article 2.1 de l'AOTC¹¹³². Dans ce cas de figure, les pays interdisant les cigarettes électroniques peuvent fonder leurs mesures sur les preuves scientifiques relatives au caractère nocif de ce produit. Ils doivent en même temps prouver que ces mesures aspirent à remplir un objectif légitime au sens de l'article 2.2 de l'AOTC (protection de la santé le cas échéant)¹¹³³. De ce fait, ils sont susceptibles de présenter les différents rapports de l'OMS

¹¹²⁹ Des auteurs, tels que Lukasz Gruszczynski, ont tenu des constats allant dans ce sens. Pour plus de détails, voir la p. 143 de son ouvrage « *The Regulation of E-Cigarettes / International, European and National Challenges* ».

¹¹³⁰ Pour plus de détails sur l'article 2.2 de l'AOTC, voir, [partie 2, para. 2.2.2, chapitre IV](#) ci-dessus.

¹¹³¹ Pour plus de détails la relation entre l'article 2.1 et 2.2 de l'AOTC, voir [partie 2: paras 2.2 et 2.2.2, chapitre IV](#) ci-dessus.

¹¹³² Le groupe spécial en charge de l'affaire « États-Unis- Cigarettes aux clous de Girofle » a tenu au para. 8.1(b)-(c), p. 193 des conclusions allant dans ce sens.

¹¹³³ Pour plus de détails, voir l'article 2.2 de l'AOTC.

qui attestent de la nuisibilité des e-cigarettes¹¹³⁴. On peut en ce sens établir une corrélation avec l'affaire mettant aux prises les États-Unis et l'Indonésie. Dans cette affaire, le groupe spécial avait estimé, qu'en dépit de l'existence d'autres cigarettes aromatisées sur le marché américain, que la prohibition de celles aux clous de girofle n'était en rien incompatible avec l'article 2.2 de l'AOTC¹¹³⁵. Ce constat fut tenu alors que le même groupe avait qualifié la mesure prohibant les cigarettes aux clous de girofle de contraire aux dispositions de l'article 2.1 de l'AOTC¹¹³⁶.

Cependant, le constat relatif à la compatibilité de la mesure américaine avec les dispositions de l'article 2.2 fut fondé sur les preuves scientifiques présentées par le défendeur. Ces preuves ont été jugées pertinentes par le groupe spécial¹¹³⁷. En effet, les États-Unis, ont présenté des études élaborées par un groupe d'expert de l'OMS¹¹³⁸.

En l'espèce, tout dépendra de l'appréciation des juges de l'OMC quant à la pertinence des études et autres preuves scientifiques présentées par les pays prohibant les cigarettes électroniques. En outre, les parties interdisant les cigarettes électroniques devront démontrer que leur mesure contribue de manière importante à protéger la santé et ce, par le biais par exemple de la protection des jeunes. Ils se doivent donc de prouver que la commercialisation des cigarettes électroniques sape la lutte antitabac. De plus, ils sont dans l'obligation d'établir dans quelle mesure l'interdiction faite à ce produit remplit un objectif légitime au sens de l'article 2.2 de l'AOTC. Le groupe spécial en charge de l'affaire « États-Unis- Cigarettes aux clous de Girofle » a, par exemple, estimé que le fait d'avoir plus de 6800 fumeurs du produit susmentionné pouvait justifier la prohibition américaine¹¹³⁹. De plus, il a fait mention de certaines études qui considéraient que les cigarettes aux clous de girofle étaient une

¹¹³⁴ La nocivité des cigarettes électroniques a été, à maintes reprises, confirmée par l'OMS. Pour plus de détails, voir le rapport du secrétariat de la convention (CCLAT) lors de la 5^{ème} session de la conférence des parties et le rapport de l'OMS lors des 6 et 7^{èmes} sessions de la conférence des parties.

¹¹³⁵ Rapport du groupe spécial, « États-Unis-Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle », DS 406, para. 8.1 (c), p. 193.

¹¹³⁶ *Ibid.*, para. 8.1 (b), p. 193.

¹¹³⁷ *Ibid.*, para. 7.413, p. 137.

¹¹³⁸ *Ibid.*, para. 7.413, p. 137.

¹¹³⁹ *Ibid.*, para. 7.390, p. 129.

sorte de « cigarettes d'apprentissage »¹¹⁴⁰. Les pays prohibant les inhalateurs électroniques peuvent par conséquent citer des études qui mettent aussi en lumière le rôle que joue ce produit dans l'initiation au tabagisme. Un rapport de l'OMS estime en effet que les cigarettes électroniques sont susceptibles, du fait de la nicotine qu'elles contiennent, d'initier les plus jeunes au tabagisme¹¹⁴¹. La prohibition de ce produit peut ainsi aider à remplir ces différents objectifs. L'interdiction des inhalateurs électroniques est donc en mesure d'être jugée compatible avec les dispositions de l'article 2.2 de l'AOTC et ce, si l'on se fonde sur la jurisprudence de l'OMC. Néanmoins, le débat actuel relatif au degré exact de leur nocivité et l'absence de consensus risquent de compliquer la situation. En outre, les États interdisant les e-cigarettes auront du mal à prouver que leurs mesures ne sont pas plus restrictives que nécessaires pour les échanges commerciaux. On risque alors d'invoquer des mesures de rechange moins restrictives pour le commerce à l'instar notamment des législations relatives à la mise en place d'emballages neutres¹¹⁴². Tout dépendra donc de l'appréciation des juges de l'OMC quant à la contribution réelle de l'interdiction des cigarettes électroniques aux objectifs mentionnés dans cette partie et à la pertinence des mesures de rechange disponibles.

1.4. Analyse fondée sur l'article XX(b) du GATT de 1994

Comme énoncé précédemment, l'article XX(b) du GATT de 1994 consacre une exception générale en relation avec la protection de la santé. Un État peut en effet restreindre les échanges commerciaux dans l'optique de protéger la santé¹¹⁴³. Cet article acquiert de l'importance en cas de constatation positive de discrimination. Dès lors, certains pays prohibant la vente des cigarettes électroniques sur leur territoire, seront tentés d'invoquer cette exception pour

¹¹⁴⁰ Le groupe spécial en charge de cette affaire a fait mention d'une étude de 1989, publiée dans *The Western Journal of Medicine*, qui révèle ce qui suit : « La cigarette aux clous de girofle est une cigarette < d'apprentissage > de conception presque idéale pour inciter les jeunes à fumer ».

¹¹⁴¹ Rapport de l'OMS, *Inhalateurs électroniques de nicotine*, 6^{ème} session de la conférence des parties à la CCLAT, Moscou, Russie, 2014, p. 8. Ledit rapport tint le constat suivant : « L'effet de porte d'entrée ou de passerelle désigne deux cas de figure potentiels : la possibilité qu'une fois rendus nicotino-dépendants avec les inhalateurs électroniques de nicotine, les enfants ne se mettent à fumer des cigarettes ».

¹¹⁴² Pour plus d'information sur l'analyse de l'article 2.2 de l'AOTC, voir [partie 2, para. 2.2.2, chapitre IV](#) ci-dessus.

¹¹⁴³ Pour plus de détails sur l'article XX du GATT de 1994, voir [partie 2, para 2.1, chapitre IV](#) ci-dessus.

défendre leur mesure. Ils risquent de justifier l'interdiction de ce produit en présentant des études attestant de la nocivité des e-cigarettes. Néanmoins, cette approche présente certaines lacunes. En effet, il n'existe pas actuellement de consensus quant au degré exact de nocivité des cigarettes électroniques¹¹⁴⁴ et ce, en dépit des conclusions de l'OMS qui estiment que ce produit représente une menace réelle pour la santé¹¹⁴⁵. Les juges de l'OMC risquent alors de mettre en doute la fiabilité des preuves scientifiques sur lesquelles est fondée l'interdiction des inhalateurs électroniques. De plus, les États qui prohibent les e-cigarettes sur leur territoire continuent à autoriser la vente des cigarettes classiques. En outre, une partie des études scientifiques que l'on a mentionnée précédemment, estime que les inhalateurs électroniques restent moins néfastes que les cigarettes conventionnelles¹¹⁴⁶. Un État aura alors beaucoup de mal à invoquer les dispositions de l'article XX(b) du GATT de 1994. De plus, il sera suspecté d'instaurer une restriction déguisée au commerce au sens de l'article XX du GATT de 1994¹¹⁴⁷.

On peut néanmoins examiner les effets à long terme des cigarettes électroniques sur la santé ou insister sur le nombre important de jeunes qui en consomment pour justifier la prohibition de ce produit¹¹⁴⁸. En outre, les pays interdisant les cigarettes électroniques peuvent mettre en avant le fait que ce produit sape tout effort en matière de lutte antitabac. Ils seront en ce sens susceptibles d'invoquer certains rapports de la conférence des parties de la CCLAT et ce, en dépit de leur caractère non contraignant¹¹⁴⁹. Néanmoins, les États interdisant les cigarettes électroniques sur leur territoire ont peu de chance de voir leur défense fondée sur l'article XX(b) aboutir. En effet, le ca-

¹¹⁴⁴ Pour plus de détails sur le débat relatif à l'innocuité des cigarettes électroniques, voir [partie C, chapitre III](#) ci-dessus.

¹¹⁴⁵ Pour plus de détails sur la nocivité des cigarettes électroniques, voir le rapport du secrétariat de la convention (CCLAT) lors de la 5^{ème} session de la conférence des parties, le rapport de l'OMS lors de la 6^{ème} session de la conférence des parties et le rapport de l'OMS lors de la 7^{ème} session de la conférence des parties.

¹¹⁴⁶ Pour plus d'informations sur le degré de nocivité des cigarettes électroniques, voir, [partie C, para 2, chapitre III](#) ci-dessus.

¹¹⁴⁷ Le préambule du GATT de 1994 énonce les dispositions suivantes : « *Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures* ».

¹¹⁴⁸ Lukasz Gruszczynski, op.cit., p. 144.

¹¹⁴⁹ *Ibid.*

ractère nocif et cancérigène des cigarettes classiques rendra toute prohibition totale des inhalateurs électroniques au titre de l'article XX(b) du GATT de 1994 infondée. Un État ne peut donc prohiber, en se fondant sur l'article XX(b) du GATT de 1994, un produit tout en autorisant un autre qui lui est semblable et dont le caractère nocif est beaucoup plus important. En outre, les États interdisant les cigarettes électroniques auront du mal à prouver que leurs mesures ne sont pas plus restrictives que nécessaires pour les échanges et qu'il n'existe en ce sens aucune autre alternative disponible¹¹⁵⁰. On risque alors d'invoquer des mesures moins restrictives comme celles qui se rapportent à la mise en place d'emballage particulier. L'invocation de l'exception contenue au sein de l'article XX(b) ne peut donc justifier la discrimination constatée lors de notre analyse de l'interdiction des e-cigarettes à l'aune de l'article III.4 du GATT de 1994.

On conclut donc qu'il est difficile pour un État de justifier la prohibition des inhalateurs électroniques sur son territoire alors qu'en même temps les cigarettes classiques restent librement commercialisées dans le cadre des règles de l'OMC¹¹⁵¹.

2. Autres mesures en relation avec les cigarettes électroniques

D'autres mesures, en relation avec les cigarettes électroniques, peuvent être mises en place dans l'optique de lutter contre les effets nocifs de ce produit. On peut mentionner, à titre d'exemple, celles en relation avec l'adoption d'emballages neutres. Cette législation a déjà été imposée aux produits du tabac dits « classiques »¹¹⁵². Elle s'inscrit dans le cadre de la volonté de certains pays de protéger la santé de leurs citoyens.

Une affaire traitant de cette problématique a été, comme mentionné précédemment, traitée par les juges de l'OMC. Le défendeur estimait notamment que sa mesure visait à protéger la santé de ses citoyens en rendant les produits

¹¹⁵⁰ Pour plus d'information sur le test de nécessité instauré par la jurisprudence de l'OMC, voir [partie 2.1, para. 2.1.2, chapitre IV](#) ci-dessus.

¹¹⁵¹ Marina Foltea a tenu dans son article « *International Trade Rules For Banning E- Vapor Products* » un constat similaire. Pour plus d'information voir p. 6 de l'article susmentionné.

¹¹⁵² Cf. *infra*, chapitre V.

du tabac moins attrayants¹¹⁵³. Les pays souhaitant minimiser les effets néfastes des cigarettes électroniques peuvent donc mettre en place des législations imposant des emballages neutres. En outre, plusieurs États classent les cigarettes électroniques dans la liste des produits du tabac¹¹⁵⁴. L'adoption d'une loi imposant des emballages neutres aux e-cigarettes sera dès lors aisée. De plus, ce type de mesure a prouvé par le passé son efficacité en matière de lutte contre le tabagisme, surtout lorsqu'il est appliqué conjointement aux autres réglementations antitabac¹¹⁵⁵. Les pays souhaitant adopter des emballages neutres aux cigarettes électroniques peuvent, entre autres, s'inspirer des expériences passées de certains Membres de l'OMC. En outre, cette organisation a, par le passé, donné gain de cause à l'Australie, premier pays au monde à voir mis en place des paquets neutres¹¹⁵⁶. Les parties à l'OMC qui interdisent les cigarettes électroniques, pourront dès lors fonder leurs législations sur la décision rendue par les organes en charge du contentieux entre l'Australie et l'Indonésie.

Néanmoins, le débat actuel relatif au degré exact de nocivité des e-cigarettes risque encore d'être soulevé. Un État peut en effet contester la fiabilité des preuves scientifiques attestant du caractère néfaste des inhalateurs électroniques. De plus, il n'est pas sûr que les emballages neutres influent sur les ventes des cigarettes électroniques. Le lien de cause à effet entre l'imposition de cette loi et la protection de la santé sera alors difficile à prouver. En effet, si la mesure australienne a été jugée compatible aux dispositions de l'article 2.2 de l'AOTC, c'est en partie grâce aux preuves scientifiques et autres données empiriques présentées par le défendeur¹¹⁵⁷. En outre, la nocivité des cigarettes

¹¹⁵³ Rapport du groupe spécial, « *Australie – Certaines mesures concernant les marques de fabrication ou de commerce, les indications géographiques et autres prescriptions en matière d'emballage neutre applicables aux produits du tabac et à leur emballage* », DS 435, paras. 7.204-7.207, p. 187.

¹¹⁵⁴ Pour plus de détails sur les différents régimes réglementaires auxquels sont soumis les cigarettes électroniques, voir [partie D, para 1.1.7, chapitre IV](#) ci-dessus.

¹¹⁵⁵ Rapport du groupe spécial, « *Australie – Certaines mesures concernant les marques de fabrication ou de commerce, les indications géographiques et autres prescriptions en matière d'emballage neutre applicables aux produits du tabac et à leur emballage* », DS 435, para. 7.451-7.452, p. 270.

¹¹⁵⁶ *Ibid.*, para. 8.1, p. 955.

¹¹⁵⁷ *Ibid.*, para. 7.451-7.452, p. 270. Le groupe spécial a tenu le constat suivant concernant les preuves présentées par l'Australie : « *En outre, les éléments de preuve empiriques démontrent l'effet des mesures TPP sur le comportement lié au tabagisme, comme le concèdent nécessairement les plaignants en tant que conséquence de leur argument selon lequel les mesures TPP ont réduit la volonté des consommateurs de payer pour certains produits du tabac* ».

conventionnelles a été depuis longtemps prouvée¹¹⁵⁸. La légalité d'une mesure relative aux emballages va donc dépendre du jugement des juges de l'OMC quant à la pertinence des preuves scientifiques présentées et à la contribution réelle de ladite mesure à la protection de la santé.

Les différentes législations appliquées aux cigarettes électroniques sont susceptibles de soulever plusieurs questions d'ordre juridique, en relation notamment avec le droit de l'OMC. En effet, certaines de ces législations risquent de donner lieu à une certaine opposition entre d'une part, le droit national et d'autre part, le droit du commerce international¹¹⁵⁹. Néanmoins, les expériences passées, relatives aux lois antitabac, peuvent servir d'exemple paradigmatique à tout État souhaitant encadrer le commerce des cigarettes électroniques à des fins sanitaires. Cependant, et même si la sauvegarde de cette notion primordiale qu'est la santé est un droit reconnu au niveau de l'OMC, la pratique dudit droit reste soumise à plusieurs conditions. Ils existent en effet certaines règles qui, comme mentionné précédemment, limitent l'usage abusif des exceptions contenues dans les articles XX du GATT de 1994 et 2.2 de l'AOTC¹¹⁶⁰. Pour éviter de violer ces règles, les États souhaitant réglementer efficacement les e-cigarettes, peuvent se baser sur les expériences précédentes en matière de législations antitabac. En outre, ils doivent consulter régulièrement les producteurs de cigarettes électroniques pour avoir le plus grand nombre de données scientifiques. Ces données seront par la suite utilisées dans l'élaboration des législations relatives aux inhalateurs électroniques¹¹⁶¹. Les Membres de l'OMC souhaitant réglementer les e-cigarettes devront aussi, pour être en conformité avec le droit de l'OMC, signaler leurs mesures au secrétariat de cette organisation. Cette démarche permettra aux différents acteurs du commerce international de s'échanger des informations et ainsi aboutir à des législations plus cohérentes¹¹⁶². L'objectif de cette partie est donc d'anticiper les futurs litiges qui risquent de découler de certaines législations prohibant les e-cigarettes.

¹¹⁵⁸ Voir le chapitre relatif à la lutte antitabac au sein de l'OMS.

¹¹⁵⁹ Pour plus de détails sur cette constatation, voir Marina Foltea, *art.cit.*, p. 7.

¹¹⁶⁰ Pour plus de détails sur ces règles, voir les parties 2.1 (le GATT de 1994 et la protection de la santé) et 2.2 (l'AOTC et la protection de la santé), chapitre IV (la lutte antitabac au sein du commerce international) ci-dessus.

¹¹⁶¹ Marina Foltea, *art.cit.*, p. 7.

¹¹⁶² *Ibid.*

E. Conclusion du chapitre IV

Le tabac, du fait de sa nature nocive, a donné lieu à plusieurs litiges au sein de l'OMC. Les différents organes de cette organisation ont en effet statué à maintes reprises sur des contentieux ayant trait à des réglementations visant à lutter contre les méfaits de ce produit. L'approche de ces organes est donc très pertinente dans le cadre de notre étude du tabac en droit international. En effet, l'analyse établie par les groupes spéciaux et autres organes d'appel représente un exemple paradigmatique de la prise en compte des impératifs sanitaires par l'OMC.

Néanmoins, la lutte antitabac peut conduire à une fragmentation normative (et comme on le verra plus loin dans ce travail judiciaire) du droit international. En dépit de ce constat, ladite lutte est en mesure d'assurer une cohésion entre l'ensemble des branches de ce droit. On constate par conséquent qu'il est possible de protéger cette notion primordiale qu'est la santé au sein du commerce international. Les organes de l'OMC ont en ce sens réussi à articuler les règles de cette organisation avec celles du droit international de la santé (OMS).

Cependant, la prise en compte des intérêts commerciaux sera toujours au cœur de l'analyse d'organisations telles que l'OMC. En effet, il ne faut pas analyser les décisions rendues par certains groupes spéciaux de cette organisation à travers le seul prisme des droits de l'homme. L'objectif est donc de trouver un équilibre entre d'une part, la protection de la santé et d'autre part, les impératifs économiques. Les litiges relatifs au tabac représentent en ce sens une illustration parfaite de cette problématique.

Le tabac risque aussi de poser d'autres défis à l'OMC. Ce constat découle du fait que de nouveaux produits de substitution au tabac et dont l'innocuité est encore sujette à débat, sont apparus sur le marché. Ils sont donc susceptibles de donner lieu à des litiges entre les États. L'OMC peut néanmoins, au regard des obligations qu'elle contient, anticiper ces contentieux. En outre, elle permet d'adopter une approche cohérente qui est en mesure de prendre en considération le risque sanitaire que présente ces nouveaux produits. La partie suivante sera consacrée à l'examen de l'encadrement du tabac par le droit international de la propriété intellectuelle. On sera encore une fois amené à analyser la relation entre deux domaines qui peuvent nous paraître, à première vue, antinomiques.

V. La lutte antitabac dans le cadre du droit international de la propriété intellectuelle

Le droit de la propriété intellectuelle revêt une importance cruciale dans le cadre de la lutte antitabac. En effet, plusieurs litiges ayant trait à cette problématique ont été examinés par rapport à cette branche du droit¹¹⁶³. Les plaintes contestant la légalité des emballages neutres vont donc être analysées au regard des dispositions des différents accords relatifs à la propriété intellectuelle. Parmi ces accords, on peut citer *la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle* ou plus encore *l'Accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (ADPIC).

La première convention mentionnée est administrée par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)¹¹⁶⁴. Quant à l'ADPIC, il constitue l'un des nouveaux apports du Cycle d'Uruguay dans certains domaines novateurs qui touchent au commerce international. Il fait partie du système de l'OMC¹¹⁶⁵. Il se distingue des autres accords touchant à la propriété intellectuelle par le fait de mettre à la disposition de ses parties un système de résolution des litiges. Les règles dudit système se trouvent au sein du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'OMC¹¹⁶⁶. Ces deux traités nous seront donc d'une importance cruciale et ce, dans le cadre de notre étude des différentes revendications relatives à la protection des marques de commerce¹¹⁶⁷.

On présentera dans les prochaines parties l'OMPI (et donc par ricochet la Convention de Paris) ainsi que l'ADPIC. On essaiera par la suite de déterminer comment les accords et les traités susmentionnés traitent de la problématique

¹¹⁶³ Voir « *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* », DS 435.

¹¹⁶⁴ OMPI, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, *Traités administrés par l'OMPI*, <<https://www.wipo.int/treaties/fr/>> (Dernière consultation : le 4/10/2019).

¹¹⁶⁵ Peter Van den Bossche / Werner Zdouc, *op.cit.*, p. 994.

¹¹⁶⁶ Matthew Kennedy, *WTO Dispute Settlement and the Trips Agreement / Applying Intellectual Property Standards in a Trade Law Framework*, Cambridge International Trade and Economic Law, 2016, p. 1.

¹¹⁶⁷ Les plaintes déposées au titre de l'ADPIC sont relatives à la protection des marques de commerce. Ces allégations seront analysées plus loin dans ce travail.

des emballages neutres. Ce type de conditionnement revêt notamment une grande importance pour l'industrie du tabac ainsi que pour les différents gouvernements les ayant adoptés et les organisations en charge de la santé publique nationale et mondiale (OMS)¹¹⁶⁸. Cette problématique relative à la lutte antitabac sera donc traitée à la lumière d'une branche du droit qui occupe une place fondamentale au sein du système de l'OMC. En effet, la chambre de commerce international a reconnu le rôle éminent que pouvait revêtir le droit de la propriété intellectuelle dans le commerce mondial¹¹⁶⁹.

A. DE L'OMPI À L'ADPIC

Nous allons présenter, au cours de cette partie, les différentes étapes du processus qui a façonné la propriété intellectuelle. Ce domaine existe en effet depuis plus de cent ans¹¹⁷⁰. On se doit donc d'exposer quelques-unes des phases les plus importantes de sa genèse en traitant notamment de l'OMPI et de l'ADPIC.

1. Le prélude de la mise en place d'un système de protection de la propriété intellectuelle

Le droit de la propriété intellectuelle n'est pas une notion récente et ce, contrairement aux idées reçues. En effet, il a commencé à se développer depuis un certain temps. Ce sont notamment les conventions de Paris puis de Berne qui ont posé les premiers fondements de base d'un système unioniste censé protéger le droit des marques, les droits d'auteur ou plus encore les brevets. Plusieurs facteurs ont contribué à l'émergence de cette idée. On peut mentionner les différentes mutations économiques (ex : révolution industrielle) qu'a connues l'Europe au cours du XVIIIème siècle¹¹⁷¹.

Les Conventions de Paris et de Berne résultent des efforts inlassables fournis par des juristes, industriels et États pour s'attaquer efficacement aux différents problèmes que pouvaient poser la propriété intellectuelle. Plusieurs tentatives de protection de ce domaine ont été notamment déployées par le passé. En

¹¹⁶⁸ Tania Voon et al, *op.cit.*, p. 1.

¹¹⁶⁹ International Chamber of Commerce, *Intellectual Property, and International Trade / A Guide to the Uruguay Round TRIPS Agreement*, 1996, p. 5.

¹¹⁷⁰ Shu Zhang, *De l'OMPI au GATT / La protection internationale des droits de la propriété intellectuelle*, Editions Litec, 1994, p. 33.

¹¹⁷¹ *Ibid.*, p. 50.

1872, en marge de l'exposition universelle de Vienne, un congrès international a été organisé pour discuter de la question des brevets¹¹⁷². Ce congrès faisait suite aux craintes des États-Unis d'exposer leurs dernières inventions¹¹⁷³. Malheureusement, la plupart des projets qui y ont été discutés n'ont pas aboutis¹¹⁷⁴.

Les Conventions de Paris et de Berne vont donc grandement influencer sur les législations à venir en matière de propriété intellectuelle. La convention de Paris a été signée en 1883¹¹⁷⁵. Elle imposait notamment des obligations à ses membres en matière d'enregistrement de certaines marques de commerce et ce, dans des circonstances bien définies. C'est au titre de cette convention que seront analysés les multiples litiges ayant trait aux emballages neutres¹¹⁷⁶. Les Conventions de Paris et de Berne ont par la suite donné naissance aux BIRPI (*United International Bureaux for the Protection of Intellectual Property*). Ces bureaux ont réuni en 1893, sous la même administration, les conventions de Paris et de Berne¹¹⁷⁷. Ce sont donc ces deux conventions qui ont régi la propriété industrielle et les droits d'auteur jusqu'à l'avènement de l'OMPI en 1967.

Entre temps, plusieurs réformes structurelles ont été entreprises. Lesdites réformes ont fini par aboutir à la Conférence des droits de la propriété intellectuelle, organisée à Stockholm en 1967. Cette conférence a donc donné naissance à l'OMPI¹¹⁷⁸. Elle est devenue la principale organisation intergouvernementale en la matière. Elle vise principalement à promouvoir et à protéger les droits découlant de la propriété intellectuelle à l'échelle internationale. Plusieurs facteurs expliquent cette transition d'un système unioniste composé d'organismes de coordination vers une véritable organisation. On peut citer, à titre d'exemple, la création de l'ONU. Le conseil économique de cette organisation a en effet préconisé, dès 1948, une liquidation pure et simple des organisations dont les fonctions s'exerçaient dans des domaines tels que l'économie, la santé publiques. Les Bureaux de l'Union de Paris et de Berne se sont retrouvés

¹¹⁷² *Ibid.*, p. 46, p. 47.

¹¹⁷³ Universal Exhibition 1873 in Vienna, international Congress for the Consideration of Patent Protection, National Archives, Washington DC, Records of the Office of the secretary of the interior, Patents and Miscellaneous Division.

¹¹⁷⁴ Shu Zhang, *op.cit.*, p. 46.

¹¹⁷⁵ OMPI, Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, <<https://www.wipo.int/treaties/fr/ip/paris/>> (Dernière consultation : le 25/11/2020).

¹¹⁷⁶ Voir la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle.

¹¹⁷⁷ Rapport de gestion de l'Union de Paris, 1892, présenté le 28 mars 1893, p. 1.

¹¹⁷⁸ Shu Zhang, *op.cit.*, p. 51.

alors menacés¹¹⁷⁹. En outre, on craignait à l'époque que les systèmes en vigueur ne deviennent désuets. On redoutait aussi de voir tout cet organigramme se disloquer sous le poids de différentes influences et pressions extérieures¹¹⁸⁰.

Ces facteurs expliquent donc la nécessité de créer une organisation moderne, en mesure de régir efficacement tous les aspects relatifs à la propriété intellectuelle. Ce processus a permis de réviser et de renouveler les Conventions de Paris et Berne. En outre, il a mis en place de nouveaux mécanismes capables de suivre le cours de l'évolution internationale en matière de protection de la propriété intellectuelle. L'OMPI peut dès lors être considérée comme étant une véritable organisation internationale, voir un grand ministère de la propriété intellectuelle au sein de l'ONU qui allie les acquis des anciennes conventions aux exigences nouvelles du monde contemporain¹¹⁸¹.

2. L'OMPI en tant que principale organisation internationale en la matière

L'OMPI couronne tous les efforts précédents, fournis par les conventions formant la BIRPI. Elle est la continuation de toutes les œuvres accomplies par ces conventions. Elle a pour principale tâche de promouvoir et protéger les droits de la propriété intellectuelle et ce, en sa qualité de principale organisation en la matière¹¹⁸². L'OMPI, a, comme énoncé précédemment, vu le jour en 1967. Elle est devenue en 1974, la quatorzième institution spécialisée de l'ONU et ce, après l'approbation de l'assemblée générale de cette organisation¹¹⁸³. Pour rejoindre cette organisation, il faut au préalable déposer un instrument de ratification ou d'adhésion auprès du directeur général. Selon l'OMPI, peut devenir membre tout État membre :

- de l'Union de Paris ou celle de Berne ou plus encore tout État invité par l'assemblée générale de l'OMPI ;
- de l'Organisation des Nations Unies ou de l'une des institutions spécialisées qui y sont reliées ;

¹¹⁷⁹ Joseph Ekedí-Samnik, *L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)*, Bruylant, Bruxelles, 1975, p. 55.

¹¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 65.

¹¹⁸¹ *Ibid.*, p. 66.

¹¹⁸² Cf. *supra*, note 1178.

¹¹⁸³ Voir doc. ECOSOC numéro E/5562 et numéro E/RES/190 (XVII), Assemblée générale numéro A/9603, Résolution 3346 (XVII).

- de l'Agence internationale de l'énergie atomique ou faisant partie du statut de la Cour internationale de justice¹¹⁸⁴.

L'organe suprême de l'OMPI est l'assemblée générale. C'est cet organe qui s'acquitte de toutes les tâches utiles et ce, outre ses pouvoirs spécifiquement énumérés à l'article 5 de la convention l'instituant¹¹⁸⁵. Elle administre en ce sens plusieurs traités ou unions ayant trait à la propriété intellectuelle tels que la convention de Paris, de Berne ou plus encore le traité de Nairobi relatif à la protection du symbole olympique¹¹⁸⁶.

L'OMPI est donc la principale garante de la protection des droits de la propriété intellectuelle. Elle s'efforce en ce sens de moderniser les conventions de Paris et de Berne car la propriété intellectuelle est essentiellement composée des droits d'auteur et de la propriété industrielle¹¹⁸⁷. On remarque ainsi que cette nouvelle branche du droit a évolué uniquement dans le cadre des traités régis par l'OMPI. Cette évolution se distingue uniquement par les révisions des traités de Paris et de Berne. Un nouvel acteur a fait par la suite son entrée. En effet, l'importance accrue du commerce international a poussé le GATT de 1947 à s'intéresser de plus près à cette notion qu'est la propriété intellectuelle¹¹⁸⁸. On se doit donc d'analyser, dans les prochaines parties, la place qu'occupe la propriété intellectuelle au sein du système de l'OMC.

3. La protection du droit de la propriété intellectuelle au sein de l'OMC

Nous allons présenter, au cours de cette partie, l'accord sur les ADPIC, qui est l'un des accords les plus innovants de l'OMC. Il a en effet profondément ancré le droit de la propriété intellectuelle au sein du système de cette organisation.

¹¹⁸⁴ OMPI, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, États membres, (Dernière consultation : le 07/10/2019).

¹¹⁸⁵ Voir les articles 5, 6.2 et 8.3 de la Convention instituant l'OMPI.

¹¹⁸⁶ OMPI, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, *Traités administrés par l'OMPI*, <<https://www.wipo.int/treaties/fr/>> (Dernière consultation : le 03/11/2020).

¹¹⁸⁷ Shu Zhang, *op.cit.*, p. 71.

¹¹⁸⁸ Organisation mondiale du commerce, Module 1, *Introduction à l'accord sur les ADPIC*, pp. 3-5, <https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/ta_docs_f/modules1_f.pdf>

3.1. Les origines de l'ADPIC

La propriété intellectuelle fait référence en général (et donc au sein du droit de l'OMC) aux droits légaux qui découlent de l'activité artistique, scientifique ou industrielle. Elle couvre notamment les brevets, les indications géographiques ou le droit des marques.

Le droit des marques, tel qu'il est contenu dans l'accord sur les ADPIC, ne confère en aucun cas un droit positif mais plutôt un droit négatif. En effet, il permet d'interdire à des tierces personnes l'utilisation de l'objet protégé et ce, pendant une période de temps bien déterminée¹¹⁸⁹. Ce droit sera au cœur de notre analyse des différents contentieux ayant trait à la problématique des emballages neutres.

L'intérêt de l'OMC à la propriété intellectuelle s'explique par plusieurs facteurs. Tout d'abord, c'est la relation étroite entre cette organisation et ce domaine qui explique cette prise de conscience des avantages découlant de la propriété intellectuelle. En effet, la libéralisation des échanges peut conduire, dans certains cas, au non-respect des règles de la propriété intellectuelle (ex : contrefaçon)¹¹⁹⁰. Cet aspect relatif à la prolifération des produits contrefaits fait partie des principales raisons de l'adoption de cet accord.

L'irruption de la protection des droits de la propriété intellectuelle au sein du système de l'OMC (GATT de 1947 à l'époque) découle de l'accroissement des violations des obligations de ce droit. En effet, au moment de l'introduction officielle de ce domaine lors du cycle d'Uruguay en 1986, la contrefaçon prenait une ampleur sans précédent¹¹⁹¹. C'est l'accroissement des demandes de brevets et des titres dans le domaine des marques qui ont donné lieu à l'apparition de ce phénomène. La mondialisation a donc internationalisé la notion de propriété intellectuelle¹¹⁹². Elle a conduit à l'apparition de plusieurs cas de contrefaçon. Ce phénomène qu'est la contrefaçon représente une menace pour les droits découlant de la propriété intellectuelle. Ce constat est dû à la capacité dudit phénomène à reproduire ou imiter un signe distinctif appartenant à autrui. La contrefaçon revêt aussi une importance économique primordiale pour le bon fonctionnement du commerce à l'échelle internationale¹¹⁹³.

¹¹⁸⁹ Peter Van den Bossche / Werner Zdouc, *op.cit.*, p. 994.

¹¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 995.

¹¹⁹¹ Shu Zhang, *op.cit.*, p. 189.

¹¹⁹² Thiébaud Flory, *op.cit.*, p. 171.

¹¹⁹³ Shu Zhang, *op.cit.*, pp. 198- 199.

Les États-Unis ont joué un rôle primordial dans l'élargissement du champ d'application du GATT à la propriété intellectuelle. Ce pays a en effet connu, à partir des années 1980, une récession générale aux conséquences lourdes pour son économie. Il décida donc d'entamer un réexamen de sa politique commerciale¹¹⁹⁴. Il a en ce sens adopté une loi en 1988 qui visait à lui assurer un accès à autant de marchés étrangers que possible et ce, tout au soumettant l'accès à son marché intérieur à la condition de réciprocité¹¹⁹⁵. Cette condition englobait, entre autres, la prise en compte d'éléments tels que les droits de la propriété intellectuelle¹¹⁹⁶. Les parties contractantes du GATT de 1947 se devaient donc d'aborder les questions relatives à la propriété intellectuelle lors du cycle d'Uruguay¹¹⁹⁷.

Les droits relatifs à la propriété intellectuelle ont été introduits pour la première fois au cours du cycle d'Uruguay (lors de la *Conférence de Punta Del Este*). Ce cycle est considéré par les spécialistes comme étant de loin le plus complet de tous les cycles de négociation¹¹⁹⁸. La propriété intellectuelle fait partie des principaux résultats du cycle d'Uruguay, en compagnie d'autres décisions telles que la réduction des tarifs douaniers dans le monde entier.

On constate donc que le système organisant le commerce à l'échelle internationale a commencé à cette époque à s'ouvrir à des domaines assez innovants¹¹⁹⁹. C'est la part accrue desdits domaines dans le commerce international qui explique cette ouverture¹²⁰⁰. L'ADPIC va donc définitivement entériner les droits de la propriété intellectuelle au sein de l'OMC et ce, contrairement au GATT de 1947 qui se contentait d'en faire mention dans certains articles¹²⁰¹. Néanmoins, plusieurs problématiques d'ordre économique et juridique vont être soulevées. On peut mentionner, à titre d'exemple, la possible opposition entre les pays du nord (industrialisés) et ce du sud (en développement). En effet, ces derniers craignaient qu'un tel accord puisse être un frein au transfert

¹¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 206.

¹¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 249

¹¹⁹⁶ Voir la loi américaine de 1988 sur le commerce et la concurrence (*Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988*).

¹¹⁹⁷ Cf. *supra*, note 1192.

¹¹⁹⁸ Anthony Taubman / Hannu Wager / Jayashree Watal, *A Handbook on the WTO TRIPS Agreement*, Cambridge, 2012, p. 4.

¹¹⁹⁹ *Ibid.*

¹²⁰⁰ *Ibid.*, p. 5.

¹²⁰¹ Le GATT de 1947 ne s'est intéressé que brièvement à la propriété intellectuelle en mentionnant quelques exceptions en relation avec ce domaine à l'article XX (d).

de technologie. De plus, les principaux protagonistes de l'époque se devaient d'assurer une certaine articulation avec les systèmes conventionnels existants tels que celui de l'OMPI¹²⁰².

3.2. Objectifs et principes de l'ADPIC

3.2.1. Objectifs

Les principaux objectifs de l'ADPIC sont clairement énoncés dans son préambule. Ce dernier les identifie comme tels : réduire les distorsions et les obstacles dans le commerce international et assurer une promotion adéquate et effective de la protection des droits de la propriété intellectuelle¹²⁰³. L'ADPIC doit être considéré comme un moyen d'atteindre un objectif de politique publique en incitant à l'innovation. Il aspire en même temps à assurer l'accès aux résultats de toute innovation pour ceux qui ont en besoin¹²⁰⁴. Cet accord essaie donc de créer un équilibre entre, d'une part, la promotion ainsi que la récompense des créateurs et d'autre part, le droit d'adopter des réglementions d'intérêt public lors de la diffusion de la propriété intellectuelle¹²⁰⁵. Cet équilibre revêt une importance majeure vu qu'il garantit aux Membres de l'OMC le droit de prendre des mesures qui promeuvent l'intérêt public. Ce droit sera donc au cœur de notre analyse de la relation entre l'ADPIC et la protection de la santé publique et ce, dans le cadre de notre étude de la lutte antitabac au sein du droit de la propriété intellectuelle. En effet, l'article 8 de cet accord reconnaît le droit à ses membres d'adopter des règlements visant à protéger la santé publique. Ce droit est néanmoins soumis à certaines conditions telles que la compatibilité desdits règlements avec les dispositions de l'ADPIC¹²⁰⁶.

¹²⁰² Thiébaud Flory, *op.cit.*, p. 172.

¹²⁰³ Le préambule de l'ADPIC stipule ce qui suit : « Les Membres, Désireux de réduire les distorsions et les entraves en ce qui concerne le commerce international, et tenant compte de la nécessité de promouvoir une protection efficace et suffisante des droits de propriété intellectuelle et de faire en sorte que les mesures et les procédures visant à faire respecter les droits de propriété intellectuelle ne deviennent pas elles-mêmes des obstacles au commerce légitime ».

¹²⁰⁴ L'article 7 de l'ADPIC énonce les dispositions suivantes : « 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 ».

¹²⁰⁵ Article 8 de l'ADPIC.

¹²⁰⁶ *Ibid.*

On s'intéressera dans la prochaine partie aux principes de base de cet accord pour pouvoir analyser par la suite les obligations qui en découlent.

3.2.2. Principes fondamentaux

Avant d'énumérer les principes fondamentaux de l'ADPIC, on se doit de présenter son principal champ d'application. Les secteurs de la propriété intellectuelle qui sont couverts par cet accord sont : le droit d'auteur et les droits connexes, les marques de fabrique ou de commerce, les brevets, les indications géographiques, les dessins et modèles industriels, les schémas de configuration de circuit intégré et les renseignements non divulgués tels que les secrets commerciaux¹²⁰⁷.

La partie I de l'ADPIC contient les dispositions générales ainsi que les principes de base de cet accord¹²⁰⁸. Ces principes sont les mêmes que ceux qui régissent les activités de l'OMC. Il existe cependant certaines différences. Cette légère dissemblance découle de la nature immatérielle des droits de la propriété intellectuelle¹²⁰⁹. On cite en premier lieu le principe se rapportant au traitement national. Il est contenu dans l'article 3.1 de l'accord sur les ADPIC¹²¹⁰. Les dispositions de cet article s'appliquent, contrairement au GATT, aux ressortissants (tels qu'ils sont définis à l'article 3.1 de l'ADPIC) et non aux produits ou services similaires¹²¹¹. Cette distinction résulte du fait de l'intangibilité des droits découlant de la propriété intellectuelle. De plus, lesdits droits se rattachent à leur titulaire et non au produit dans lequel ils sont incorporés¹²¹². Ce principe (tel qu'il est mentionné par l'ADPIC), a aussi une portée plus large que dans les conventions particulières ayant trait à la propriété intellectuelle. Il englobe en effet, dans sa notion de protection, l'exercice des droits de la propriété intellectuelle¹²¹³.

L'organe d'appel s'est penché pour la première fois sur les obligations en matière de traitement national, dans le cadre de l'ADPIC, lors de l'affaire « US-Section 211 Appropriations Act » en 2002¹²¹⁴. Il considère en ce sens que ce prin-

¹²⁰⁷ Article 1.2 de l'ADPIC.

¹²⁰⁸ Peter Van den Bossche / Werner Zdouc, *op.cit.*, p. 1001.

¹²⁰⁹ *Ibid.*, pp. 1001-1004.

¹²¹⁰ Voir l'article 3.1 de l'ADPIC.

¹²¹¹ *Ibid.*

¹²¹² Peter Van den Bossche / Werner Zdouc, *op.cit.*, p. 1004.

¹²¹³ Thiébaud Flory, *op.cit.*, 175.

¹²¹⁴ Voir le rapport de l'organe d'appel de l'affaire « US-Section 211 Appropriations Act », DS 176, 2002.

cipe sous-tend l'accord sur les ADPIC, à l'instar de ce qu'il fait pour le GATT de 1994¹²¹⁵. Lors d'une autre affaire « *EC-Trademarks and Geographical Indications* », le groupe spécial a établi deux critères pour déterminer si oui ou non une mesure est incompatible avec le principe de traitement national. Le premier desdits critères implique que la mesure en question se rapporte à la protection de la propriété intellectuelle¹²¹⁶. Les ressortissants des autres pays membres doivent aussi subir un traitement moins favorable que les ressortissants du pays dont la mesure est contestée¹²¹⁷.

Il existe néanmoins certaines exceptions au principe relatif au traitement national. L'article 3.1 dispose en effet que les exceptions contenues dans les Conventions de Berne (ex : la comparaison des durées de protection du droit d'auteur qu'énonce l'article 7.8), de Paris ou dans le Traité de Rome continuent à s'appliquer. En outre, les obligations en relation avec ce principe ne s'appliquent aux artistes, interprètes, exécutants ou producteurs de phonogrammes qu'en ce qui concerne les droits prévus par l'ADPIC¹²¹⁸. A noter aussi que conformément à l'article 5, les obligations relatives au traitement national, découlant de l'application de l'article 3, ne s'appliquent pas pour les procédures d'acquisition des droits de la propriété intellectuelle résultants d'accords multilatéraux négociés sous les auspices de l'OMPI¹²¹⁹. Telles sont donc les exceptions relatives au traitement national.

Nous allons maintenant examiner le principe de la nation la plus favorisée¹²²⁰. C'est l'article 4 de l'ADPIC qui traite de cette notion. Selon cet article, tous les avantages, faveurs et immunités accordés par un État membre à un ressortissant d'autres pays, doivent être étendus à tous les ressortissants des pays membres¹²²¹. On remarque que les dispositions de l'article 4 ressemblent fortement à celles que l'on retrouve au sein de l'article I du GATT. C'est la première fois qu'un accord ayant trait à la propriété intellectuelle traite de ce précepte¹²²². Ce principe vise principalement à éviter les discriminations entre les ressortissants des Membres de l'OMC. A noter aussi que l'obligation relative

¹²¹⁵ Cf. *supra*, note 1212.

¹²¹⁶ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *EC-Trademarks and Geographical Indications* », DS 290, para. 7.175, p. 60.

¹²¹⁷ *Ibid.*

¹²¹⁸ Pour plus d'informations, voir l'article 3.2 de l'ADPIC.

¹²¹⁹ Voir l'article 5 de l'ADPIC.

¹²²⁰ Article 4 de l'ADPIC.

¹²²¹ *Ibid.*

¹²²² Thiébaud Flory, *op.cit.*, p. 177.

au traitement de la nation la plus favorisée ne s'applique que pour les droits de la propriété intellectuelle qui sont couverts par les accords sur les ADPIC. L'article 4 est aussi sujet à quelques exceptions. La première exception traite des avantages qui découlent des accords internationaux en relation avec l'entraide judiciaire ou l'exécution des lois¹²²³. Conformément à l'article 4 (a), il n'est pas nécessaire d'accorder ces avantages à tous les Membres de l'OMC¹²²⁴. Les autres exceptions résultent de certaines dispositions découlant d'accords internationaux ayant trait à la propriété intellectuelle¹²²⁵. On peut citer, à titre d'exemple, l'exemption contenue dans l'article 4.d, relative aux avantages qui découlent des accords internationaux en relation avec la propriété intellectuelle¹²²⁶.

3.3. Règlement des différends au sein de l'ADPIC

Comme énoncé précédemment, l'un des grands apports de l'accord sur les ADPIC est la mise en place d'un système de règlement des différends. C'est le Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'OMC qui réglemente ce système. Tout gouvernement qui souhaite porter plainte contre une violation de l'une des dispositions de l'ADPIC, doit recourir à ce procédé. Il en va de même pour les violations relatives aux conventions de Paris et de Berne. Ces conventions étant transposées au sein de l'ADPIC, il est donc possible de recourir au système de résolution des conflits de l'OMC¹²²⁷. On peut aussi appliquer ce système à tout autre traité affilié à l'ADPIC¹²²⁸.

C'est l'article 64.1 du présent accord qui nous énonce ces règles. Il nous renvoie en ce sens aux dispositions des articles XXII et XXIII du GATT de 1994¹²²⁹. L'ADPIC est donc soumis aux règles contenues au sein du mémorandum d'accord. Seuls les membres des gouvernements peuvent recourir à ce procédé¹²³⁰. Les parties privées doivent s'en remettre à leurs États si leurs droits ont été affectés par la mise en œuvre de l'un des accords de l'OMC (ex : ADPIC). Ce pro-

¹²²³ Article 4 (a) de l'ADPIC.

¹²²⁴ *Ibid.*

¹²²⁵ Voir les articles 4 (b) et (c) de l'ADPIC.

¹²²⁶ Article 4(d) de l'ADPIC.

¹²²⁷ Anthony Taubman / Hannu Wager/ Jayashree Watal, *op.cit.*, p. 157.

¹²²⁸ *Ibid.*

¹²²⁹ Voir l'article 64.1 de l'ADPIC.

¹²³⁰ Cf. *supra*, note 1227.

cédé de résolution des conflits revêt donc une importance primordiale. Il sera, comme on le verra plus loin dans ce travail, au cœur de certaines procédures ayant trait au tabac¹²³¹.

4. La relation entre l'ADPIC et l'OMPI

L'accord sur les ADPIC s'appuie sur les normes de protection de la propriété intellectuelle énoncées dans les différentes conventions administrées par l'OMPI. En effet, il incorpore les dispositions de certaines conventions telles que celles de Paris, de Berne ou plus encore de Rome (relative à la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion)¹²³².

Il a été notamment reconnu, lors du cycle d'Uruguay, que les standards établis par la Convention de Berne étaient pour la plupart adéquats. On a en même temps conclu que le point de départ des négociations de l'ADPIC devait être le niveau de protection existant au sein de la Convention de Paris (telle qu'elle a été révisée en 1971)¹²³³. Les obligations découlant de l'accord sur les ADPIC doivent donc être lues conjointement avec les conventions les plus pertinentes de l'OMPI. De plus, l'ADPIC, ne fait pas que transposer les dispositions des différentes conventions de l'OMPI. Il procède en effet à l'innovation et à la complétion de ces dispositions. Il ajoute en ce sens une protection supplémentaire. Cette relation est clairement énoncée dans l'article 2 de l'ADPIC¹²³⁴. En effet, l'article 2.1 de cet accord oblige les États à se conformer aux articles 1→ 12 et à l'article 19 de la Convention de Paris en ce qui concerne les parties II, III et IV de l'ADPIC¹²³⁵. En outre, ces parties ne dérogent pas aux obligations que les membres peuvent avoir en vertu des Conventions de Paris, Berne, Rome et du traité sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés¹²³⁶. Cette clause de non-dérogation ne crée donc pas de nouvelles obligations. Elle vise

¹²³¹ Voir « *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* », DS 435.

¹²³² Peter Van den Bossche / Werner Zdouc, *op.cit.*, p. 1002.

¹²³³ Anthony Taubman / Hannu Wager/ Jayashree Watal, *op.cit.*, p. 37.

¹²³⁴ Pour plus de détails, voir l'article 2 de l'ADPIC.

¹²³⁵ L'article 2.1 de l'ADPIC stipule ce qui suit : « *Pour ce qui est des parties II, III et IV du présent accord, les Membres se conformeront aux articles premier à 12 et à l'article 19 de la Convention de Paris (1967)* ».

¹²³⁶ Article 2.2 de l'ADPIC.

plutôt à permettre aux États d'appliquer leurs obligations relatives aux dispositions de l'ADPIC et ce, tout en respectant leurs engagements antérieurs découlant des conventions susmentionnées¹²³⁷.

A noter aussi que diverses dispositions de la partie II de l'accord sur les ADPIC (qui traitent des différentes catégories de droit en matière de propriété intellectuelle) contiennent certaines normes des conventions pertinentes de l'OMPI. Cette transposition oblige tous les Membres de l'OMC à se conformer aux articles incorporés, qui émanent des conventions de l'OMPI¹²³⁸. L'accord sur les ADPIC permet aussi de combler certaines lacunes de cette organisation, notamment concernant la protection des marques de commerce. En effet, le chapitre consacré à cette thématique, au sein de l'accord sur les ADPIC, contient une définition complète des marques de commerce. Ladite définition décrit d'une manière claire et limpide les droits conférés par les marques déposées¹²³⁹. Ces obligations en matière de protection des marques de commerce sont contenues au sein des articles 15 à 21 de l'accord sur les ADPIC. Ils seront, comme on le verra plus loin dans ce travail, au cœur de notre analyse de la compatibilité de certaines mesures antitabac avec l'accord susmentionné.

On remarque donc que les deux organisations s'influencent mutuellement et se complètent sur certains points. On peut en ce sens mentionner l'accord de complémentarité signé entre les deux organisations en 1996. Cet accord prévoit une assistance technico-juridique entre les secrétariats respectifs de l'OMPI et de l'ADPIC. Cette collaboration et incorporation de certaines conventions s'explique principalement par le caractère complémentaire des deux organismes¹²⁴⁰.

B. Le tabac et le droit de la propriété intellectuelle

Le droit de la propriété intellectuelle revêt une grande importance dans le cadre de la lutte antitabac. Cette lutte englobe en effet plusieurs aspects relatifs à ce produit. Ce constat découle du fait que les États ont adopté, dans le cadre de leur politique contre le tabagisme, des mesures visant à réduire l'at-

¹²³⁷ Peter Van den Bossche / Werner Zdouc, *op.cit.*, p. 1003.

¹²³⁸ L'article 9.1 de l'ADPIC oblige les Membres de l'OMC de se conformer aux articles 1-21 de la Convention de Berne. D'autres articles de l'ADPIC énoncent des dispositions allant dans ce sens.

¹²³⁹ Anthony Taubman / Hannu Wager / Jayashree Watal, *op.cit.*, p. 57.

¹²⁴⁰ Thiébaud Flory, *op.cit.*, p. 188.

trait du tabac. Ils ont, comme mentionné précédemment, mis en place des emballages spécifiques. Ces législations vont donner lieu par la suite à plusieurs débats d'ordre juridique¹²⁴¹. Certains États estiment en effet que ces mesures les empêchent de protéger leurs marques de commerce. Cette problématique sera dès lors traitée principalement sous l'angle du droit de la propriété intellectuelle (droit des marques plus précisément)¹²⁴². Notre étude prendra comme exemple paradigmatique l'Australie, premier pays au monde à adopter une loi imposant le conditionnement neutre à tous les produits du tabac¹²⁴³.

1. Point de départ : la loi australienne relative aux emballages neutres

1.1. Aperçu historique du conditionnement neutre

La genèse des emballages neutres est étroitement liée à l'évolution des différentes stratégies de lutte contre le tabagisme. En effet, les États ont reconnu la nécessité de réglementer les produits du tabac pour mieux combattre l'épidémie tabagique. Plusieurs mesures visant à lutter contre ce produit seront alors introduites. Les différentes politiques antitabac se sont concrétisées, par la suite, par l'adoption de la CCLAT¹²⁴⁴.

Néanmoins, l'idée d'adopter des paquets neutres a fait son apparition le siècle dernier et n'est pas, à proprement dit, un fait nouveau. En effet, en 1986, l'Association médicale canadienne a proposé de vendre les cigarettes dans des emballages bruns¹²⁴⁵. Ladite association a même appelé l'année suivante le gouvernement fédéral à imposer un conditionnement standardisé aux produits du tabac¹²⁴⁶. Preuve que l'idée d'imposer des emballages neutres germait depuis un certain temps dans l'esprit des principaux acteurs de la lutte antitabac. Nous allons maintenant traiter du conditionnement neutre au titre de la législation australienne, premier pays au monde à avoir introduit ce genre de mesure et de la CCLAT.

¹²⁴¹ Voir partie C, para.2.3, chapitre IV. Lors de cette partie, l'analyse des emballages neutres a été établie uniquement sous l'angle de l'AOTC.

¹²⁴² Tania Voon et al, *op.cit.*, p. 81

¹²⁴³ Organisation mondiale de la santé, *Le conditionnement neutre des produits du tabac / Éléments factuels, élaboration et mise en œuvre de la politique*, 2017, p. 1.

¹²⁴⁴ Pour plus d'informations, voir [chapitre III](#) ci-dessus.

¹²⁴⁵ R. Cunningham, *Smoke and Mirrors the Canadian Tobacco War*, IDRC Books, Ottawa, 1996, p. 239.

¹²⁴⁶ *Ibid.*

1.2. Le prélude de la mise en place des emballages neutres en Australie

Le tabac a été omniprésent dans la culture occidentale (notamment en Australie) et ce, jusqu'au milieu du 20^{ème} siècle. En effet, en 1945, plus de trois hommes sur quatre fumaient alors qu'une femme sur quatre consommait des produits tabagiques en Australie¹²⁴⁷. C'est à partir des années 1970, que le gouvernement australien va entamer sa croisade antitabac en mettant en place les premières mesures visant à réduire la prévalence du tabagisme. Il a en ce sens instauré des restrictions relatives à la promotion des produits du tabac¹²⁴⁸.

Les autorités australiennes ont d'abord commencé par la suppression progressive de la publicité directe pour les cigarettes à la télévision et à la radio entre 1973 et 1976¹²⁴⁹. Par la suite, l'Australie va marquer le pas en adoptant le « *Tobacco Advertising prohibition Act* ». Cette législation a mis en place la première norme nationale relative à la publicité sur le tabac. Elle incluait des restrictions exhaustives en relation avec la publicité sur la presse écrite, les radios, les panneaux d'affichage et les transports publics¹²⁵⁰. Cette interdiction a été par la suite étendue aux événements sportifs et culturels. En effet, les autorités locales ont interdit à ces événements d'être sponsorisés par l'industrie tabagique¹²⁵¹. Ces mesures viennent compléter les mises en garde sanitaires, introduites en 1973¹²⁵².

Le gouvernement australien n'a cessé, depuis cette date, de renforcer ce type de législation et ce, en dépit de l'opposition farouche de l'industrie du tabac. Ces efforts ont conduit, en 2006, à l'adoption d'une loi obligeant tous les produits du tabac à afficher des mises en garde sanitaires. En plus desdites mises en garde, cette législation a banni des termes tels que *light*, *doux* ou *faible en goudron* sur tous les emballages¹²⁵³. L'Australie aspirait, par le biais de ces interdictions, à réduire l'attrait du tabac. En outre, le gouvernement australien

¹²⁴⁷ Stephen Woodward, *Trends in Cigarette Consumption in Australia*, Australian and New Zealand Journal of Medicine, 1984, Volume 14, pp. 405-407.

¹²⁴⁸ Tania Voon / Andrew D. Mitchell / Jonathan Liberman, *op.cit.*, p. 316.

¹²⁴⁹ *Ibid.*

¹²⁵⁰ Voir « *Tobacco Advertising Prohibition Act* », Australie, 1992.

¹²⁵¹ *Ibid.*

¹²⁵² Simon Chapman / Stacy Carter, *Avoid Health Warnings on all Tobacco Products for just as Long as we can: A History of Australian Tobacco Industry Efforts to Avoid, Delay and Dilute Health Warnings on Cigarettes*, 2003, p. 14.

¹²⁵³ Tania Voon / Andrew D. Mitchell / Jonathan Liberman, *op.cit.*, p. 317.

a instauré une taxe sur les cigarettes en vente sur le marché local à hauteur de 60% de leur prix final. Les produits tabagiques en vente dans ce pays sont donc devenus parmi les plus élevés au monde¹²⁵⁴.

L'Australie a aussi connu, à partir des années 1990, une prolifération de lois sur les fumées. De ce fait, les bureaux gouvernementaux sont devenus non-fumeurs¹²⁵⁵ et des restrictions ont été en même temps introduites dans les espaces publics intérieurs. Il est donc strictement interdit de nos jours de fumer dans les lieux publics fermés en Australie¹²⁵⁶. Cependant, tous ces efforts en matière de lutte antitabac n'ont pas réussi à mettre fin à la menace représentée par ce produit. Le tabac continuait en effet de causer une multitude de maladies. En outre, il provoquait plus de 15 mille morts par an en Australie¹²⁵⁷. De plus, son coût social s'élevait à plus de 31,5 milliards de dollars australiens¹²⁵⁸.

Du fait de ces chiffres alarmants, le gouvernement de l'Australie s'est résolu à prendre des mesures drastiques à l'encontre du tabac. Il a en effet décidé, en avril 2010, de mettre en place une loi imposant les emballages neutres à tous les produits du tabac¹²⁵⁹. Les principaux protagonistes de cette loi, considéraient que ce type d'emballages était une étape cruciale dans la lutte antitabac. Le « *Tobacco Plain Packaging Act 2011* » a été finalement présenté à la chambre des représentants d'Australie le 6 juillet 2011¹²⁶⁰. Il est officiellement entré en vigueur le 1^{er} janvier 2012¹²⁶¹. A partir du 1^{er} décembre 2012, seuls les paquets neutres sont autorisés à la vente sur le sol australien¹²⁶².

Ce type de conditionnement aspire principalement à réduire l'attrait des emballages qui peuvent, sous leur forme classique, promouvoir la consommation tabagique. Le « *Tobacco Plain Packaging Act 2011* », ne va cependant pas faire l'unanimité et plusieurs litiges vont donc survenir entre l'Australie et l'industrie

¹²⁵⁴ The Economist Intelligence Unit, *Cigarette Prices in Selected Cities*, 2012.

¹²⁵⁵ Australian Public Service Commission, *Public Service Board Memorandum 86/9055: Towards a Smoke-free Workplace-Guidelines for Achieving Smoke-Free Working Environments in the APS*, 1986.

¹²⁵⁶ Cf. *supra*, note 1253.

¹²⁵⁷ David J Collins / Helen M Lapsley, *The Costs of Tobacco, Alcohol, and Illicit Drug Abuse to Australian Society in 2004 / 2005*, Department of Health and Ageing, 2008, p. 40.

¹²⁵⁸ *Ibid.*, p. 65.

¹²⁵⁹ Tania Voon et al, *op.cit.*, p. 30.

¹²⁶⁰ Commonwealth of Australia, *Parliamentary Debates*, House of representatives, 6 juillet 2011.

¹²⁶¹ Voir « *Tobacco Plain Packaging Act 2011* », Australie.

¹²⁶² Tania Voon / Andrew D. Mitchell / Jonathan Liberman, *op.cit.*, p. 318.

du tabac. En effet, et comme on le verra plus loin dans ce travail, la loi susmentionnée prohibe l'utilisation des couleurs, logos et autres dispositifs artistiques¹²⁶³. Ces mesures sont donc susceptibles de donner lieu à des conflits en relation avec le droit de la propriété intellectuelle (droit des marques). L'Australie risque alors de se retrouver au cœur de plusieurs litiges ayant trait au conditionnement neutre. Cet État est aussi un acteur majeur de la lutte anti-tabac. Il a été en effet l'un des premiers pays au monde à avoir ratifié la CCLAT de l'OMS¹²⁶⁴. L'Australie va donc être en première ligne du combat contre l'industrie du tabac à l'échelle internationale.

Nous allons, lors de la prochaine partie, présenter le conditionnement neutre, tel qu'il est prévu par la CCLAT de l'OMS. Nous essaierons, par le biais de cette présentation, de mettre en exergue la corrélation entre l'approche de la CCLAT et le « *Tobacco Plain Packaging Act 2011* ». Nous traiterons par la suite des principales dispositions de la législation australienne relative aux emballages neutres et ce, pour mettre en lumière les enjeux majeurs en matière de propriété intellectuelle.

1.3. Présentation du « *Tobacco Plain Packaging Act* »

1.3.1. *Le conditionnement neutre au sens de la CCLAT et ses directives*

Comme énoncé précédemment, l'Australie est devenue en 2011 le 1^{er} pays à adopter dans son intégralité le conditionnement neutre des produits du tabac. Ce conditionnement englobe les logos ainsi que les couleurs extérieures des paquets de cigarettes¹²⁶⁵. L'Australie aspire, par le biais de la mise en place des emballages neutres, à mettre en œuvre certaines dispositions de la CCLAT¹²⁶⁶. En effet, l'article 11(1) (a) de cette convention appelle les parties à la CCLAT à adopter des mesures qui empêchent les emballages des produits tabagiques de dissimuler leurs effets nocifs¹²⁶⁷.

¹²⁶³ Jonathan Liberman, *Plainly Constitutional: The Upholding of Plain Tobacco Packaging by the High Court of Australia*, *American Journal of Law and Medicine*, Volume 39, 2013, p. 363.

¹²⁶⁴ Nations Unies, Chapitre IX, Santé, 4. *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac*, état au 25-02-2019, <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IX-4&chapter=9&clang=_fr> (Dernière consultation : le 25/11/2019).

¹²⁶⁵ Tania Voon et al, *op.cit.*, 32.

¹²⁶⁶ *Tobacco Plain packaging Bill*, 2011, Clause 3 (Object of this act).

¹²⁶⁷ Pour plus de détails, voir l'article 11 (1) (a) de la CCLAT.

Le « *Tobacco Plain Packaging Act* » a donc pour principal objectif, de réduire l'attrait des produits tabagiques pour les consommateurs. Il vise aussi à diminuer la capacité du tabac à induire en erreur sur ses conséquences néfastes¹²⁶⁸. Cette législation va être contestée du fait de la menace qu'elle représente pour l'industrie du tabac. Les multinationales estiment en effet que les emballages neutres empêchent le consommateur de distinguer les produits d'une entreprise qu'il connaît de ceux d'un autre concurrent inconnu¹²⁶⁹. On se doit donc de présenter ce type de conditionnement, tel qu'il est prévu par la CCLAT et ses directives.

Le conditionnement neutre est défini de manière générale dans les directives relatives aux articles 11 (conditionnement et étiquetage des produits du tabac) et 13 (publicité en faveur du tabac, promotion et parrainage) de la CCLAT¹²⁷⁰. Ces directives sont basées sur des données empiriques et sur les différentes expériences des parties à la convention. Elles ont, comme énoncée précédemment, pour principal objectif d'aider les parties à satisfaire à leurs obligations découlant de la CCLAT¹²⁷¹. C'est la directive de l'article 11 qui appelle les parties à la CCLAT à mettre en place le conditionnement neutre¹²⁷². Les mesures relatives aux conditionnements et à l'étiquetage des produits du tabac sont, selon le paragraphe 3 de la directive susmentionnée, des éléments essentiels au sein d'une approche globale en matière de lutte antitabac¹²⁷³. Ce paragraphe formule aussi des dispositions relatives aux mises en garde sanitaires en relation avec les emballages neutres. Ces mises en garde permettent notamment de

¹²⁶⁸ Sera Mirzabegian, *Big Tobacco v Australia: Challenges to Plain Packaging*, Cambridge University Press, 2018, p. 178.

¹²⁶⁹ Alberto Alemanno / Enrico Bonadio, *Do you Mind Smoking? Plain packaging of Cigarettes under the TRIPS Agreement*, *The John Marshall Review of Intellectual Property Law*, 2011, p. 456.

¹²⁷⁰ Pour plus d'informations, voir les directives d'applications des articles 11 et 13 de la CCLAT.

¹²⁷¹ Organisation mondiale de la santé, *Le conditionnement neutre des produits du tabac / Éléments factuels, élaboration et mise en œuvre de la politique*, 2017, pp. 4-5.

¹²⁷² Le para 46 de la directive d'application pour l'article 11 de la CCLAT énonce les dispositions suivantes : « Les Parties devraient envisager d'adopter des mesures visant à limiter ou interdire l'utilisation de logos, de couleurs, d'images de marque ou de textes promotionnels sur les conditionnements hormis le nom de la marque et celui du nom du produit imprimés avec des caractères normaux et dans une couleur standardisée (conditionnement neutre). Cela pourrait conférer plus de relief et d'efficacité aux mises en garde sanitaires et aux messages, en empêchant que la forme de conditionnement ne détourne l'attention des consommateurs et en faisant échec aux techniques de design employées par l'industrie du tabac pour tenter de faire croire que certains produits sont moins nocifs que d'autres ».

¹²⁷³ Para. 3 de la directive d'application de l'article 11 de la CCLAT.

sensibiliser les personnes sur les dangers du tabac¹²⁷⁴. On constate par conséquent que les directives d'application de l'article 11 visent essentiellement à interdire les conditionnements tendancieux¹²⁷⁵.

Nous allons maintenant passer à l'analyse des directives d'application de l'article 13 de la CCLAT. On remarque en premier lieu que ces directives traitent essentiellement du conditionnement et de certaines caractéristiques des produits du tabac (ex : la publicité, la promotion et le parrainage)¹²⁷⁶. Le paragraphe 15 insiste sur l'importance des emballages dans la promotion du tabagisme. Il reconnaît l'attrait des emballages des produits du tabac pour les consommateurs et leur capacité à promouvoir l'identité de la marque par le biais des logos, des couleurs et des images qu'ils affichent¹²⁷⁷. Le paragraphe 16 insiste, à son tour, sur le rôle primordial des emballages neutres dans la limitation (voire même l'élimination des effets de la publicité)¹²⁷⁸. Il préconise en ce sens la mise en place d'un conditionnement neutre, de couleur noire et blanche, ou contrastée. Cet emballage ne doit contenir que le nom de la marque, du produit et/ou du fabricant, l'adresse, et enfin la quantité de produit. En outre, il ne doit pas afficher le logo et les caractéristiques de la marque. Seules les mises en garde sanitaires et les vignettes fiscales sont donc autorisées¹²⁷⁹. On recommande en même temps l'utilisation de caractère de

¹²⁷⁴ *Ibid.*

¹²⁷⁵ *Ibid.*

¹²⁷⁶ Voir directive d'application de l'article 13 de la CCLAT.

¹²⁷⁷ Le para. 15, de la directive d'application de l'article 13 de la CCLAT stipule ce qui suit : « Le conditionnement est un élément important de la publicité et de la promotion. Les caractéristiques des paquets et des produits contenant du tabac sont utilisées de différentes manières pour attirer les consommateurs, promouvoir les produits et cultiver et promouvoir l'identité de marque, par exemple par l'utilisation de logos, de couleurs, de caractères, d'images, de formes et de matériels sur ou dans les paquets ou sur des cigarettes individuelles ou d'autres produits du tabac ».

¹²⁷⁸ Para. 16 de la directive d'application de l'article 13 de la CCLAT.

¹²⁷⁹ Le para 16 de la directive d'application de l'article 13 de la CCLAT énonce les dispositions suivantes : « L'effet de la publicité ou de la promotion sur le conditionnement peut être éliminé en exigeant un conditionnement neutre : noir et blanc ou deux autres couleurs contrastées selon les prescriptions des autorités nationales ; rien d'autre qu'un nom de marque, un nom de produit et/ou de fabricant, une adresse et la quantité de produit dans le conditionnement, sans logo ni caractéristique en dehors des mises en garde sanitaires, des vignettes fiscales et d'autres informations ou marques requises par les autorités ; l'utilisation de caractères de type et de dimension prescrits ; et une forme, une taille et des matériels types. Il ne doit pas y avoir de publicité ou de promotion à l'intérieur du conditionnement ou liée au conditionnement ni sur des cigarettes individuelles ou d'autres produits du tabac ».

type et de dimensions prescrits. De plus, il ne doit pas y avoir de publicité ou de promotion à l'intérieur de l'emballage ou sur les cigarettes individuelles¹²⁸⁰. Les directives d'application pour l'article 13 soulignent aussi le rôle important que peuvent jouer les emballages pour lutter contre la publicité. En effet, le paragraphe 17 admet que le conditionnement neutre est efficace dans la lutte contre les effets attrayants de la publicité¹²⁸¹. Les directives relatives à l'article 13 mettent donc en exergue la capacité des emballages neutres à restreindre l'utilisation des conditionnements du tabac à des fins de promotion et de publicité¹²⁸².

On est par conséquent en mesure de conclure que les emballages neutres aspirent principalement à réduire l'attrait des produits du tabac et à éliminer leurs effets en tant que vecteur de publicité et de promotion¹²⁸³. Ils visent aussi à faire échouer les techniques de design qui laissent à penser que certains produits sont moins nocifs que les autres. Les emballages neutres essaient en même temps de mettre en avant les mises en garde sanitaires pour accroître leur efficacité¹²⁸⁴. Ils ont donc plusieurs objectifs intermédiaires dont le but final est la réduction de la demande des produits tabagiques. Les États souhaitant adopter ce type d'emballages peuvent en ce sens établir leurs propres critères et objectifs en matière de conditionnement¹²⁸⁵.

On constate donc, à la lumière de l'analyse établie lors de cette partie, que le conditionnement neutre repose sur 4 éléments factuels. Le premier élément est celui relatif à l'attractivité du tabac et à la fonction publicitaire de la marque. En effet, cet élément joue un rôle essentiel dans la promotion des produits du tabac. Ces produits sont socialement très visibles et on les associe souvent au logo présent sur l'emballage¹²⁸⁶. Des enquêtes relatives à la perception des consommateurs par rapport aux conditionnements des produits du

¹²⁸⁰ Para. 16 de la directive d'application de l'article 13 de la CCLAT.

¹²⁸¹ Para. 17 de la directive d'application de l'article 13 de la CCLAT.

¹²⁸² Voir para. 16 de la directive d'application pour l'article 13 de la CCLAT.

¹²⁸³ *Ibid.*

¹²⁸⁴ Organisation mondiale de la santé, *Le conditionnement neutre des produits du tabac / Éléments factuels, élaboration et mise en œuvre de la politique*, 2017, p. 9.

¹²⁸⁵ *Ibid.*

¹²⁸⁶ *Ibid.*, p. 13.

tabac ont en ce sens été réalisées¹²⁸⁷. Philip Morris International a notamment souligné la nécessité de mettre en place de nouveaux emballages pour continuer à attirer les plus jeunes¹²⁸⁸.

Le deuxième élément, traite du conditionnement tendancieux en relation avec des mentions telles que cigarettes légères ou faible en goudron¹²⁸⁹. Ces mentions risquent, comme énoncé précédemment, d'induire le consommateur en erreur sur les effets nocifs du tabac. En dépit de ces interdictions, l'industrie du tabac n'a cessé de redoubler d'efforts et de créativité pour contourner ces mesures. Ils ont diffusé des brochures pour présenter les nouveaux identifiants des paquets associés à des variantes tendancieuses¹²⁹⁰. Ces brochures ont ainsi permis à 92% des fumeurs aux États-Unis d'identifier les arômes sous leur nouvelle appellation¹²⁹¹.

Le troisième élément est relatif aux mises en garde sanitaire. En effet, le conditionnement neutre renforce considérablement le caractère percutant de ces mises en garde car elles sont beaucoup plus visibles que sur les emballages dits « classiques »¹²⁹². Les mises en garde sanitaires vont alors être plus grandes et auront plus d'effets¹²⁹³.

¹²⁸⁷ Philip Morris a réalisé plusieurs enquêtes pour voir si les emballages de ses produits sont perçus comme vieux ou dépassés. Pour plus de détails, voir Mélanie A. Wakefield et al, *The Cigarette Pack as Image : New Evidence from Tobacco Industry Documents*, Tobacco Control, 2002, 11 (supplement 1) : Discoveries and Disclosures in the Corporate Documents, mars 2002, p. 77.

¹²⁸⁸ *Ibid.*

¹²⁸⁹ Voir l'article 11 de la CCLAT.

¹²⁹⁰ Le groupe Altria a distribué une brochure relative aux produits de Philip Morris. Cette brochure présentait les nouveaux identifiants des paquets associés à des variantes tendancieuses de la marque. Les consommateurs ont ainsi pu identifier ces variantes. Pour plus d'informations, voir, *Philip Morris, Retailer Brochure, Introducing New Packaging on many Philip Morris USA (PM USA) Brands*, Bates Number 5003355067-5072, 2010, <<http://www.pmdocs.com/core/downloadSearchBlob?IDX=1&FROM=SEARCH&CV-SID=34e3d336b9412b753adc386cd5630b887>> (Dernière consultation: le 06/11/2020).

¹²⁹¹ GN. Connolly / H. R. Alpert, *Has the Tobacco Industry Evaded the FDA's ban on Light Cigarette Description*, Tobacco Control, 2014, p. 140.

¹²⁹² Daniella Germain / Melanie A. Wakefield, *Adolescents Perceptions of Cigarette Brand Image Does Plain Packaging Make a Difference ?*, Journal of Adolescent Health, 2010, (Results).

¹²⁹³ Organisation mondiale de la santé, *Le conditionnement neutre des produits du tabac / Éléments factuels, élaboration et mise en œuvre de la politique*, 2017, p. 15.

Le quatrième élément traite de l'objectif du conditionnement neutre en matière de prévalence du tabagisme. Cet objectif s'inscrit dans le cadre d'une stratégie multisectorielle visant à renforcer la lutte antitabac. Il est cependant difficile de déterminer, avec exactitude, l'impact des emballages neutres puisqu'ils risquent d'interagir avec d'autres mesures déjà mises en place¹²⁹⁴. On analysera, plus loin dans ce travail, l'influence réelle du conditionnement neutre dans la lutte antitabac et ce, par le biais de notre examen de la législation australienne ayant trait à ce type de conditionnement.

On constate donc que le conditionnement neutre, tel qu'il est défini par les différentes directives des article 11 et 13, vise principalement à supprimer les logos et les designs. Il a aussi pour objectif d'éliminer d'autres éléments capables d'induire le consommateur en erreur et ce, dans l'optique de lutter contre le tabagisme. Des litiges vont, comme énoncé précédemment, apparaître à la suite de l'adoption des emballages neutres¹²⁹⁵. Des États ont contesté la légalité de la législation australienne au titre des accords de l'OMC¹²⁹⁶. Le droit de la propriété intellectuelle sera alors au cœur de ces procédures. Nous allons présenter, dans la partie suivante, le « *Tobacco Plain Packaging Act* ». Nous traiterons par la suite des différends qui en découlent en rapport notamment avec le droit de la propriété intellectuelle.

1.3.2. Le « *Tobacco Plain Packaging Act 2011* »

Comme énoncé précédemment, l'Australie est devenue en 2011 le premier pays au monde à adopter le conditionnement neutre des produits du tabac. En effet, le « *Tobacco Plain Packaging Act* » et le règlement sur le conditionnement neutre des produits du tabac « *Tobacco Plain Packaging Regulations* » vont inscrire dans la législation australienne les emballages neutres. Ces textes vont être par la suite complétés par la loi relative aux modifications de la législation portant sur les marques de fabrique et de commerce (*Trade Marks Amendment*)¹²⁹⁷. Cette loi impose notamment des restrictions sur les emballages de

¹²⁹⁴ Ibid., pp. 15-16.

¹²⁹⁵ Voir [partie C, para 2.3, chapitre IV](#) ci-dessus.

¹²⁹⁶ Voir « *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* », DS 435.

¹²⁹⁷ Organisation mondiale de la santé, *Le conditionnement neutre des produits du tabac / Éléments factuels, élaboration et mise en œuvre de la politique*, 2017, p. 27.

vente au détail des produits du tabac. Elle interdit en effet l'utilisation des logos et des marques de commerce sur les paquets de cigarettes¹²⁹⁸.

L'Australie aspire, par le biais de ces législations, à mettre en œuvre les dispositions de la CCLAT. Ces règlements visent principalement à améliorer la santé publique en essayant notamment de :

- décourager l'usage du tabac ou d'autres formes de tabagisme.
- encourager l'arrêt du tabagisme .
- éviter les rechutes .
- réduire l'exposition à la fumée de tabac secondaire.
- donner effets à certaines obligations de l'Australie en vertu de la CCLAT de l'OMS¹²⁹⁹.

Néanmoins, l'impact réel des emballages neutres dans la protection de la santé reste partiellement sujet à débat. En outre, l'industrie du tabac met souvent en cause la capacité réelle du conditionnement neutre à protéger la santé¹³⁰⁰. Elle estime en ce sens que les emballages, sous leur forme classique, n'influent en rien sur la prévalence du tabagisme¹³⁰¹. L'industrie du tabac conteste donc l'efficacité du « *Tobacco Packaging Act* ». Ces arguments peuvent cependant être facilement réfutés. En effet, le « *Tobacco Packaging Act* » ne peut pas faire baisser à lui seul la prévalence du tabagisme. Pour atteindre de tels objectifs, il faut mettre en place une coordination entre les dispositions de la présente loi et les autres obligations en matière de lutte antitabac¹³⁰². Le « *Tobacco Packaging Act* » reste cependant en mesure de réduire l'attrait des produits du tabac et d'augmenter l'effet des mises en garde sanitaires sur les emballages. En outre, il empêche l'industrie du tabac d'induire en erreur le consommateur sur les méfaits de ses produits¹³⁰³. Ces objectifs s'inscrivent donc dans le cadre de la volonté de l'OMS (par le biais de la CCLAT) de combattre efficacement ce produit à travers le conditionnement neutre. L'élaboration du « *Tobacco Packaging Act* » a été un long processus, qui a impliqué plusieurs acteurs du monde scientifique. Le gouvernement australien a notamment mené une vaste consultation qui a duré 60 jours. En outre, différentes suggestions ont

¹²⁹⁸ Sera Mirzabegian, *art.cit.*, pp. 177-178

¹²⁹⁹ Tobacco Plain packaging Bill, 2011, Clause 3 (Object of this act).

¹³⁰⁰ Bryan Mercurio / Kuei-Jung Ni, *op.cit.*, p. 124.

¹³⁰¹ *Ibid.*

¹³⁰² Tania Voon et al, *op.cit.*, p. 33.

¹³⁰³ Voir [para. 1.3.1 \(Le conditionnement neutre au sens de la CCLAT et de ses directives\), partie 2, chapitre V](#).

été prises en considération lors de la rédaction finale de cette loi¹³⁰⁴. Plusieurs recherches ont été en ce sens menées entre 2010 et 2011. Elles visaient principalement à recenser les options possibles en matière d'emballage neutre¹³⁰⁵. Ce processus a donc abouti à l'adoption du « *Tobacco Packaging Act* ». Selon cette législation, toutes les surfaces intérieures et extérieures de l'emballage des produits du tabac destinés à la vente au détail doivent être de couleur brune foncée terne (excepté les mises en garde sanitaires, la marque, le nom de la société ou de l'entreprise)¹³⁰⁶. De plus, aucune marque de commerce ou autre marque (telles que les lignes, les chiffres, les symboles, les graphiques ou les images) ne peut figurer sur l'emballage des produits du tabac destinés à la vente au détail, excepté bien sur le nom de la marque, de l'entreprise et de la société¹³⁰⁷. Les emballages ne doivent pas non plus contenir de signe décoratif, de texture ou tout autre embellissement sur les surfaces extérieures ou intérieures¹³⁰⁸. Cette loi exige aussi qu'aucune partie de l'emballage de vente au détail ne contienne ou produise une odeur qui pourrait être interprétée comme étant une tentative de promouvoir les produits du tabac¹³⁰⁹. En outre, elle dispose que les bords ne doivent pas être décorés¹³¹⁰.

On est donc en mesure de conclure que cette loi a trois effets majeurs sur l'emballage des produits du tabac mis en vente sur le territoire australien. On constate en premier lieu qu'elle prohibe totalement les marques et les signes non textuels. Les emballages doivent aussi être de couleur brune et terne pour empêcher le consommateur de distinguer les produits¹³¹¹. De plus, cette loi renforce la place occupée par les textes et les mises en garde graphiques sur les emballages. En effet, 90% du dos de l'emballages et 75% du devant doivent être couverts par des avertissements graphiques¹³¹². Toutes les marques de commerce (mis à part les signes textuels) sont donc interdites. Cette loi prévoit aussi des pénalités en cas de contravention aux exigences relatives aux éléments que l'on va citer. Elle pénalise la vente, la mise en vente

¹³⁰⁴ Organisation mondiale de la santé, *Le conditionnement neutre des produits du tabac / Éléments factuels, élaboration et mise en œuvre de la politique*, 2017, p. 24.

¹³⁰⁵ *Ibid.*

¹³⁰⁶ Tobacco Plain packaging Bill, 2011, Clause 19 (Colour and finish of retail packaging).

¹³⁰⁷ *Ibid.*, Clause 20 (Prohibition on trademarks and marks generally appearing on retail packaging).

¹³⁰⁸ *Ibid.*, Clause 18 (Physical features of retail packaging).

¹³⁰⁹ *Ibid.*, Clause 24 (Retail packaging not to produce noise or scent).

¹³¹⁰ *Ibid.*, Clause 26 (Requirements for appearance of tobacco products).

¹³¹¹ Tania Voon / Andrew D. Mitchell / Jonathan Liberman, *op.cit.*, p. 132.

¹³¹² *Ibid.*

ou toute autre forme de fourniture des produits du tabac dans des emballages non conformes¹³¹³. Les pénalités prévues s'élèvent à 220 000 dollars australiens pour les particuliers et à 1,1 millions de dollars australiens pour les entreprises, pour toute infraction fondée sur la faute¹³¹⁴. En ce qui concerne la responsabilité objective, les pénalités sont de l'ordre de 6600 dollars australiens pour les particuliers et de 330000 dollars australiens pour les entreprises¹³¹⁵. Les sanctions civiles s'élèvent à 220 000 dollars australiens pour les particuliers et à 1,1 millions de dollars pour les entreprises¹³¹⁶. Toutes les sanctions énumérées dans cette partie s'appliquent aux détaillants, fabricants et fournisseurs¹³¹⁷. Il faut aussi mentionner que chaque cas de non-respect de la loi relative aux emballages neutres constitue une infraction. Un cumul de ces actes peut donc donner lieu à une sanction très élevée.

La législation australienne a aussi remédié aux problèmes relatifs à la vente en l'absence de conditionnement. Cette problématique concerne essentiellement les cigares¹³¹⁸. Le « *Tobacco Packaging Act* » exige que les cigares soient placés dans des emballages conformes avant leur commercialisation. Leurs bagues doivent aussi être neutres¹³¹⁹. Plusieurs guides ont été adoptés pour aider les fabricants et les importateurs à appliquer les nouvelles exigences en matière d'emballage neutre¹³²⁰. Ils présentent les éléments nécessaires à la mise en place de ce type d'emballage.

Le conditionnement neutre va, par la suite, se généraliser dans plusieurs pays dans le monde. On peut citer, à titre d'exemple, le Royaume-Uni dont le parlement a adopté en mars 2015 un projet de loi instaurant les emballages

¹³¹³ Tobacco Plain packaging Bill, 2011, Clause 31.

¹³¹⁴ *Ibid.*, Penalties, Chapter 3-Offences and civil penalty provisions.

¹³¹⁵ *Ibid.*, Penalties, Chapter 3-Offences and civil penalty provisions

¹³¹⁶ *Ibid.*, Penalties, Chapter 3-Offences and civil penalty provisions.

¹³¹⁷ Organisation mondiale de la santé, *Le conditionnement neutre des produits du tabac / Éléments factuels, élaboration et mise en œuvre de la politique*, 2017, p. 37.

¹³¹⁸ L'Australie a ratifié la CCLAT et a mis en œuvre les dispositions de l'article 16. 3 (qui traite, entre autres, de l'interdiction de vendre des cigarettes par unité). La vente en l'absence de conditionnement ne concerne donc que les cigares le cas échéant.

¹³¹⁹ Organisation mondiale de la santé, *Le conditionnement neutre des produits du tabac / Éléments factuels, élaboration et mise en œuvre de la politique*, 2017, pp. 37-38.

¹³²⁰ Voir « *Standardised Packaging of Tobacco Products Regulations 2015* ».

neutres¹³²¹. Ledit projet est finalement entré en vigueur le 20 mai 2016¹³²². Idem pour la France où la réglementation en relation avec les conditionnements neutres est entrée en application en même temps que le Royaume-Uni¹³²³. Elle a été, par la suite, rendue obligatoire le 1^{er} janvier 2017¹³²⁴. D'autres pays, à l'instar de l'Irlande, vont emboîter le pas à l'Australie¹³²⁵. Toutes ces législations ont pris effet en même temps que la directive de l'Union Européenne sur les produits du tabac (2014/40/UE). Cette directive énonce notamment un ensemble large de mesure concernant le conditionnement et l'étiquetage¹³²⁶. Elle est fondée sur les articles 53(1), 62 et 114 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE)¹³²⁷. Cette directive a été transposée dans les législations de plusieurs États à l'instar du Royaume-Uni¹³²⁸.

2. Le conditionnement neutre et le droit de la propriété intellectuelle

Les différentes réglementations relatives à l'encadrement de l'alcool, du tabac ou des aliments malsains sont susceptibles d'être en conflit avec certaines dispositions du droit des marques. En effet, elles risquent d'influer sur les protections garanties en matière de marques de commerce ou d'indications géographiques¹³²⁹. Ce constat découle du fait que les marques de commerce représentent le principal moyen permettant aux consommateurs de différen-

¹³²¹ *Ibid.*, p. 25

¹³²² Department of Health and Social Care, *Packaging of tobacco products*, mai 2016, <<https://www.gov.uk/government/publications/packaging-of-tobacco-products>> (Dernière consultation : le 27/05/2021).

¹³²³ Voir décret numéro 2016-334 du 21 mars 2016 relatif au paquet neutre des cigarettes et de certains produits du tabac, Journal officiel de la République française numéro 0069, mars 2016.

¹³²⁴ Santé Publique France, Perception du paquet de tabac neutre pour les fumeurs : baromètres 2016 et 2017, 20 mai 2019, <<https://www.santepubliquefrance.fr/les-actualites/2019/perception-du-paquet-de-tabac-neutre-par-les-fumeurs-barometres-2016-et-2017>> (Dernière consultation: le 20/05/2019).

¹³²⁵ Voir « *Public Health (Standardised Packaging of Tobacco) Act 2015* ».

¹³²⁶ Pour plus de détails, voir les paras. 14-28 de la directive de l'Union Européenne sur les produits du tabac (2014/40/UE).

¹³²⁷ Voir les articles 53(1), 62 et 114 du TFUE.

¹³²⁸ Anatole Abaquesne de Parfouru, *Choking Smokers, Don't you think the joker laughs at you: European Union Competence and Regulation of Tobacco Products Packaging under the New Tobacco Products Directive*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, p. 415.

¹³²⁹ Tania Voon / Andrew D. Mitchell / Jonathan Liberman, *op.cit.*, p. 131.

cier les produits disponibles sur le marché. En outre, elles sont un aspect clé de la promotion¹³³⁰. On risque alors d'assister à une opposition entre, d'une part, les impératifs sanitaires et d'autre part, les protections garanties en matière de marques de commerce. La problématique relative à la santé publique s'inscrit donc dans ce contexte. Les législations sanitaires, combinées aux lois relatives à la publicité, risquent en effet de limiter la marge de manœuvre des propriétaires des marques de commerce, d'où l'importance de l'analyse que nous allons exposer par la suite¹³³¹. Cette partie va donc se diviser en deux volets. Nous allons tout d'abord aborder la problématique relative à la légitimité des emballages neutres sous l'angle du droit des marques. On procédera ensuite à l'analyse desdits emballages à l'aune de la *Constitution du Commonwealth d'Australie*.

2.1. La légitimité des emballages neutres sous l'angle du droit international de la propriété intellectuelle

Comme énoncé précédemment, une partie des plaintes formulées à l'encontre des législations relatives aux conditionnements neutres est traitée au regard de la convention de Paris et de l'accord sur les ADPIC¹³³². En effet, le droit de la propriété intellectuelle confère une multitude de protections, notamment en matière de brevets ou plus encore en relation avec les marques. C'est donc la protection qu'il accorde aux marques de commerce qui nous intéresse le plus et ce, du fait des enjeux relatifs à leur design¹³³³. On va donc analyser la protection des marques de commerce au titre des conventions et accords susmentionnés.

2.1.1. La protection des marques de commerce et le conditionnement neutre (au titre de la Convention de Paris)

2.1.1.1. Analyse de l'article 6 quinquies (A)

Comme nous l'avons mentionné précédemment, la convention de Paris fait partie des traités administrés par l'OMPI¹³³⁴. Les questions en relation avec le tabac vont donc être traitées à la lumière de cette convention. Notre analyse

¹³³⁰ *Ibid.*

¹³³¹ *Ibid.*

¹³³² Tania Voon et al, *op.cit.*, p. 81.

¹³³³ Voir l'article 25 (1) de l'accord sur les ADPIC.

¹³³⁴ Voir [partie A, para. 2, chapitre V](#) ci-dessus.

va porter en premier lieu sur l'article 6 *quinquies* (A) (en combinaison avec l'article 7).

La Convention de Paris émet des obligations imposant à tout membre de permettre l'inscription des marques de commerce et ce, bien sûr sous des conditions bien définies¹³³⁵. Toutefois, il existe certaines divergences entre les différents spécialistes quant à la portée des dispositions de l'article 6. En effet, certains experts, proches de l'industrie du tabac, estiment que cet article attribue des droits connexes aux marques enregistrées¹³³⁶.

On se doit donc d'examiner la question de savoir si oui ou non cet article confère un droit d'usage. Cette problématique est primordiale dans le cadre de l'analyse de la compatibilité des emballages neutres avec les dispositions de l'article 6. L'industrie du tabac est en effet susceptible d'alléguer que l'article 6 confère un droit d'usage. Cette démarche lui permettra, par la suite, de contester la légalité des conditionnements neutres. Il faut donc, dans le sillage de cette analyse, étudier le contenu et surtout le sens précis de l'article 6 *quinquies* (A). Certaines approches, à l'instar de celle de Daniel Gervais (un juriste), vont nous aider à déterminer la portée exacte de cet article¹³³⁷. Il a en effet établi une analyse complète de l'article 6 *quinquies* (A), en examinant notamment l'esprit de la Convention de Paris. Il estime en ce sens que l'essence même de la convention implique un droit d'utilisation¹³³⁸. Il s'est basé en premier lieu sur l'article 7 qui prohibe aux membres de refuser l'enregistrement d'une marque à cause de la nature des produits auxquels elle doit être appliquée¹³³⁹. Il a aussi mis en évidence certains amendements proposés en 1956 par l'association internationale de la propriété intellectuelle lors de la conférence de Lisbonne¹³⁴⁰. Un de ces amendements (relatif à l'article 7), suggérait

¹³³⁵ L'article 6 *quinquies* (A) stipule ce qui suit : « Toute marque de fabrique ou de commerce régulièrement enregistrée dans le pays d'origine sera admise au dépôt et protégée telle quelle dans les autres pays de l'Union, sous les réserves indiquées au présent article ».

¹³³⁶ Mark Davison, *The legitimacy of Plain Packaging under International Intellectual Property Law: Why there is no Right to use a Trademark under Either the Paris Convention or the TRIPS Agreement*, Edward Elgar, 2012, p. 3.

¹³³⁷ Voir le rapport de Daniel Gervais pour le compte de Japan tobacco International, *Analysis of the compatibility of certain Tobacco Product Packaging Rules with the TRIPS Agreement and the Paris Convention*, novembre 2010.

¹³³⁸ Mark Davison, *art.cit.*, p. 4.

¹³³⁹ L'article 7 de la Convention de Paris énonce les dispositions suivantes : « La nature du produit sur lequel la marque de fabrique ou de commerce doit être apposée ne peut, dans aucun cas, faire obstacle à l'enregistrement de la marque ».

¹³⁴⁰ Cf. *supra*, note 1338.

que le droit exclusif du titulaire du droit d'utiliser une marque ainsi enregistrée ou renouvelée ne pouvait être interdit ou limité lorsque la vente à laquelle il s'applique était légale¹³⁴¹. Daniel Gervais considère que les normes relatives à l'enregistrement des marques impliquent automatiquement leur utilisation. Il estime que si l'on se voit attribuer un droit d'enregistrement, c'est parce que la marque est destinée à la vente¹³⁴². Néanmoins, cette approche repose en partie sur un amendement qui a été clairement rejeté par les protagonistes de l'époque¹³⁴³. On ne peut donc fonder notre démarche sur cet amendement.

D'autres experts estiment qu'en présence d'obligations strictes en matière d'enregistrement, nul besoin de faire expressément mention d'usage car toute opération d'enregistrement implique forcément une utilisation de la marque¹³⁴⁴. De plus, l'article 7 ne prescrit nullement que la protection qui découle d'un enregistrement doit être la même pour tous les produits notwithstanding leur nature¹³⁴⁵. Il faut donc relativiser la portée des droits découlant de l'enregistrement d'une marque. Les partisans de l'approche relative au possible droit d'usage conféré par la Convention de Paris ont en effet surestimé les droits garantis par l'article 6 *quinquies*(A). Ce constat découle de l'impossibilité de définir, avec exactitude, la nature ou l'étendu d'un droit implicite (le droit d'usage le cas échéant). On risque en ce sens de se poser la question de savoir si le droit d'usage implique que tous les produits peuvent être proposés à la vente n'importe où et à n'importe qui¹³⁴⁶. En outre, on peut s'interroger sur la compatibilité des dispositions relatives à l'âge requis pour consommer de l'alcool ou aux restrictions en matière d'horaire d'ouverture des débits de boissons avec le droit d'utiliser une marque. Ce droit implicite est donc trop

¹³⁴¹ Rapport de Daniel Gervais pour le compte de Japan Tobacco International, *Analysis of the compatibility of certain Tobacco Product Packaging Rules with the TRIPS Agreement and the Paris Convention*, novembre 2010, p. 66.

¹³⁴² *Ibid.*, p. 67.

¹³⁴³ Cf. *supra*, note 1838.

¹³⁴⁴ Tania Voon / Andrew D. Mitchell / Jonathan Liberman, *op.cit.*, pp. 135-140.

¹³⁴⁵ Ce constat fut tenu par le groupe spécial en charge de l'affaire « *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* ». Il a en effet été amené à examiner les dispositions de l'article 15. 4 de l'ADPIC (qui transpose les obligations contenues au sein de l'article 7 de la Convention de Paris). Il a en ce sens tenu au para. 7.1908, p. 678 le constat suivant « : *L'article 15 :4 ne prescrit pas, toutefois, que le champ et la teneur de la protection des marques qui découle de cet enregistrement doivent être identiques notwithstanding la nature des produits ou services auxquels les marques s'appliqueront ou pourront s'appliquer* ».

¹³⁴⁶ Tania Voon et al, *op.cit.*, p. 88

complexe et peut donner lieu à plusieurs questions d'ordre juridique¹³⁴⁷. Cette problématique ne se poserait pas si le droit d'usage était clairement énoncé par l'article 6 *quinquies*(A). En effet, une loi qui énonce explicitement le droit d'utiliser une marque peut être facilement amendée par la seule volonté du législateur et ce, contrairement à un droit implicite découlant d'une interprétation¹³⁴⁸. Ce constat s'affirme encore plus si l'on se réfère à l'ensemble des dispositions de la Convention de Paris qui ne font nulle part mention d'un quelconque droit d'usage¹³⁴⁹.

L'industrie du tabac n'est cependant pas convaincue par ces arguments. Elle estime en effet que le fait que les Membres de l'OMC ne puissent pas interdire, dans le cadre de l'accord sur les ADPIC, des produits nocifs (et donc les marques qui vont avec) tels que le tabac ou l'alcool implique l'existence d'un droit d'usage au sein des dispositions de la Convention de Paris¹³⁵⁰. Cette argumentation est erronée puisque c'est la disposition de l'article 6 *quinquies*(A) relative à l'obligation d'enregistrer une marque combinée à celle de l'article 7 en relation avec l'incapacité de refuser d'enregistrer un produit sur la base de sa nature qui empêche l'interdiction de ces produits¹³⁵¹. La Convention de Paris a donc réussi à trouver l'équilibre parfait entre, d'une part, la préservation des droits découlant des marques de commerce et d'autre part, l'intérêt des gouvernements à ce que l'utilisation desdites marques ne soit pas contraire à leurs objectifs dans des domaines spécifiques. Ce constat élimine donc définitivement l'hypothèse selon laquelle l'article 6 *quinquies*(A) confère implicitement un droit d'usage. En effet, il est difficile d'accepter que les gouvernements compromettent leur capacité à protéger la santé publique et à poursuivre d'autres objectifs politiques valables. Ils ne peuvent donc pas prendre le risque d'accorder un droit implicite d'utiliser des marques de commerce sans même mettre en place des limites ou créer des exceptions¹³⁵².

On constate alors que l'article 6 *quinquies*(A) de la Convention de Paris fait référence à l'enregistrement et la validité d'une marque de commerce. Il ne traite

¹³⁴⁷ *Ibid.*

¹³⁴⁸ *Ibid.*

¹³⁴⁹ Voir la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle.

¹³⁵⁰ Daniel Gervais, *op.cit.*, p. 64.

¹³⁵¹ Mark Davison, *art.cit.*, p. 8.

¹³⁵² *Ibid.*, p. 9.

donc pas de l'utilisation de ce type de marque¹³⁵³. Les allégations de certaines parties proches de l'industrie du tabac et relatives au droit d'usage conféré par la Convention de Paris ne reflètent en rien les véritables objectifs de ladite convention. Leurs démarches s'inscrivent plutôt dans le cadre de la volonté de cette industrie d'invoquer ce droit pour contester certaines mesures antitabac telles que les emballages neutres. Nous allons donc étudier dans la prochaine partie la légalité du conditionnement neutre au titre de la Convention de Paris.

2.1.1.2. *Le conditionnement neutre et la Convention de Paris*

Le « *Tobacco Plain Packaging Act* » a donné naissance à plusieurs litiges en relation notamment avec la portée de ses dispositions. On essaiera donc de déterminer la légalité de la législation susmentionnée au titre des règles régissant l'enregistrement des marques de commerce au sein de la Convention de Paris ou de l'accord sur les ADPIC.

On va tout d'abord énoncer les trois principales raisons qui peuvent justifier un refus d'enregistrer une marque selon la Convention Paris. Un enregistrement peut donc être refusé si les marques de commerces sont de nature à porter atteinte aux droit acquis par des tiers dans les États où la protection est réclamée¹³⁵⁴. Ensuite, un État est en droit d'invalider un enregistrement si les marques de commerce sont dépourvues de tout caractère distinctif¹³⁵⁵. Un enregistrement peut aussi être refusé s'il est contraire à la morale ou à l'ordre

¹³⁵³ Andrew D. Mitchell / Maidana-Eletti de Amstalden Mariela, *Plain Packaging in Australia: Implications for Trademark Rights under the TRIPS Agreements and the Paris Convention*, Anuario de derechos intelectuales, mars 2014, p. 298.

¹³⁵⁴ Article 6 quinquies (B), alinéa.1.

¹³⁵⁵ L'article 6 quinquies (B), alinéa.2 énonce les dispositions suivantes : « *Les marques de fabrique ou de commerce, visées par le présent article, ne pourront être refusées à l'enregistrement ou invalidées que dans les cas suivants :2- lorsqu'elles sont dépourvues de tout caractère distinctif, ou bien composées exclusivement de signes ou d'indication pouvant servir, dans le commerce, pour désigner l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, le lieu d'origine des produits ou l'époque de production, ou devenus usuels dans le langage courant ou les habitudes loyales et constantes du commerce du pays où la protection est réclamée* ».

public¹³⁵⁶. La Convention de Paris, par le biais de l'article 6 quinquies (A), dispose aussi, que les conditions de dépôt et d'enregistrement des marques relèvent de la législation nationale des pays membres.

On constate que les États peuvent, en se basant sur les dispositions des articles susmentionnés, refuser l'enregistrement d'une marque de commerce et ce, selon des motifs bien définis. Cette analyse va, encore une fois, nous amener à examiner les questions relatives au supposé droit d'usage conféré par la Convention de Paris.

Certains juristes, vont donc adopter la même stratégie que lors de leurs analyses de l'article 6 quinquies (A)¹³⁵⁷. Ils estiment notamment que ce n'est pas l'enregistrement d'une marque qui risque de poser des problèmes mais plutôt son usage lorsque l'on traite de l'article 6 quinquies(B). L'industrie du tabac considère en effet que le refus d'enregistrer une marque violant les droits exclusifs antérieurs d'un tiers est dû au préjudice et à la confusion que risque de causer ladite marque aux consommateurs et non à l'enregistrement lui-même¹³⁵⁸. Certes, il est indéniable, que c'est l'usage d'une marque qui pose problème et non son enregistrement. Néanmoins, ce constat n'implique en rien le fait que l'article 6 quinquies (B) régleme l'utilisation des marques. En effet, il ne faut pas confondre l'existence de droits découlant de l'enregistrement d'une marque qui est déterminée lors de procédures judiciaires, en tenant compte également de son usage éventuel, avec l'utilisation concrète de ladite marque qui peut être limitée ou interdite par les gouvernements nationaux et ce, indépendamment du fait que l'enregistrement soit toujours en cours¹³⁵⁹. Il est donc toujours question de l'enregistrement et non du droit d'utiliser une marque. L'article 6 quinquies (B) n'aborde pas la question relative

¹³⁵⁶ L'article 6 quinquies (B), alinéa.3 énonce les dispositions suivantes : « *Les marques de fabrique ou de commerce, visées par le présent article, ne pourront être refusées à l'enregistrement ou invalidées que dans les cas suivants :3-lorsqu'elles sont contraires à la morale ou à l'ordre public et notamment de nature à tromper le public. Il est entendu qu'une marque ne pourra être considérée comme contraire à l'ordre public pour la seule raison qu'elle n'est pas conforme à quelque disposition de la législation sur les marques, sauf le cas où cette disposition elle-même concerne l'ordre public* ».

¹³⁵⁷ Letter from Lalive (a Geneva-based law firm) to Philip Morris Int'l Mgmt, 5 juillet 2009, <<http://www.plain-packaging.com/downloads/LALIVEAnalysis 23July 2009.pdf>>.

¹³⁵⁸ *Ibid.*

¹³⁵⁹ Alberto Alemanno / Enrico Bonadio, *art.cit.*, p. 470.

au droit d'usage mais énonce plutôt des dispositions en relation avec le droit d'enregistrement¹³⁶⁰. Toutes les allégations des défenseurs de l'industrie du tabac sont par conséquent vaines.

En l'espèce, la législation australienne n'empêche en rien l'enregistrement d'une marque. En effet, l'article 28 du « *Tobacco Plain Packaging Act* » énonce clairement, que l'enregistrement d'une marque ne peut être refusé ou révoqué dans le cas où le propriétaire de ladite marque n'est pas en mesure de l'utiliser en raison des exigences découlant de la présente législation¹³⁶¹. De plus, et comme on l'a mentionné précédemment, l'article 6 *quinquies* (A et B) ne couvre que les questions relatives à l'enregistrement et non à l'usage. D'où l'impertinence des arguments relatifs à la violation du conditionnement neutre des dispositions de l'article 6 *quinquies*. Nous concluons donc que les emballages neutres, tels qu'ils sont prévus par la législation australienne, ne sont pas incompatibles avec l'article 6 *quinquies* de la Convention de Paris. Nous allons analyser dans la partie suivante la législation australienne à l'aune de l'accord sur les ADPIC.

2.1.2. Le conditionnement neutre et l'accord sur les ADPIC

2.1.2.1. Analyse des emballages neutres sous l'angle de l'article 15.4 de l'accord sur les ADPIC

Comme énoncé précédemment, les différentes législations relatives aux emballages neutres risquent de mettre en péril les principales fonctionnalités des marques de commerce. Elles peuvent donc influencer sur la capacité du consommateur à distinguer les produits tabagiques mis en vente. On craint alors que le conditionnement neutre puisse être contraire à certaines dispositions de

¹³⁶⁰ *Ibid.*, p. 471.

¹³⁶¹ L'article 28, alinéa 3 du « *Tobacco Plain Packaging Act* » énonce les dispositions suivantes : « To avoid doubt, for the purposes of sections 38 and 84A of the Trademarks Act 1995, and regulations 17A.27 and 17A.42A of the Trademarks Regulations 1995:(a) the operation of this Act; or(b) the circumstance that a person is prevented, by or under this Act, from using a trademark on or in relation to the retail packaging of tobacco products, or on tobacco products; are not circumstances that make it reasonable or appropriate:(c) not to register the trademark; or<(d) to revoke the acceptance of an application for registration of the trademark; or(e) to register the trademark subject to conditions or limitations.or(f) to revoke the registration of the trademark ».

l'ADPIC¹³⁶². On se doit donc d'analyser cette loi au regard des dispositions de l'accord sur les ADPIC. En effet, plusieurs articles, en relation avec la protection des marques de commerce, sont en jeu.

Tout d'abord, notre analyse portera sur la compatibilité des conditionnements neutres avec l'article 15.4 de l'accord sur les ADPIC. Cet article énonce des règles semblables aux dispositions de l'article 7 de la Convention de Paris¹³⁶³. Cette transposition a conduit certains spécialistes à qualifier les emballages neutres d'obstacle à l'enregistrement et à l'usage des marques de commerce relatives au tabac¹³⁶⁴. Ils considèrent en effet que le conditionnement neutre viole les obligations énoncées dans l'article 15.4 de l'ADPIC du fait des liens étroits entre l'usage d'une marque et son enregistrement¹³⁶⁵. On remarque que cette approche est quasiment identique à celle adoptée par les défenseurs de l'industrie du tabac lors de leurs analyses relatives aux articles 6 *quinquies* et 7 de la Convention de Paris.

Les opposants au conditionnement neutre soutiennent aussi que le droit d'enregistrement sans usage serait un droit formel, creux dépourvu de toute utilité économique¹³⁶⁶. Cette approche n'est pas très pertinente car elle confond ces deux notions qui sont autonomes et totalement différentes¹³⁶⁷. En effet, l'enregistrement d'une marque aura toujours une valeur économique importante et ce, en dépit de la non-utilisation des signes protégés¹³⁶⁸. En outre, une entreprise peut acquérir l'enregistrement d'une marque sans pour autant en utiliser les signes. L'enregistrement d'une marque est donc en mesure d'être économi-

¹³⁶² Alberto Alemanno / Enrico Bonadio, *art.cit.*, p. 458.

¹³⁶³ L'article 15.4 de l'ADPIC stipule ce qui suit : « *la nature des produits ou services auxquels une marque de fabrique ou de commerce s'appliquera ne constituera en aucun cas un obstacle à l'enregistrement de la marque* ».

¹³⁶⁴ Anne Makrigiorgos, *The Inst. of Patent and Trademark Attorneys of Australia, Submission to the Senate Community Affairs Inquiry into the Tobacco Packaging (removing branding from cigarettes packs)*, bill 2009, février 2010, <http://www.aph.gov.au/senate/committee/clac_ctte/plain_tobacco_packaging_09/submissions/sub09.pdf> (Dernière consultation: le 10/11/2020).

¹³⁶⁵ Letter from Lalive (a Geneva-based law firm) to Philip Morris Int'l Mgmt, 5 juillet 2009, <http://www.plain-packaging.com/downloads/LALIVEAnalysis_23July_2009.pdf>

¹³⁶⁶ *Ibid.*

¹³⁶⁷ Andrew D. Mitchell, *Australia's Move to the Plain Packaging of Cigarettes and its WTO Compatibility*, *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, Volume 5, pp. 408-409.

¹³⁶⁸ Alberto Alemanno / Enrico Bonadio, *art.cit.*, p. 468

quement valable et pratique et ce, indépendamment de son usage¹³⁶⁹. En outre, l'objectif principal de l'article 15.4 est d'assurer l'enregistrement d'une marque de commerce même si son usage sur un produit donné n'est pas possible¹³⁷⁰.

Cet article traite donc, à l'instar de l'article 7 de la Convention de Paris, de l'enregistrement des marques de commerce. Il reprend aussi les principales dispositions de cet article. En effet, l'article 7 n'aborde pas, comme énoncé précédemment, la question d'utiliser une marque. Cette approche a été en ce sens confirmée par l'ancien président de l'OMPI¹³⁷¹. Par conséquent, les États restent libres de réglementer la vente de certains types de produits.

On conclut donc que l'enregistrement d'une marque relative à une catégorie de produits ne donne pas au titulaire dudit enregistrement le droit d'être exempté de toute limitation de l'usage de ladite marque. En effet, l'autorité compétente du pays où la marque est enregistrée peut ordonner une telle limitation¹³⁷².

¹³⁶⁹ G.H.C. Bodenhausen, *Guide d'application de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, (version révisée à Stockholm)*, 1967, p. 133. L'auteur a tenu le constat suivant concernant l'article 7 (dont les dispositions ont été transposées dans l'article 15.4 de l'ADPIC) : « Ces deux articles ont pour objet de rendre la protection de la propriété industrielle indépendante de la question de savoir si les produits auxquels s'appliquerait cette protection peuvent ou non être vendus dans le pays où la protection est demandée. Par exemple, s'il est envisagé d'utiliser une marque pour un produit pharmaceutique qui n'a pas été approuvé par les autorités compétentes d'un pays et dont la vente n'y est donc pas encore permise, ce fait ne doit pas entraîner un refus d'enregistrer la marque, étant donné qu'il peut être de l'intérêt du titulaire de garantir ses droits pour l'éventualité où la vente de son produit serait autorisée par la suite ».

¹³⁷⁰ *Ibid.*

¹³⁷¹ Le directeur général de l'OMPI A. Bogsch a tenu le 22 février 1995 le constat suivant : « Article 7 [Paris Convention, which is reproduced in Article 15(4) of TRIPS] does not address the question of permission to use a registered mark. Therefore, countries party to the Paris Convention remain free to regulate the sale of certain types of goods and the fact that a mark has been registered for such goods does not give the right to the holder of the registration to be exempted from any limitation of using the mark which may be decided by the competent authority of the country where the mark is registered ». Pour plus d'informations, voir Neil E. Collishaw, *Tobacco Control and the Paris Convention for the Protection of Industrial Property*, 5 Tobacco Control, 1996.

¹³⁷² *Ibid.*

En outre, l'accord sur les ADPIC confère un droit négatif au détenteur de la marque de commerce¹³⁷³. Ce dernier peut donc, en vertu dudit droit, enregistrer sa marque. Néanmoins, l'accord susmentionné ne lui accorde pas un droit positif d'utiliser ladite marque. Le propriétaire de la marque a donc le droit, au titre de l'article 15.4, d'exclure ou d'empêcher des tiers d'utiliser la marque déposée¹³⁷⁴. On constate que l'enregistrement des marques de commerce des produits du tabac n'est en rien affecté et ce, en dépit de l'incidence des emballages neutres sur l'utilisation desdites marques. Le « *Tobacco Plain Packaging Act* » est par conséquent conforme aux dispositions de l'article 15.4 de l'Accord sur les ADPIC.

2.1.2.2. Le conditionnement neutre sous l'angle de l'article 20 de l'accord sur les ADPIC

Nous allons maintenant analyser la légalité des emballages neutres sous l'angle de l'article 20 de l'ADPIC¹³⁷⁵. Cet article fait référence aux différentes exigences pouvant affecter l'utilisation d'une marque de commerce. Par conséquent, aucune ingérence relative à une marque de commerce ne sera tolérée sauf si elle découle d'une entrave légitime¹³⁷⁶.

On essaiera donc, au cours de cette partie, de déterminer si les emballages neutres sont compatibles ou non avec les dispositions de cet article. En effet, certains spécialistes estiment que les exigences en matière de conditionnement neutre ne sont pas justifiées au regard de l'article 20 du fait de l'impossibilité d'utiliser les marques (à l'exception de la marque sous une forme normalisée et neutre)¹³⁷⁷. En outre, ils considèrent que les obligations relatives à la forme du nom de la marque (tel qu'il est affiché sur les paquets de cigarettes)

¹³⁷³ Andrew D. Mitchell / Mariela Maidan-Eletti de Amstalden, *art.cit.*, p. 298.

¹³⁷⁴ *Ibid.*

¹³⁷⁵ L'article 20 de l'ADPIC énonce les dispositions suivantes : « *L'usage d'une marque de fabrication ou de commerce au cours d'opérations commerciales ne sera pas entravé de manière injustifiable par des prescriptions spéciales, telles que l'usage simultané d'une autre marque, l'usage sous une forme spéciale, ou l'usage d'une manière qui nuise à sa capacité de distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises. Cela n'exclura pas une prescription exigeant l'usage de la marque identifiant l'entreprise qui produit les produits ou les services conjointement, mais sans établir de lien entre les deux, avec la marque distinguant les produits ou les services spécifiques en question de cette entreprise* ».

¹³⁷⁶ *Ibid.*

¹³⁷⁷ Voir Letter from Lalive (a Geneva-based law firm) to Philip Morris Int'l Mgmt, 5 juillet 2009, <[http://www.plain-packaging.com/downloads/LALIVEAnalysis 23July 2009.pdf](http://www.plain-packaging.com/downloads/LALIVEAnalysis%20July%202009.pdf)>.

constituent une restriction de commercialisation, qui entre dans le champ d'application de l'article 20¹³⁷⁸. Néanmoins, ces obligations sont en mesures d'être justifiées. En effet, un État peut les présenter comme étant nécessaires à la réduction du tabagisme¹³⁷⁹. Ce constat s'affirme encore plus du fait la confusion que provoque les emballages neutres chez les consommateurs¹³⁸⁰. On remarque donc que les arguments relatifs à la compatibilité de ces emballages avec l'article 20 divergent. On va d'abord commencer par analyser, avec minutie, le sens exact des dispositions énoncées par cet article. On constate en premier lieu qu'il interdit seulement certaines prescriptions positives imposées aux marques de commerce¹³⁸¹. On peut citer, à titre d'exemple, les obligations qui imposent aux propriétaires étrangers d'utiliser leurs marques (les signes qui vont avec) en même temps que les signes des licenciés locaux¹³⁸². L'article 20 ne prohibe donc pas les exigences qui limitent ou interdisent l'usage de marque de commerce. En effet, cet article doit être lu conjointement avec l'article 16 (que l'on analysera plus loin dans ce travail) qui n'offre pas de droit positif d'utiliser une marque¹³⁸³. On conclut donc qu'il est impossible que l'article 20 puisse créer un droit que l'on ne retrouve pas dans les autres dispositions de l'accord sur les ADPIC¹³⁸⁴. Un État ne peut donc l'invoquer pour s'opposer à une restriction d'utilisation d'une marque vu qu'il ne confère en aucun cas un droit d'usage¹³⁸⁵.

On peut aussi avoir une autre approche lors de notre analyse de l'article 20. En effet, il est possible de traiter des entraves à l'utilisation de la marque. On essaiera donc, dans le sillage de cette analyse, de déterminer si ces entraves sont justifiées ou non au regard de l'accord sur les ADPIC. Cette approche semble trouver tout son sens car de nombreux pays dans le monde ont mis en place

¹³⁷⁸ Alberto Alemanno / Enrico Bonadio, *art.cit.*, p. 464.

¹³⁷⁹ Andrew Mitchell, *art.cit.*, p. 413.

¹³⁸⁰ *Ibid.*

¹³⁸¹ Voir l'article 20 de l'ADPIC.

¹³⁸² Cf. *supra*, note 1375.

¹³⁸³ Alberto Alemanno / Enrico Bonadio, *art.cit.*, p. 465.

¹³⁸⁴ Benn McGrady, *TRIPS and Trademarks: The Case of Tobacco*, *World Trade Review*, Volume 3, 2004, p. 61.

¹³⁸⁵ Pour plus de détails, voir Tania Voon et al, *op.cit.*, p. 108.

des restrictions en matière d'étiquetage qui peuvent donner lieu, à terme, à des interdictions en matière d'utilisation des marques¹³⁸⁶. Ces mesures ne sont en aucun cas incompatibles avec l'accord sur les ADPIC¹³⁸⁷.

En outre, d'autres mesures antitabac ont été adoptées dans le cadre de vastes programmes visant à promouvoir la santé publique. La mesure la plus célèbre est sans doute celle qui prohibe toute forme de publicité ou de promotion¹³⁸⁸. Ces législations sont fortement recommandées par la CCLAT¹³⁸⁹. Cette organisation estime en effet que les logos ou les images apposés sur les emballages peuvent être considérés comme étant de la publicité. Les directives de la convention susmentionnée recommandent en ce sens l'adoption des emballages neutres pour éliminer les effets de la publicité¹³⁹⁰. De plus, l'article 8 de l'accord sur les ADPIC permet aux Membres de l'OMC d'adopter des mesures nécessaires à la protection de la santé publique¹³⁹¹ (problématique que nous allons traiter avec plus de détails plus loin dans ce travail). De même que l'article 7 qui reconnaît que la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle devraient contribuer à la promotion de l'innovation technologique d'une manière propice au bien-être social et économique¹³⁹², *La déclaration de Doha sur l'ADPIC et la santé publique* de 2001 émet aussi des dispositions pertinentes. En effet, elle déclare que l'accord sur les ADPIC n'empêche pas et ne devrait pas empêcher ses membres de prendre des mesures pour protéger la

¹³⁸⁶ Plusieurs pays dans le monde ont adopté le conditionnement neutre pour les produits du tabac. On peut citer, à titre d'exemple, l'Australie, la France, le Royaume-Uni, etc.....

¹³⁸⁷ Voir les conclusions du groupe spécial en charge de l'affaire : « *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* », DS 435.

¹³⁸⁸ L'article 13 de la CCLAT contient des dispositions relatives à la publicité en faveur des produits du tabac, la promotion et le parrainage.

¹³⁸⁹ Voir les directives d'application pour les articles 11 et 13 de la CCLAT.

¹³⁹⁰ *Ibid.*

¹³⁹¹ L'article 8 de l'ADPIC énonce les dispositions suivantes : « *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* ».

¹³⁹² Voir l'article 7 de l'ADPIC.

santé publique¹³⁹³. De plus, elle affirme clairement que cet accord doit être interprété et mis en œuvre de manière à appuyer le droit des pays à protéger la santé¹³⁹⁴.

On ne peut donc parler d'interdiction partielle ou totale en l'absence d'un droit d'utilisation découlant de l'article 20. En outre, la deuxième approche suivie dans cette partie justifie les entraves limitées du fait des articles 7 et 8 et de la Déclaration de Doha.

2.1.2.3. Analyse des emballages neutres sous l'angle de l'article 17 de l'accord sur les ADPIC

Cette partie va traiter de la relation entre le conditionnement neutre et l'article 17 de l'ADPIC. Cet article permet aux États de prévoir des exceptions limitées aux droits conférés par une marque¹³⁹⁵. On essaiera donc de déterminer si les emballages neutres peuvent être justifiés au titre de l'article 17. En effet, les États ont le droit, au titre de cet article, de limiter les droits exclusifs des titulaires des marques.

Le groupe spécial en charge de l'affaire « *Canada-Patent Protection for Pharmaceutical Products* » a été le premier à donner une interprétation pertinente de l'expression « *exceptions limitées* »¹³⁹⁶. Il considérait en effet que ladite expression pouvait être interprétée comme étant de nature étroite, qui n'entraînait qu'une faible diminution des droits en question¹³⁹⁷. Cette interprétation peut donc renforcer la position de l'industrie du tabac qui s'est souvent montrée critique à l'encontre des législations relatives au conditionnement neutre. En effet, les grandes multinationales sont susceptibles d'alléguer que les emballages neutres ne peuvent pas être justifiés en tant qu'*exception limitée* aux

¹³⁹³ Organisation mondiale du commerce, *Déclaration de l'accord sur les ADPIC et la santé publique*, Conférence ministérielle, 4^{ème} session, Doha, 9-14 novembre 2001, WT/MIN/ (01)/DEC/2.

¹³⁹⁴ *Ibid.*

¹³⁹⁵ L'article 17 de l'ADPIC stipule ce qui suit : « Les Membres pourront prévoir des exceptions limitées aux droits conférés par une marque de fabrique ou de commerce, par exemple en ce qui concerne l'usage loyal de termes descriptifs, à condition que ces exceptions tiennent compte des intérêts légitimes du titulaire de la marque et des tiers ».

¹³⁹⁶ Voir le rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *Canada-Patent Protection for Pharmaceutical Products* », DS 114, 2000.

¹³⁹⁷ Robert Howse, *The Canadian Generic Medicines Panel-A Dangerous Precedent in Dangerous Times*, *The Journal of World Intellectual Property*, 2000, pp. 495-496.

droits de marque¹³⁹⁸. Ils vont en ce sens arguer que la mise œuvre de ces emballages implique la quasi-annulation de leurs droits¹³⁹⁹. De plus, ils peuvent soutenir que l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC n'énonce qu'une exception très limitée, qui ne porte en aucun cas atteinte aux droits des titulaires de marques. L'industrie du tabac risque alors de considérer que les législations en relation avec les emballages neutres ne tiennent pas compte des intérêts légitimes des propriétaires des marques de commerce. Les emballages neutres sont donc susceptibles d'être qualifiés de contraires à l'article 17¹⁴⁰⁰.

On se doit aussi, dans le cadre de notre analyse de cet article, de déterminer le sens exact de la notion « *d'intérêt légitime* ». C'est le groupe spécial en charge de l'affaire « *EC-Protection of Trademarks and Geographical Indications (US)* » qui a fait une interprétation pertinente de cette notion. Il estime en effet que tout propriétaire d'une marque de commerce a un intérêt légitime à préserver le caractère distinctif de sa marque mais aussi à utiliser sa propre marque pour les produits et services pertinents de ses entreprises¹⁴⁰¹. En outre, le groupe spécial considère que les marques de commerce ne doivent pas être empêchées de remplir leur fonction de base comme insigne d'ordre commercial et vecteur de message¹⁴⁰².

L'industrie du tabac est donc susceptible alléguer, comme lors des différentes interprétations de l'ADPIC, que les emballages neutres empêchent l'usage des marques de commerce et portent atteinte à leurs intérêts légitimes¹⁴⁰³. En effet, le conditionnement neutre risque de rendre difficile la distinction entre

¹³⁹⁸ Alberto Alemanno / Enrico Bonadio, *art.cit.*, p. 461.

¹³⁹⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰⁰ Tim Wilson, *Governing in Ignorance: Australian Governments Legislating without Understanding Intellectual Property*, Institute of Public Affairs, Mai 2010, pp. 16-17.

¹⁴⁰¹ Le groupe spécial en charge de l'affaire « *EC-Protection of Trademarks and Geographical Indications (US)* » a tenu au para. 7.664, p. 164 de son rapport le constat suivant : « *Chaque titulaire de marque a pour intérêt légitime de préserver le caractère distinctif de sa marque, ou la capacité de la distinguer, afin qu'elle puisse remplir sa fonction. Cela comprend l'intérêt qu'a le titulaire d'une marque à utiliser sa propre marque en relation avec les produits ou les services de ses propres entreprises bénéficiant d'une autorisation. Le fait de tenir compte de cet intérêt légitime permettra aussi de tenir compte de l'intérêt du titulaire de la marque dans la valeur économique de sa marque qui résulte de la renommée dont elle jouit et de la qualité qu'elle dénote* ».

¹⁴⁰² Guy Tritton, *Intellectual Property in Europe*, Sweet & Maxwell, 3^{ème} édition, 2008, p. 227.

¹⁴⁰³ Imperial Tobacco Australia Limited, *Submission to the Senate: Plain Tobacco Packaging (Removing Branding from Cigarettes Packs) BILL 2009*, avril 2010, pp. 31-32, <<http://www.imperial-tobacco.com/files/misc/submission-on-proposals.pdf>>

les différents produits tabagiques en vente sur le marché. En outre, il est en mesure d'annuler toute valeur économique d'une marque dont la notoriété découle de sa réputation auprès de ses clients¹⁴⁰⁴. Il peut aussi mettre en péril les intérêts légitimes des consommateurs du fait de l'impossibilité pour ces derniers de distinguer les produits d'une entreprise de ceux d'une autre¹⁴⁰⁵.

Néanmoins, ces arguments peuvent être facilement réfutés et ce, du fait des droits conférés par les différentes dispositions de l'ADPIC. En effet, les législations relatives aux emballages neutres ont des effets limités car elles empêchent les tiers d'exploiter les marques commerciales. Ce constat découle du fait que ces législations imposent seulement une restriction de la capacité des titulaires des marques à utiliser leurs propres marques¹⁴⁰⁶. On peut donc conclure qu'il s'agit d'une restriction limitée qui n'est en aucun cas contraire aux dispositions de l'article 17.

On se doit aussi, dans le cadre de notre examen de l'article 17, d'analyser la notion relative aux « *exceptions aux droits conférés par une marque* ». Il convient en ce sens de déterminer la nature des droits garantis par l'ADPIC aux titulaires de marques. L'analyse conjointe des articles 16 et 17 nous permet de tenir un premier constat concernant la nature desdits droits. On remarque en effet que l'article 16 énonce un principe bien connu du droit de la propriété intellectuelle qui est que ledit droit n'offre en aucun cas un droit positif d'utiliser une marque protégée mais confère plutôt un droit négatif¹⁴⁰⁷. Le titulaire de la marque sera alors en mesure d'empêcher des tiers d'utiliser le bien protégé. Les emballages neutres ne peuvent donc être considérés, en vertu de l'article 17, comme étant une exception au droit conféré par une marque de commerce. En effet, aucun droit positif n'est offert par cet accord aux titulaires des marques de commerce pour pouvoir qualifier le conditionnement neutre d'exception. De même, les emballages neutres ne sont pas une exception au droit négatif d'exclure des tiers de l'utilisation des marques en question. Cette

¹⁴⁰⁴ Letter from Lalive (a Geneva-based law firm) to Philip Morris Int'l Mgmt, 5 juillet 2009, pp. 9-10, <http://www.plain-packaging.com/downloads/LALIVEAnalysis_23July2009.pdf>

¹⁴⁰⁵ *Ibid.*

¹⁴⁰⁶ Tim Wilson, *art.cit.*, p. 17

¹⁴⁰⁷ Letter from Lalive (a Geneva-based law firm) to Philip Morris Int'l Mgmt, 5 juillet 2009, pp. 15-16. <http://www.plain-packaging.com/downloads/LALIVEAnalysis_23_July2009.pdf>

conclusion émane du fait que ce type de législation n'empêche en rien les titulaires des marques de commerce de faire valoir leurs droits contre toute entité coupable d'acte de contrefaçon¹⁴⁰⁸.

On constate donc que les articles traités dans cette partie émettent clairement des droits négatifs et non positifs et ce, dans l'optique de permettre aux Membres de l'OMC de poursuivre des buts légitimes en matière de santé publique¹⁴⁰⁹. On peut donc conclure, au regard des différentes analyses et approches que l'on a présentées, que les emballages neutres ne sont pas contraires aux dispositions de l'article 17 de l'accord sur les ADPIC.

2.1.2.4. *Le conditionnement neutre et l'article 16.1 de l'accord sur les ADPIC*

L'article 16.1 établit un standard minimum en ce qui concerne la protection des titulaires des marques de commerce. Cet article dispose en effet que le titulaire d'une marque a le droit d'empêcher tous les tiers de faire usage de signes identiques à sa marque de commerce légalement enregistrée¹⁴¹⁰.

On constate en premier lieu que l'article 16.1 empêche les tiers d'utiliser les marques enregistrées. Ses dispositions s'inscrivent dans le cadre du droit de la propriété intellectuelle qui, comme énoncé précédemment confère un droit négatif et non positif. On ne peut donc parler d'un quelconque droit d'usage lors de l'analyse de l'article 16.1¹⁴¹¹. C'est le groupe spécial en charge de l'affaire « EC-Protection of Trademarks » qui a notamment mis en exergue les protections garanties par l'article 16.1. Ce groupe avait en effet indiqué, dans son rapport final, que l'ADPIC, par le biais de ses différentes dispositions, accordait un droit négatif empêchant certains actes tels que l'utilisation par des tiers d'une

¹⁴⁰⁸ Alberto Alemanno / Enrico Bonadio, *art.cit.*, p. 463.

¹⁴⁰⁹ Andrew D. Mitchell / Mariela Maidan-Eletti de Amstalden, *art.cit.*, p. 301.

¹⁴¹⁰ L'article 16. 1 de l'ADPIC énonce les dispositions suivantes : « Le titulaire d'une marque de fabrique ou de commerce enregistrée aura le droit exclusif d'empêcher tous les tiers agissant sans son consentement de faire usage au cours d'opérations commerciales de signes identiques ou similaires pour des produits ou des services identiques ou similaires à ceux pour lesquels la marque de fabrique ou de commerce est enregistrée dans les cas où un tel usage entraînerait un risque de confusion. En cas d'usage d'un signe identique pour des produits ou services identiques, un risque de confusion sera présumé exister. Les droits décrits ci-dessus ne porteront préjudice à aucun droit antérieur existant et n'affecteront pas la possibilité qu'ont les Membres de subordonner l'existence des droits à l'usage ».

¹⁴¹¹ Tania Voon et al. *op.cit.*, p. 92.

marque enregistrée¹⁴¹². De plus, il estime que cette caractéristique fondamentale du droit de la propriété intellectuelle confère aux États le droit de poursuivre des objectifs légitimes en matière de politique générale publique¹⁴¹³. Les États pourront alors invoquer ces constatations pour contrer les allégations de l'industrie du tabac relatives à la capacité du conditionnement neutre à rendre inefficace le droit exclusif des titulaires des marques à utiliser leurs signes et à empêcher des tiers d'utiliser des signes similaires.

On constate donc que les augmentations présentées par l'industrie du tabac sont infondées. En effet, le conditionnement neutre n'affecte en rien le droit des multinationales d'empêcher des tiers d'utiliser leurs marques de commerce. En outre, le caractère distinctif de ces marques n'est pas affecté par les emballages neutres car les compagnies de tabac ont toujours l'autorisation d'utiliser leurs marques de commerce et ce, dans des proportions limitées¹⁴¹⁴. Au regard de cette analyse relative au droit négatif découlant de l'article 16.1, on est en mesure de conclure que les emballages neutres ne sont en rien contraires aux dispositions de cet article.

2.1.2.5. Les emballages neutres et l'article 8 de l'accord sur les ADPIC

Nous allons, au cours de cette partie, répondre aux interrogations concernant la relation entre les législations relatives au conditionnement neutre et l'article 8 de l'ADPIC. Cet article permet en effet aux Membres de l'OMC d'adopter des mesures nécessaires à la protection de la santé publique¹⁴¹⁵.

¹⁴¹² Le groupe spécial en charge de l'affaire « EC-Protection of Trademarks » énonce dans le para. 7.246, p. 75 de son rapport le constat suivant : « Ces principes reflètent le fait que l'Accord ne prévoit généralement pas l'octroi de droits positifs pour exploiter ou utiliser un certain objet, mais prévoit plutôt l'octroi de droits négatifs pour empêcher certains actes ».

¹⁴¹³ Ibid.

¹⁴¹⁴ Andrew D. Mitchell / Mariela Maidan-Eletti de Amstalden, *art.cit.*, pp. 299-300.

¹⁴¹⁵ L'article 8 de l'ADPIC énonce les dispositions suivantes : « 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 ».

L'article 8 impose, à l'instar des autres accords de l'OMC, à tout État souhaitant adopter une mesure protégeant la santé de démontrer sa nécessité pour la protection de cette notion¹⁴¹⁶. Un test de nécessité a été donc mis en place. La première étape dudit test impose au défendeur de prouver qu'il existe un lien de causalité entre la mesure et la protection de l'intérêt en question¹⁴¹⁷. Ensuite, la mesure doit être la moins restrictive possible pour le droit de la propriété intellectuelle¹⁴¹⁸. On peut déjà constater que l'article 8 ne garantit pas le droit de passer outre les obligations découlant de l'accord sur les ADPIC pour pouvoir protéger la santé¹⁴¹⁹. Cet article a en effet pour vocation de servir d'outil d'interprétation pour certaines obligations de l'accord sur les ADPIC¹⁴²⁰. Il ne diffère donc pas des autres dispositions relatives aux exceptions en relation avec la protection de la santé, contenues au sein des accords de l'OMC à l'instar de l'article XX du GATT de 1994 ou de l'article XIV de l'AGCS¹⁴²¹.

La conformité des emballages neutres avec l'article 8 sera donc soumise à plusieurs conditions. On risque en ce sens de rencontrer certaines difficultés à démontrer le lien de causalité entre la mesure et l'intérêt en question. Ce constat découle du fait que peu d'études ont jusqu'à présent prouvé la capacité réelle du conditionnement neutre à faire baisser la prévalence du tabagisme¹⁴²². Ce conditionnement risque aussi de ne pas satisfaire au 2^{ème} critère. On risque effectivement de mentionner le fait qu'il existe d'autres moyens, moins restrictifs, en matière de propriété intellectuelle¹⁴²³. Néanmoins, ces difficultés sont en mesure d'être surmontées. Les États ayant adopté cette loi sont en effet susceptibles de présenter des études qui mettent en exergue la capacité des emballages neutres à rendre les paquets de cigarettes moins at-

¹⁴¹⁶ *Ibid.*

¹⁴¹⁷ Letter from Lalive (a Geneva-based law firm) to Philip Morris Int'l Mgmt, 5 juillet 2009, p. 13. <http://www.plain-packaging.com/downloads/LALIVEAnalysis_23July_2009.pdf>.

¹⁴¹⁸ Carlos Maria Correra, *Trade Related Aspects of intellectual Property Rights: A Commentary on the TRIPS Agreement*, Oxford Commentaries on the GATT / WTO Agreements, 2007, p. 108.

¹⁴¹⁹ Cf. *supra*. note 1415.

¹⁴²⁰ Alberto Alemanno / Enrico Bonadio, *art.cit.*, 472.

¹⁴²¹ Voir les article XX du GATT de 1994 et XIV de l'AGCS.

¹⁴²² Imperial Tobacco Austl. Ltd, *Submission to the Senate: Plain Tobacco Packaging (Removing Branding from Cigarettes Packs) BILL 2009*, avril 2010, p. 17, <<http://www.imperial-tobacco.com/files/misc/submission-on-proposals.pdf>>.

¹⁴²³ *Ibid.*, pp. 17-18.

trayants¹⁴²⁴. En outre, ils ont la possibilité d'arguer que les emballages neutres rendent plus visibles les mises en garde sanitaires. Ces emballages seront alors en mesure d'aider au sevrage tabagique¹⁴²⁵. Les États peuvent aussi mettre l'accent sur la capacité des emballages classiques à induire en erreur le consommateur sur les méfaits du tabac.

De plus, l'adoption du conditionnement neutre s'inscrit dans la continuité des précédentes lois antitabac. C'est donc la synergie entre les législations relatives aux emballages neutres et les autres mesures antitabac qui permettra auxdits emballages d'apporter une contribution considérable à la lutte contre le tabagisme¹⁴²⁶. En effet, le conditionnement neutre ne peut pas être la panacée aux nombreux problèmes liés au tabac. La jurisprudence de l'OMC admet, aussi que l'usage de mesures complémentaires peut aider à réaliser un objectif final de santé publique¹⁴²⁷.

En outre, le conditionnement neutre est en mesure d'être justifié au titre de certaines dispositions de l'accord sur les ADPIC¹⁴²⁸. Les États ont en effet le droit de poursuivre des objectifs relatifs à la protection de la santé publique. On peut en ce sens mentionner la déclaration de Doha de 2001 qui estime que l'accord sur les ADPIC n'a pas vocation à empêcher les États d'adopter des mesures dans l'optique de protéger la santé¹⁴²⁹. L'article 8 peut donc se révéler très pertinent dans le cadre de notre analyse de l'article 20 de l'ADPIC. Cet article, combiné à l'article 7 et à la Déclaration de Doha permettra ainsi aux États de justifier certaines entraves¹⁴³⁰.

¹⁴²⁴ Becky Freeman / Simon Chapman / Matthew Rimmer, *The Case for the Plain Packaging of Tobacco Products*, *Addiction Review*, 2007, p. 587.

¹⁴²⁵ *Ibid.*

¹⁴²⁶ Tania Voon / Andrew D. Mitchell / Jonathan Liberman, *op.cit.*, pp. 143-144.

¹⁴²⁷ *Ibid.*, p. 144.

¹⁴²⁸ Voir les articles 7 et 8 de l'ADPIC.

¹⁴²⁹ Organisation mondiale du commerce, *Déclaration de l'accord sur les ADPIC et la santé publique*, Conférence ministérielle, 4^{ème} session, Doha, 9-14 novembre 2001, WT/MIN/ (01) /DEC/2.

¹⁴³⁰ Nuno Pires de Carvalho, *The TRIPS Regime of Trademarks and Designs*, Kluwer, 2nd edition, 2011, pp. 424-427.

Les emballages neutres peuvent donc être justifiés du fait que l'OMC reconnaisse aux États le droit de poursuivre des objectifs en matière de santé publique¹⁴³¹. En outre, et comme mentionné précédemment, l'article 8 donne le droit aux Membres d'adopter des mesures nécessaires à la protection de la santé.

On peut donc conclure que les emballages neutres ne sont pas incompatibles avec les différentes dispositions de l'accord sur les ADPIC. Néanmoins, les États ayant adopté ces emballages ont dû faire face à plusieurs plaintes, déposées dans le cadre de la procédure de règlement de différends de l'OMC ou plus encore au sein de certains TBI. De plus, le conditionnement neutre a aussi été contesté devant des juridictions nationales. On va donc traiter dans la prochaine partie, de l'approche de la Haute Cour d'Australie en matière de réglementation des emballages neutres.

2.2. L'approche de la Haute Cour d'Australie en matière de réglementation du conditionnement neutre

Comme énoncé précédemment, l'Australie a été le premier pays au monde à adopter une législation relative au conditionnement neutre. L'industrie du tabac a mené, à la suite de l'adoption de cette loi, une grande campagne contre les emballages neutres. Elle estima en effet que la législation australienne était anticonstitutionnelle¹⁴³². Le « *Tobacco plain packaging Act (TPP)* » a donc été la cible de plusieurs critiques. De plus, il n'a pas fait l'unanimité au sein du parlement australien. Certains partis, à l'instar du Parti libéral et le Parti national (pourtant membre de la même coalition parlementaire), ont en effet eu des avis différents à l'encontre du conditionnement neutre¹⁴³³. Néanmoins, plusieurs formations politiques ont apporté un soutien indéfectible à cette législation. On peut citer, à titre d'exemple, les Verts australiens (Australian Greens) qui ont supporté ce projet de loi du fait du positionnement politique de leur parti¹⁴³⁴. On va donc traiter, au cours de cette partie, des principales plaintes déposées par l'industrie du tabac à l'encontre du TPP. On essaiera en ce sens d'analyser l'approche de la Haute Cour d'Australie vis-à-vis des emballages neutres. En effet, l'approche de cette cour peut nous être d'une grande utilité dans le cadre de nos futures analyses portant sur les différends survenus au

¹⁴³¹ Tania Voon et al. *op.cit.*, p. 123.

¹⁴³² Jonathan Liberman, *op.cit.*, p. 362.

¹⁴³³ Tania Voon / Andrew D. Mitchell / Jonathan Liberman, *op.cit.*, p. 338

¹⁴³⁴ Trademarks Amendment (Tobacco Plain Packaging) Bill 2011(Cth), Hansard, Senate, Australian Parliament, 9 novembre 2011, 8735.

sein de l'OMC et de certains TBI. La démarche de la Haute Cour d'Australie est aussi en mesure d'aider les juridictions de certains pays tels que le Royaume-Uni ou la Nouvelle-Zélande (qui ont introduit ultérieurement le conditionnement neutre) à se prémunir en prévision des futurs litiges. L'analyse que nous allons exposer sera donc très pertinente et ce, dans le cadre de notre étude de la lutte antitabac au sein du droit des marques.

2.2.1. Présentation du litige

Les quatre principales compagnies de tabac (British American Tobacco, Imperial Tobacco, Japan Tobacco et Philip Morris International) ont contesté le TPP devant la Haute Cour Australienne¹⁴³⁵. Cette procédure a été entamée directement devant cette cour du fait de sa compétence sur toutes les questions soulevées en vertu de la Constitution du Commonwealth d'Australie¹⁴³⁶. Les contestations ont été soulevées au titre de l'article 51(xxxi) de la Constitution susmentionnée. Cet article donne le pouvoir à la Haute Cour de légiférer sur toute question touchant à l'acquisition de propriété à des conditions équitables, auprès de tout État ou personne¹⁴³⁷. Il protège donc les droits matériels et immatériels car il invalide toute loi violant les dispositions qu'il énonce¹⁴³⁸. En vertu de cet article, les plaignants doivent identifier la nature précise de la propriété dont ils ont été privés. En outre, il faut démontrer que l'acquisition faite par le gouvernement n'a pas été établie dans des conditions équitables¹⁴³⁹. Le non-respect de cette condition peut donc faire pencher la balance en faveur de l'industrie du tabac.

On va ainsi analyser, dans la partie suivante, la nature des droits en jeu mais aussi les arguments présentés par les différentes parties au litige.

¹⁴³⁵ Matthew Rimmer, OMPI Magazine, *Les cigarettes vous tueront : la Haute Cour d'Australie et le conditionnement neutre des produits du tabac*, 2013, <https://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2013/01/article_0005.html> (Dernière consultation : le 12/11/2020).

¹⁴³⁶ Voir l'article 75 de la Constitution de l'Australie, en particulier l'alinéa (iii).

¹⁴³⁷ L'article 51 (xxxi) de la Constitution de l'Australie stipule ce qui suit : « *The Parliament shall, subject to this Constitution, have power to make laws for the peace, order, and good government of the Commonwealth with respect to :- the acquisition of property on just terms from any State or person for any purpose in respect of which the Parliament has power to make laws* ».

¹⁴³⁸ Jonathan Liberman, *art.cit.*, p. 367.

¹⁴³⁹ Andrew D. Mitchell / Tania Voon, *op.cit.*, p. 260.

2.2.2. Le droit d'usage

L'une des principales questions que l'on va se poser au cours de cette partie est en relation avec la nature des droits conférés par le « *Trade Marks Act* » (législation australienne relative aux marques de commerce). En effet, on essaiera de déterminer si ces droits sont positifs ou négatifs. On sera dès lors en mesure d'examiner les principaux enjeux découlant des plaintes déposées par l'industrie du tabac.

L'interprétation littérale la législation australienne tend à soutenir qu'elle confère des droits positifs¹⁴⁴⁰. Ce constat est fondé en partie sur l'analyse de l'article 20 du « *Trade Marks Act* »¹⁴⁴¹. En effet, une lecture littérale des dispositions de cet article laisse à penser que la législation en question offre des droits positifs. En outre, on remarque que le « *Trade Marks Act* » n'énonce pas clairement (contrairement aux accords de l'APIC) un droit négatif permettant aux titulaires des marques de commerce d'empêcher des tiers d'utiliser leur bien enregistré¹⁴⁴². Toutes ces constatations vont donc pousser l'industrie du tabac à alléguer que la législation australienne affecte ses droits en matière de propriété intellectuelle.

On remarque tout d'abord que le fait de traiter de cette question au titre du *Common Law* est assez complexe. En effet, le droit de propriété, tel qu'il est défini par ce système juridique, ne subsiste pas dans un nom ou une marque de commerce¹⁴⁴³. Il est plutôt sauvegardé en vertu de la responsabilité délictuelle¹⁴⁴⁴. Une marque n'est donc protégée que lors d'un délit de substitution portant atteinte à la réputation d'une entreprise en l'associant avec une autre marque¹⁴⁴⁵. Néanmoins, c'est l'approche classique, à savoir que la législation australienne en question n'offre que des droits négatifs, qui sera retenue. En effet, selon des communications établies par le Commonwealth d'Australie, les droits conférés aux propriétaires des marques de commerce étaient, au titre

¹⁴⁴⁰ Tania Voon et al, *op.cit.*, p. 53.

¹⁴⁴¹ L'article 20 du « *Trade Mark Act* » énonce les dispositions suivantes: « *If a trade mark is registered, the registered owner of the trade mark has, subject to this Part, the exclusive rights to use the trade mark* ».

¹⁴⁴² *Ibid.*

¹⁴⁴³ Voir AG Spalding v AW Gamage (LTD) ,1915, 84 LJ Ch 449, <<https://www.cipil.law.cam.ac.uk/virtual-museum/g-spalding-and-brothers-v-w-gamage-ltd-and-ben-netfink-and-co-1915-32-rpc-273-1915-lj>>.

¹⁴⁴⁴ Tania Voon et al, *op.cit.*, pp. 55-56.

¹⁴⁴⁵ *Ibid.*

du « *Trade Mark Act* », négatifs.¹⁴⁴⁶ Ce constat a été confirmé par le solliciteur général du Queensland¹⁴⁴⁷. Il estime en effet que les droits pertinents des propriétaires de marques enregistrées sont les droits d'exclure d'autres personnes de l'utilisation de leurs marques dans la mesure prescrite par les dispositions de la législation relative aux infractions¹⁴⁴⁸. Cette conclusion repose sur la proposition selon laquelle, qu'en l'absence de législation sur les marques, chacun est libre d'utiliser un signe de la manière qu'il juge appropriée. En adoptant des législations relatives aux marques, les États ne limitent en rien cette liberté¹⁴⁴⁹. Cependant, ils la conservent pour le propriétaire d'un signe qui est une marque déposée. En outre, les gouvernements n'ont pas l'obligation de s'abstenir de toute immixtion dans l'exercice de cette liberté¹⁴⁵⁰. Seul le droit d'empêcher d'autres personnes d'utiliser une marque déposée est donc visé par la loi¹⁴⁵¹. On constate ainsi que le « *Trade Marks Act* » n'a pas pour but de garantir l'exercice du droit d'usage mais aspire plutôt à empêcher autrui de disposer dudit droit vis-à-vis des marques enregistrées. C'est donc ce droit de propriété qui est, aux yeux des défenseurs de cette approche, le plus pertinent.

On peut en ce sens citer la démarche des juges *Grennan et Kiefel* (actuelle juge en chef de la Haute Cour d'Australie). Ces derniers estiment que le « *Trade Marks Act* » a conféré, par le biais de son article 20, un droit négatif d'empêcher des tiers d'utiliser une marque enregistrée¹⁴⁵². En outre, le juge *French* a cité d'anciennes affaires qui ont, pour la plupart, énoncé que le droit découlant de la législation australienne en matière de propriété intellectuelle était de nature négative¹⁴⁵³.

On déduit donc, à la lumière de l'analyse établie au cours de cette partie, que l'article 20 du « *Trade Marks Act* » confère un droit négatif. En effet, lors de l'examen de cet article, il ne faut pas adopter une lecture littérale des de l'ex-

¹⁴⁴⁶ Voir « *JT International SA v Commonwealth* », High Court of Australia, [2012], HCA 43

¹⁴⁴⁷ Transcript of proceedings, « *JT International SA v Commonwealth* », [2012], HCA trans 96.

¹⁴⁴⁸ Andrew D. Mitchell / Tania Voon, *op.cit.*, p. 261.

¹⁴⁴⁹ *Ibid.*

¹⁴⁵⁰ *Ibid.*

¹⁴⁵¹ *Ibid.*

¹⁴⁵² « *JT International SA v Commonwealth* », High Court of Australia, [2012], HCA 43, para 248, p. 82, para. 348, p. 122.

¹⁴⁵³ Voir *Pacific Film Laboratories Pty Ltd v Federal Commissioner of Taxation*, 1970 ou plus encore *Steers v Rogers*, 1893.

pression « *to use the trade mark* ». Cette expression nous renvoie plus au droit négatif d'empêcher un tiers d'utiliser une marque de commerce qu'au droit positif relatif à l'utilisation de ladite marque.

2.2.3. L'enregistrement des marques

L'industrie du tabac a allégué, au cours des différentes plaintes qu'elle a déposées, que le TPP donnait lieu à une restriction de ses droits de propriété et de certains droits connexes (tels que les modèles, les dessins et les droits de licence)¹⁴⁵⁴. Elle estime en effet que le TPP constitue une acquisition illégale (selon des termes non équitables) de ses droits de propriété¹⁴⁵⁵. L'industrie du Tabac a en ce sens invoqué l'article 51(xxxi) de la Constitution du *Commonwealth d'Australie*. Cet article dispose notamment que toute acquisition de biens de la part du parlement australien doit se faire dans des conditions équitables¹⁴⁵⁶.

Cette argumentation trouve donc tout son sens surtout si l'on considère que la propriété intellectuelle est garantie et protégée par la Constitution australienne. En effet, il ne fait aucun doute que la notion susmentionnée puisse constituer une propriété aux fins de l'article 51(xxxi) et ce, même si la Haute Cour d'Australie a établi une définition vague de la notion de propriété¹⁴⁵⁷. Cette définition inclut en effet une multitude de droits et d'intérêts¹⁴⁵⁸. La Haute Cour a, par la suite, reconnu la propriété intellectuelle comme étant une propriété au sens de l'article 51(xxxi)¹⁴⁵⁹. Mais quid des marques de commerce ? Est-ce qu'elles constituent une propriété au sens de l'article 51(xxxi) ?

L'article 21 du *Trade Marks Act* admet explicitement que les marques de commerce sont des droits de propriété¹⁴⁶⁰. On peut donc conclure que les marques de commerce sont aussi des propriétés au sens de l'article 51 (xxxii). En outre, la Haute Cour a qualifié, à plusieurs reprises, les droits d'auteur de propriété au sens de l'article susmentionné¹⁴⁶¹. Cette qualification renforce donc le constat

¹⁴⁵⁴ Organisation mondiale de la santé, *Le conditionnement neutre des produits du tabac / Éléments factuels, élaboration et mise en œuvre de la politique*, 2017, p. 44.

¹⁴⁵⁵ *Ibid.*

¹⁴⁵⁶ Voir l'article 51(xxxi) de la Constitution du *Commonwealth d'Australie*.

¹⁴⁵⁷ Tania Voon et al, *op.cit.*, p. 61.

¹⁴⁵⁸ « *Bank of New South Wales v Commonwealth* », High Court of Australia, [1948], HCA 7, p. 349.

¹⁴⁵⁹ « *Phonographic Performance Company of Australia Limited & ORS v Commonwealth of Australia & ORS* », High Court of Australia, [2012], HCA 8. para. 117, p. 35.

¹⁴⁶⁰ Voir la section 21 du « *Trade Marks Act* ».

¹⁴⁶¹ Tania Voon et al, *op.cit.*, p. 62

selon lequel les marques de commerce sont des propriétés au titre de l'article 51(xxxi), du fait notamment de la proximité de cette notion avec les droits d'auteur ou les brevets¹⁴⁶². En effet, une marque de commerce peut être aussi cédée, à des tiers, sous forme de licence. De plus, elle est en mesure d'être dévolue par la loi¹⁴⁶³.

Du fait de toutes ces constatations, l'industrie du tabac estima que le TPP conduisait à une acquisition de propriété illégale et contraire à l'article 51(xxxi). Cette allégation va, par la suite, être réfutée par la majorité des juges de la Haute Cour d'Australie. En effet, ils ont estimé que le TPP était une forme de réglementation des emballages des produits du tabac et non une acquisition de propriété par le gouvernement¹⁴⁶⁴. En outre, l'industrie du tabac conservait toujours la liberté de vendre ses produits sur le marché domestique, à condition bien sûr de respecter les exigences en matière d'emballages¹⁴⁶⁵. De plus, le gouvernement n'a pas acquis, en vertu du TPP, le droit d'utiliser les différentes marques de tabac. Les fabricants peuvent toujours tenter une action civile pour cause de contrefaçon¹⁴⁶⁶. Le législateur est aussi en droit de procéder à une acquisition de marque. Il peut en effet légitimer un tel acte du fait de la nature nocive du tabac¹⁴⁶⁷. Cette acquisition s'est donc faite à des conditions dites « justes »¹⁴⁶⁸.

On constate, à la lumière de l'analyse établie au cours de cette partie, que le TPP ne donne pas lieu à une acquisition de propriété. L'argumentation de l'industrie du tabac basée sur l'article 51(xxxi), est donc infondée.

2.2.4. Les différentes conclusions établies par La Haute Cour d'Australie

On va traiter, au cours de cette partie, des différentes décisions rendues par les juges de La Haute Cour et ce, à la suite des plaintes déposées par les multinationales du tabac à l'encontre du TPP.

¹⁴⁶² *Ibid.*

¹⁴⁶³ *Ibid.*

¹⁴⁶⁴ « *JT International SA v Commonwealth* », High Court of Australia [2012], HCA 43, para. 356, p. 124.

¹⁴⁶⁵ Andrew D. Mitchell / Tania Voon, *op.cit.*, p. 263.

¹⁴⁶⁶ *Ibid.*

¹⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 264.

¹⁴⁶⁸ Dans des termes justes est la traduction littérale de l'expression « *on just terms* ». Pour plus d'informations sur cette notion, voir Andrew D. Mitchell / Tania Voon, *op.cit.*, p. 264.

L'industrie du tabac estime en premier lieu que la législation australienne fait perdre aux produits leur valeur commerciale. Cette allégation a été réfutée par La Haute Cour. En effet, le juge Crennan estime que c'est plutôt l'extinction de la fonction publicitaire ou promotionnelle des emballages qui pousse l'industrie du tabac à s'opposer à cette loi¹⁴⁶⁹. En outre, cette allégation relative à l'extinction de la fonction publicitaire n'a aucune valeur aux yeux de la constitution. En effet, la Constitution du Commonwealth d'Australie ne confère aucune protection à cette activité promotionnelle¹⁴⁷⁰. Le juge Gummow a aussi rappelé que le droit de céder des marques ou d'intenter des poursuites contre tout acte de contrefaçon pouvait aussi avoir une grande valeur commerciale¹⁴⁷¹.

Néanmoins, d'autres juges de la Haute Cour concédaient le fait que le TPP puisse faire perdre la valeur commerciale des produits du tabac. Le juge Kiefel a en effet estimé que l'objectif du TPP en matière de dissuasion de l'usage du tabac risquait d'avoir des effets préjudiciables sur les intérêts commerciaux des entreprises¹⁴⁷². Cependant, toutes les allégations relatives à la valeur commerciale des emballages neutres sont vaines du fait (comme on l'a énoncé précédemment) de l'absence de toute protection constitutionnelle.

En outre, certains juges de la Haute Cour ont estimé que les exigences du TPP en matière d'emballages n'étaient pas différentes des législations imposant l'apposition d'étiquettes mettant en garde contre toute mauvaise utilisation du

¹⁴⁶⁹ Le juge Crennan a tenu au para 287, p. 96 du rapport finale de la Haute Cour d'Australie relatif à l'affaire « *JT International SA v Commonwealth* » le constat suivant : « *It became clear as argument advanced that what the plaintiffs most strenuously objected was the taking or extinguishment of the advertising or promotional functions of their registered trade marks or product get-up, which functions were prohibited by the Packaging Act* ».

¹⁴⁷⁰ Le Juge Gummow a cité le constat tenu par le juge Dixon lors de l'affaire « *British Medical Association v Commonwealth* » [1949], HCA 44, qui a établi la conclusion suivante : « *The protection which s. 51 (xxxi.) gives to the owner of property is wide. It can not be broken down or avoided by indirect means. But it is a protection to property and not to the general commercial and economic position occupied by traders* ». Pour plus de détails, voir la p. 270 du rapport de la Haute Cour relatif à l'affaire « *British Medical Association v Commonwealth (1949)* ».

¹⁴⁷¹ « *JT International SA v Commonwealth* », High Court of Australia [2012], HCA 43, para. 81, p. 28. Le juge Gummow a tenue le constat suivant : « *The rights given to registered trade mark owners to assign their marks with or without goodwill, to license authorised users, and to bring proceedings against other parties for infringement may be of great commercial value* ».

¹⁴⁷² Organisation mondiale de la santé, *Le conditionnement neutre des produits du tabac / Éléments factuels, élaboration et mise en œuvre de la politique*, 2017, p. 13.

produit¹⁴⁷³. La Juge *Kiefel* a en ce sens rappelé que plusieurs produits ont déjà fait l'objet d'une réglementation visant à prévenir ou à réduire les effets nocifs sur la santé¹⁴⁷⁴. L'approche de la Haute Cour n'a cependant par réussi à mettre d'accord l'industrie du tabac. En effet, l'un des avocats d'*Imperial Tobacco* estima que les avertissements relatifs à la mise en écart de certains produits tels que le *Rastak* (une marque de mort-aux-rats) étaient différents des emballages neutres (accompagnés des mises en garde)¹⁴⁷⁵. Il considéra notamment que les mises en garde susmentionnées n'avaient pas pour but de créer une certaine aversion pour ce produit contrairement aux emballages neutres¹⁴⁷⁶. La juge *Bell* a cependant réfuté ces allégations. Il estima que pour certains produits, toutes les utilisations n'étaient pas dangereuses alors que le tabac était en tout temps nocif¹⁴⁷⁷. C'est ce constat qui a poussé le législateur à vouloir dissuader les personnes d'en consommer.

La Haute Cour a dû aussi se prononcer sur les effets du TPP sur les droits conférés par l'article 51(xxxi). Elle considéra que la fabrication et la vente des emballages neutres ont continué à être exclusivement pratiquées par l'industrie du tabac et ce, en dépit de la législation relative au conditionnement neutre¹⁴⁷⁸. En effet, l'ancien juge en chef de La Haute Cour (le juge *French*) a décrit le TPP comme étant une partie d'un régime législatif qui imposait un contrôle sur la façon dont les produits tabagiques étaient commercialisés¹⁴⁷⁹. C'est donc l'industrie du tabac qui a continué à commercialiser les emballages et surtout à profiter des bénéfices qui en découlaient et ce, tout en respectant bien évidemment les exigences en matière d'emballage.

La dernière question analysée par la Haute Cour d'Australie traitait du caractère distinctif des produits du tabac. L'industrie du tabac a estimé, à maintes reprises, que le conditionnement neutre ne permettait plus aux consommateurs de faire la différence entre les marques mises en vente sur le marché australien. Le juge *Crennan* a réfuté cette allégation. Il avança que les consommateurs continuaient, en dépit des emballages neutres, à faire référence à

¹⁴⁷³ « *JT International SA v Commonwealth* », High Court of Australia [2012], HCA 43, para. 181, p. 60.

¹⁴⁷⁴ *Ibid.*, para. 316, pp. 107-108.

¹⁴⁷⁵ Jonathan Liberman, *art.cit.*, p. 374.

¹⁴⁷⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷⁷ *Ibid.*

¹⁴⁷⁸ « *JT International SA v Commonwealth* », High Court of Australia [2012], HCA 43, para. 182, p. 60.

¹⁴⁷⁹ *Ibid.*, para. 44, p. 19.

leurs marques préférées lorsqu'ils achetaient des produits tabagiques¹⁴⁸⁰. Il considéra que la différenciation des produits pouvait toujours se faire par le biais des moyens visuels ou textuels¹⁴⁸¹. Les intérêts commerciaux des firmes de tabac sont en ce sens garantis. La législation australienne n'a donc aucun effet sur la capacité des acheteurs à distinguer les différents produits commercialisés. On constate ainsi que l'industrie du tabac a surestimé les effets du TPP.

On peut aussi, dans le cadre de notre analyse du conditionnement neutre, mentionner le fait que les droits de la propriété intellectuelle ne s'exercent pas indépendamment des autres lois¹⁴⁸². Le Juge Justice estima en ce sens que ces droits sont constitués de manière à servir des intérêts publics¹⁴⁸³. Ils ne peuvent donc l'emporter sur les autres lois visant à servir des objectifs de santé publique¹⁴⁸⁴. Les droits de la propriété intellectuelle ne sont pas en effet sacro-saints. Ils ont l'obligation de prendre en considérations d'autres notions inhérentes au bien être des personnes¹⁴⁸⁵. De plus, certains juges à l'instar de la juge *Kiefel* ont considéré que le conditionnement neutre s'inscrivait dans la continuité des différentes mesures antitabac qui ont, par le passé, mis en place des restrictions concernant la promotion du tabac¹⁴⁸⁶. Il conclut que ce type d'emballage faisait partie d'un vaste programme de lutte contre ce produit¹⁴⁸⁷. Le juge *Grennan* a aussi noté l'importance du TPP en matière de promotion de la santé publique. Il considéra que les emballages neutres étaient en mesure d'aider à lutter efficacement contre les méfaits du tabac et ce, par le biais de la réduction de l'attrait de ses produits¹⁴⁸⁸.

¹⁴⁸⁰ *Ibid.*, para. 290, p. 97.

¹⁴⁸¹ *Ibid.*, para. 290, p. 97.

¹⁴⁸² Jonathan Liberman, *art.cit.*, p. 376.

¹⁴⁸³ « *JT International SA v Commonwealth* », High Court of Australia [2012], HCA 43, para. 35 p. 14.

¹⁴⁸⁴ *Ibid.*, para. 43, pp. 18-19.

¹⁴⁸⁵ Cf. *supra*, note 1482.

¹⁴⁸⁶ « *JT International SA v Commonwealth* », High Court of Australia [2012], HCA 43, para. 320., pp. 109-110.

¹⁴⁸⁷ Tania Voon / Andrew D. Mitchell / Jonathan Liberman, *op.cit.*, p. 342.

¹⁴⁸⁸ « *JT International SA v Commonwealth* », High Court of Australia [2012], HCA 43, para. 253, pp. 83-84.

2.2.5. *Le verdict final de la Haute Cour d'Australie*

Nous allons, au cours de cette partie, résumer les principales conclusions que nous avons mentionnées lors des précédentes parties. On présentera par la suite le verdict final de la Haute Cour d'Australie.

C'est le 15 août 2012, que cette cour a rendu des arrêts dans deux affaires concernant le TPP¹⁴⁸⁹. Elle estima, en premier lieu, que les droits de l'industrie du tabac étaient des droits négatifs¹⁴⁹⁰, d'où l'impertinence de leurs allégations à l'égard du droit d'usage découlant de l'article 20 du « *Tarde Marks Act* ».

De plus, elle considéra que la législation contestée ne constituait en rien une acquisition au sens de l'article 51(xxxi). Les juges de la Haute Cour estiment en ce sens que pour parler d'acquisition de droit de propriété, il faut que le gouvernement ou toute autre partie obtiennent ledit droit¹⁴⁹¹.

En outre, la Haute Cour a jugé que les allégations relatives à la perte commerciale engendrée par le TPP étaient vaines et infondées et ce, du fait de l'absence de tout protection constitutionnelle relative à cette notion.

Les juges composant cette cour ont aussi considéré que les règles en relation avec le conditionnement neutre ne différaient en rien des consignes de sécurité que l'on trouve sur certains emballages. Le TPP traite, selon la Haute Cour, des conditions de vente et n'empêche nullement les firmes de tabac d'écouler leurs produits. De plus, il autorise toujours l'industrie du tabac à utiliser les noms des marques de fabriques ou de commerce.

Le 15 août 2012, la Haute Cour rejeta officiellement les plaintes déposées par Japan Tobacco International et British American Tobacco¹⁴⁹². Cette sentence a fortement influencé les décisions ultérieures relatives à la légalité des emballages neutres. Nous allons donc, lors de la prochaine partie, traiter des litiges en relation avec le TPP survenus au sein de l'OMC et ce, au regard de l'accord sur les ADPIC.

¹⁴⁸⁹ Organisation mondiale de la santé, *Le conditionnement neutre des produits du tabac / Éléments factuels, élaboration et mise en œuvre de la politique*, 2017, p. 45.

¹⁴⁹⁰ *Ibid.*

¹⁴⁹¹ « *JT International SA v Commonwealth* », High Court of Australia [2012], HCA 43, para. 296, p. 99 et para. 300, p. 101.

¹⁴⁹² Sera Mirzabegian, *art.cit.*, p. 179.

C. L'analyse des litiges relatifs au Tobacco Plain Packaging Act au regard de l'accord sur les ADPIC

1. Introduction

Comme mentionné précédemment, le TPP suscite de nombreuses polémiques, notamment au niveau de l'OMC. En effet, plusieurs pays producteurs de tabac ont contesté la légalité de cette loi et ont donc invoqué certaines dispositions du droit de l'OMC. Cette contestation résulte en partie du fait que le conditionnement neutre, tel qu'il est prévu par l'Australie, menace les intérêts économiques de ces pays¹⁴⁹³.

Nous allons donc étudier, dans les prochaines parties, les principales allégations présentées par les demandeurs à l'aune de l'accord sur les ADPIC. On sera amené par la suite à analyser avec minutie les conclusions formulées par le groupe spécial en charge de l'affaire.

2. Les principales allégations formulées par les plaignants

Plusieurs enjeux majeurs découlent du litige que l'on s'apprête à analyser. Ce différend va donc traiter de l'approche des juges de cette organisation vis-à-vis de la législation australienne. Le TPP va ainsi être analysé à la lumière de l'accord sur les ADPIC¹⁴⁹⁴. On se doit donc, en premier lieu, d'examiner les allégations formulées par les plaignants.

Ces derniers contestent principalement la conformité du TPP avec l'accord sur les ADPIC. Ils estiment en effet, que cette législation ne protège pas les droits découlant des marques de fabrique et de commerce lors des différentes opérations commerciales¹⁴⁹⁵. Les plaignants (Indonésie, Cuba, Honduras, etc...) considèrent en ce sens que la législation australienne entrave de manière injustifiable l'usage de leurs marques¹⁴⁹⁶. Les plaintes déposées au titre de l'accord sur les ADPIC sont relatives aux articles 2.1 du fait de la violation sup-

¹⁴⁹³ Voir Organisation mondiale du commerce : *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*, DS 435.

¹⁴⁹⁴ L'analyse établie au titre de l'accord de l'AOTC a été examinée précédemment. Pour plus de détails, voir [partie C, para. 2.3, chapitre IV](#) ci-dessus.

¹⁴⁹⁵ Organisation Mondiale de la Santé, *Le conditionnement neutre des produits du tabac / Éléments factuels, élaboration et mise en œuvre de la politique*, 2017, p. 48.

¹⁴⁹⁶ *Ibid.*

posée des dispositions de la convention de Paris¹⁴⁹⁷. En outre, les plaignants contestent la conformité du TPP avec les articles 16 et 20 de l'ADPIC. En effet, ils estiment que la législation australienne en matière d'emballage empêche les propriétaires des marques de commerce de profiter des droits conférés par lesdites marques¹⁴⁹⁸. D'autres dispositions de l'accord sur les ADPIC sont en jeu. On peut en ce sens mentionner les plaintes relatives aux articles 22 et 24¹⁴⁹⁹. Les plaignants considèrent que l'Australie ne prévoit pas de protection contre tout acte de concurrence déloyale en relation avec la protection des indices géographiques. Ils estiment qu'en l'absence d'une telle protection, une confusion peut se produire autour de l'origine des marchandises¹⁵⁰⁰. On traitera donc en premier lieu de la procédure établie par le groupe spécial lors de son analyse du présent litige.

3. Analyse du groupe spécial au sens de l'article 2.1 de l'accord sur les ADPIC

Comme énoncé précédemment, l'article 2.1 transpose au sein de ses dispositions l'article 6 *quinquies* de la Convention de Paris. De ce fait, c'est à travers cet article que sera analysée la compatibilité du TPP avec les dispositions de l'article 2.1 de l'ADPIC.

Le groupe spécial a conclu que les plaignants n'avaient pas réussi à démontrer que les dispositions du TPP étaient incompatibles avec l'article 6 *quinquies* de la Convention de Paris et ce, tel qu'il était transposé au sein de l'article 2.1 de l'ADPIC¹⁵⁰¹. En effet, il a constaté que l'Australie n'admettait pas au dépôt et ne protégeait pas « *telle quelle* » toute marque régulièrement enregistrée dans le pays d'origine¹⁵⁰². De ce fait, on peut constater que le TPP n'affecte en rien la protection des marques. De plus, et comme on l'a mentionné précédem-

¹⁴⁹⁷ Lukasz Gruszczynski / Margherita Melillo, *art.cit.*, p. 566.

¹⁴⁹⁸ *Ibid.*, p. 567.

¹⁴⁹⁹ Voir « *Australie - Certaines mesures concernant les marques, les indications géographiques et autres simples Exigences en matière de conditionnement applicables aux produits du tabac et à leur emballage* », DS 435, Demande de consultations de l'Indonésie, 2013.

¹⁵⁰⁰ *Ibid.*

¹⁵⁰¹ Organisation mondiale du commerce, DS 435 : *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*, <https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds467_f.htm> (Dernière consultation : le 15/11/2019).

¹⁵⁰² *Ibid.*

ment, l'article 6 *quinquies* traite de l'enregistrement d'une marque et non de son utilisation¹⁵⁰³. On peut donc constater que l'article susmentionné confère une protection à l'enregistrement et non à l'usage,¹⁵⁰⁴ d'où l'impertinence des allégations avancées par les plaignants.

On est alors en mesure de conclure que la législation australienne n'est en rien incompatible avec l'article 6 *quinquies* de la Convention de Paris. Le TPP n'est donc pas contraire aux obligations contenues au sein de l'article 2.1 de l'ADPIC.

4. Analyse du groupe spécial au titre de l'article 15.4 de l'accord sur les ADPIC

4.1. Les allégations relatives au caractère distinctif des signes

En ce qui concerne la compatibilité du TPP avec l'article 15.4 de l'accord sur les ADPIC, les plaignants considèrent que c'est la nature des produits en question qui entrave leur enregistrement. De plus, le Honduras estime que le TPP empêche les signes non distinctifs d'acquérir cette caractéristique (distinctifs) et ce, par le biais de leur utilisation continue¹⁵⁰⁵. En effet, ce pays soutient que lorsque l'on procède à une lecture conjointe de l'article susmentionné avec l'article 15.1, on remarque que c'est l'usage continu d'un signe non distinctif qui permet audit signe d'acquérir un caractère distinctif et par conséquent d'être enregistré¹⁵⁰⁶. Le plaignant a en ce sens invoqué l'article 6 *quinquies* de la Convention de Paris. L'Australie admet, elle aussi, la nécessité de ce critère pour qu'une marque puisse être enregistrée. La loi australienne de 1995 (*Trade Marks Act*) le reconnaît explicitement¹⁵⁰⁷. En outre, les plaignants estiment que l'interdiction relative à l'usage des signes distinctifs concerne seulement les produits du tabac¹⁵⁰⁸.

¹⁵⁰³ Pour plus d'informations, voir [partie B, para. 2, chapitre V](#) ci-dessus.

¹⁵⁰⁴ Alberto Alemanno / Enrico Bonadio, *art.cit.*, p. 472.

¹⁵⁰⁵ Annexes A → C du rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *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* » Addendum, annexe B-4, DS 435, para.9, p. 20.

¹⁵⁰⁶ *Ibid.*

¹⁵⁰⁷ *Ibid.*, para. 11, p. 20, annexe B-5.

¹⁵⁰⁸ *Ibid.*, para. 12, p. 20, annexe B-5.

Lors de l'analyse de ce critère (caractère distinctif des marques), le groupe spécial n'a pas donné gain de cause au plaignant. En effet, il considère que la lecture de l'article 15.1 (combinée avec l'article 15.4) laisse à penser que ses dispositions font référence à des signes qui, à ce moment précis du litige, sont propres à être distingués et peuvent ainsi constituer une marque¹⁵⁰⁹. En outre, la deuxième phrase de cet article appelle les Membres à considérer les-dits signes comme étant susceptibles d'être enregistrés comme marques¹⁵¹⁰. On constate donc que l'article 15.4 ne traite pas des signes qui n'ont pas encore acquis un caractère distinctif par l'usage ou qui ne sont pas intrinsèquement distinctifs. De ce fait, l'expression faisant référence aux marques de fabriques ou de commerce dans l'article 15.4 n'englobe pas les signes qui ne satisfont pas au critère relatif au caractère distinctif énoncé dans l'article 15¹⁵¹¹. On conclut par conséquent que le TPP n'enfreint aucune disposition de l'article 15.4.

4.2. Les allégations relatives à la nature des produits et à la protection de l'enregistrement

Les plaignants estiment que c'est la nature des produits qui explique la réduction par le TPP de la protection découlant de l'enregistrement des marques relatives au tabac. En effet, Cuba considère que l'article 15.4 prohibe tout système différentiel relatif à la protection des marques de tabac par rapport à d'autres produits¹⁵¹². En outre, ce pays allègue que la protection conférée aux marques du tabac est réduite en comparaison des autres marques. Le plaignant estime en ce sens que la réduction de la protection est fondée sur la nature des produits et qu'elle constitue par la même occasion une violation de l'article 15.4¹⁵¹³. Quant au défendeur, il considère que cet article interdit seulement les obstacles à l'enregistrement des marques¹⁵¹⁴.

¹⁵⁰⁹ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *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* », DS 435, para. 7.1864, p. 668.

¹⁵¹⁰ *Ibid.*

¹⁵¹¹ *Ibid.*, para. 7.1873, p. 670.

¹⁵¹² Cuba, première communication écrite, para. 428 (incorporant la première communication écrite de l'Ukraine, para. 216).

¹⁵¹³ *Ibid.*

¹⁵¹⁴ Australie, première communication écrite, para. 309.

Le groupe spécial va donc examiner les différents arguments présentés par les parties au litige. Il estime en premier lieu que l'article 15 (notamment 15.1 et 15.4) fait uniquement référence à l'enregistrement (l'action d'enregistrer) et non aux droits découlant de cette opération¹⁵¹⁵. Cet article traite en effet des conditions imposées par les Membres pour accepter ou non un enregistrement¹⁵¹⁶. C'est donc l'enregistrement qui est protégé et non les droits qui en découlent. Cette interprétation est notamment compatible avec l'approche adoptée par la Convention de Paris qui ne définit pas le champ de la protection fondamentale d'une marque. Cette convention énonce des obligations en matière de traitement national ou relatives au motif de refus et non en relation avec la protection découlant de l'enregistrement¹⁵¹⁷. De plus, plusieurs amendements ont été refusés dans l'optique de préserver ce champ d'application étroit et limité à l'acte d'enregistrement¹⁵¹⁸.

On constate donc, à la lumière de l'analyse du groupe spécial, que l'article 15.4 limite les motifs de refus à l'enregistrement d'une marque que les Membres doivent accorder pour les signes qui remplissent les conditions requises par l'article 15.1. De même que l'article 15.4 ne prescrit pas que le champ et la teneur de la protection des marques découlant d'un enregistrement doivent être identiques et ce, peu importe la nature des produits auxquels lesdites marques sont rattachées¹⁵¹⁹. Cette interprétation est confirmée par l'historique des négociations de l'article 7 de la Convention de Paris (dont les dispositions ont été transposées au sein de l'article 15.4)¹⁵²⁰. On est alors en mesure de conclure que l'article 15. 4 traite uniquement de l'enregistrement. Le TPP n'est donc en

¹⁵¹⁵ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *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* », DS 435, para. 7. 1903, pp. 676-677.

¹⁵¹⁶ *Ibid.*, para. 7. 1904, p. 677.

¹⁵¹⁷ *Ibid.*, para. 7. 1906, p. 677.

¹⁵¹⁸ Plusieurs propositions visant à étendre le champ de l'interdiction au renouvellement des marques et à introduire une référence relative à un droit d'usage exclusif ont été rejetées. Pour plus de détails, voir OMPI, communication au Groupe spécial datée du 5 octobre 2015 en réponse à la demande de renseignements factuels présentée par le Groupe spécial, annexe 6, Extraits des documents de la Conférence de révision de Lisbonne (1958), rapport du Comité de rédaction, pp. 694-703.

¹⁵¹⁹ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *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* », DS 435, para. 7. 1908, p. 678.

¹⁵²⁰ *Ibid.*, para. 7. 1909, p. 678.

rien contraire aux dispositions de cet article. En outre, et comme énoncé précédemment, l'article 15.4 confère un droit négatif qui permet d'empêcher des tiers d'utiliser une marque et non un droit positif d'usage¹⁵²¹. La législation australienne n'empêchant en rien l'enregistrement d'une marque, elle n'est donc nullement contraire à l'article 15.4¹⁵²².

Le groupe spécial a alors conclu que les dispositions de l'article 15.4 de l'ADPIC n'ont pas été violées du fait que la protection du droit d'enregistrement prévue ne s'étend pas à la « *protection qui découle dudit enregistrement* »¹⁵²³.

5. Analyse du groupe spécial au sens de l'article 16.1 de l'accord sur les ADPIC

Le Honduras a fait savoir devant le groupe spécial que l'article 16.1 exigeait que les Membres garantissent un niveau minimum de droits privés permettant au propriétaire de la marque d'exclure tout usage par des tiers. Il estime en ce sens que le TPP érode le caractère distinctif des marques en limitant les droits conférés par cet article aux titulaires des marques¹⁵²⁴.

5.1. L'approche du groupe spécial relative à la portée et la nature des droits des propriétaires des marques de commerce

Comme énoncé précédemment, l'article 16.1, ne confère aucuns droits positifs d'usage d'une marque de commerce. Il prévoit un droit négatif qui empêche des tiers d'utiliser cette marque¹⁵²⁵. Le groupe spécial estime en ce sens que l'article 16.1 ne contient pas de droit supplémentaire de protection à l'encontre de la réduction du caractère distinctif d'une marque de commerce ou contre la non-reconnaissance d'une marque par le consommateur¹⁵²⁶. Il s'est contenté de reconnaître l'intérêt qu'avait le propriétaire d'une marque de commerce à

¹⁵²¹ Pour plus de détails sur les droits conférés par l'article 15.4 de l'ADPIC, 1 [partie 2, para. 2.1.2.1, chapitre V](#) ci-dessus.

¹⁵²² Andrew D. Mitchell / Mariela Maidan-Eletti de Amstalden, *art.cit.*, p. 298.

¹⁵²³ Cf. *supra*, note 1515.

¹⁵²⁴ Tania Voon, *art.cit.*, 2019, p. 172.

¹⁵²⁵ Voir [partie B, para. 2, chapitre V](#) ci-dessus.

¹⁵²⁶ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *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* », DS 435, para. 7. 2002, p. 702.

préserver le caractère distinctif de ladite marque. Il a néanmoins considéré que cette notion devait seulement être prise en considération et non protégée en tant que droit lors de l'évaluation des exceptions aux droits de marque autorisées par l'article 17 de l'ADPIC¹⁵²⁷.

Le groupe spécial réfute donc les allégations des plaignants¹⁵²⁸. Il est d'avis que l'expression « *tenir compte* » n'implique pas forcément une protection¹⁵²⁹. De plus, le groupe spécial a conclu qu'un membre n'enfreignait en rien l'article 16.1 en réglementant d'une manière qui augmenterait la fréquence d'un « *risque de confusion* » sur le marché¹⁵³⁰. Il estime en ce sens que l'article 16.1 n'exige en aucun cas des Membres qu'ils s'abstiennent de prendre des mesures réglementaires susceptibles d'affecter la capacité de maintenir le caractère distinctif d'une marque de commerce individuelle ou de fournir une « *possibilité minimale* » d'utiliser une marque pour protéger ce caractère distinctif¹⁵³¹.

5.2. Le constat final du groupe spécial

Le groupe spécial estime que le véritable objectif de l'article 16.1 est d'empêcher des tiers d'utiliser des signes identiques pour des produits similaires. De ce fait, il considère que la possible survenance d'un risque de confusion n'est en rien une violation du présent article. En effet, le droit négatif découlant de l'article 16 permet aux Membres de l'OMC de prendre des mesures réglemen-

¹⁵²⁷ Ibid., para. 7. 2008, p. 703.

¹⁵²⁸ Les plaignants ont fait référence au constat tenu par le groupe spécial en charge de l'affaire « CE-Maques et indications géographiques (Australie) » pour étayer leur position. Ce groupe énonce au para. 7.664 de son rapport ce qui suit : « Il est possible de comprendre la fonction des marques en se reportant à l'article 15 :1, qui les définit comme étant propres à distinguer les produits ou les services de certaines entreprises au cours d'opérations commerciales. Chaque titulaire de marque a pour intérêt légitime de préserver le caractère distinctif de sa marque, ou la capacité de la distinguer, afin qu'elle puisse remplir sa fonction. Cela comprend l'intérêt qu'a le titulaire d'une marque à utiliser sa propre marque en relation avec les produits ou les services de ses propres entreprises bénéficiant d'une autorisation ».

¹⁵²⁹ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « 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 », DS 435, para. 7. 1903, pp. 676-677.

¹⁵³⁰ Ibid., para. 7. 2013, p. 705.

¹⁵³¹ Ibid., para. 7. 2013, p. 705.

taires qui sont susceptibles d'affecter le caractère distinctif d'une marque¹⁵³². Au regard de cette analyse, le groupe spécial conclut que les plaignants n'ont pas réussi à démontrer que le TPP était incompatibles avec l'article 16.¹⁵³³

Ce constat s'applique aussi pour l'article 16.3 car la législation australienne en matière de conditionnement neutre n'empêche en rien les marques d'acquérir le statut de marque notoirement connue¹⁵³⁴. En effet, cet article traite de l'enregistrement d'une marque. Ce constat découle du fait que l'article 16 confère un droit négatif qui n'empêche nullement un pays d'adopter une loi susceptible d'affecter le caractère distinctif d'une marque de commerce.

6. Analyse du groupe spécial au titre de l'article 20 de l'accord sur les ADPIC

6.1. Les allégations des parties et l'approche du groupe spécial

Le Honduras allègue que le TPP constitue une entrave injustifiable à l'usage des marques de commerce. Le groupe spécial va donc essayer de se prononcer sur la légalité du TPP au titre de l'article 20 de l'ADPIC. Il estime en premier lieu que les prescriptions imposées par le TPP en matière d'utilisation des marques, sous une forme bien précise, sont des prescriptions spéciales au titre de l'article susmentionné¹⁵³⁵. Le groupe spécial considère aussi que les marques sont un moyen essentiel pour se distinguer des autres produits mis en vente sur le marché¹⁵³⁶. Il décrit donc les mesures contestées comme étant des conditions spéciales qui entravent « *l'utilisation d'une marque de commerce dans la pratique du commerce* » aux fins de l'article 20¹⁵³⁷.

¹⁵³² Cf. *supra*, note 1526.

¹⁵³³ Organisation mondiale du commerce, DS 435 : *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*, <https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds467_f.htm> (Derrière consultation : le 18/11/2019).

¹⁵³⁴ *Ibid.*

¹⁵³⁵ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *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* », DS 435, paras. 7. 2241-7.2242, pp. 755-756.

¹⁵³⁶ *Ibid.*, para. 7. 2286, p. 765.

¹⁵³⁷ *Ibid.*, para. 7. 2292, p. 766.

Nous allons donc nous intéresser à la nature de ces entraves. Le groupe spécial va alors essayer de déterminer si ces entraves sont justifiables ou non pour pouvoir se prononcer sur la légalité du TPP. Pour sa défense, l'Australie a allégué que le lien de causalité existant entre sa mesure et l'objectif de santé public justifiait les entraves découlant du TPP. Elle considère en effet que ce lien est suffisant pour légitimer une mesure au regard de l'article 20 de l'ADPIC¹⁵³⁸. Le groupe spécial s'est basé, lors de son analyse, sur les articles 7 et 8 de l'accord sur les ADPIC. Il a aussi examiné la Déclaration de Doha pour identifier les intérêts sociétaux susceptibles de justifier les entraves qui résultent de la législation australienne¹⁵³⁹. Il estime en ce sens que l'article 20 reflète la volonté des rédacteurs de l'ADPIC de trouver un équilibre entre, d'une part, l'intérêt légitime des propriétaires des marques de commerce à utiliser lesdites marques et d'autre part, le droit des Membres de l'OMC à protéger certains intérêts sociétaux susceptibles d'être menacés par l'usage susmentionné¹⁵⁴⁰. Le groupe spécial a donc énoncé plusieurs conditions pour déterminer si la mesure australienne en matière d'emballages neutres entravait d'une manière injustifiable le commerce.

Il a analysé en premier lieu la nature et l'étendue des entraves résultant des exigences particulières en matière d'emballages neutres. Le groupe spécial a en ce sens pris en considération l'intérêt légitime du titulaire de la marque à utiliser ladite marque dans ses activités commerciales pour lui permettre de remplir sa fonction prévue¹⁵⁴¹. En outre, il a établi les raisons pour lesquelles les exigences spéciales sont appliquées (y compris les intérêts sociétaux qu'elles visent à sauvegarder). Il a aussi essayé de déterminer si les entraves découlant des mesures contestées étaient justifiées ou non par les objectifs visés¹⁵⁴². C'est la première fois qu'un groupe spécial est amené à se prononcer sur le sens exact du terme « *injustifiable* » et ce, tel qu'il est contenu dans l'article 20¹⁵⁴³.

¹⁵³⁸ *Ibid.*, para. 7. 2329, p. 775.

¹⁵³⁹ Tania Voon, *art.cit.*, 2019, p. 177.

¹⁵⁴⁰ *Ibid.*

¹⁵⁴¹ *Ibid.*

¹⁵⁴² *Ibid.*

¹⁵⁴³ Le terme *injustifiable* nous renvoie au test de nécessité, tel qu'il est établi par la jurisprudence de l'OMC relative aux articles XX du GATT de 1994 et 2.2 de l'AOTC. Son analyse à l'aune de l'article 20 de l'ADPIC est donc une grande première.

Le groupe spécial va aussi examiner, dans le cadre de son analyse de l'article 20 de l'ADPIC, l'allégation des plaignants relative au caractère non distinctif des marques. Nous allons présenter, dans la partie suivante, le constat final du groupe spécial.

6.2. Le rapport final du groupe spécial

Le groupe spécial a tenu le constat suivant concernant les allégations des plaignants au titre de l'article 20 de l'ADPIC. Il constate, en se fondant sur le régime australien en vigueur, que les entreprises peuvent toujours utiliser leurs marques. Il estime en ce sens que les preuves présentées n'ont pas démontré l'incapacité du consommateur à distinguer les différentes marques écoulées¹⁵⁴⁴.

Il réfute aussi l'argument de l'Australie relatif au lien de causalité entre l'objectif visé et la mesure qui justifie, selon ce dernier, d'office tout règlement aspirant à protéger la santé. Il considère que cette approche n'est pas en tout temps irréfutable et peut donc ne pas être justifiée au titre de l'article 20 de l'ADPIC¹⁵⁴⁵.

En ce qui concerne l'interprétation de l'expression « *entraves injustifiables* », le groupe spécial estime, en se basant notamment sur le but et l'objet de l'accord sur les ADPIC, que cette notion peut légitimer des mesures qui amènent avec elles des restrictions au commerce. En effet, il considère que les restrictions découlant du TPP sont efficaces pour réduire la vente et surtout l'importation des produits tabagiques¹⁵⁴⁶. Les objectifs en matière de politique de santé publique justifient donc les entraves au commerce qui découlent de l'adoption des emballages neutres. À la lumière de cette analyse, le défendeur peut imposer des restrictions à l'usage d'une marque. Le groupe spécial a en ce sens pris en considération les obligations australiennes découlant de la CCLAT¹⁵⁴⁷. Il considère que les dispositions contenues au sein du TPP sont renforcées par le fait que l'Australie poursuit son objectif national de santé publique en

¹⁵⁴⁴ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *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* », DS 435, paras. 7. 2570, p. 828.

¹⁵⁴⁵ Tania Voon, *art.cit.*, 2019, p. 183.

¹⁵⁴⁶ *Ibid.*

¹⁵⁴⁷ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *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* », DS 435, para. 7.2596, p. 834.

conformité avec ses engagements au titre de la convention susmentionnée¹⁵⁴⁸. Il a aussi mentionné les directives des articles 11 et 13 de cette convention qui prévoient la mise en place du conditionnement neutre¹⁵⁴⁹. On remarque que le groupe spécial s'est appuyé, à l'instar de celui en charge de l'affaire « États-Unis – Mesures affectant la production et la vente des cigarettes aux clous de girofle »¹⁵⁵⁰ sur certaines lignes directrices de la CCLAT pour étayer ses conclusions.

On peut par conséquent constater que le fait que le groupe spécial n'ait pas admis les directives comme étant des normes internationales au sens de l'article 2.5 de l'ADPIC¹⁵⁵¹ n'a nullement influé sur son approche quant à l'importance desdites directives. En effet, il reconnaît leur caractère pertinent dans l'interprétation des accords de l'OMC. Il donc utilisé ces directives en tant qu'éléments factuels pour étayer son constat relatif à la compatibilité du TPP avec les dispositions de l'article 20 de l'ADPIC. En outre, il a pris en considération les obligations du défendeur, au titre de la CCLAT, lors de son rapport final. Les traités internationaux peuvent effectivement être très pertinents dans le cadre de l'interprétation de certaines normes de l'OMC. C'est l'article 31(3)(c) de la convention de Vienne sur le droit des traités qui légitime cette approche¹⁵⁵². Certains organes de l'OMC ont ainsi par le passé pris en

¹⁵⁴⁸ *Ibid.*

¹⁵⁴⁹ La directive d'application de l'article 11 de la CCLAT stipule ce qui suit : « Les Parties devraient envisager d'adopter des mesures visant à limiter ou interdire l'utilisation de logos, de couleurs, d'images de marque ou de textes promotionnels sur les conditionnements hormis le nom de la marque et celui du nom du produit imprimés avec des caractères normaux et dans une couleur standardisée (conditionnement neutre). Cela pourrait conférer plus de relief et d'efficacité aux mises en garde sanitaires et aux messages, en empêchant que la forme de conditionnement ne détourne l'attention des consommateurs et en faisant échec aux techniques de design employées par l'industrie du tabac pour tenter de faire croire que certains produits sont moins nocifs que d'autres ».

¹⁵⁵⁰ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « États-Unis – Mesures affectant la production et la vente des cigarettes aux clous de girofle », paras. 2.29-2.32, pp. 9-10.

¹⁵⁵¹ En vertu de l'article 2.5 de l'AOTC, les règles conformes aux normes internationales pertinentes ne sont pas plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime.

¹⁵⁵² L'article 31 (3) (c) stipule ce qui suit : « 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 :c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ».

compte des règles du droit international pour renforcer leurs conclusions¹⁵⁵³. Le groupe spécial peut donc opter pour la même démarche lors de son examen relatif à l'importance du TPP dans le cadre de la lutte antitabac.

Le groupe spécial a finalement conclu, à la lumière des analyses exposées au cours de cette partie, que l'Australie a mis en place les emballages neutres dans l'optique de protéger la santé publique. Ce constat s'affirme encore plus si l'on se fonde sur l'article 20 de l'ADPIC. Le groupe spécial admet en ce sens l'importance de la santé publique comme préoccupation de politique générale. Il invoque aussi l'article 8 qui reconnaît cette notion comme étant un intérêt social. Les intérêts sociétaux peuvent donc justifier la mesure australienne au titre de l'article 20. De plus, le groupe spécial fonda sa conclusion sur la déclaration de Doha qui considère la protection de la santé comme étant un intérêt légitime¹⁵⁵⁴. En outre, et en dépit des entraves mises en place par le TPP, il est toujours permis aux titulaires des marques de commerce d'enregistrer et de protéger lesdites marques. Les intérêts des plaignants sont par conséquent garantis par la législation australienne. On peut citer, à titre d'exemple l'article 28, du TPP qui protège les marques enregistrées¹⁵⁵⁵. Les entreprises peuvent donc faire usage des marques dénominatives qui indiquent les noms (de la marque ou de la société)¹⁵⁵⁶.

On conclut, au regard de l'examen établi au cours de cette partie, que les entraves résultant de la mesure australienne sont justifiées au titre du droit de l'OMC. Le groupe spécial estime en effet que les plaignants n'ont pas réussi à démontrer que le TPP était incompatible avec l'article 20 de l'ADPIC. La législation contestée n'entrave donc pas de manière injustifiable les échanges commerciaux¹⁵⁵⁷.

¹⁵⁵³ Voir le rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « États-Unis – Mesures affectant la production et la vente des cigarettes aux clous de girofle », paras. 2.29-2.32, pp. 9-10.

¹⁵⁵⁴ Andrew D. Mitchell / Mariela Maidan-Eletti de Amstalden, *art.cit.*, p. 302.

¹⁵⁵⁵ Voir l'article 28 du « Tobacco Plain Packaging Act ».

¹⁵⁵⁶ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « 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 », DS 435, para. 7. 2564, p. 826.

¹⁵⁵⁷ Organisation mondiale du commerce, DS 435 : 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, <https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds467_f.htm> (Derrière consultation : le 18/11/2019).

7. Les autres conclusions formulées par le groupe spécial

D'autres articles ont été invoqués par les plaignants pour contester la légalité de la mesure australienne au titre des accords de l'OMC. On peut citer, à titre d'exemple, les allégations relatives aux articles 22.2 et 24.3 des accords sur l'ADPIC. Les plaignants estimaient que le TPP induisait en erreur le consommateur quant aux caractéristiques du produit. Le groupe spécial a par la suite rejeté ces allégations¹⁵⁵⁸. Le constat est le même pour l'article 24.3, où les plaignants n'ont pas réussi à démontrer que la protection dont jouissaient les indications géographiques était diminuée à cause du TPP¹⁵⁵⁹.

Comme mentionné précédemment, le 28 août 2018, la République Dominicaine a notifié à l'ORD son intention de faire appel¹⁵⁶⁰. Elle a été rejointe par la suite par le Honduras¹⁵⁶¹. Cet appel porte sur le rapport rendu par le groupe spécial au titre des articles 20 et 16.1 de l'ADPIC¹⁵⁶² et d'autres accords¹⁵⁶³. De plus, le Honduras a invoqué l'article 11 du mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends¹⁵⁶⁴. Nous allons donc, dans la prochaine partie, analyser les principales conclusions établies par l'organe d'appel au titre des accords susmentionnés.

8. Le rapport de l'organe d'appel

Le 9 juin 2020, l'organe d'appel a rendu son rapport relatif à l'affaire opposant l'Australie à un groupe de pays composé, entre autres, du Honduras et de la République Dominicaine¹⁵⁶⁵. Ce rapport portera donc, comme mentionné précédemment, sur les constatations établies par le groupe spécial au titre des articles 16.1 et 20 de l'ADPIC.

¹⁵⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁵⁹ *Ibid.*

¹⁵⁶⁰ Pour les appels portés au titre de l'AOTC, voir [partie C, para. 2.3, chapitre IV](#) ci-dessus.

¹⁵⁶¹ Cf. *supra*, note 1557.

¹⁵⁶² Voir le rapport de l'organe d'appel de l'affaire « *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* », DS 435, juin 2020.

¹⁵⁶³ Sur l'analyse établie au titre de l'AOTC, voir [partie C, para. 2.3, chapitre IV](#) ci-dessus.

¹⁵⁶⁴ Tania Voon, *art.cit.*, 2019, p. 3.

¹⁵⁶⁵ Rapport de l'organe d'appel de l'affaire « *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* » DS 435, 2020.

8.1. Analyse au titre de l'article 16.1 de l'accord sur les ADPIC

Les plaignants ont fait appel au titre de l'article 16.1 de l'ADPIC. Ils demandent en effet à l'organe d'appel d'infirmier le constat du groupe spécial selon lequel ils auraient échoué à démontrer que les mesures TPP étaient incompatibles avec l'article 16.1 de l'ADPIC. Les plaignants estiment en ce sens que le groupe spécial a établi une interprétation erronée de la notion de « droits conférés »¹⁵⁶⁶.

L'organe d'appel s'est donc prononcé sur cette question. Il confirme l'approche du groupe spécial et considère que l'interprétation de cet organe n'est en rien erronée. Il estime que l'interprétation de l'article 16.1 par le groupe spécial reflète parfaitement le contenu et le sens dudit article¹⁵⁶⁷. Il corrobore en ce sens le constat tenu par ledit groupe¹⁵⁶⁸ relatif au droit négatif conféré par l'article 16.1 de l'ADPIC¹⁵⁶⁹. Le groupe spécial avait en effet considéré que l'article 16.1 prévoyait seulement le droit du titulaire d'une marque enregistrée d'empêcher certaines activités exercées par des tierces personnes¹⁵⁷⁰. Les plaignants doivent donc démontrer que la législation interne de l'Australie ne donne pas le droit aux titulaires des marques de commerce d'empêcher les activités des tierces personnes qui remplissent les conditions énoncées dans les dispositions de l'article 16.1¹⁵⁷¹.

En outre, l'organe d'appel a confirmé la constatation du groupe spécial selon laquelle l'article 16.1 n'empêchait en rien les Membres d'adopter des réglementations susceptibles d'affecter le caractère distinctif des marques. On peut conclure que la survenue d'une confusion sur le marché ne constitue pas une

¹⁵⁶⁶ *Ibid.*, para. 6. 547, p. 206.

¹⁵⁶⁷ Terence P. Stewart, *Current Thoughts on Trade, WTO Appellate Body Issues Reports on Australia's Plain Packaging Requirements on Tobacco Products – Last Reports Until WTO Appellate Body Reform Occurs*, 9 juin 2020.

¹⁵⁶⁸ Rapport de l'organe d'appel de l'affaire « *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* », DS 435, para 7.8, p. 258.

¹⁵⁶⁹ Pour plus d'informations sur l'article 16.1 des accords sur l'ADPIC et sur les droits qu'il confère, voir [partie B, para. 2.1.2.4 chapitre V](#) ci-dessus et l'article 16.1 de l'ADPIC.

¹⁵⁷⁰ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *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* », DS 435, para. 7. 1978, p. 696.

¹⁵⁷¹ *Ibid.*, para. 7.1980, p. 696.

violation des dispositions de l'article 16.1¹⁵⁷². L'organe d'appel a donc adopté la même approche que le groupe spécial en estimant que les plaignants n'avaient pas démontré que le TPP était incompatible avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 16.1 de l'ADPIC¹⁵⁷³. L'allégation selon laquelle le groupe spécial aurait mal interprété l'article 16.1 (sur la base de l'article 11 du mémorandum d'accord qui dispose que toute question doit être évaluée de manière objective)¹⁵⁷⁴ n'a par conséquent aucun fondement et ce, du fait de la confirmation du rapport du groupe spécial par l'organe d'appel.

8.2. Analyse au titre de l'article 20 de l'accord sur les ADPIC

Les plaignants contestent l'analyse effectuée par le groupe spécial au titre de l'article 20 de l'ADPIC. Ils estiment que ce groupe a établi une interprétation erronée de l'expression « *de manière injustifiable* » et ce, telle qu'est contenue au sein de l'article 20 de l'ADPIC¹⁵⁷⁵. Les plaignants ont aussi formulé d'autres allégations comme celle se rapportant au poids juridique apporté par l'Australie aux directives de la CCLAT¹⁵⁷⁶. Ils considèrent que le TPP est fondé sur des directives dont la nature est non-contraignante¹⁵⁷⁷. De plus, les plaignants considèrent que le groupe spécial a commis une erreur en privilégiant l'analyse de valeur économique des marques au détriment de l'examen des mesures de rechange qui entravaient le moins lesdites marques¹⁵⁷⁸.

¹⁵⁷² Rapport de l'organe d'appel de l'affaire « *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* », DS 435, para 7.8, pp. 258-259

¹⁵⁷³ *Ibid.*, para. 7.10, p. 259.

¹⁵⁷⁴ Pour plus d'informations sur la fonction des groupes spéciaux, voir l'article 11 du mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends.

¹⁵⁷⁵ Rapport de l'organe d'appel de l'affaire « *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* », DS 435, para. 6.3.2.1, p. 226.

¹⁵⁷⁶ Pour plus d'informations sur le conditionnement neutre tel qu'il est présenté par la CCLAT, voir les directives d'application des articles 11 et 13 (CCLAT).

¹⁵⁷⁷ Pour plus d'informations sur la nature exacte des directives d'application de la CCLAT, voir la p. 39 de l'ouvrage de Andrew D. Mitchell / Tania Voon, *The Global Tobacco Epidemic and the Law*, Edward Elgar Edition, 2014.

¹⁵⁷⁸ Rapport de l'organe d'appel de l'affaire « *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* », DS 435, para. 6.3.2.1, p. 226.

L'organe d'appel va se focaliser principalement sur les allégations relatives à l'interprétation, supposée erronée, de l'expression « *de manière injustifiable* ». Il commence tout d'abord par définir l'expression susmentionnée. Il estime en ce sens que cette expression nous renvoie au pouvoir discrétionnaire dont jouissent les Membres de l'OMC pour pouvoir imposer des entraves à l'usage d'une marque et ce, au titre de l'article 20 de l'ADPIC. Pour qu'il y ait une entrave injustifiable, le plaignant a l'obligation de démontrer que l'objectif de politique générale recherché par le membre qui impose des prescriptions spéciales n'étaye pas assez les entraves qui en découlent¹⁵⁷⁹. Les plaignants doivent donc examiner la nature et l'étendu des entraves qui découlent des prescriptions imposées par le membre. En outre, il faut déterminer si les raisons qui ont conduit à l'adoption desdites prescriptions étayaient suffisamment les entraves enregistrées. En dépit des allégations formulées par les plaignants, l'organe d'appel a fini par confirmer les constatations du groupe spécial en estimant que son interprétation de l'expression « *de manière injustifiable* » n'était en rien erronée¹⁵⁸⁰. L'organe d'appel approuve donc le constat établi par le groupe spécial lors de son rapport initial.¹⁵⁸¹ Il estime en effet que les plaignants n'ont pas réussi à démontrer que les mesures TPP étaient incompatibles avec les dispositions de l'article 20 de l'ADPIC.

En ce qui concerne l'allégation relative à l'attribution par le groupe spécial d'un poids juridique indu aux directives de la CCLAT, l'organe d'appel n'a pas souscrit à l'avis des plaignants. Il constate que l'importance de la lutte antitabac a été renforcée par le fait que l'Australie poursuivait un objectif de santé publique conforme à ses obligations au titre de la CCLAT¹⁵⁸². Il considère que le groupe spécial n'a nullement suggéré que les directives de la CCLAT incluaient un engagement d'adopter des mesures TPP. Ces directives se contentent seulement de recommander l'adoption des emballages neutres¹⁵⁸³. Le défendeur n'a en ce sens jamais prétendu que les directives de la CCLAT imposaient la mise en place d'emballages neutres. En outre, le groupe spécial a réfuté, dès le début, l'argumentation de l'Australie selon laquelle les directives seraient

¹⁵⁷⁹ *Ibid.*, para. 7. 11.

¹⁵⁸⁰ *Ibid.*, para. 7. 12.

¹⁵⁸¹ Pour plus de détails, voir para. 7.2430, p. 798 du rapport du groupe spécial.

¹⁵⁸² Rapport de l'organe d'appel de l'affaire « *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* », DS 435, para. 6.705, p. 252.

¹⁵⁸³ Pour plus de détails, voir les directives d'application des articles 11 et 13 (CCLAT).

une norme internationale au sens de l'article 2.5 et de l'annexe 2.1 de l'AOTC¹⁵⁸⁴. Il a néanmoins souligné que lesdites directives ont déjà été utilisées par le passé comme éléments de preuve par certains groupes spéciaux¹⁵⁸⁵.

L'organe d'appel réfute donc l'argument des plaignants selon lequel le groupe spécial a accordé, au cours de son analyse, un poids juridique indu aux directives de la CCLAT. Il estime en ce sens que le groupe spécial a utilisé les directives susmentionnées en tant qu'élément factuel additionnel pour étayer son constat relatif au fait que l'Australie n'avait en rien enfreint l'article 20 de l'ADPIC¹⁵⁸⁶. L'organe d'appel a aussi rejeté les arguments des plaignants qui remettaient en cause le refus du groupe spécial des mesures de rechange proposées.

8.3. Analyse au titre de l'article 11 du mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends

Les plaignants ont invoqué d'autres articles à l'instar de celui se rapportant à la fonction des groupes spéciaux (article 11 du mémorandum d'accord). Ils estiment que le groupe spécial n'a pas tenu compte de certaines preuves intermédiaires présentées, qui étaient en mesure de contredire les conclusions qu'il avait établies¹⁵⁸⁷. Ces preuves seraient, de l'avis des plaignants, à même de réfuter la thèse du défendeur selon laquelle les emballages classiques (avant l'adoption du TPP) transmettraient des perceptions positives aux consommateurs.

En ce qui concerne l'Australie, elle considère que les allégations des plaignants sont une sorte de tentative déguisée dont le but est de discréditer son constat relatif à l'efficacité des emballages neutres¹⁵⁸⁸.

¹⁵⁸⁴ Pour plus de détails sur l'affirmation de l'Australie selon laquelle les directives de la CCLAT seraient une norme internationale, voir para. 2.3.3 (Analyse du TPP à l'aune de l'article 2.5 de l'AOTC), partie 2, Chapitre V ci-dessus.

¹⁵⁸⁵ Pour plus de détails, voir « République dominicaine – Importation et vente de cigarettes », DS 302 et « États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle », DS 406.

¹⁵⁸⁶ Rapport de l'organe d'appel de l'affaire « 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 », DS 435, para. 6. 707, p. 253.

¹⁵⁸⁷ *Ibid.*, para. 6.79, p. 55.

¹⁵⁸⁸ *Ibid.*, para. 6.82, p. 56.

Le groupe spécial a, contrairement aux affirmations des plaignants, examiné tous les éléments de preuve qui lui ont été présentés lors de cette procédure¹⁵⁸⁹. Il a par exemple rejeté l'argument selon lequel les emballages du tabac ne pouvaient pas agir comme un moyen de publicité ou de promotion¹⁵⁹⁰. En outre, il a estimé que les messages positifs relayés par les mises en garde sanitaires pouvaient être contredits par les emballages classiques du tabac. Le groupe spécial a donc analysé les effets découlant de la suppression des éléments de marques des emballages disponibles sur le marché¹⁵⁹¹. Il considère que la suppression de ces éléments pouvait, à terme, communiquer plus efficacement les messages relatifs aux risques que représente le tabac pour la santé. Pour ce faire, le groupe spécial a examiné uniquement la question de savoir si la part de l'emballage du tabac non recouverte par les mises en garde sanitaires pouvait être exploitée dans l'optique de véhiculer une image positive aux consommateurs et d'accroître ainsi l'attrait du tabac¹⁵⁹². Il estime donc que les emballages, sous leur forme initiale, c'est-à-dire avant la mise en œuvre des mesures TPP, étaient perçus de manière positive.

Les plaignants ont présenté par la suite des rapports qui avancent l'hypothèse selon laquelle les emballages classiques ont toujours été perçus de manière négative¹⁵⁹³. En dépit des preuves présentées par les plaignants, l'organe d'appel a confirmé l'approche du groupe spécial. Il considère en effet que la perception négative des emballages classiques (avant l'adoption du TPP) concernait principalement les mises en garde sanitaires et non l'emballage dans sa globalité.

¹⁵⁸⁹ Pour plus de détails, voir rapport du Groupe spécial, paras.7.647-7.649, pp. 328-329.

¹⁵⁹⁰ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *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* », DS 435, para. 7.663, p. 334.

¹⁵⁹¹ Pour plus de détails sur le constat du groupe spécial, voir para. 6.88, p. 59 du rapport de l'Organe d'appel.

¹⁵⁹² Rapport de l'organe d'appel de l'affaire « *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* », DS 435, para. 6. 89, p. 59.

¹⁵⁹³ Rapport Ajzen (pièce DOM/HND/IDN-3 présentée au Groupe spécial), paras. 22, 174 et 177, le deuxième contre-rapport Steinberg (pièce DOM/HND-15 présentée au Groupe spécial), para. 26.

Les perceptions positives existent du fait des éléments de marques présents dans l'emballage¹⁵⁹⁴. Il faut en ce sens établir une approche globale quant aux perceptions des consommateurs.

On peut donc constater que le groupe spécial a examiné l'ensemble des preuves présentées par les plaignants. Cet examen lui a permis d'arriver au constat selon lequel le retrait des éléments de marques des emballages des produits du tabac pourrait renforcer l'efficacité des mises en garde sanitaires¹⁵⁹⁵. Les différents examens établis lors de la procédure du groupe spécial nous permettent donc de conclure que cet organe a pris en considération tous les éléments de preuve présentés par les plaignants. Il a en ce sens dressé un constat cohérent. L'organe d'appel considère que le groupe spécial n'a nullement agi de manière incompatible avec l'article 11 du mémorandum d'accord¹⁵⁹⁶.

On remarque donc que l'organe d'appel a globalement adopté la même démarche que le groupe spécial. Il considère en effet que les mesures TPP n'enfreignent en rien les dispositions des articles cités (16.1 et 20 ADPIC) par les parties au litige. En outre, il a infirmé les allégations relatives à une possible erreur d'ordre procédural (article 11 du mémorandum d'accord) ou en relation avec une interprétation erronée (article 16.1).

On constate, à la lumière de l'analyse établie lors de cette partie, que les plaignants n'ont pas réussi à démontrer que les mesures TPP étaient contraires aux accords cités lors de ce rapport. L'organe d'appel n'a donc pas fait de recommandation à l'ORD au titre de l'article 19.1 du mémorandum d'accord relatif à la mise en conformité des mesures incompatibles avec les accords de l'OMC¹⁵⁹⁷.

¹⁵⁹⁴ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *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* », DS 435, para. 6. 92, p. 60.

¹⁵⁹⁵ *Ibid.*, para. 6.94, p. 60.

¹⁵⁹⁶ *Ibid.*, para. 6.95, p. 60.

¹⁵⁹⁷ *Ibid.*, paras. 7.14-7.15, p. 260.

D. Conclusion du chapitre V

Le différend relatif au TPP nous a permis d'examiner, avec minutie, l'approche des organes de l'OMC vis-à-vis des nombreuses problématiques en relation avec les produits du tabac. La loi australienne relative aux emballages neutres s'inscrit en effet dans la continuité des autres mesures sanitaires et risque en ce sens de marquer un tournant dans l'histoire de la lutte antitabac. De plus, les rapports rendus par les organes de l'OMC peuvent conforter les États dans leur volonté d'adopter des législations semblables au TPP.

Par ailleurs, cette décision est en mesure de servir de référence à d'autre tribunaux arbitraux. Elle est notamment susceptible d'être utilisée comme outil d'interprétation lors de litiges ayant trait à des produits tels que les aliments malsains ou l'alcool. Le rapport des organes de l'OMC en relation avec le TPP fera donc office de jurisprudence lors de futurs différends relatifs aux produits du tabac.

Leur examen de la légalité des emballages neutres a aussi permis de mettre en exergue la possibilité de concilier entre les impératifs sanitaires et les enjeux économiques au sein des différents accords de l'OMC. En effet, les groupes spéciaux ont réussi à articuler les règles du droit international de la propriété intellectuelle avec celles du droit international de la santé. Ils ont aussi fondé une partie de leur approche sur certaines dispositions de la CCLAT. L'analyse des organes de l'OMC est donc parvenue à assurer l'équilibre entre d'une part, le droit international de la propriété intellectuelle et d'autre part, le droit sanitaire.

Le droit international de la propriété intellectuelle peut aussi, vu qu'il est l'un des principaux vecteurs d'activité économique et surtout d'investissements¹⁵⁹⁸, donner lieu à une interaction entre le droit international de l'investissement et les impératifs sanitaires. Le tabac va donc se retrouver au cœur de cette relation et ce, du fait de ses effets nocifs sur la santé.

¹⁵⁹⁸ Sabrina Robert-Cuendet / Brigitte Stern, *op.cit.*, p. 360.

VI. La lutte antitabac au sein du droit international de l'investissement

Le tabac occupe de nos jours une place fondamentale sur le plan du droit international de l'investissement du fait de la prolifération des traités bilatéraux d'investissements (TBI). Ces traités présentent la particularité d'avoir pour objet exclusif la protection des opérateurs économiques issus de l'autre partie (l'investisseur étranger)¹⁵⁹⁹. On assistera alors, dans le sillage des TBI, à l'apparition des premières grandes affaires mettant aux prises des opérateurs économiques et des États. Dès lors, le nombre de TBI va accroître de façon exponentielle. On en dénombre en effet près de 3000 en 2014¹⁶⁰⁰.

En outre, les TBI mettent à la disposition des parties des mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États¹⁶⁰¹. Ces mécanismes permettent à une entreprise d'attaquer un pays devant un tribunal arbitral à l'instar du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)¹⁶⁰². Cependant, il n'existe pas un seul mécanisme pour régler les litiges au sein du droit international de l'investissement. En effet, on compte d'autres procédures telles que le règlement mis en place par la Cour permanente de Washington ou plus encore les textes établis par la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI)¹⁶⁰³. Ces différentes instances vont être le théâtre de plusieurs contentieux ayant trait au tabac.

Nous allons donc, dans le cadre de ce chapitre, établir une analyse de fond des nombreuses problématiques liées au tabac au sein de certains TBI. Cet examen va se baser sur deux accords clés : l'accord entre la Confédération Suisse et la

¹⁵⁹⁹ Arnaud de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, 1^{ère} Edition, A. Pedone, Paris, 2014, p. 43.

¹⁶⁰⁰ *Ibid.*

¹⁶⁰¹ Le dico du commerce international, Institut international de développement durable, *Définition de traités bilatéraux d'investissement*, <<https://www.glossaire-international.com/pages/tous-les-termes/traites-bilateraux-d-investissement.html>> (Dernière consultation : le 27/11/2020).

¹⁶⁰² Voir la procédure d'arbitrage dans le cadre de la convention CIRDI.

¹⁶⁰³ Pour plus de détails, voir la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international ou plus encore la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre états et ressortissants d'autres états.

République Orientale de l'Uruguay et l'accord entre le Commonwealth d'Australie et le gouvernement de Hong Kong. Les litiges que l'on s'apprête à analyser vont, entre autres, traiter des législations relatives aux produits du tabac¹⁶⁰⁴. On va donc présenter brièvement les TBI et leurs aspects procéduraux en matière de règlement des différends. On procédera par la suite à l'examen de la place qu'occupe la santé au sein du droit international de l'investissement. Ce chapitre sera clôturé par l'étude des litiges en relation avec le tabac au sein de certains TBI.

A. Présentation des traités bilatéraux d'investissement

Les accords internationaux en matière d'investissement peuvent revêtir différentes formes. Il existe des accords qui sont contenus dans des chapitres relatifs à l'investissement au sein de certains ALE. Ils peuvent aussi se présenter sous la forme de TBI¹⁶⁰⁵. Ces traités visent principalement à protéger et promouvoir les investissements¹⁶⁰⁶. Les TBI ont fait leur apparition en 1959 lors de la signature d'un instrument de ce genre entre l'Allemagne et le Pakistan¹⁶⁰⁷. Leur nombre va par la suite augmenter. Des TBI vont en effet être conclus dans tous les systèmes de relation. Ils énoncent, dans leur majorité, des obligations relatives à l'engagement de l'État d'accueil à accorder à l'investissement un traitement juste et équitable (traitement national et traitement de la nation la plus favorisée)¹⁶⁰⁸. Ils contiennent aussi des dispositions en relation avec les règlements des différends. Ils prévoient en ce sens la possibilité pour l'investisseur de recourir à un arbitrage international¹⁶⁰⁹.

¹⁶⁰⁴ Voir « *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay* », arbitrage CIRDI, numéro ARB/10/7.

¹⁶⁰⁵ Organisation Mondiale de la Santé, *Le conditionnement neutre des produits du tabac / Éléments factuels, élaboration et mise en œuvre de la politique*, 2017, p. 52.

¹⁶⁰⁶ Kenneth J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties / History, Policy and Interpretation*, Oxford University Press, 2010, p. 108.

¹⁶⁰⁷ Charles Leben, *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Editions A. Pedone, Paris, 2015, p. 87.

¹⁶⁰⁸ Cf. *supra*, note 1606.

¹⁶⁰⁹ Philippe Kahn / Thomas W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux / New Aspects of International Investment Law*, Académie de droit international, 2007, p. 10.

L'importance actuelle des TBI résulte en partie du fait de leur ressemblance mais aussi de leur appartenance à la sphère du droit international¹⁶¹⁰. En outre, ils font référence à des principes généraux de droit international à l'instar notamment du traitement juste et équitable. Ils ont en ce sens internationalisé le droit des investissements¹⁶¹¹. Ce sont ces caractéristiques qui renforcent leur place au sein de cette branche du droit. Cependant, c'est surtout la généralisation de l'arbitrage entre État et personnes privées qui a donné aux TBI leur importance cruciale¹⁶¹². Les TBI ont aussi plusieurs racines communes, d'où leur similarité. On peut en ce sens citer deux sources principales à leur origine : les traités d'amitié, de commerce et de navigation développés au cours du XIX^e siècle et les instruments émanant des organisations internationales (ex : projet de convention sur la protection de la propriété étrangère de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)¹⁶¹³. En outre, ils se caractérisent par leur universalité. En effet, les TBI ne sont pas limités à un groupe de pays ou à une région particulière. De nos jours, tous les États ont au moins conclu un TBI d'où l'assise géographique qu'ils ont acquise¹⁶¹⁴. On se doit maintenant de présenter le contenu des TBI avant de traiter brièvement du règlement des différends au sein desdits traités.

1. Le contenu des TBI

Le contenu des TBI peut être divisé en trois parties. La première partie énonce une disposition relative à la définition générale de la notion d'investissement¹⁶¹⁵. Dans la deuxième partie, on retrouve des obligations en relation avec la teneur de la protection accordée à l'opérateur économique étranger¹⁶¹⁶. Cette protection inclut des notions telles que la garantie d'un traitement juste

¹⁶¹⁰ *Ibid.*

¹⁶¹¹ Charles Leben, *Un accord multilatéral sur l'investissement d'un forum de négociations à l'autre*, Editions Pedone, Paris, 1999, p. 9.

¹⁶¹² Cf. *supra*, note 1609.

¹⁶¹³ Arnaud de Nanteuil, *op.cit.*, pp. 43-44.

¹⁶¹⁴ *Ibid.*, p. 44.

¹⁶¹⁵ Voir les articles 1 et 2 de l'accord entre la Confédération suisse et la République orientale de l'Uruguay concernant la promotion et la protection réciproques des investissements.

¹⁶¹⁶ Article 3 de l'accord entre la Confédération suisse et la République orientale de l'Uruguay concernant la promotion et la protection réciproques des investissements.

et équitable ou plus encore le traitement de la nation la plus favorisée¹⁶¹⁷. La dernière partie traite de la clause compromissaire qui offre à l'investisseur un accès à un tribunal arbitral (ex : procédure CIRDI)¹⁶¹⁸.

2. Le règlement des différends au sein des TBI

Le mode privilégié en matière de règlement des différends au sein du droit international de l'investissement est l'arbitrage. En effet, c'est ce mécanisme qui régit la plupart des contentieux survenus dans le cadre du commerce international¹⁶¹⁹. Il existe en ce sens plusieurs modes d'arbitrage régissant les litiges au sein des TBI à l'instar notamment du CIRDI. Ce centre a vu le jour à la suite de l'entrée en vigueur de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention de Washington) en 1966¹⁶²⁰. Le CIRDI présente l'avantage de mettre sur un même pied d'égalité avec l'État l'investisseur étranger. Les parties au litige peuvent en ce sens invoquer les griefs relatifs à la violation du droit international mais aussi ceux en relation avec les contrats¹⁶²¹. Ce mode de règlement des litiges présente aussi la particularité d'être indépendant par rapport à l'ordre juridique de l'État d'accueil¹⁶²². Il a donc permis d'institutionnaliser l'arbitrage en matière d'investissement. Le CIRDI garantit en même temps la reconnaissance et l'exécution obligatoire de ses décisions, au même titre que les décisions de justice interne¹⁶²³. Néanmoins, il ne s'agit pas d'une juridiction à proprement parler vu qu'il fonctionne comme une administration au sein de laquelle sont organisées les instances arbitrales¹⁶²⁴. Il faut aussi mentionner le fait que le règlement des différends au sein du CIRDI ne passe pas nécessairement par l'arbitrage. En effet, il accorde une place importante à des mécanismes tels que la

¹⁶¹⁷ *Ibid.*

¹⁶¹⁸ Articles 9 et 10 de l'accord entre la Confédération suisse et la République orientale de l'Uruguay concernant la promotion et la protection réciproques des investissements.

¹⁶¹⁹ Le dico du commerce international, Institut international de développement durable, *Définition de traités bilatéraux d'investissement*, <<https://www.glossaire-international.com/pages/tous-les-termes/traites-bilateraux-d-investissement.html>> (Dernière consultation : le 27/11/2020).

¹⁶²⁰ Charles Leben, *op.cit.*, 2015, p. 641.

¹⁶²¹ Philippe Kahn / Thomas W. Wälde, *op.cit.*, p. 454.

¹⁶²² Charles Leben, *La théorie du contrat d'état et l'évolution du droit international des investissements*, Recueil des cours, Tome 302, 2003, p. 370.

¹⁶²³ Voir l'article 54 de la Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre États et Ressortissants d'autres États (CIRDI).

¹⁶²⁴ Arnaud de Nanteuil, *op.cit.*, p. 217.

conciliation¹⁶²⁵. En outre, les différends en matière d'investissements peuvent aussi être portés devant un tribunal arbitral *ad hoc* ou les tribunaux nationaux¹⁶²⁶.

De nouveaux mécanismes vont par la suite faire leur apparition. On peut citer, à titre d'exemple, la procédure établie par la Cour permanente d'arbitrage. Ce mécanisme est devenu de nos jours un acteur incontournable du droit international de l'investissement. Sa compétence est fondée sur l'accord des parties. Il possède un lien très fort avec le règlement établi par le CNUDCI¹⁶²⁷. Ce règlement permet, entre autres, aux parties au litige de choisir entre un arbitrage *ad hoc* ou un arbitrage organisé par une institution préexistante¹⁶²⁸. C'est en général le règlement d'arbitrage de la CNUDCI qui est appliqué lors d'une procédure établie au sein de la Cour permanente d'arbitrage.

Les deux mécanismes que l'on a mentionnés revêtent une importance primordiale dans le cadre de notre étude. En effet, le litige mettant aux prises *Philip Morris Asia Ltd* (Hong Kong) à l'Australie (fondé sur un TBI signé entre les deux États) a été traité à l'aune du règlement de la CNUDCI¹⁶²⁹. En outre, le différend opposant la Suisse à l'Uruguay a été examiné au regard de la procédure établie par le CIRDI¹⁶³⁰. On va donc procéder, dans les prochaines parties, à l'analyse de la place accordée par le droit international de l'investissement à la protection de la santé à la lumière des deux litiges susmentionnés.

B. Investissements et protection de la santé

On constate que de nos jours, la plupart des conventions bilatérales et multilatérales relatives aux investissements attribuent, par le biais leurs différentes clauses d'arbitrage, des droits internationaux au profit des investisseurs et ce,

¹⁶²⁵ *Ibid.*

¹⁶²⁶ Charles Leben, *op.cit.*, 2015, p. 642.

¹⁶²⁷ Cf. *supra*, note 1624.

¹⁶²⁸ Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*, <<https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration#:~:text=Le Règlement d'arbitrage de cadre de leurs relations commerciales.&text=Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, tel que révisé,vigueur le 15 août 2010>> (Dernière consultation : le 27/11/2020).

¹⁶²⁹ Voir Cour permanente d'arbitrage, « *Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia* », PCA case numéro .2012-12.

¹⁶³⁰ « *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay* », ICSID Case no ARB/10/7.

au détriment de certaines notions relatives à l'intérêt général¹⁶³¹. On peut donc légitimement se poser des questions sur la relation entre le droit international de l'investissement et les autres branches du droit international. Cette interrogation s'inscrit dans le cadre de la volonté de certains acteurs du droit international de tenir compte des valeurs non marchandes au sein du commerce mondial¹⁶³². En effet, des conflits risquent d'apparaître entre d'une part, la protection des investissements et d'autre part, la sauvegarde de certaines notions inhérentes aux droits de l'homme. Dès lors, l'enjeu sera de trouver un équilibre entre ces domaines. On va donc traiter de la place accordée par le droit international de l'investissement, par le biais notamment de certains TBI, à la protection de la santé et la vie des personnes. On examinera en ce sens la problématique relative à la lutte antitabac au sein du droit international de l'investissement.

1. Le droit international de l'investissement et la protection de la santé publique

La question relative au rapport entre le droit international de l'investissement et les législations protégeant la santé publique s'inscrit dans le cadre de la possible opposition entre ces deux branches du droit. Il existe cependant une doctrine qui peut nous aider à traiter efficacement de cette problématique.

Les *police powers* énoncent en effet un principe selon lequel une mesure d'intérêt général, non discriminatoire et adoptée à la suite d'une procédure qui respecte les principes du *due process of law*, ne représente en rien un acte illégitime et ce, même si elle affecte l'investissement étranger¹⁶³³. Néanmoins, le fait d'accorder une véritable carte blanche aux États, risque de donner lieu à certains dépassements. En effet, des pays sont susceptibles de déguiser n'importe quelle action en législation de santé publique pour échapper à certaines de leurs obligations¹⁶³⁴. Cette doctrine revêt néanmoins une importance considé-

¹⁶³¹ Farhat Horchani, *Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation*, Journal du droit international, Numéro 2, 2004, p. 412.

¹⁶³² Lahra Liberti, *Investissements et droits de l'homme*, Session 2.2.: *The policy Framework for Investment : The Social and Environmental Dimensions*, Global Forum on International Investment, 2008, p. 794.

¹⁶³³ Société française pour le droit international, Colloque de Rennes, *Santé et droit international*, Editions A. Pedone-13 rue Soufflot-Paris, 2019, p. 207.

¹⁶³⁴ *Ibid.*

rable du fait de l'absence d'une exception spécifique ou d'un régime juridique applicable aux investissements réalisés dans le domaine de la santé publique et aux législations de santé publique¹⁶³⁵.

Cependant, plusieurs questions risquent d'être soulevées en relation avec l'efficacité des *police powers* et ce, au regard des enjeux relatifs à la place de la santé au sein du droit international de l'investissement. En outre, la pratique contentieuse relative à notre problématique est peu développée. Les législations en relation avec la santé publique sont en effet rarement attaquées, en dehors peut être des litiges relatifs au tabac¹⁶³⁶ et du contentieux opposant Methanex et les États-Unis¹⁶³⁷. La doctrine des *police powers* représente aussi certaines faiblesses car dans la plupart des instruments, la disposition ayant trait à ladite doctrine fait partie de la clause relative à la protection contre l'expropriation¹⁶³⁸. Les *police powers* ne sont donc pas traités de manière indépendante et sont énoncés pour justifier certains actes d'expropriation.

Cette doctrine doit aussi être nuancée du fait de l'existence, au sein même des clauses qui la consacrent, d'exceptions limitant sa portée. Il existe en effet des instruments qui ont introduit des critères de proportionnalité pour déterminer la licéité d'une mesure fondée sur une exception en relation avec la doctrine des *police powers*¹⁶³⁹. Néanmoins, certains TBI ont remédié à toutes ces lacunes en adoptant une liste d'exceptions générales calquée sur le modèle de l'article XX du GATT de 1994 qui servira de fondement à ces dispositions¹⁶⁴⁰. Ils se sont donc inspirés du contenu de cet article en mettant en place des conditions parmi lesquelles on peut citer la nécessité de la mesure ou plus encore l'absence de toute discrimination arbitraire ou de restriction déguisée¹⁶⁴¹. Ces

¹⁶³⁵ *Ibid.*

¹⁶³⁶ C'est surtout le litige fondé sur un TBI entre l'Uruguay et la Suisse qui traite du droit des états à mettre en place des mesures visant à protéger la santé dans le cadre du droit international de l'investissement. Le contentieux entre Philip Morris (Hong Kong) et la Suisse examine plus des questions d'ordre procédural.

¹⁶³⁷ Voir arbitrage CNUDCI, « *Methanex v Etats-Unis* », 3 août 2005.

¹⁶³⁸ On peut en ce sens citer l'article 8-1 de l'accord économique et commercial globale entre l'Union Européenne et le Canada. Ne sont pas considérés comme expropriation, au sens de cet article, les objectifs en matière de santé publique.

¹⁶³⁹ Société française pour le droit international, Colloque de Rennes, *Santé et droit international*, Editions A. Pedone-13 rue Soufflot-Paris, 2019, p. 215.

¹⁶⁴⁰ Andrew D. Mitchell / Theodore Samlidis, *The WTO Tobacco Plain packaging Disputes: A Prelude to Public Health Measures in International Economic Law*, International and Comparative law Quarterly (Forthcoming), mai 2021, p. 13.

¹⁶⁴¹ Voir en ce sens l'article 15 du TBI entre l'Australie et l'Uruguay, 2019.

clauses nous rappellent les obligations introduites par l'article XX du GATT de 1994 mais aussi l'article 2 de l'ASPS. En effet, et comme mentionné précédemment¹⁶⁴², les deux accords susmentionnés ont mis en place des conditions similaires aux exceptions énoncées par certains TBI pour permettre aux organes de l'OMC de statuer sur la licéité de toute mesure sanitaire.

On va donc présenter, dans la prochaine partie, les TBI qui ont adopté ce type de dispositions. Cet examen nous permettra aussi d'étudier certaines clauses d'exception excluant le tabac des procédures de règlement des différends.

2. La relation entre les TBI et la protection de la santé

C'est à partir des années 1980 que l'on a vu apparaître les premiers TBI faisant expressément référence à certains droits humains. En effet, ce sont les États-Unis et le Canada qui ont reconnu, dans le préambule de nombreux traités qu'ils ont signés, l'importance de ces droits. Certains d'entre eux énoncent ce qui suit : « *le développement des relations économiques et commerciales peut promouvoir le respect des droits des travailleurs reconnus au niveau international et les objectifs de la coopération économique et du développement des investissements peuvent être atteints sans assouplir les mesures d'application générale en matière de santé, de sécurité et d'environnement* »¹⁶⁴³. On remarque donc que ces traités consacrent un cadre légal en relation avec le droit des travailleurs et la protection de la santé. De nos jours, on assiste à l'émergence de plusieurs TBI qui incluent, au sein de leurs dispositions, des clauses d'exceptions dont le but est de poursuivre des objectifs en matière d'intérêt général. Ces traités se sont inspirés, lors de la mise en place de ces clauses, des différentes dispositions énoncées par l'OMC. En effet, certains TBI ont introduit des exceptions semblables à celles que l'on retrouve au sein de l'article XX du GATT de 1994¹⁶⁴⁴.

¹⁶⁴² Voir [partie 2, paras. 2.1 et 2.3, partie B, chapitre IV](#) ci-dessus.

¹⁶⁴³ Le TBI signé entre le Nicaragua et les États-Unis, 1995 énonce ce qui suit dans son préambule : « *The Government of the United States of America and the Government of the Republic of Nicaragua; Desiring to promote greater economic cooperation between them, with respect to investment by nationals and companies of one Party in the territory of the other Party; Recognizing that the development of economic and business ties can promote respect for internationally recognized worker rights; Agreeing that these objectives can be achieved without relaxing health, safety and environmental measures of general application* ».

¹⁶⁴⁴ Cf. *supra*, note 1640.

Ces exceptions aspirent à créer une sorte de corrélation entre, d'une part, le droit international de l'investissement et d'autre part, les droits de l'homme. En l'espèce, la protection de la santé et le droit international de l'investissement sont deux domaines distincts du droit international qui ne cessent néanmoins de se croiser ces derniers temps¹⁶⁴⁵. Nous allons exposer, dans la partie suivante, certains TBI qui contiennent au sein de leurs dispositions des exceptions générales similaires à celles énoncées par les accords de l'OMC.

2.1. Exemples de TBI incluant des clauses d'exceptions générales

On va présenter, au cours de cette partie, certains TBI qui transposent au sein de leurs dispositions des exceptions semblables à celles que l'on retrouve dans les accords de l'OMC. Cette transposition peut se faire par le biais d'une simple utilisation du libellé de l'OMC ou à travers une référence explicite au droit de cette organisation. Ce sont surtout les articles XX du GATT et XIV de l'AGCS qui ont été inclus au sein des TBI.

On remarque en effet que certains traités nous renvoient directement aux articles susmentionnés¹⁶⁴⁶. Il existe aussi des TBI qui s'inspirent de ces exceptions lors de la mise en place de leurs dispositions en relation avec la protection de notions relatives à l'intérêt général¹⁶⁴⁷. On peut citer, à titre d'exemple, un TBI signé entre le Singapour et la Jordanie qui emploie une formulation proche de celle énoncée par l'article XX du GATT de 1994¹⁶⁴⁸. On compte aussi

¹⁶⁴⁵ Valentina Vadi, *op.cit.*, p. 9.

¹⁶⁴⁶ Julien Chaisse, *art.cit.*, p. 336.

¹⁶⁴⁷ *Ibid.*

¹⁶⁴⁸ L'article 18 du TBI signé entre la Jordanie et le Singapour énonce la disposition suivante : « *subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination, between the Parties where like conditions prevail, or a disguised restriction on investments in the territory of a Party by investors of the other Party, nothing in this Treaty shall be construed to prevent the adoption or enforcement by a Party of measures:(a) necessary to protect public morals or to maintain public order; (b) necessary to protect human, animal or plant life or health etc...* ».

d'autres traités qui protègent un intérêt légitime par le biais d'une règle générale d'interprétation et non à travers une liste d'exceptions, semblable à celle que l'on retrouve au sein de certains accords de l'OMC¹⁶⁴⁹.

A la lumière de cette analyse, on est en mesure de conclure qu'il existe des TBI qui reconnaissent aux États le droit de poursuivre des politiques de santé publiques, sous réserve de certaines exigences¹⁶⁵⁰. La lutte antitabac s'inscrit donc dans le cadre de cette problématique relative à la place de la santé au sein du droit international de l'investissement et ce, du fait du danger représenté par ce produit. Dès lors, cette lutte peut être considérée comme faisant partie intégrante des droits de l'homme par le biais notamment du droit à la santé¹⁶⁵¹.

2.2. La lutte antitabac sous l'angle des droits humains

Comme énoncé ci-dessus, la lutte contre le tabac peut être vu de nos jours comme étant une question relevant des droits de l'homme du fait notamment de la nature nocive de ce produit. C'est en s'appuyant sur le droit à la santé, que ladite lutte acquiert cette conceptualisation. Cette approche est fondée sur plusieurs justifications.

Tout d'abord, ce sont les données empiriques relatives à la nature néfaste de ce produit qui nous permettent d'aboutir à une telle conclusion¹⁶⁵². En outre, cette approche puise sa source au sein de certaines dispositions adoptées par plusieurs organisations internationales. On peut mentionner en premier lieu le préambule de la Constitution de l'OM¹⁶⁵³. De plus, l'interprétation établie par

¹⁶⁴⁹ On peut citer, à titre d'exemple, le modèle des Pays-Bas en matière de TBI (2004) qui énonce les dispositions suivantes : « *Considering that these objectives can be achieved without compromising health, safety and environmental measures of general application* ». Pour plus de détails, voir Organisation for Economic Co-operation and Development, OECD, *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations: A Companion*, Volume to International Investment Perspectives 182, 2008.

¹⁶⁵⁰ À l'instar de l'OMC, la nécessité reste l'une des principales conditions à l'adoption d'une mesure visant à protéger la santé au sein de certains TBI.

¹⁶⁵¹ Voir en ce sens Carolyn Dresler / Stephen Marks, *Human Rights Quarterly, The Emerging Human Right to Tobacco Control*, The Johns Hopkins University Press, 2006.

¹⁶⁵² Valentina Vadi, *op.cit.*, p. 94.

¹⁶⁵³ Le préambule de la Constitution de l'OMS énonce ce qui suit « *La possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain, quelles que soient sa race, sa religion, ses opinions politiques, sa condition économique ou sociale* ».

le comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies en relation avec l'article 12 (du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) consacre, à son tour, cette notion en tant que droit fondamental inhérent à la nature humaine¹⁶⁵⁴. Ce comité considère que pour que l'on atteigne un meilleur État de santé, il faut que les États appliquent des mesures antitabac¹⁶⁵⁵. Ce terme de « *droit à la santé* » a en effet souvent fait l'objet d'une multitude de débats. La définition de ce terme, tel qu'il est contenu au sein de l'article 12 du PIDESC, apporte une contribution considérable au débat relatif à la pertinence du recours à ce concept¹⁶⁵⁶. Ce droit est donc consacré par plusieurs instruments internationaux. Il peut dès lors être traité du point de vue des droits de l'homme. Les États se doivent donc, dans le cadre de leurs efforts visant à garantir le droit à la santé, d'entreprendre des campagnes d'information sur les effets nuisibles du tabac en essayant notamment de dissuader les personnes de fumer¹⁶⁵⁷.

La Convention européenne des droits de l'homme admet aussi l'existence d'un lien étroit entre ces deux droits (droit à la santé et droit de l'homme) et la lutte antitabac. On peut citer, à titre d'exemple, l'affaire « *Wöckel v. Germany* », où la Commission européenne des droits de l'homme (ancienne émanation du conseil de l'Europe) a fourni des indications utiles quant à l'interprétation de l'interdiction générale de fumer par les organes de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁶⁵⁸. En outre, cette cour a reconnu, lors de l'affaire « *Novoselov v. Russia* », que le manque de ventilation dans les cellules, aggravé par la tolérance générale au tabagisme était contraire à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁶⁵⁹.

¹⁶⁵⁴ CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12), para. 14, p. 6.

¹⁶⁵⁵ *Ibid.*

¹⁶⁵⁶ Notion consacrée par plusieurs ouvrages, voir Société française pour le droit international, Colloque de Rennes, *Santé et droit international*, Éditions A. Pedone-13 rue Soufflot-Paris, 2019, p. 318, ou Brigit C.A. Toebes, *The Right to Health as a Human Right in International Law*, School of Human Rights Research Series, Antwerpen-Groningen-Oxford, 1999, p. 28.

¹⁶⁵⁷ CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12), para. 15.

¹⁶⁵⁸ Voir « *Wöckel v. Germany* », 32165/96, Commission européenne des droits de l'homme, 1998.

¹⁶⁵⁹ Cour européenne des droits de l'homme, « *Novoselov v. Russia* », Application no. 66460/01, 2005, Strasbourg, para. 39, p. 8.

Certaines juridictions nationales ont même considéré que les normes constitutionnelles relatives aux droits de l'homme exigeaient que les gouvernements prennent des mesures en relation avec la lutte antitabac¹⁶⁶⁰. On peut mentionner, à titre d'exemple, le jugement rendu par la Cour Suprême de l'Inde. Cette instance a en effet qualifié l'échec du gouvernement indien à adopter des mesures antitabac de violation du droit constitutionnel relatif au droit à la santé¹⁶⁶¹.

On est donc en mesure de constater que la lutte antitabac permet, si elle est menée d'une manière efficace, de concrétiser le droit à la santé. En outre, ce droit a été reconnu, à maintes reprises, par plusieurs instruments des Nations Unies comme faisant partie des droits de l'homme¹⁶⁶². De ce fait, les États peuvent l'invoquer lors de litiges ayant trait à un investissement étranger. Néanmoins, cette approche n'est pas souvent adoptée. En effet, les États préfèrent se fonder sur leur droit souverain de protéger la santé publique lorsqu'ils sont face à un contentieux en relation avec le commerce international¹⁶⁶³. En dépit de ce constat, on ne peut nier le lien étroit entre les droits de l'homme et le droit à la santé (la lutte antitabac en l'espèce). En outre, les décisions que l'on a mentionnées (dans cette partie) peuvent avoir une incidence sur les jugements futurs d'autres tribunaux arbitraux.

3. La relation entre la CCLAT et les traités d'investissement

Comme énoncé précédemment, la CCLAT est le premier instrument juridiquement contraignant, établi sous la tutelle de l'OMS¹⁶⁶⁴. Cette convention énonce que ses dispositions n'empêchent en rien ses membres de conclure des traités sur des questions pertinentes et complémentaires, sous réserve de certaines conditions¹⁶⁶⁵. La CCLAT a donc anticipé la survenance de litiges dus à la portée de ses dispositions. L'exercice de certains droits économiques risque

¹⁶⁶⁰ Melissa E. Crown, *Smokescreens and State Responsibility: Using Human Rights Strategies to Promote Global Tobacco Control*, *Yale Journal of International Law*, Volume 29, 2004, pp. 235-237.

¹⁶⁶¹ Voir « *Murli S. Deora v. Union of India* », AIR 2002.

¹⁶⁶² Brigit C.A. Toebes, *op.cit.*, p. 28.

¹⁶⁶³ Valentina Vadi, *op.cit.*, p. 97.

¹⁶⁶⁴ Voir partie 6 (La convention-cadre pour la lutte antitabac), Chapitre III.

¹⁶⁶⁵ L'article 2.2 de la CCLAT énonce ce qui suit : « ses dispositions n'affectent en rien le droit des parties de conclure des accords bilatéraux ou multilatéraux sur des questions pertinentes ou complémentaires à la convention et à ses protocoles, à condition que ces accords soient compatibles avec leurs obligations au titre de la convention et de son protocole ».

alors d'être mis à mal. Néanmoins, les différends relatifs à l'interprétation de la CCLAT sont en mesure d'être résolus par le biais d'un arbitrage *ad hoc*¹⁶⁶⁶. On est donc susceptible de se poser la question de savoir si cette convention peut constituer une preuve scientifique ou plus encore une jurisprudence émergente en mesure d'aider à interpréter certains accords relatifs au commerce et à l'investissement. En outre, on sera amené à analyser les conflits possibles entre la CCLAT et certains traités d'investissement.

Le droit international peut toutefois apporter des réponses à nos différentes interrogations. Il a en effet établi un principe selon lequel les traités ne doivent pas être interprétés isolément les uns des autres¹⁶⁶⁷. La CCLAT est ainsi en mesure de servir d'outil d'interprétation lors de certains litiges relatifs aux investissements. Cette convention peut en effet justifier des mesures visant à protéger la santé. Certains États peuvent donc invoquer la CCLAT pour étayer leurs objectifs en matière de santé publique¹⁶⁶⁸. La pertinence de cette convention et de ses directives a été en ce sens examinée par plusieurs organes de l'OMC. En effet, même si les directives n'ont pas été reconnues comme étant des normes internationales au sens de l'article 2.5 de l'AOTC, les organes de cette organisation ont tout de même admis la pertinence de la CCLAT lors de leurs interprétations¹⁶⁶⁹. On peut donc conclure, à la lumière de l'approche prônée par certains groupes spéciaux, que la CCLAT est en mesure de servir d'outil d'interprétation lors de litiges survenus au sein des différents TBI.

Cette convention risque néanmoins d'être aux antipodes du contenu de certains de ces traités. Les TBI peuvent en effet impacter les obligations des États qui leur incombent au titre de la CCLAT. Cette convention a néanmoins tranché sur cette question. Elle estime en ce sens que les accords ultérieurs conclus par ses parties doivent être compatibles avec ses dispositions¹⁶⁷⁰. Cependant, les dispositions de la CCLAT ne régissent pas les traités qui lui sont antérieurs (ex : les TBI). Cette question peut toutefois être résolue. En effet, si

¹⁶⁶⁶ Voir l'article 27 de la CCLAT.

¹⁶⁶⁷ Article 31(3) (c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

¹⁶⁶⁸ World Health Organization, *Confronting the Tobacco Epidemic in a New Era of Trade and Investment Liberalization*, Commissioned by the World Health Organization Tobacco Free Initiative, 2012, p. 73.

¹⁶⁶⁹ Voir « États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle » DS 406 et « 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 » DS 435.

¹⁶⁷⁰ Article 2.2 de la CCLAT.

l'on se réfère au droit coutumier, par le biais notamment de l'article 30 de la Convention de Vienne, on constate que ses dispositions donnent la priorité au traité signé ultérieurement¹⁶⁷¹. On est donc en mesure de conclure que le droit international coutumier donne la priorité à la CCLAT en cas de conflit avec des traités antérieures. En outre, l'article 2.2 de cette convention dispose que les accords ultérieurs signés par les parties doivent être compatibles avec leurs obligations au titre de ladite convention.

Néanmoins, l'avantage conféré à la CCLAT par les règles du droit international coutumier est à nuancer du fait de l'existence de certaines conditions. En effet, il doit y voir un chevauchement des parties et du sujet. La notion de chevauchement signifie qu'un conflit entre deux traités ne peut naître qu'entre des États parties auxdits traités¹⁶⁷². C'est l'article 30(4) (b) de la Convention de Vienne qui corrobore cette approche¹⁶⁷³. Dans le contexte du droit international de l'investissement, il y a conflit que lorsque deux États sont parties au TBI et à la CCLAT. Le fait de traiter de l'opposition entre deux traités nous renvoie à la possibilité qu'une partie échoue à remplir simultanément ses obligations au titre desdits traités¹⁶⁷⁴. En outre, la notion de conflit entre deux traités n'implique pas l'existence d'un objet commun. On remarque donc que les règles relatives au droit international coutumier protègent, par le biais de leurs dispositions, les mesures prônées par la CCLAT.

3.1. Les clauses d'exception relatives au tabac au sein des TBI

Certains accords, tels que l'*Accord de Partenariat Transpacifique*, ont exclu le tabac des procédures d'arbitrage¹⁶⁷⁵. Il existe aussi des TBI qui ont adopté des dispositions allant dans ce sens. On peut mentionner, à titre d'exemple, le traité signé entre le Singapour et le Kazakhstan. Il exclut en effet le tabac du

¹⁶⁷¹ Article 30 (3) de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

¹⁶⁷² World Health Organization, *Confronting the Tobacco Epidemic in a New Era of Trade and Investment Liberalization*, Commissioned by the World Health Organization Tobacco Free Initiative, 2012, p. 75.

¹⁶⁷³ L'article 30 (4) (b) de la Convention de Vienne stipule ce qui suit : « *que dans les relations entre un état partie aux deux traités et un état partie à l'un de ces traités seulement, le traité auquel les deux états sont partis régit leurs droits et obligations réciproques* ».

¹⁶⁷⁴ C. Wilfried Jenks, *Conflict of Law-Making Treaties*, British Yearbook of International Law, 1953, p. 426.

¹⁶⁷⁵ Voir l'article 29.5 de l'Accord de Partenariat Transpacifique.

règlement des différends et ce, par le biais de son article 11¹⁶⁷⁶. Par la suite, d'autres TBI, à l'instar de celui signé entre l'Australie et Hong-Kong, vont adopter la même clause d'exclusion vis-à-vis de ce produit. Cet accord a, à son tour, introduit une clause d'exception relative au tabac et ce, du fait du litige survenu à la suite de l'adoption du conditionnement neutre par l'Australie¹⁶⁷⁷. Cette clause a pour objectif de remédier aux lacunes présentes dans le TBI sous sa forme initiale¹⁶⁷⁸. Elle est contenue au sein de la section (c) du traité susmentionné, relative au règlement des différends¹⁶⁷⁹. A la lecture de cette clause, on remarque que l'exclusion qu'elle contient englobe des produits autres que les cigarettes classiques, à l'instar notamment des systèmes électroniques d'administration de nicotine ou plus encore des inhalateurs électroniques. Nous reviendrons, plus loin dans ce travail, sur le litige survenu au sein de ce TBI avant l'adoption de la clause d'exception relative au tabac.

On remarque donc, à travers l'analyse établie au cours de cette partie, que la protection de la santé (la lutte antitabac en l'espèce) est prise en considération par certains TBI. La lutte antitabac trouve donc sa place au sein du droit international de l'investissement et ce, du fait des efforts fournis par les États pour protéger leurs populations des méfaits de ce produit.

¹⁶⁷⁶ L'article 11 alinéa 2 du TBI entre le Kazakhstan et le Singapour énonce les dispositions suivantes: « *His section shall not apply to any dispute concerning any measure adopted or maintained or any treatment accorded to investors or investments by a Party in respect of tobacco or tobacco-related products* ».

¹⁶⁷⁷ Simon Lester, Tobacco ETC. Carveout in the New Australia-Hong Kong Investment Agreement, International Economic Law and Policy Blog, mars 2019.

¹⁶⁷⁸ *Ibid.*

¹⁶⁷⁹ La section (c) du TBI entre l'Australie et Hong-Kong énonce les dispositions suivantes: « *No claim may be brought under this Section in respect of a Party's control measures of tobacco products (including products made or derived from tobacco), cigarettes, imitation smoking products, and other smoking products such as Electronic Nicotine Delivery Systems and Electronic Non Nicotine Delivery Systems including electronic cigarettes. A < control measure > of a Party includes measures with respect to production, consumption, importation, distribution, labelling, packaging, advertising, marketing, promotion, sale, purchase or use, as well as fiscal measures such as internal taxes and excise taxes, and enforcement measures, such as inspection, recordkeeping and reporting requirements. < Tobacco products > means products under Chapter 24 of the Harmonised System, including processed tobacco, or any product that contains tobacco, that is manufactured to be used for smoking, sucking, chewing or snuffing* ».

C. Les protections garanties par le droit international de l'investissement

Comme énoncé précédemment, le droit international de l'investissement offre une panoplie d'instruments protégeant les investissements étrangers. Nous allons donc, au cours de cette partie, énumérer les différentes protections garanties par le droit susmentionné.

1. L'expropriation

La plupart des accords ayant trait aux investissements internationaux protège ces opérations contre toute expropriation ou nationalisation. Il existe néanmoins des exceptions relatives aux mesures non discriminatoires, effectuées à des fins d'intérêt général¹⁶⁸⁰. Des compensations financières sont en ce sens prévues¹⁶⁸¹. On remarque donc que les garanties contre tout acte d'expropriation sont au cœur de la protection accordée par le droit international de l'investissement aux opérateurs étrangers. C'est en effet ce genre de risque qui a donné naissance aux premières règles en matière de droit international de l'investissement¹⁶⁸². Cependant, on constate que la protection contre l'expropriation, en tant que telle, est un pouvoir inhérent de l'État. Le droit international de l'investissement intervient alors pour éviter tout abus¹⁶⁸³.

Dans le cadre de la lutte antitabac, on est en général face à des opérations relatives à des expropriations indirectes¹⁶⁸⁴. En effet, les mesures en relation avec ce produit entraînent des expropriations indirectes du fait de l'absence de transfert direct des biens des compagnies à l'État¹⁶⁸⁵. A ce titre, nous allons en premier lieu expliquer la notion d'expropriation indirecte. Cette opération désigne les mesures qui n'ont rien d'une expropriation directe mais qui en même temps en produisent le même effet¹⁶⁸⁶. Ce genre de question est donc soulevé

¹⁶⁸⁰ Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), Expropriation, *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*, 2012, p. 27.

¹⁶⁸¹ *Ibid.*

¹⁶⁸² Krista Nadakavukaren Schefer, *International Investment Law / Text, Cases and Materials*, Edward Elgar, Cheltenham, UK / Northampton, MA, USA, 2013, p. 167.

¹⁶⁸³ Kenneth J. Vandeveld, *op.cit.*, p. 271.

¹⁶⁸⁴ World Health Organization, *Confronting the Tobacco Epidemic in a New Era of Trade and Investment Liberalization*, Commissioned by the World Health Organization Tobacco Free Initiative, 2012, p. 56

¹⁶⁸⁵ Voir « *Feldman Karpa v. Mexico* », CIRDI Numéro ARB (AF)/99/1, para. 151, p. 62.

¹⁶⁸⁶ Arnaud de Nanteuil, *op.cit.*, p. 339.

lorsque l'on traite des mesures étatiques en relation avec la défense d'un intérêt général. En outre, on remarque qu'il existe différentes formes d'expropriation indirecte à l'instar de l'expropriation *de facto* mais surtout de l'expropriation par le fait d'un règlement (*de jure*)¹⁶⁸⁷.

Ce type d'expropriation (par le fait d'un règlement) peut s'avérer très pertinent dans le cadre de notre analyse. En effet, il recouvre généralement une dépossession découlant d'une mesure sans lien avec l'investissement étranger et visant à protéger un intérêt public¹⁶⁸⁸. Pour qu'il y ait une expropriation indirecte, il doit y avoir un certain degré d'ingérence dans les droits de propriété. Ce degré implique une privatisation essentiellement complète de l'utilisation économique et de la jouissance des droits relatifs au bien en question¹⁶⁸⁹. Néanmoins, l'ingérence seule n'est pas reconnue comme suffisante pour constituer une expropriation. C'est pour cette raison que les tribunaux examinent en général plusieurs facteurs pour déterminer si une mesure constitue une expropriation indirecte donnant droit à une compensation¹⁶⁹⁰. Ils vont en ce sens essayer d'établir si la mesure en question relève ou non des compétences de police de l'État ou plus encore si elle est proportionnée par rapport à ses objectifs¹⁶⁹¹. On se doit donc, dans le sillage de cette analyse, d'examiner la notion de compétence de police.

Cette notion nous renvoie en général à la reconnaissance du droit des États à exercer certaines compétences relatives notamment à la protection de la santé et ce, sans entraîner une expropriation indirecte¹⁶⁹². De plus, lorsqu'un investissement est réalisé dans un secteur fortement réglementé (ex : les produits tabagiques), un investisseur doit se renseigner, au préalable, sur le

¹⁶⁸⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸⁸ *Ibid.*

¹⁶⁸⁹ Organisation mondiale de la santé, *Le conditionnement neutre des produits du tabac / Éléments factuels, élaboration et mise en œuvre de la politique*, 2017, p. 53.

¹⁶⁹⁰ *Ibid.*

¹⁶⁹¹ Ce constat a été tenu par le tribunal CIRDI en charge de l'affaire « Corn Products International Inc v Mexique » au para. 87, pp. 40-41 de son rapport.

¹⁶⁹² Cf. *supra*, note 1689.

contenu des réglementations du pays d'accueil¹⁶⁹³. On est donc en mesure de constater que les pouvoirs de police constituent, en quelque sorte, une exception à l'obligation d'indemnisation. Ces pouvoirs doivent toutefois être non-discriminatoires et adoptés dans le cadre d'une procédure régulière¹⁶⁹⁴. Les législations antitabac sont par conséquent susceptibles de donner lieu à des expropriations non indemnissables et ce, du fait du caractère nocif des produits tabagiques et de la ratification quasi-universelle de la CCLAT.

2. Le traitement juste et équitable

La mention du traitement juste et équitable est en général contenue dans tous les traités. Cette expression puise sa source dans les accords de commerce, d'amitié et de navigation signés par les États-Unis¹⁶⁹⁵. Elle est donc de nos jours reprise dans la quasi-totalité des traités de protection des investissements¹⁶⁹⁶.

Le traitement juste et équitable est un concept évolutif qui inclut des principes fondamentaux tels que l'interdiction du déni de justice ou plus encore le droit à une procédure légale. Cette évolution implique actuellement des éléments de protection plus modernes tels que la transparence¹⁶⁹⁷. On peut définir le traitement juste et équitable de la sorte : *un concept qui requiert que les investisseurs étrangers se voient accorder un traitement minimum et standard en conformité avec le droit international et qui inclut un accès à la justice et garantit le droit à un procès équitable tout en respectant les attentes légitimes de l'investisseur étranger*¹⁶⁹⁸. Cette notion est donc d'une extrême importance. Elle a été en outre débattue lors de l'affaire opposant Philip Morris International (PMI) et l'Uruguay¹⁶⁹⁹.

¹⁶⁹³ Ce constat a été tenu par le tribunal arbitral (procédure CNUDCI) en charge de l'affaire « *Grand River Entreprise Six Nations LTD et al v. USA* » au para. 144, p. 36. Il a en effet établi la conclusion suivante : « *The Tribunal also notes that trade in tobacco products has historically been the subject of close and extensive regulation by U.S. states, a circumstance that should have been known to the Claimant from his extensive past experience in the tobacco business. An investor entering an area traditionally subject to extensive regulation must do so with awareness of the regulatory situation* ».

¹⁶⁹⁴ Cf. *supra*, note 1689.

¹⁶⁹⁵ Arnaud de Nanteuil, *op.cit.*, p. 314.

¹⁶⁹⁶ Kenneth J. Vandeveld, *op.cit.*, p. 397

¹⁶⁹⁷ Cf. *supra*, note 1695.

¹⁶⁹⁸ Valentina Vadi, *op.cit.*, pp. 104-105.

¹⁶⁹⁹ Voir « *Philip Morris v Uruguay* » arbitrage CIRDI, ARB/10/7, 2016.

A noter aussi que les formulations relatives à ce principe diffèrent d'un traité à l'autre. La violation de la notion de traitement juste et équitable survient lors de l'existence d'un environnement non transparent et non stable ou lorsque l'on est face à un traitement arbitraire, discriminatoire et déraisonnable¹⁷⁰⁰. On se doit aussi de mentionner le fait que certains tribunaux d'arbitrage font preuve d'indécision et de prudence lorsqu'il s'agit d'annuler une décision relative à une réglementation prise de bonne foi par l'État hôte¹⁷⁰¹. En effet, un tribunal a souligné, lors d'un jugement qu'il a rendu, que les tribunaux internationaux devaient faire attention lorsqu'ils traitent d'une situation relative à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire en relation par exemple avec la protection de la santé¹⁷⁰².

On est donc en mesure de constater que les TBI confèrent, à l'instar des règles de l'OMC, aux États une certaine marge pour pouvoir légiférer dans le domaine de la santé publique. Cette conclusion peut être pertinente dans le cadre de notre étude de la place accordée à la lutte antitabac par le droit international de l'investissement.

3. La non-discrimination

L'un des principaux objectifs des TBI est d'empêcher les discriminations fondées sur la nationalité de l'investisseur¹⁷⁰³. La discrimination directe est facilement détectable car elle discrimine une société sur la base de sa nationalité¹⁷⁰⁴. Le problème se pose en général pour les discriminations indirectes et les discriminations déguisées. Les discriminations indirectes résultent en général de mesures étatiques qui, sans faire expressément référence à la nationalité, affectent *de facto* les entreprises étrangères¹⁷⁰⁵.

¹⁷⁰⁰ Organisation Mondiale de la Santé, *Le conditionnement neutre des produits du tabac / Éléments factuels, élaboration et mise en œuvre de la politique*, 2017, p. 53.

¹⁷⁰¹ *Ibid.*

¹⁷⁰² Le tribunal CIRDI en charge de l'affaire « *Apotex Holdings Inc and Apotex Inc.v. USA* » a tenu au para. 9.37 p. 228 de son rapport le constat suivant: « *Nevertheless, these other decisions indicate the need for international tribunals to exercise caution in cases involving a state regulator's exercise of discretion, particularly in sensitive areas involving protection of public health and the well-being of patients* ».

¹⁷⁰³ A. Newcombe / L. Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, The Hague, Kluwer Law international, 2009, p. 148.

¹⁷⁰⁴ Valentina Vadi, *op.cit.*, p. 103.

¹⁷⁰⁵ *Ibid.*

Quant aux discriminations déguisées, il faut établir une distinction entre l'exercice légitime de l'autorité gouvernementale et la discrimination lors de l'analyse de leur licéité¹⁷⁰⁶. On peut en ce sens mentionner la décision du tribunal arbitral en charge de l'affaire « *Marvin Feldman Karpa case* ». Ce tribunal a confirmé, lors de sa décision finale, les allégations des plaignants relatives à l'existence d'un traitement discriminatoire¹⁷⁰⁷. La loi mexicaine imposait notamment des taxes sur la production et la vente de cigarettes sur le territoire mexicain tout en exonérant leurs exportations desdites taxes¹⁷⁰⁸. Le tribunal arbitral a, entre autres, conclu que la législation mexicaine visait principalement à encourager les exportations nationales de tabac et discriminait *de facto* les revendeurs locaux¹⁷⁰⁹.

On est donc en mesure de conclure que la non-discrimination peut être examinée lors de l'analyse d'une situation ayant trait à l'expropriation. En effet, une expropriation n'est licite que si elle s'abstient de toute discrimination. Toutefois, ce n'est pas un critère que l'on invoque souvent dans le cadre de l'expropriation¹⁷¹⁰. En outre, elle n'est pas l'élément central de l'analyse de la licéité d'une mesure mais juste un critère parmi d'autres, pris en considération lors d'une affaire relative à un investissement étranger¹⁷¹¹. A noter que la condition relative à la non-discrimination au sein de certains TBI, se rapproche plus de la définition établie par l'AOTC (article 2.1) que par le GATT de 1994. Ce constat découle du fait que ce principe, tel qu'il est énoncé par certains TBI, peut être interprété de manière à laisser aux États d'accueil la liberté de prendre des mesures légitimes qui peuvent avoir un effet négatif mais accessoire sur les investissements étrangers¹⁷¹².

¹⁷⁰⁶ *Ibid.*

¹⁷⁰⁷ « *Marvin Feldman Karpa case* », Tribunal CIRDI, para. 184, p. 77.

¹⁷⁰⁸ *Ibid.*, para. 7, p. 3.

¹⁷⁰⁹ *Ibid.*, para. 187, pp. 77-78.

¹⁷¹⁰ Arnaud de Nanteuil, *op.cit.*, p. 344

¹⁷¹¹ *Ibid.*

¹⁷¹² Benn McGrady, *Principles of Non-Discrimination after US-Clove Cigarettes, US-Tuna II, US-Cool and EC-Seal Products and their Implications for International Investment Law*, *The Journal of World Investment and Trade*, 2015, p. 160.

4. La prohibition des mesures déraisonnables

La prohibition des mesures déraisonnables nous renvoie à l'interdiction des traitements arbitraires motivés par des objectifs d'ordre politique ou des considérations discriminatoires¹⁷¹³. De plus, certains auteurs assimilent la notion de « *mesures déraisonnables* » au concept des mesures injustes¹⁷¹⁴ alors que d'autres spécialistes considèrent que ladite notion énonce des dispositions semblables aux règles relatives à la non-discrimination¹⁷¹⁵. En outre, certains tribunaux arbitraux ont donné à ce concept un sens autonome des autres notions susmentionnées. Ils ont en effet pris en compte des facteurs différents tels que le rapport raisonnable de proportionnalité entre la charge ou le poids imposé à l'investisseur étranger et le but recherché par la mesure d'expropriation¹⁷¹⁶. On peut aussi mentionner la définition énoncée par le tribunal en charge de l'affaire « *Plama v. Bulgarie* ». Cette instance présente ce concept comme étant des mesures qui ne sont pas fondées sur des motifs valables mais sur des caprices ou des préjugés¹⁷¹⁷.

On peut donc conclure que la notion de mesures déraisonnables nous renvoie à l'arbitraire qui, en droit international, implique une violation ou un acte qui surprend¹⁷¹⁸. Les mesures déraisonnables vont donc inclure des normes qui vont à l'encontre du principe de la bonne gouvernance¹⁷¹⁹.

Toutefois, et en dépit de l'apparence anodine du concept et de l'approche simpliste choisie pour le définir, la détermination des critères pour l'établir risque de s'avérer plus complexe qu'elle en a l'air. En effet, certains auteurs estiment que le caractère déraisonnable d'une réglementation devrait être mesuré en fonction des attentes des parties. D'autres spécialistes soutiennent que la détermination peut être fondée sur les moyens choisis par l'État pour atteindre ses objectifs¹⁷²⁰. On peut mentionner, à titre d'exemple, la démarche suivie par

¹⁷¹³ Kenneth J. Vandeveld, *op.cit.*, p. 189.

¹⁷¹⁴ A. Newcombe / L. Paradell, *op.cit.*, p. 304.

¹⁷¹⁵ Todd Weiler, *Philip Morris v. Uruguay- An Analysis of Tobacco Control Measures in the Context of International Investment Law*, Report for Physicians for a Smoke Free Canada, juillet 2010, p. 14.

¹⁷¹⁶ Tribunal CIRDI en charge de l'affaire « *Tecmed v. Mexique* », ARB (AF)/12/1, 2003, para. 122, pp. 47-48.

¹⁷¹⁷ Tribunal CIRDI en charge de l'affaire « *Plama Consortium v. Bulgarie* », ARB/03/24, 2008, para. 184, p. 57.

¹⁷¹⁸ Valentina Vadi, *op.cit.*, p. 106.

¹⁷¹⁹ *Ibid.*

¹⁷²⁰ *Ibid.*

le tribunal arbitral en charge de l'affaire « BG v Argentina Case » qui considéra que le concept susmentionné devrait être établi en fonction des attentes des parties¹⁷²¹.

En outre, le caractère déraisonnable peut être évalué par rapport aux meilleurs pratiques réglementaires¹⁷²². Le tribunal arbitral devra en ce sens identifier les comparateurs pertinents. Cette problématique relative au caractère déraisonnable d'une mesure peut donc être soulevée lors de plusieurs litiges en relation avec des investissements internationaux. Elle risque par exemple de se retrouver au cœur de contentieux ayant trait à des réglementations antitabac. L'enjeu sera alors de déterminer si le tabac est un produit appartenant à une catégorie autonome ou s'il doit faire l'objet d'une comparaison avec d'autres produits. Les produits auxquels le tabac est susceptible d'être comparé sont notamment les boissons alcoolisées ou les produits malsains causant des maladies telles que l'obésité ou plus encore le diabète¹⁷²³. Le tabac est en effet souvent comparé à l'alcool ou aux produits susmentionnés lors des débats relatifs à sa réglementation¹⁷²⁴. Il risque en ce sens d'être désavantagé du fait que les aliments malsains n'imposent pas de mises en garde sanitaires ou de conditionnement neutre¹⁷²⁵. Cependant, le tabac est en mesure, depuis l'adoption de la CCLAT, d'être exempté d'une telle comparaison du fait de la nature contraignante des dispositions de ce traité. La détermination des critères pour établir si une mesure est déraisonnable ou non dépend donc du jugement des tribunaux arbitraux.

Cette problématique relative au caractère déraisonnables d'une mesure a notamment été soulevée lors du litige opposant Philip Morris International à l'Uruguay. La firme alléguait en effet que les mesures adoptées par ce pays

¹⁷²¹ Le tribunal arbitral (procédure CNUDCI) en charge de l'affaire « BG v Argentina Case » a tenu au para. 342, p. 105 de son rapport le constat suivant: « *like the < the fair and equitable treatment standard, reasonableness > should be measured against the expectations of the parties to the bilateral investment treaty* ».

¹⁷²² Valentina Vadi, *op.cit.*, p. 107.

¹⁷²³ *Ibid.*

¹⁷²⁴ Plusieurs auteurs ont mis en place une analyse générale des législations relatives aux aliments malsains, à l'alcool et au tabac. Ces trois produits soulèvent en effet les mêmes problématiques à savoir le danger qu'ils représentent pour la santé et le rôle déterminant qu'ils jouent dans la survenance de plusieurs MNT. Pour plus de détails voir Lawrence O. Gostin / Lindsay F. Wiley, *Public Health Law, Power, Duty Restraint*, Third Edition, University of California Press, 2016 ou plus encore Tania Voon / Andrew D. Mitchell / Jonathan Liberman, *Regulating Tobacco, Alcohol and Unhealthy Food/Legal Issues*, Routledge, 2015.

¹⁷²⁵ Cf. *supra*, note 1718.

étaient déraisonnables et arbitraires¹⁷²⁶. Nous allons maintenant traiter de la relation entre les investissements étrangers et le droit de la propriété intellectuelle pour clôturer par la suite notre travail par l'étude des litiges opposant Philip Morris Asie à l'Australie et l'Uruguay.

D. Les investissements étrangers et le droit de la propriété intellectuelle

La problématique liée à la protection des droits de la propriété intellectuelle (DPI) en tant qu'investissement a été traitée depuis longtemps¹⁷²⁷. Il ne s'agit donc pas, à proprement parler, d'un fait nouveau. De plus, on a assisté, par le passé, à un certain nombre de litiges impliquant d'anciennes formes d'investissements telles que le savoir-faire ou les fonds de commerce¹⁷²⁸.

Néanmoins, les contentieux traitant des droits de marques ou de brevets sont assez récents¹⁷²⁹. Plusieurs différends ont en effet vu le jour, opposant les titulaires des DPI aux États d'accueil et ce, du fait de la politique de ces derniers en matière de protection des intérêts publics¹⁷³⁰. Les litiges relatifs notamment

¹⁷²⁶ Tania Voon / Andrew D. Mitchell / Jonathan Liberman, *op.cit.*, p. 121.

¹⁷²⁷ La qualification des DPI comme investissements couverts par la plupart des accords internationaux d'investissement est loin d'être une nouveauté. La référence aux droits de propriété intellectuelle était déjà une caractéristique commune aux accords américains d'amitié, de commerce et de navigation avant l'expansion des TBI. On peut citer, à titre d'exemple, le traité négocié entre la Chine et les États-Unis qui incluait déjà la protection des droits d'auteur ou plus encore le TBI signé en 1959 entre le Pakistan et la république fédérale d'Allemagne. Pour plus d'informations, voir Lahra Liberty, *Intellectual Property Rights in International Investment Agreements*, Organisation for Economic Co-operation, and Development (OECD), Working papers on International Investment, 2010/01, 2010 ou Christophe Geiger, *Intellectual Property, and Investment Law: An introduction*, Center for Intellectual Property Studies, Research paper numéro 2019-10, 2019, p. 2. Sur le même sujet, voir aussi Carlos Maria Correa / Jorge E. Viñuales, *Intellectual Property Rights as Protected Investment: How Open are the Gates?*, *Journal of International Economic Law*, Volume 19, 2016, pp. 91-120.

¹⁷²⁸ Emmanuel Kolawole Oke, *The Interface Between Intellectual Property and Investment Law / An Intertextual Analysis*, Elgar Intellectual Property and Global Development Series, 2021, pp. 1-2.

¹⁷²⁹ *Ibid.*

¹⁷³⁰ Christophe Geiger, *art.cit.*, p. 3.

aux produits du tabac (que nous allons examiner plus loin dans ce travail) en sont le meilleur exemple. Ils reflètent parfaitement cette interaction entre les DPI et la protection des investissements¹⁷³¹.

On peut aussi constater que les conflits en relation avec le tabac au sein des investissements étrangers englobent plusieurs segments du droit tels que le droit international de l'investissement ou plus encore le droit de la propriété intellectuelle et les droits de l'Homme. On va donc traiter, au cours de ce chapitre, de la protection des droits de propriété intellectuelle, en tant qu'investissement, pour mieux analyser par la suite les conflits ayant trait au tabac au sein de certains TBI.

1. La prolifération des textes protégeant les droits de propriété intellectuelle en tant qu'investissement

Lorsqu'on étudie le droit de la propriété intellectuelle sous l'angle des investissements, on peut constater que plusieurs problématiques relatives à la santé soulèvent des questions concernant ses règles. Ce constat est dû au fait que la plupart des traités d'investissement reconnaissent les droits de propriété intellectuelle comme un investissement¹⁷³². La création de ces droits a été notamment motivée par la volonté d'encourager les investissements dans des domaines innovants¹⁷³³. Dans certains textes juridiques, les droits de propriété intellectuelle sont protégés en leur qualité d'investissement¹⁷³⁴. Ces droits se verront donc conférer une protection supplémentaire qui se superpose à celle qui leur est accordée par les régimes de protection intellectuelle¹⁷³⁵. On va donc assister à une prolifération des traités qui accordent des protections complémentaires¹⁷³⁶.

¹⁷³¹ *Ibid.*, pp. 1-3.

¹⁷³² Société française pour le droit international, Colloque de Rennes, *Santé et droit international*, Editions A. Pedone-13 rue Soufflot-Paris, 2019, p. 216.

¹⁷³³ Sabrina Robert-Cuendet / Brigitte Stern, *op.cit.*, p. 361

¹⁷³⁴ Emmanuel Kolawole Oke, *op.cit.*, p. 50.

¹⁷³⁵ L. Vanhoennacker, *Intellectual Property Rights as Foreign Direct Investment: From Collison to Collaboration*, Cheltenham, UK / Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2015, p. 7.

¹⁷³⁶ Les protections complémentaires sont contenues au sein de plusieurs traités tels que les traités de protection des investissements, les traités de libres échanges ou plus encore dans les accords d'association.

Néanmoins, pour bénéficier d'une protection, le droit de la propriété intellectuelle doit s'inscrire dans le cadre d'un investissement et son titulaire doit être un investisseur au sens du traité¹⁷³⁷. On peut citer, à titre d'exemple, l'accord entre la Tunisie et la France (portant sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements) qui inclut dans sa définition d'investissement, les droits de propriété intellectuelle¹⁷³⁸. En outre, ces droits peuvent être contenus au sein du champ de certains traités de libre-échange. L'accord qui reflète le mieux cette intégration est sans doute celui conclu entre les États-Unis, le Canada et le Mexique, l'accord de libre-échange nord-américain (ALENA)¹⁷³⁹. Nous allons maintenant examiner la teneur de la protection accordée aux droits de propriété intellectuelle en tant qu'investissement.

2. Protection des droits de propriété intellectuelle en tant qu'investissement

Il existe une tendance conventionnelle qui introduit au sein des traités d'investissement des dispositions qui renvoient à l'accord sur les ADPIC. Ce renvoi aspire à opérer une combinaison harmonieuse entre les deux instruments¹⁷⁴⁰. Cette approche s'explique par le fait que la grande majorité des traités reconnaissent les droits de propriété intellectuelle comme étant des investissements¹⁷⁴¹. Cette transposition des accords de l'ADPIC au sein de certains traités a émergé dans le cadre de l'expropriation. On peut citer, à titre d'exemple, l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union Européenne (AECG/CETA) qui, par le biais de sa clause d'expropriation, fait expressément

¹⁷³⁷ « *Salini c. Maroc* », Tribunal CIRDI, ARB/00/4, 2001, paras. 44, 49.

¹⁷³⁸ L'article 1 alinéa 1, d de l'accord conclu entre le gouvernement de la république tunisienne et le gouvernement de la république française en 1997 à Paris et portant sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements stipule ce qui suit : « *Le terme investissement désigne des avoirs tels que les biens, droits et intérêts de toutes natures et, plus particulièrement mais non exclusivement : (d) les droits d'auteurs, les droits de propriété industrielle (tels que les brevets d'invention, licence, etc)* ».

¹⁷³⁹ Voir l'article 1139 de l'ALENA.

¹⁷⁴⁰ Société française pour le droit international, Colloque de Rennes, *Santé et droit international*, Editions A. Pedone-13 rue Soufflot-Paris, 2019, p. 217.

¹⁷⁴¹ *Ibid.*

mention des accords de l'ADPIC¹⁷⁴². Ce renvoi peut aider à introduire une certaine cohérence entre les différents ordres juridiques du droit international économique. Néanmoins, il risque de donner lieu à deux solutions divergentes. En effet, l'interprétation de l'ADPIC sera confiée à deux juges, d'où la possibilité de voir apparaître plusieurs conclusions¹⁷⁴³.

On se doit aussi, dans le sillage de cette analyse, de se poser la question de savoir quelle est la portée exacte (ou la valeur ajoutée) de la protection apportée à la propriété intellectuelle en tant qu'investissement. Une ancienne étude, publiée en 1998, présente les accords en matière de propriété intellectuelle comme étant un *lex specilais* en relation avec les règles prévues par certains traités relatifs à la protection des investissements¹⁷⁴⁴. Cette approche implique que ces accords prévalent pour régler toute question ayant trait à l'exercice des droits de propriété intellectuelle¹⁷⁴⁵. En outre, les protections garanties par certains TBI, à l'instar des clauses de traitement national, n'étendent pas leurs effets aux différents accords relatifs à la propriété intellectuelle¹⁷⁴⁶. On peut en ce sens mentionner l'article 31 alinéa 3 de la Convention de Vienne sur le droit des traités¹⁷⁴⁷.

A la lumière de cette analyse, on est en mesure de conclure que les règles spécifiques d'un traité relatif à la propriété intellectuelle peuvent être utilisées pour interpréter des exigences contenues dans les TBI. En outre, et en analysant de plus près ces traités, on remarque qu'il existe plusieurs manières de ré-

¹⁷⁴² L'article 8.12 de l'accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union Européenne stipule dans son alinéa 6 ce qui suit : « Il est entendu que la révocation, la limitation ou la création de droits de propriété intellectuelle, pour autant que ces mesures soient conformes à l'Accord sur les ADPIC et au chapitre Vingt (Propriété intellectuelle), ne constituent pas une expropriation. De plus, une détermination selon laquelle ces mesures ne sont pas conformes à l'Accord sur les ADPIC ou au chapitre Vingt (Propriété intellectuelle) n'établit pas qu'il y a eu expropriation ».

¹⁷⁴³ Cf. *supra*, note 1733.

¹⁷⁴⁴ François Dubuisson, *Les accords internationaux relatifs à la protection des investissements et le droit d'auteur*, Revue belge de droit international, 1998, pp. 460-466.

¹⁷⁴⁵ *Ibid.*

¹⁷⁴⁶ Sabrina Robert-Cuendet / Brigitte Stern, *op.cit.*, p. 375.

¹⁷⁴⁷ L'article 31(3) de la convention de Vienne sur le droit des traités énonce ce qui suit : « les dispositions d'un traité doivent s'interpréter en tenant compte de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ».

gir la propriété intellectuelle. En effet, certains TBI effectuent un renvoi explicite à des accords existants dans le domaine de la propriété intellectuelle alors que d'autres traités établissent une protection supplémentaire¹⁷⁴⁸.

Ces différentes problématiques sont susceptibles de nous amener à examiner l'impact des enjeux relatifs à la santé publique sur des litiges ayant trait aux droits de propriété intellectuelle en tant qu'investissement. Cette notion risque en effet d'être au cœur des contentieux relatifs notamment à l'expropriation. Ce constat s'explique en partie par l'adoption par certains États des emballages neutres. La prochaine partie sera consacrée à l'analyse des différends en relation avec le tabac, survenus au sein de certains TBI.

E. Les litiges relatifs à la lutte antitabac au sein des TBI

1. Philip Morris c. Uruguay

Le litige que nous allons étudier au cours de cette partie est très pertinent du point de vue du droit international de l'investissement. En effet, le tribunal en charge de l'affaire (CIRDI) a accordé aux États une large marge de manœuvre pour protéger cette notion primordiale qu'est la santé publique. On va donc traiter d'un examen contemporain relatif à un différend international en matière d'investissement dans le cadre de la lutte antitabac. Il faut en ce sens présenter les faits avant d'aborder les questions juridiques en jeu lors de ce contentieux.

1.1. Les principaux faits de l'affaire Philip Morris c. Uruguay

En février 2010, *Philip Morris Products* (Suisse), en plus d'autres compagnies, a déposé une demande d'arbitrage en vertu du TBI liant la Suisse et l'Uruguay. Elle estime que l'Uruguay a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du TBI susmentionné¹⁷⁴⁹. En outre, elle considère que cet acte a donné lieu à une baisse significative des ventes de ses produits¹⁷⁵⁰. Cette demande est principalement due au fait que l'Uruguay ait introduit de nouvelles mesures en relation notamment avec le conditionnement des produits du tabac¹⁷⁵¹. Les réglementations adoptées par cet État s'inscrivent donc dans le cadre de sa

¹⁷⁴⁸ Sabrina Robert-Cuendet / Brigitte Stern, *op.cit.*, p. 370.

¹⁷⁴⁹ Alberto Alemanno / Enrico Bonadio, *op.cit.*, p. 216.

¹⁷⁵⁰ *Ibid.*

¹⁷⁵¹ Tania Voon et al, *op.cit.*, p. 176.

volonté de combattre les méfaits des produits tabagiques¹⁷⁵². En effet, l'Uruguay affiche l'un des taux de tabagisme les plus élevés en Amérique latine¹⁷⁵³. En outre, ce fléau affecte sérieusement la santé de la population locale et représente en même temps un lourd fardeau économique pour le pays¹⁷⁵⁴. Pour remédier à ces problèmes, ce pays a donc décidé d'entamer une véritable croisade antitabac en adoptant des mesures chocs à l'encontre de ce produit. Ces réglementations mettent en place des dispositions qui vont radicalement changer le conditionnement des produits du tabac en vente dans ce pays, d'où les principales plaintes déposées par l'industrie du tabac.

Le plaignant va tout d'abord contester l'obligation relative au fait que les avertissements sanitaires doivent couvrir plus 80% de la surface des emballages¹⁷⁵⁵. En outre, les législations contestées prohibent la présence de toute information qui risquent d'induire le consommateur en erreur. De plus, les logos de la marque ainsi que les couleurs sur les emballages sont interdits en vertu des dites législations¹⁷⁵⁶. La loi uruguayenne défend aussi aux revendeurs locaux de présenter une même marque sous plusieurs formes surtout lorsque ces formes sont trompeuses quant aux conséquences néfastes de la consommation tabagique¹⁷⁵⁷.

L'industrie du tabac soutient donc que ces mesures violent les obligations de l'Uruguay en vertu du TBI qu'elle a signé avec la Suisse. Elle considère en premier lieu que la législation en question entrave la gestion, l'utilisation, la jouissance et la vente des investissements du fait de son caractère discriminatoire¹⁷⁵⁸. De plus, elle estime que l'Uruguay doit s'abstenir de tout acte d'expropriation sauf à des fins publiques et en moyennant le versement d'une indemnité (article 5.1 du TBI)¹⁷⁵⁹. L'industrie du tabac rappelle aussi à la partie défenderesse le principe de traitement juste et équitable qu'elle a l'obliga-

¹⁷⁵² Stefanie Schacherer, International Institute for Sustainable Development, Investment Treaty News, *Philip Morris v Uruguay*, October 2018, <<https://www.iisd.org/itn/en/2018/10/18/philip-morris-v-uruguay/>> (Dernière consultation : le 09/12/2020).

¹⁷⁵³ *Ibid.*

¹⁷⁵⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵⁵ Andrew D. Mitchell / Tania Voon, *op.cit.*, p. 246.

¹⁷⁵⁶ *Ibid.*

¹⁷⁵⁷ World Health Organization, *Confronting the Tobacco Epidemic in a New Era of Trade and Investment Liberalization*, Commissioned by the World Health Organization Tobacco Free Initiative, 2012, p. 60.

¹⁷⁵⁸ *Ibid.*

¹⁷⁵⁹ Rapport final du tribunal CIRDI, « *Philip Morris c. Uruguay* », ARB/10/7, para 184, p. 49.

tion d'assurer aux investisseurs étrangers (article 3.2 du TBI)¹⁷⁶⁰. Elle considère aussi que les mesures en question violent plusieurs dispositions de certains accords de l'OMC à l'instar de l'accord sur les ADPIC¹⁷⁶¹. Les allégations formulées par le plaignant s'expliquent principalement par l'incidence des mesures contestées sur leurs ventes. En effet, Philip Morris a vu 7 de ses 13 variants de produits retirés du marché¹⁷⁶². En outre, elle affirme que la législation en question réduit la valeur de son investissement en portant atteinte à ses droits de propriété intellectuelle¹⁷⁶³. Le plaignant conteste aussi le fait que les mesures antitabac adoptées par l'Uruguay interdisent l'usage de mentions telles que Marlboro light, ultra light, menthol, etc¹⁷⁶⁴.

Pour contrer l'ensemble de ces allégations, le ministre de la Santé de l'Uruguay estime que les réglementations prohibant les emballages trompeurs sont conformes aux directives de l'article 13 la CCLAT¹⁷⁶⁵. Ils s'inscrivent donc dans le cadre de la volonté du pays susmentionné de donner effet à ses obligations découlant de cette convention. Ce litige va donc être traité à la lumière des protections accordées par le droit international de l'investissement à savoir le traitement juste et équitable et la protection contre l'expropriation¹⁷⁶⁶.

1.2. La relation entre les mesures contestées et le droit international de l'investissement

Le TBI entre la Suisse et l'Uruguay définit les investissements dans son article 1(2). Ledit article dispose que cette notion comprend toutes les catégories d'actifs¹⁷⁶⁷. Ces actifs englobent les droits de propriété industrielle tels que les marques de commerce ou de fabrique¹⁷⁶⁸. A la lumière de cette définition, il est peu probable qu'il y ait controverse sur le fait que les marques détenues par

¹⁷⁶⁰ *Ibid.*, para. 313, pp. 89-90.

¹⁷⁶¹ Cf. *supra*, note 1755.

¹⁷⁶² Alberto Alemanno / Enrico Bonadio, *op.cit.*, p. 215.

¹⁷⁶³ Rapport final du tribunal CIRDI, « *Philip Morris c. Uruguay* », ARB/10/7, para. 11, pp. 2-3.

¹⁷⁶⁴ *Ibid.*, para. 10, p. 2.

¹⁷⁶⁵ Tania Voon et al, *op.cit.*, p. 177.

¹⁷⁶⁶ Sur ces deux protections garanties par le droit international de l'investissement, voir [partie C \(Les protections garanties par le droit international de l'investissement\), para. 1 et 2, chapitre VI](#) ci-dessus.

¹⁷⁶⁷ L'article 1.2 de l'accord entre la Confédération Suisse et la République orientale de l'Uruguay concernant la promotion et la protection réciproques des investissements stipule ce qui suit : « *Le terme < investissements > englobe toutes les catégories d'avoirs* ».

¹⁷⁶⁸ Article 1.2(d) de l'accord entre la Confédération Suisse et la République orientale de l'Uruguay concernant la promotion et la protection réciproques des investissements.

Philip Morris International constitue un investissement. En outre, l'industrie du tabac devra établir que ses droits de propriété sont un investissement au titre de la convention et le règlement du CIRDI (article 25)¹⁷⁶⁹. Elle risque aussi de voir l'autre partie invoquer l'article 2(1) du TBI entre les deux pays. En effet, la définition de l'investissement établie par cet article énonce que certaines activités économiques peuvent ne pas être autorisées pour des raisons d'ordre sanitaire ou en relation avec la sécurité¹⁷⁷⁰.

On constate en premier lieu que le règlement du CIRDI n'a pas établi une définition claire de la notion « *d'investissement* ». En l'absence d'une telle définition, le tribunal opta pour la démarche mise en place lors de l'affaire opposant le groupe de construction italien *Salini* au Royaume du Maroc¹⁷⁷¹. Ladite démarche, communément appelée « *Salini Test* », se fonde sur trois objectifs pour définir avec exactitude la notion d'investissement. Un investissement doit donc contenir les éléments suivants à savoir un apport en argent ou en actifs, un risque supporté par l'investisseur et une contribution à l'économie de l'État d'accueil¹⁷⁷².

L'Uruguay a estimé que la contribution (3^{ème} critère) devait être positive et significative. En l'espèce, elle considère que l'investissement de Philip Morris International, ne remplit pas ce critère du fait des coûts économiques exorbitants qu'il engendre en matière de santé publique et qui s'élèvent à plus de 150 millions de dollars par an¹⁷⁷³. Néanmoins, le tribunal arbitral en charge de cette affaire rejeta cet argument (sans pour autant se prononcer sur la portée exacte de la notion de contribution). En effet, il estime que de telles contributions ne

¹⁷⁶⁹ Voir l'article 25 du chapitre II (Compétence du Centre) CIRDI.

¹⁷⁷⁰ L'article 2.1 de l'accord entre la Confédération Suisse et la République orientale de l'Uruguay concernant la promotion et la protection réciproques des investissements stipule ce qui suit : « *Chaque Partie Contractante encouragera, dans la mesure du possible, les investissements des investisseurs de l'autre Partie Contractante sur son territoire et admettra ces investissements conformément à sa législation. Les Parties Contractantes se reconnaissent mutuellement le droit de ne pas autoriser des activités économiques pour des raisons de sécurité, d'ordre, de santé ou de moralité publics, ainsi que les activités réservées par la loi à leurs propres investisseurs* ».

¹⁷⁷¹ ACERIS, International Arbitration Law Firm, *The Salini Test in ICSID Arbitration*, Le 16/09/2018, <<https://www.acerislaw.com/the-salini-test-in-icsid-arbitration/>> (Dernière consultation : le 10/12/2020).

¹⁷⁷² *Ibid.*

¹⁷⁷³ Decision on jurisdiction, « *Philip Morris v. Uruguay* », ARB/10/7, paras. 181-182, p. 60.

constituent pas, en l'espèce, une condition nécessaire à l'établissement d'une compétence¹⁷⁷⁴. Il considère en ce sens que ce critère n'est qu'une condition parmi d'autres pour l'établissement de l'existence d'un investissement¹⁷⁷⁵.

En ce qui concerne les objections émises par l'Uruguay, elles ont toutes été réfutées par le tribunal arbitral¹⁷⁷⁶. La partie défenderesse a tout d'abord allégué que les mesures de santé publique qu'elle a prises ne tombaient pas sous le coup de l'article 2.1 du TBI la liant à la Suisse. Elle estime en effet, en se référant notamment aux dispositions de l'article susmentionné, que ses dispositions ne portent que sur deux notions, à savoir la promotion et l'admission de l'investissement¹⁷⁷⁷. Le tribunal CIRDI considère que la notion de promotion, telle qu'elle est définie dans le préambule du présent TBI, nous renvoie à l'obligation faite aux États contractants de créer des conditions nécessaires à l'écoulement des investissements¹⁷⁷⁸. Quant à la notion d'admission, elle désigne l'acte par lequel un État permet, après avoir notamment vérifié la conformité d'un investissement avec sa législation interne, de réaliser ledit investissement sur son territoire. Par le biais de cette action, l'État en question accepte qu'un investissement soit protégé aux fins du présent TBI¹⁷⁷⁹. En outre, en analysant de plus près l'article 2.1, on est en mesure de conclure que cette référence relative à la santé publique comme une des raisons pouvant justifier le refus d'un investissement nous renvoie à un stade antérieur à celui de l'admission des investissements¹⁷⁸⁰. En effet, cette notion de santé publique se présente comme une exception que l'on retrouve dans l'article susmentionné juste après la référence faite au devoir de chaque État d'admettre des investissements¹⁷⁸¹.

On constate alors que l'exception en relation avec ladite notion fait référence à une étape antérieure à l'admission de tout investissent sur le territoire de l'une des parties contractantes. Ce renvoi relatif à la protection de la santé publique ne s'inscrit donc pas dans le cadre de la volonté des rédacteurs du traité d'exclure la santé publique du champ d'application des protections prévues par le TBI en question¹⁷⁸². L'Uruguay pourrait bannir cet investissement

¹⁷⁷⁴ *Ibid.*, paras. 208-210, p. 68.

¹⁷⁷⁵ *Ibid.*, paras. 208-210, p. 68.

¹⁷⁷⁶ *Ibid.*, para. 175, p. 59.

¹⁷⁷⁷ *Ibid.*, para. 167, p. 56.

¹⁷⁷⁸ *Ibid.*, para. 168, p. 56.

¹⁷⁷⁹ *Ibid.*, para. 169, p. 56.

¹⁷⁸⁰ *Ibid.*, para. 170, p. 57.

¹⁷⁸¹ Voir l'article 2.1 du TBI entre la Suisse et l'Uruguay.

¹⁷⁸² Decision on jurisdiction, « *Philip Morris v. Uruguay* », ARB/10/7, para. 171, p. 57.

pour des raisons de santé publique en prévoyant une loi allant dans ce sens au sein de sa législation interne¹⁷⁸³. Néanmoins, aucune mesure de ce genre n'a été jusqu'à présent adoptée par l'Uruguay. Au contraire, ces investissements (effectués par Philip Morris International) ont été encouragés par l'octroi, en 2002, d'une exception de toutes les surtaxes en relation avec l'importation de certains types de matériel de fabrication de cigarettes¹⁷⁸⁴.

On remarque donc que l'Uruguay a encouragé les investissements relatifs aux produits du tabac. Ce pays a en effet admis, dès le début, les investissements réalisés par les plaignants. Le tribunal en charge de cette affaire a finalement conclu que l'article 2.1 ne créait pas d'exceptions aux obligations de fond du TBI en ce qui concerne les investissements qui ont été déjà admis par l'une des parties contractantes (l'Uruguay)¹⁷⁸⁵. Néanmoins, rien n'empêche l'une des parties au TBI d'exercer son pouvoir souverain en matière de réglementation des produits nocifs et ce, dans l'optique de protéger la santé de ses citoyens¹⁷⁸⁶. Il faut toutefois noter que l'article 2.1 ne traite que de l'admission d'un investissement. Il ne peut donc être invoqué le cas échéant. Le tribunal CIRDI a en ce sens estimé que le présent article portait uniquement sur la question de savoir si les investissements devaient être admis sur le territoire des parties et non sur la qualification des autres dispositions de fond prévues dans le TBI¹⁷⁸⁷.

Les marques enregistrées par Philip Morris International sur le sol uruguayen ont été finalement reconnues par le tribunal (CIRDI) comme étant des investissements au sens du TBI singé entre les deux pays. En effet, le tribunal CIRDI s'est déclaré compétent et a donc examiné les plaintes déposées par la firme susmentionnée¹⁷⁸⁸. Dès lors, on essaiera d'analyser, avec minutie, les enjeux juridiques découlant du présent litige avant d'exposer la décision finale du tribunal arbitral en charge de cette affaire.

1.3. Le verdict final du tribunal arbitral

Nous allons présenter les principales conclusions établies par le tribunal CIRDI lors du litige mettant au prise l'Uruguay et Philip Morris International.

¹⁷⁸³ *Ibid.*

¹⁷⁸⁴ *Ibid.*, para. 172, p. 58.

¹⁷⁸⁵ *Ibid.*, para. 174, p. 58.

¹⁷⁸⁶ *Ibid.*

¹⁷⁸⁷ Alberto Alemanno / Enrico Bonadio, *op.cit.*, pp. 221-222.

¹⁷⁸⁸ Decision on jurisdiction, « *Philip Morris v. Uruguay* », ARB/10/7, 2 juillet 2013.

1.4. La décision relative à l'existence d'un droit d'usage

On a pu observer, au cours de notre travail, que des litiges semblables à celui que l'on traite dans ce chapitre, ont été portés devant l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'OMC¹⁷⁸⁹. Néanmoins, le mécanisme établi par cette organisation ne peut empêcher les autres tribunaux arbitraux de se déclarer compétents. Le tribunal CIRDI en charge du litige opposant Philip Morris International à l'Uruguay s'est toutefois fondé, lors de l'analyse des faits qui lui ont été exposés, sur certaines dispositions de l'ADPIC¹⁷⁹⁰. Il a donc fait référence aux dispositions de cet accord pour déterminer la portée exacte des droits de marque invoqués par Philip Morris International. En effet, la firme estimait qu'elle possédait un droit d'usage alors que la partie défenderesse soutenait que les droits relatifs aux marques de commerce conféraient un droit négatif d'empêcher un tiers d'utiliser une marque enregistrée¹⁷⁹¹. Le tribunal va alors baser son approche sur les articles 20, 16 et 8 de l'ADPIC¹⁷⁹².

Nous avons déjà analysé, lors de notre chapitre relatif à la lutte antitabac dans le cadre du droit de la propriété intellectuelle, les droits conférés par l'accord sur les ADPIC et la portée exacte des articles susmentionnés¹⁷⁹³. Par conséquent, il n'est nul besoin de présenter l'approche du tribunal arbitral qui, de surcroît, tiendra le même constat que le groupe spécial de l'OMC en charge de l'affaire relative au TPP. Ce tribunal a en effet conclu que les marques enregistrées par Philip Morris International n'offraient que des droits négatifs qui ne pouvaient empêcher des limitations imposées par l'État¹⁷⁹⁴. Les mesures visant à atteindre des objectifs légitimes de santé publique ne sont donc pas contraires aux droits des marques.

1.5. Le constat relatif à l'expropriation

Nous avons déjà présenté la nature de l'expropriation (indirecte) en jeux lors des litiges ayant trait aux produits du tabac¹⁷⁹⁵. On se doit maintenant d'analyser les allégations de Philip Morris relatives à l'existence d'une expropriation

¹⁷⁸⁹ Voir [partie C, chapitre V](#) ci-dessus.

¹⁷⁹⁰ Sabrina Robert-Cuendet / Brigitte Stern, *op.cit.*, p. 379.

¹⁷⁹¹ *Ibid.*

¹⁷⁹² *Ibid.*, pp. 379-380.

¹⁷⁹³ Voir [partie 2, paras. 2.1.2.2, 2.1.2.4 et 2.1.2.5, chapitre V](#) ci-dessus.

¹⁷⁹⁴ Rapport final du tribunal CIRDI, « *Philip Morris c. Uruguay* », ARB/10/7, paras. 268-270, p. 75.

¹⁷⁹⁵ Voir [partie C, chapitre V](#) ci-dessus.

indirecte découlant des mesures contestées. Ce principe qu'est l'expropriation est contenu au sein de l'article 5.1 du TBI signé entre la Suisse et l'Uruguay¹⁷⁹⁶. A la lecture dudit article, on peut conclure qu'il autorise l'expropriation à condition que la réglementation contestée soit d'intérêt public, non-discriminatoire, conforme à la loi et qu'elle prévoit une compensation¹⁷⁹⁷. Nous allons maintenant exposer les allégations des parties au litige.

Philip Morris International a estimé que les obligations qui résultaient des réglementations uruguayennes constituaient une expropriation indirecte de ses actifs de marque¹⁷⁹⁸. L'Uruguay réfuta ces allégations car elle considérait que ses mesures ne sauraient constituer une expropriation du fait qu'elles s'inscrivaient dans le cadre de l'exercice légitime de son pouvoir souverain de protéger la santé publique¹⁷⁹⁹.

L'argument du défendeur a été finalement accepté par le tribunal CIRDI et ce, pour plusieurs raisons. Ce tribunal a tout d'abord estimé que les règlements contestés n'avaient pas pour effet de priver Philip Morris International de son investissement vu qu'elle pouvait poursuivre son activité de vente¹⁸⁰⁰. En outre, il a analysé l'argumentation de l'Uruguay en relation avec l'exercice légitime de son pouvoir souverain de protéger la santé. Le tribunal a en ce sens reconnu que la protection de la santé publique était une manifestation des pouvoirs souverains de l'État. Les mesures adoptées par le défendeur constituent donc, de l'avis de ce tribunal, un exercice valable des pouvoirs de police de l'État¹⁸⁰¹. Elles s'inscrivent donc dans le cadre des obligations juridiques nationales et

¹⁷⁹⁶ L'article 5.1 de l'accord entre la Confédération suisse et la République orientale de l'Uruguay concernant la promotion et la protection réciproques des Investissements stipule ce qui suit : « *either directly or indirectly, measures of expropriation, nationalization or any other measure having the same nature or the same effect against investments belonging to investors of the other Contracting Party, unless the measures are taken for the public benefit as established by law, on a non-discriminatory basis, and under due process of law, and provided that provisions be made for effective and adequate compensation* ».

¹⁷⁹⁷ Article 5.1 de l'accord entre la Confédération Suisse et la République orientale de l'Uruguay concernant la promotion et la protection réciproques des Investissement.

¹⁷⁹⁸ Vivian Daniele Rocha Gabriel / Alebe Linhares Mesquita, *Repackaging Intellectual Property Protection International Investment Law: Lessons from the Philip Morris v. Uruguay Case*, Georgetown Journal of International Law, Volume 49, p. 1138.

¹⁷⁹⁹ Stefanie Schacherer, International Institute for Sustainable Development, Investment Treaty News, *Philip Morris v Uruguay*, October 2018, <<https://www.iisd.org/itn/en/2018/10/18/philip-morris-v-uruguay/>> (Dernière consultation : le 10/12/2020).

¹⁸⁰⁰ *Ibid.*

¹⁸⁰¹ Rapport final du tribunal CIRDI, « *Philip Morris c. Uruguay* », ARB/10/7, para. 287, p. 81.

internationales de l'Uruguay en matière de protection de la santé publique¹⁸⁰². Elles ont aussi été adoptées de bonne foi et d'une manière non discriminatoire et proportionnée¹⁸⁰³. Ces mesures visent par conséquent à remplir un objectif en matière d'intérêt public.

De plus, le tribunal a conclu que la réglementation uruguayenne n'était en rien une expropriation indirecte vu qu'elle ne donnait pas lieu à une privation substantielle de la valeur, de l'utilisation ou de la jouissance de l'investissement¹⁸⁰⁴. En effet, il a estimé que tant qu'il restait une valeur suffisante après l'entrée en vigueur des législations contestées, on ne pouvait parler d'expropriation¹⁸⁰⁵. Les plaignants continuaient malgré la mise en œuvre des mesures contestées de récolter un retour sur leur investissement en Uruguay¹⁸⁰⁶. On peut donc conclure que les règlements adoptés par le défendeur ne représentent en aucun cas une expropriation indirecte.

1.6. La décision en matière de traitement juste et équitable

Nous allons traiter, au cours de cette partie, de la légalité des législations contestées au titre du critère relatif au traitement juste et équitable. En effet, Philip Morris International estimait que les mesures adoptées par l'Uruguay étaient arbitraires du fait du préjudice substantiel qu'elles causaient. Elle considérait en outre que les dites mesures violaient les principes relatifs au traitement juste et équitable¹⁸⁰⁷. Pour sa défense, l'Uruguay va tenir les mêmes arguments cités lors de l'analyse établie par tribunal au titre de l'article 5.1 du TBI, à savoir que ses règlements antitabac étaient adoptés de bonne foi et qu'ils étaient liés à des objectifs de santé publique¹⁸⁰⁸.

¹⁸⁰² *Ibid.*, para. 302, p. 86.

¹⁸⁰³ *Ibid.*, para. 307, p. 87.

¹⁸⁰⁴ Cf. *supra*, note 1799.

¹⁸⁰⁵ Rapport final du tribunal CIRDI, « *Philip Morris c. Uruguay* », ARB/10/7, para. 286, p. 81.

¹⁸⁰⁶ *Ibid.*, para. 282, p. 80.

¹⁸⁰⁷ Stefanie Schacherer, International Institute for Sustainable Development, Investment Treaty News, *Philip Morris v Uruguay*, October 2018, <<https://www.iisd.org/itn/en/2018/10/18/philip-morris-v-uruguay/>> (Dernière consultation: le 09/12/2020).

¹⁸⁰⁸ *Ibid.*

Les principales allégations de Philip Morris International ont été finalement rejetées. En effet, le tribunal CIRDI estima que les mesures contestées n'étaient en aucun cas arbitraires et ce, pour plusieurs raisons¹⁸⁰⁹. Le tribunal arbitral considéra en premier lieu que les réglementations mises en cause ont été adoptées de bonne foi¹⁸¹⁰. Elles étaient aussi fondées sur des données empiriques. En outre, l'Uruguay a ratifié la CCLAT¹⁸¹¹. Le tribunal a en ce sens déclaré que la responsabilité en matière de santé incombait aux tribunaux nationaux d'accorder une marge de manœuvre aux États pour pouvoir protéger la santé publique¹⁸¹². Les mesures adoptées par le défendeur visaient, selon ce tribunal, à répondre à une menace réelle qui pesait sur la santé. Les différentes lois antitabac contestées sont donc des mesures raisonnables, adoptées de bonne foi qui aspirent à mettre en œuvre les obligations de l'Uruguay en vertu de la CCLAT¹⁸¹³. Le tribunal arbitral a finalement conclu que les règlements en question ne violaient pas le principe relatif au traitement juste et équitable (contenu au sein de l'article 3 (2) du TBI signé entre les parties au litige). En effet, les dispositions contenues ne sont en aucun cas arbitraires¹⁸¹⁴.

A noter aussi que d'autres arguments ont été présentés par les parties au cours de ce litige. Philip Morris a, par exemple, estimé que l'Uruguay avait violé le principe relatif au traitement juste et équitable car son attente légitime relative au fait que l'environnement réglementaire n'allait pas radicalement changer n'a pas été respectée. Cet argument a été lui aussi réfuté par le tribunal CIRDI car ces attentes ne pouvaient empêcher des changements allant dans ce sens¹⁸¹⁵. En outre, le tribunal susmentionné estima que le principe de traitement juste et équitable ne saurait interdire de tels changements si l'État hôte n'a pas modifié le cadre juridique invoqué par l'investisseur au moment de l'investissement¹⁸¹⁶. Il considère, qu'au contraire, tout investisseur doit s'attendre à plus de changement au niveau des lois antitabac au regard notamment des

¹⁸⁰⁹ Case Summaries: *International Investment Law, Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case no ARB/10/7, p. 554.

¹⁸¹⁰ *Ibid.*

¹⁸¹¹ *Ibid.*

¹⁸¹² Vivian Daniele Rocha Gabriel / Alebe Linhares Mesquita, *art.cit.*, p. 1138.

¹⁸¹³ Rapport final du tribunal CIRDI, « *Philip Morris c. Uruguay* », ARB/10/7, para. 420, p. 123.

¹⁸¹⁴ *Cf. supra*, note 1812.

¹⁸¹⁵ *Ibid.*

¹⁸¹⁶ Rapport final du tribunal CIRDI, « *Philip Morris c. Uruguay* », ARB/10 /7, para. 423, p. 123.

avancées actuelles en matière de lutte contre ce produit¹⁸¹⁷. De plus, le tribunal arbitral a estimé que les mesures contestées ne présentaient pas de caractère déraisonnable¹⁸¹⁸.

1.7. La place de la protection de la santé au sein de ce litige

Comme mentionné auparavant, les règlements contestés ont été en partie justifiés du fait de leur objectif relatifs à la protection de la santé. Nous allons donc analyser, avec minutie, cette argumentation pour mettre en lumière l'importance d'une telle notion dans le cadre du droit international. Les plaignants peuvent en effet invoquer ce droit primordial qu'est le droit à la santé pour défendre leurs mesures.

On remarque tout d'abord que cette notion est consacrée d'une manière claire et limpide à l'article 12 du Pacte de 1966 sur les droits économiques, sociaux et culturels¹⁸¹⁹. En outre, l'observation générale numéro 14 sur le droit à la santé a indiqué que le paragraphe 2 de l'article susmentionné englobait également les mesures qui visent à décourager la consommation d'alcool et de tabac¹⁸²⁰. Le comité des droits économiques, sociaux et culturels estime en ce sens que le fait de ne pas décourager la consommation de tels produits était contraire à l'obligation de protection qui incombait aux États¹⁸²¹. Ces préceptes ont été par la suite renforcés avec notamment l'entrée en vigueur de la CCLAT, dont les dispositions contraignantes et le caractère universel lui donnent un poids considérable.

Dans le sillage de cette convention, les États parties se déclarent « *résolus à donner la priorité à leur droit de protéger la santé publique* »¹⁸²². Ces différentes règles sont donc, comme on a pu le constater au cours de ce travail, prises en considération au moment de déterminer la portée des obligations des États en matière de protection des investissements et des droits des marques. Le constat relatif à la place accordée à la santé dans de ce litige s'affirme encore plus du fait de la participation d'organisations telles que l'OMS, l'Organisation

¹⁸¹⁷ *Ibid.*, para. 430, p. 125.

¹⁸¹⁸ Cf. *supra*, note 1815.

¹⁸¹⁹ L'article 12 (1) du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels stipule ce qui suit : « Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit qu'à toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre ».

¹⁸²⁰ Sabrina Robert-Cuendet / Brigitte Stern, *op.cit.*, p. 383.

¹⁸²¹ *Ibid.*

¹⁸²² Préambule de la CCLAT de l'OMS.

Panaméricaine de la santé ou plus encore secrétariat de la CCLAT. Ces organisations ont effet présenté des mémoires *d'amicus curiae*¹⁸²³. Ils ont en ce sens fourni des preuves relatives à l'efficacité et au caractère raisonnable des mesures contestées¹⁸²⁴. Ils ont donc étayé les argumentations formulées par l'Uruguay en relation notamment avec l'importance des avertissements graphiques¹⁸²⁵. Preuve encore une fois que la protection de la santé, en tant que droit souverain, a joué un rôle central lors de ce litige.

On remarque donc que le tribunal a pris en considération les impératifs sanitaires lors de son analyse de la légalité de la législation contestée. Cette prise en compte s'est notamment manifestée lors de l'invocation de la CCLAT et de ses mesures ainsi que par le biais de la reconnaissance du droit souverain des États à poursuivre des objectifs légitimes de santé publique. En outre, on constate que le tribunal CIRDI a confirmé, lors de son rapport final, la doctrine relative au *Police Powers*¹⁸²⁶. En effet, en l'absence d'une clause en relation avec la protection d'intérêts légitimes tels que la santé¹⁸²⁷ au sein du TBI analysé, ledit tribunal estima que les mesures étaient adoptées de bonne foi et qu'elles reflétaient une tentative raisonnable de répondre à un problème de santé publique¹⁸²⁸. Ce constat s'explique, entre autres, par le contexte actuel fortement marqué par l'émergence de la CCLAT de l'OMS. Nous allons maintenant examiner un autre litige relatif aux produits du tabac. Ce contentieux est fondé sur un TBI signé entre l'Australie et Hong Kong.

2. Philip Morris Asie c. Australie

Le litige que nous allons analyser au cours de cette partie est fondé sur un TBI signé entre l'Australie et Hong-Kong. Ce contentieux fait suite à l'introduction par le défendeur (L'Australie en l'espèce) du TPP. Nous allons donc examiner la légalité des allégations de *Philip Morris Asia Limited* en vertu du TBI liant les

¹⁸²³ Stefanie Schacherer, International Institute for Sustainable Development, Investment Treaty News, *Philip Morris v Uruguay*, October 2018, <<https://www.iisd.org/itn/en/2018/10/18/philip-morris-v-uruguay/>> (Dernière consultation : le 09/12/2020).

¹⁸²⁴ *Ibid.*

¹⁸²⁵ Rapport final du tribunal CIRDI, « *Philip Morris c. Uruguay* », ARB/10 /7, para. 38, p. 7.

¹⁸²⁶ Pour plus d'informations sur la doctrine des *Police Powers*, voir [partie B, para. 1 \(le droit international de l'investissement et la protection de la santé\), chapitre VI](#) ci-dessus.

¹⁸²⁷ L'article 2.1 du TBI signé entre l'Uruguay et la Suisse traite de la notion de protection de la santé au stade de l'admission de l'investissement et n'émet pas d'exceptions générales pouvant justifier des mesures sanitaires.

¹⁸²⁸ Rapport final du tribunal CIRDI, « *Philip Morris c. Uruguay* », ARB/10/7, para. 302, p. 86.

pays susmentionnés¹⁸²⁹. Il faut tout d'abord mentionner le fait que Philip Morris Asia a notifié sa demande d'investissement avant même l'introduction de cette législation¹⁸³⁰. En outre, la procédure d'arbitrage a été établie conformément au règlement CNUDCI et ce, en vertu de l'article 10 du TBI liant les deux pays¹⁸³¹. On se doit donc de présenter en premier lieu les principales allégations des parties au litige avant d'exposer les conclusions établies par le tribunal CNUDCI en charge de cette affaire.

2.1. Les principaux faits de l'affaire

En novembre 2011, *Philip Morris Asia Limited* a signifié un avis d'arbitrage à l'Australie¹⁸³². Cet avis conteste principalement les exigences relatives au conditionnement neutre qui découlent du TPP¹⁸³³. Le plaignant allègue en effet que la législation contestée viole les obligations du TBI en matière d'expropriation et de traitement juste et équitable¹⁸³⁴. En outre, il estime que le TPP ne garantit pas la sécurité totale des investissements et qu'il viole les engagements pris par l'Australie en vertu du traité la liant à Hong-Kong¹⁸³⁵.

¹⁸²⁹ Le TBI en question a été signé en 1993 entre les deux pays.

¹⁸³⁰ Tania Voon et al, *op.cit.*, p. 139.

¹⁸³¹ L'article 10 du TBI entre l'Australie et Hong-Kong énonce les dispositions suivantes: « *A dispute between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning an investment of the former in the area of the latter which has not been settled amicably, shall, after a period of three months from written notification of the claim, be submitted to such procedures for settlement as may be agreed between the parties to the dispute. If no such procedures have been agreed within that three month period, the parties to the dispute shall be bound to submit it to arbitration under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law as then in force. The arbitral tribunal shall have power to award interest. The parties may agree in writing to modify those Rules* ».

¹⁸³² Voir Notice of Arbitration, *Australia / Hong Kong Agreement for the Promotion and Protection of Investments, Philip Morris Asia Limited*, 21 November 2011.

¹⁸³³ World Health Organization, *Confronting the Tobacco Epidemic in a New Era of Trade and Investment Liberalization*, Commissioned by the World Health Organization Tobacco Free Initiative, 2012, p. 61.

¹⁸³⁴ Notice of Arbitration, *Australia / Hong Kong agreement for the promotion and protection of investments, Philip Morris Asia Limited*, 21 November 2011, para. 7.2 (a), (b), p. 13.

¹⁸³⁵ *Ibid.*, para. 7.2 (d), (e), p. 13.

En ce qui concerne le défendeur, il considère que le différend est survenu avant que la partie adverse n'obtienne la protection du TBI¹⁸³⁶. En outre, il soutient que le fait de démarrer une procédure d'arbitrage peu après la restructuration de Philip Morris était un abus de droit¹⁸³⁷. Il estime aussi que les investissements du demandeur n'ont pas été légalement admis en Australie¹⁸³⁸. L'Australie a aussi souligné que *Philip Morris Asia Limited* n'a acquis une participation indirecte dans la filiale située sur son territoire qu'après que son gouvernement eut annoncé son intention de mettre en œuvre les emballages neutres¹⁸³⁹. Une participation a donc été transférée d'une société suisse à *Philip Morris Asia Limited* pour pouvoir déposer une plainte en vertu du TBI entre l'Australie et Hong-Kong¹⁸⁴⁰. En effet, une entreprise appartenant au groupe Philip Morris International (PMI) (dont le siège est en Suisse) détenait la filiale présente sur le sol australien jusqu'au 23 février 2011¹⁸⁴¹. Lors de la restructuration de la société détentrice de la filiale australienne, PMI Asie a acquis toutes les parts de PMI Australie¹⁸⁴². Elle justifiait cette opération par sa volonté de réorganiser l'ensemble du groupe à des fins de rationalisation et d'optimisation de la structure corporative de PMI¹⁸⁴³. La firme réfute donc les allégations de l'Australie.

¹⁸³⁶ Cour permanente d'arbitrage, *Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia*, <<https://pca-cpa.org/en/cases/5/>> (Dernière consultation : le 10/12/2020).

¹⁸³⁷ *Ibid.*

¹⁸³⁸ *Ibid.*

¹⁸³⁹ Australia's response to the Notice of Arbitration, *Australia / Hong Kong Agreement for the Promotion and Protection of Investments*, Philip Morris Asia Limited, 21 November 2011, para. 6, p. 3.

¹⁸⁴⁰ Cf. *supra*, note 1833.

¹⁸⁴¹ Inaê Siqueira De Oliveira, International Institute for Sustainable Development, *Investment Treaty News, Restructuration corporative et abus de droits : un tribunal de la CPA considère que les recours de Philip Morris contre l'Australie portant sur la loi sur l'emballage neutre sont irrecevables*, août 2016, <<https://www.iisd.org/itn/fr/2016/08/10/philip-morris-asia-limited-v-the-commonwealth-of-australia-pca-case-no-2012-12/>> (Dernière consultation : le 20/12/2020).

¹⁸⁴² *Ibid.*

¹⁸⁴³ Award on Jurisdiction and Admissibility, *Australia / Hong Kong Agreement for the Promotion and Protection of Investments*, Philip Morris Asia Limited, 21 November 2011, para. 466, p. 144.

On peut constater, à première vue, que ce litige traite du TPP dont les dispositions ont déjà été étudiées¹⁸⁴⁴. Par conséquent, il n'est nul besoin d'examiner de nouveau le contenu de cette loi. On va donc analyser, dans les parties suivantes, les principales conclusions établies par le tribunal CNUDCI pour pouvoir mettre en lumière les enjeux juridiques découlant de ce contentieux.

2.2. Les principales conclusions du tribunal arbitral

La sentence finale rendue par le tribunal CNUDCI traite principalement de la compétence et de la recevabilité. En effet, ce tribunal a ordonné, dans l'ordonnance de procédure numéro 8, la bifurcation de la procédure finale de sorte que les exceptions préliminaires formulées par l'Australie soient traitées lors d'une première phase¹⁸⁴⁵.

Comme énoncé précédemment, l'Australie contestait le fait que PMI Asie ait pris contrôle des filiales situées sur son territoire. Le tribunal en charge de l'affaire va donc essayer d'établir, les critères qui caractérisent une prise de contrôle effective. Il va tout d'abord fonder son approche sur l'article 1 (e) du TBI en question¹⁸⁴⁶. L'analyse de cette notion peut poser quelques problèmes quant au rôle du tribunal arbitral dans la définition de la notion de « contrôle » et ce, du fait de la dernière phrase de l'article susmentionné¹⁸⁴⁷. En dépit de cet obstacle, ledit tribunal a établi une analyse relative à la notion d'intérêt substantiel. Il a en ce sens traité du contrôle de gestion pour déterminer s'il

¹⁸⁴⁴ Pour plus d'informations, voir [partie B, para. 1.3, chapitre V](#) ci-dessus.

¹⁸⁴⁵ Cour permanente d'Arbitrage, Communiqué de Presse de la CPA, *Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) c. le Commonwealth d'Australie*, La Haye, 2016, <<https://docs.pca-cpa.org/2016/05/Communiqué-de-presse-de-la-CPA-20160516.pdf>>

¹⁸⁴⁶ L'article 1(e) du TBI entre l'Australie et Hong-Kong définit l'investissement et la prise de contrôle comme suit : « *investment means every kind of asset, owned or controlled by investors of one Contracting Party and admitted by the other Contracting Party subject to its law and investment policies applicable from time to time, and in particular, though not exclusively* » « *For the purposes of this Agreement, a physical person or company shall be regarded as controlling a company or an investment if the person or company has a substantial interest in the company or the investment. Any question arising out of this Agreement concerning the control of a company or an investment shall be resolved to the satisfaction of the Contracting Parties* ».

¹⁸⁴⁷ La dernière phrase de l'article 1(e) énonce ce qui suit : « *Any question arising out of this Agreement concerning the control of a company or an investment shall be resolved to the satisfaction of the Contracting Parties* ». Pour plus d'informations, voir *Award on jurisdiction and admissibility, Australia / Hong Kong agreement for the promotion and protection of investments*, Philip Morris Asia Limited, 21 November 2011, paras. 497-498, p. 154.

existait bel et bien un contrôle effectif. Le tribunal arbitral a finalement estimé que les documents présentés par le plaignant ne démontraient pas que PMI Asie contrôlait les filiales australiennes¹⁸⁴⁸. C'est en effet le PDG de PMI (dont le siège est à Lausanne) qui fixait et finalisait le budget des filiales australiennes¹⁸⁴⁹. Il fallait aussi avoir, au préalable, l'aval de PMI pour les dépenses importantes¹⁸⁵⁰. En outre, les principales stratégies de marketing devaient être approuvées par la direction dont le siège était situé à Lausanne¹⁸⁵¹. Par conséquent, le tribunal conclut que même si certaines activités de gestions (qui sont très limitées) ont été exercées par PMI Asie avant la restructuration de 2011, force est de constater que les décisions importantes (décisions stratégiques et budgétaires) sont prises au niveau du siège établi à Lausanne¹⁸⁵². Il considère donc que PMI Asie n'a pas réussi à démontrer qu'elle exerçait un contrôle avec un intérêt substantiel sur les investissements en Australie (au sens de l'article 1(e)). En outre, il estime que les activités de surveillance et de gestion n'étaient pas suffisantes pour établir une maîtrise effective des opérations¹⁸⁵³. PMI Asie n'a donc présenté aucun document démontrant l'exercice d'un tel contrôle.

La deuxième étape de l'analyse du tribunal CNUDCI porte sur l'allégation de l'Australie relative au fait que l'investissement n'était pas recevable en raison des politiques d'investissement en vigueur sur son territoire. Le défendeur soutient en effet que PMI Asie n'a pas fait connaître son intention de présenter un litige au titre du TBI entre les deux pays. En outre, il considère que le plaignant n'a pas décrit les effets de l'opération de restructuration sur l'intérêt national, ce qui rendait (aux yeux de la partie défenderesse) son dossier incomplet¹⁸⁵⁴. Ces allégations peuvent néanmoins être facilement réfutées. En effet,

¹⁸⁴⁸ Award on Jurisdiction and Admissibility, *Australia / Hong Kong Agreement for the Promotion and Protection of Investments*, Philip Morris Asia Limited, 21 November 2011, para. 506, p. 157.

¹⁸⁴⁹ *Ibid.*, para. 507, pp. 157-158.

¹⁸⁵⁰ *Ibid.*, para. 507, pp. 157-158

¹⁸⁵¹ *Ibid.*, para. 507, pp. 157-158

¹⁸⁵² *Ibid.*, para. 508, p. 158.

¹⁸⁵³ Inaê Siqueira De Oliveira, International Institute for Sustainable Development, *Investment Treaty News, Restructuration corporative et abus de droits : un tribunal de la CPA considère que les recours de Philip Morris contre l'Australie portant sur la loi sur l'emballage neutre sont irrecevables*, août 2016, <<https://www.iisd.org/itn/fr/2016/08/10/philip-morris-asia-limited-v-the-commonwealth-of-australia-pca-case-no-2012-12/>> (Dernière consultation : le 12/12/2020).

¹⁸⁵⁴ *Ibid.*

PMI Asie avait une preuve de recevabilité de la part des autorités gouvernementales (lettre de non-objection) qui justifiait la décision du tribunal arbitral de renverser la charge de preuve et d'examiner si l'Australie avait prouvé la non-légalité de la réception de l'investissement¹⁸⁵⁵.

Comme énoncé ci-dessus, l'investissement a été initialement admis. Le tribunal arbitral a dès lors essayé d'examiner l'efficacité de la lettre d'objection à cause, entre autres, du supposé caractère erroné et trompeur des renseignements fournis par PMI Asie qui invaliderait la demande¹⁸⁵⁶. Il a en ce sens estimé que l'Australie s'était fondée sur certaines exigences contenues au sein du « *Australia's Foreign investment Policy* » et qui, à première vue, ne sont pas obligatoires¹⁸⁵⁷. En effet, le tribunal arbitral considère que l'intimé n'a pas démontré que lesdites exigences étaient une condition *sine qua non* pour établir la licéité d'une demande¹⁸⁵⁸. Le non-respect de ces conditions ne permet donc pas au tribunal de soutenir que les renseignements fournis étaient trompeurs¹⁸⁵⁹. Le tribunal CNUDCI a par la suite établi d'autres conclusions allant dans ce sens et qui, ont invalidé les objections de l'intimé¹⁸⁶⁰.

Quant aux autres questions soulevées lors de cette objection, il a établi le constat suivant. Le tribunal a d'abord conclu que bien que PM Asie n'ait pas révélé son intention de rechercher la protection du TBI entre les deux pays, force est de constater que le législateur australien était au courant de la volonté de la firme susmentionnée de contester le TPP¹⁸⁶¹. Il refuse donc cette objection émise de la part de l'Australie. Le tribunal CNUDCI estime en effet que l'affirmation, selon laquelle le défendeur ne connaissait pas l'intention de

¹⁸⁵⁵ *Ibid.*

¹⁸⁵⁶ Award on Jurisdiction and Admissibility, *Australia / Hong Kong Agreement for the Promotion and Protection of Investments*, Philip Morris Asia Limited, 21 November 2011, para 515, p. 160.

¹⁸⁵⁷ *Ibid.*, para. 516, p. 160.

¹⁸⁵⁸ *Ibid.*, para. 517, p. 160.

¹⁸⁵⁹ *Ibid.*, para. 517, p. 160.

¹⁸⁶⁰ *Ibid.*, paras. 512-524, pp. 159-162.

¹⁸⁶¹ Inaê Siqueira De Oliveira, International Institute for Sustainable Development, *Investment Treaty News, Restructuration corporative et abus de droits : un tribunal de la CPA considère que les recours de Philip Morris contre l'Australie portant sur la loi sur l'emballage neutre sont irrecevables*, août 2016, <<https://www.iisd.org/itn/fr/2016/08/10/philip-morris-asia-limited-v-the-commonwealth-of-australia-pca-case-no-2012-12/>> (Dernière consultation : le 12/12/2020).

PM Asie de contester le TPP au sein du TBI, était une sorte de reconnaissance implicite d'une erreur au sein de ses procédures internes¹⁸⁶². C'est donc ladite erreur qui a donné lieu à cette méconnaissance¹⁸⁶³.

En ce qui concerne la troisième allégation de l'Australie, elle a pour objet la compétence *ratione temporis*¹⁸⁶⁴ du tribunal arbitral. En effet, la partie défenderesse considère, comme on l'a mentionné précédemment, que le litige est survenu avant que PM Asie n'obtienne la protection du TBI (à la suite de son acquisition des parts de la filiale australienne)¹⁸⁶⁵. Elle estime donc que ce contentieux est né avant même l'opération de restructuration de PM Asie¹⁸⁶⁶. Le tribunal CNUDCI va cette fois-ci cautionner cette approche fondée sur le critère de la *ratione temporis*. En effet, il juge que lorsqu'une action est fondée sur une violation d'un traité, le critère d'une objection *ratione temporis* s'impose pour déterminer si la demande d'investissement protégée a eu lieu avant la violation alléguée¹⁸⁶⁷. Cette approche est confirmée par la jurisprudence relative aux relations entre investisseur et États qui considère que l'identification de la date critique est primordiale dans l'évaluation de la portée de la compétence *ratione temporis* du tribunal¹⁸⁶⁸. Le tribunal estime par conséquent que cette date est celle à laquelle l'État adopte une mesure et ce, même si son

¹⁸⁶² *Ibid.*

¹⁸⁶³ *Ibid.*

¹⁸⁶⁴ Les tribunaux arbitraux se déclarent incompétents, par le biais de l'invocation de la compétence « *ratione temporis* », lorsque le traité ne peut pas être appliqué dans le temps aux faits ou aux différends dont ils sont saisis. Pour plus d'informations, voir Charles Leben et al, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux / Aspects récents*, Bibliothèque de l'institut des Hautes Études internationales de Paris, L.G.D.J., 2010, pp. 45-47.

¹⁸⁶⁵ World Health Organization, *Confronting the Tobacco Epidemic in a New Era of Trade and Investment Liberalization*, Commissioned by the World Health Organization Tobacco Free Initiative, 2012, p. 61

¹⁸⁶⁶ *Ibid.*

¹⁸⁶⁷ Award on Jurisdiction and Admissibility, *Australia / Hong Kong Agreement for the Promotion and Protection of Investments*, Philip Morris Asia Limited, 21 November 2011, para. 529, p. 164.

¹⁸⁶⁸ Le tribunal en charge de l'affaire « *Cementownia Nowa Huta S.A. v. Republic of Turkey* » énonce ce qui suit : « *It is undisputed that an investor seeking access to international jurisdiction pursuant to an investment treaty must prove that it was an investor at the relevant time, at the moment when the events on which its claim is based occurred* ». Pour plus d'informations, voir les paras 112-114, p. 32 du rapport final de l'arbitrage CIRDI numéro. ARB/06/8 relatif à cette affaire (en date de septembre 2009).

processus d'élaboration a débuté depuis des années¹⁸⁶⁹. Il invoque en ce sens la décision rendue par le tribunal arbitral en charge de l'affaire « *Gremcitel v. Pérou* »¹⁸⁷⁰.

En l'espèce, la date critique est celle à laquelle l'Australie a adopté le TPP à savoir le 21 novembre 2011¹⁸⁷¹ (devenu effectif à partir du 1^{er} janvier 2012)¹⁸⁷². Le tribunal observe par la suite que l'opération de restructuration contestée a été décidée le 3 septembre 2010 et achevée le 23 février 2011. On remarque que ces deux dates sont bien antérieures à l'adoption du TPP. Le tribunal CNUDCI conclut donc que les conditions requises pour sa compétence *ratione temporis* sont remplies¹⁸⁷³.

C'est la dernière objection émise par l'Australie qui revêt une certaine importance dans le cadre de notre analyse de ce différend. En effet, elle traite d'un principe inhérent au droit qu'est « *l'abus de droit* ». En l'espèce, l'Australie estime que le recours déposé par PM Asie constitue un abus de droit. Elle considère que même si le tribunal arbitral avait la compétence *ratione temporis*, il n'était pas en mesure de l'exercer du fait du caractère abusif de l'acquisition de ladite compétence¹⁸⁷⁴. Par conséquent, l'intimé soutient que la modification

¹⁸⁶⁹ Award on Jurisdiction and Admissibility, *Australia / Hong Kong Agreement for the Promotion and Protection of Investments*, Philip Morris Asia Limited, 21 November 2011, para. 530, p. 165.

¹⁸⁷⁰ Le tribunal en charge de l'affaire « *Gremcitel v. Pérou* » a tenu au para. 149, p. 47 de son rapport le constat suivant : « *the critical date is the one on which the State adopts the disputed measure, even when the measure represents the culmination of a process or sequence of events which may have started years earlier* ».

¹⁸⁷¹ Award on jurisdiction and admissibility, *Australia / Hong Kong agreement for the promotion and protection of investments*, Philip Morris Asia Limited, 21 November 2011, para. 533, pp. 165-166.

¹⁸⁷² Voir [partie. B, para. 1.3 \(Présentation du Tobacco Plain Packaging Act\)](#), [chapitre V](#) ci-dessus.

¹⁸⁷³ Award on Jurisdiction and Admissibility, *Australia / Hong Kong Agreement for the Promotion and Protection of Investments*, Philip Morris Asia Limited, 21 November 2011, para. 534, p. 166.

¹⁸⁷⁴ Inaê Siqueira De Oliveira, International Institute for Sustainable Development, Investment Treaty News, Restructuration corporative et abus de droits : un tribunal de la CPA considère que les recours de Philip Morris contre l'Australie portant sur la loi sur l'emballage neutre sont irrecevables <<https://www.iisd.org/itn/fr/2016/08/10/philip-morris-asia-limited-v-the-commonwealth-of-australia-pca-case-no-2012-12/>> (Dernière consultation: le 12/12/2020).

de la structure corporative de Philip Morris aspire principalement à obtenir la protection du TBI entre l'Australie et Hong-Kong¹⁸⁷⁵. Le recours déposé par PM Asie n'est donc pas, de l'avis du défendeur, recevable.

Au regard des allégations formulées par l'Australie, le tribunal arbitral estima, lors de son analyse, que le simple fait de restructurer un investissement en vue d'obtenir des avantages minimes n'était pas en soi illégitime¹⁸⁷⁶. Néanmoins, si la restructuration est opérée dans l'optique de trier des avantages relatifs à un litige particulier et prévisible, cela peut constituer un abus de droit¹⁸⁷⁷. Des critères vont donc être établis pour déterminer la prévisibilité d'un litige. Le tribunal CNUDCI va en ce sens invoquée l'approche suivie lors de l'affaire « *Mobil Corporation v. Venezuela* ». En effet, depuis l'affaire susmentionnée, tous les tribunaux arbitraux considèrent que le lancement d'une procédure d'arbitrage en vertu d'un TBI constitue un abus de droit lorsqu'un investisseur modifie sa structure sociale pour obtenir la protection dudit traité à un moment où le litige est prévisible¹⁸⁷⁸. Par conséquent, un différend devient prévisible lorsqu'il existe une perspective raisonnable. C'est l'approche établie par le tribunal en charge de l'affaire « *Tidewater Tribunal* » qui nous permet de tenir un tel constat. En effet, ce tribunal estime que lorsqu'une mesure, susceptible de donner lieu à une revendication au titre d'un traité, se matérialise, on est face à une perspective raisonnable¹⁸⁷⁹.

En appliquant ce critère de prévisibilité, le tribunal CNUDCI a jugé utile de juxtaposer l'évolution de la situation au sein du groupe PMI avec les événements survenus au niveau politique en Australie¹⁸⁸⁰. Il a en premier lieu observé que l'idée d'adopter les emballages neutres a été soulevée par le défendeur en 2008. En outre, plusieurs correspondances relatives à des conseils juridiques en matière de restructuration ont été échangées au sein de PMI à partir de 2010¹⁸⁸¹. Dès cette date, l'Australie a annoncé son intention d'adopter des me-

¹⁸⁷⁵ *Ibid.*

¹⁸⁷⁶ Ulf Linderfalk, *Law, Philip Morris Ltd. v. Australia- Abuse of Rights in Investor-State Arbitration*, *Nordic Journal of International Law*, 2017, p. 408.

¹⁸⁷⁷ *Ibid.*

¹⁸⁷⁸ Award on Jurisdiction and Admissibility, *Australia / Hong Kong Agreement for the Promotion and Protection of Investments*, Philip Morris Asia Limited, 21 November 2011, para. 554, p. 170.

¹⁸⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁸⁰ Voir les paras 555-565, Award on Jurisdiction and Admissibility, *Australia / Hong Kong Agreement for the Promotion and Protection of Investments*, Philip Morris Asia Limited, 21 November 2011.

¹⁸⁸¹ Ulf Linderfalk, *art.cit.*, p. 409.

sures chocs contre le tabac par le biais notamment de la mise en place du conditionnement neutre¹⁸⁸². Le 7 juillet de la même année, le gouvernement de ce pays fit connaître son intention d'introduire une législation relative aux emballages neutres à l'horizon d'un an (le 30 juin 2011), avec une mise en œuvre complète et effective avant le 1^{er} juillet 2012¹⁸⁸³. Entre temps, PMI approuva, le 3 septembre 2010, le transfert de ses filiales australiennes¹⁸⁸⁴. Le 17 novembre de la même année, la décision du gouvernement australien de rendre obligatoire le conditionnement neutre fut confirmée par la ministre de la Santé¹⁸⁸⁵. PM Asie va, entre temps, officiellement acquérir sa participation dans la filiale australienne le 23 février 2011¹⁸⁸⁶. Le TPP fut par la suite présenté devant le parlement australien le 6 avril 2011 alors que le 27 juin de la même année, le plaignant signifia à l'Australie sa demande d'arbitrage fondée sur le TBI signé entre ce pays et Hong-Kong¹⁸⁸⁷. Le TPP a été finalement adopté par les deux chambres du parlement le 21 novembre 2011 et pleinement mis en œuvre en 2012¹⁸⁸⁸.

Nous allons maintenant analyser, en nous basant sur ces données, le constat final du tribunal arbitral. Il considéra en premier lieu que l'intimé a clairement annoncé, dès 2010 (le 29 avril exactement), son intention de rendre obligatoire le conditionnement neutre. La suite des événements laisse donc à penser que l'entrée en vigueur d'une telle loi était prévisible¹⁸⁸⁹. PM Asie va néanmoins essayer de convaincre le tribunal que sa restructuration n'avait aucun rapport avec l'adoption du TPP. Elle invoqua notamment son désir d'optimiser sa trésorerie par le biais de cette restructuration¹⁸⁹⁰.

En dépit des arguments présentés par le plaignant, le tribunal arbitral conclut que la raison principale de l'opération de restructuration effectuée s'inscrivait dans le cadre de la volonté de ce dernier d'introduire une demande en vertu du

¹⁸⁸² *Ibid.*

¹⁸⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁸⁴ Award on Jurisdiction and Admissibility, *Australia / Hong Kong Agreement for the Promotion and Protection of Investments*, Philip Morris Asia Limited, 21 November 2011, para. 560, p. 173.

¹⁸⁸⁵ *Ibid.*, para. 561, p. 173.

¹⁸⁸⁶ *Ibid.*, para. 563, p. 174.

¹⁸⁸⁷ *Ibid.*, para. 564, p. 174.

¹⁸⁸⁸ Voir « *The Tobacco Plain Packaging Act 2011* ».

¹⁸⁸⁹ Award on Jurisdiction and Admissibility, *Australia / Hong Kong Agreement for the Promotion and Protection of Investments*, Philip Morris Asia Limited, 21 November 2011, para. 566, p. 175.

¹⁸⁹⁰ *Ibid.*

TBI entre l'Australie et Hong-Kong¹⁸⁹¹. Ledit tribunal a donc considéré que les revendications soulevées par PM Asia étaient irrecevables et qu'il n'était pas en mesure d'exercer sa compétence sur l'affaire¹⁸⁹². En effet, il estima que le demandeur avait commis un abus de droit en modifiant sa structure corporative dans l'optique de pouvoir se prévaloir de la protection du TBI et ce, en dépit de la prévisibilité de l'adoption des emballages neutres¹⁸⁹³.

Une clause d'exclusion du tabac de la procédure de règlement des différends au sein de ce TBI va par la suite être adoptée. Elle découle principalement des questions soulevées lors de ce litige¹⁸⁹⁴.

A noter que d'autres procédures d'arbitrages vont voir le jour. En effet, PM Ukraine (filiale de PMI en Ukraine) a décidé d'entamer une action dans ce sens et ce, à la suite d'une amende infligée par le comité anti-monopole ukrainien¹⁸⁹⁵. Le PDG de cette société estime que l'État hôte de l'investissement a violé un certain nombre de ses obligations découlant des accords de protection des investissements¹⁸⁹⁶. La demande d'arbitrage CIRDI a finalement été enregistrée le 22 décembre 2020 au titre du TBI en vigueur entre la Suisse et l'Ukraine¹⁸⁹⁷. Cette demande fait suite à une décision prise par l'Ukraine d'imposer une amende de 6,5 milliards d'Hryvnia (devise monétaire de l'Ukraine, 176'106'580 dollars US) aux principaux producteurs de cigarettes (dont Philip Morris)¹⁸⁹⁸. Les fabricants de tabac ont réussi, en premier lieu, à avoir gain de cause devant les tribunaux ukrainiens. La Cour suprême de l'Ukraine a no-

¹⁸⁹¹ *Ibid.*, para. 584, p. 184.

¹⁸⁹² *Ibid.*, para. 588, p. 185.

¹⁸⁹³ Inaê Siqueira De Oliveira, International Institute for Sustainable Development, Investment Treaty News, *Restructuration corporative et abus de droits : un tribunal de la CPA considère que les recours de Philip Morris contre l'Australie portant sur la loi sur l'emballage neutre sont irrecevables*, août 2016, <<https://www.iisd.org/itn/fr/2016/08/10/philip-morris-asia-limited-v-the-commonwealth-of-australia-pca-case-no-2012-12/>> (Dernière consultation : le 14/12/2020).

¹⁸⁹⁴ Voir la section (c) du TBI entre l'Australie et Hong-Kong.

¹⁸⁹⁵ Vladislav Djanic, Investment Arbitration Reporter, *Philip Morris Announces Imminent IC-SID Claim Against Ukraine*, 9 décembre 2020, <<https://www.iareporter.com/articles/philip-morris-announces-imminent-icsid-claim-against-ukraine/>>

¹⁸⁹⁶ ISDS Platform, *Stop Investor-State Dispute Settlement / Resources for movements, Philip Morris to Soon Submit Motion to Intl Arbitration in case of AMCU fine of UAH 1.2 bln*, décembre 2020, <<http://isds.bilaterals.org/?philip-morris-to-soon-submit&lang=en>> (Dernière consultation : le 07/01/2021).

¹⁸⁹⁷ Cf. *supra*, note 1895.

¹⁸⁹⁸ Cf. *supra*, note 1896.

tamment abandonné les poursuites contre les sociétés qui opèrent au sein du groupe « *Imperial Tobacco* »¹⁸⁹⁹. A la suite de la décision des tribunaux locaux, l'affaire déclenchée, au titre du TBI entre la Suisse et l'Ukraine, a été abandonnée.

F. Conclusion du chapitre VI

Le différend opposant Philip Morris International et l'Uruguay représente un parfait exemple de l'approche de certains tribunaux arbitraux vis-à-vis de litiges ayant trait tabac.

Ce litige est un exemple paradigmatique de la dichotomie du droit international entre d'une part, la protection de la santé publique et d'autre part, les impératifs économiques découlant du droit international de l'investissement. Ce contentieux a donc mis en lumière, (comme ce fût le cas pour notre analyse de l'approche des groupes spéciaux de l'OMC), la possibilité de sauvegarder la santé au sein de cette branche du droit. De plus, il reflète parfaitement les tensions actuelles entre l'industrie du tabac et les États souhaitant lutter efficacement contre les méfaits de ce produit. Cependant, force est de constater qu'avec l'émergence de la CCLAT et la prise de conscience mondiale sur le caractère néfaste du tabac, la lutte contre ce produit a parfaitement trouvé sa place au sein des différents segments du droit international.

On est donc en mesure de conclure le droit international de l'investissement a réussi à articuler ses différentes règles avec les normes émanant du droit international de la santé. Ce constat découle bien évidemment des rapports établis par les différents tribunaux arbitraux mais aussi des clauses contenues au sein de certains TBI qui, à l'instar des accords de l'OMC, accordent aux États une marge de manœuvre pour protéger la santé de leurs citoyens¹⁹⁰⁰. En outre, une partie de ces traités ont mis en place des clauses d'exclusion de produits néfastes tels que le tabac aux fins de sauvegarde de la santé publique¹⁹⁰¹.

¹⁸⁹⁹ Damien Charlotin / Vladislav Djanic, *Ukraine Round-Up: Tobacco Companies Receive Favourable Supreme Court Decisions, An ICC Set-Aside Decision, A New Case on the Horizon, and Other Arbitration-Related Development*, IA Reporter, Investment Arbitration Reporter, 13 Août 2021.

¹⁹⁰⁰ Voir en ce sens le TBI signé entre le Singapour et la Jordanie ou plus encore celui signé entre le Canada et le Pérou.

¹⁹⁰¹ Voir le TBI signé entre le Kazakhstan et le Singapour ou celui en vigueur entre l'Australie et Hong-Kong.

A la lumière de cette analyse, les États peuvent assurer l'équilibre, au sein de ce système qu'est le droit international, entre leurs objectifs d'ordre économique et les impératifs en relation avec la protection de la santé.

VII. La lutte antitabac en droit international

L'antagonisme entre la protection de la santé et les enjeux liés à l'économie internationale a toujours été au cœur de plusieurs débats. Il a en sens soulevé une multitude de questions qui ont donné lieu à des analyses profondes sur la nature même de la relation entre ces deux domaines qui peuvent nous paraître, à première vue, distincts. Cette mise en relation entre d'une part, la santé et d'autre part, l'économie semble refléter une certaine opposition. En effet, la santé est un concept qui se situe en dehors de la sphère de l'avoir et par conséquent de celle du commerce qui ne se préoccupe que des valeurs marchandes¹⁹⁰². De plus, la plupart des traités conclus sous les auspices de l'OMC ont été négociés sans beaucoup d'insistance de la part des experts de la santé publique mondiale¹⁹⁰³.

Néanmoins, force est de constater que l'évolution de la santé et de l'économie a permis de mettre en place de nouveaux mécanismes qui sont à même de nous pousser à relativiser ces différentes conclusions. Dès lors, les finalités de l'économie internationale et les impératifs sanitaires peuvent converger pour donner lieu à une coordination entre leurs différentes règles. Cette relation englobe aussi d'autres domaines tels que la propriété intellectuelle qui soulève, à son tour, les mêmes problématiques. Ces connexions s'inscrivent donc dans le cadre du droit international qui, en dépit des conclusions relatives et non constats relatifs à sa fragmentation, est en mesure de concilier entre ces domaines. Ce constat découle du fait que la santé, l'économie internationale ou plus encore la propriété intellectuelle font partie intégrante de ce droit. C'est donc au sein de ce système que s'établira toute tentative de coordination entre ces branches du droit.

Le droit international présente en effet de nos jours la particularité d'englober une myriade de pôles spécialisés et souvent autonomes. On assistera dès lors à une spécialisation et une autonomisation de ses différentes branches¹⁹⁰⁴. La place de la santé au sein du droit international nous a donc amené à traiter de

¹⁹⁰² Voir en ce sens Clotilde Jourdain-Fortier, *op.cit.*, p. 619.

¹⁹⁰³ Richard Smith et al, *Trade and Health: Towards Building a National Strategy*, World Health Organisation, 2015, p. 46.

¹⁹⁰⁴ Bob Kieffer / Clément Marquet, *L'Organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public*, Droit international économique, 2^{ème} édition, Bruylant, Bruxelles, 2^{ème} édition, 2020, p. 188.

l'oscillation dudit droit entre coordination et fragmentation. La lutte antitabac s'inscrit donc dans ce cadre. En effet, c'est la nature nocive de ce produit qui explique notre analyse de cette question d'actualité qu'est le combat contre le tabagisme sous l'angle de la protection de la santé. En outre, l'apparition d'une multitude de pôles, lors de l'examen des problématiques liées au tabac, reflète parfaitement la fragmentation à la fois normative et judiciaire du droit international.

La lutte antitabac est néanmoins en mesure d'apporter des réponses à ce phénomène qu'est la fragmentation. En effet, nous avons établi, au cours de ce travail de thèse, de nombreux constats qui attestent du fait que la lutte antitabac est en mesure de concilier entre les branches du droit international à vocation commerciale et la santé. Cette lutte a été en ce sens étudiée sous l'angle des différents segments de ce droit. L'analyse que nous avons établie, tout au long de ce travail, nous, a en outre, permis de mettre en exergue l'interaction entre les branches du droit international. De plus, nous avons constaté que le processus relatif à la lutte antitabac prend en considération les différentes composantes du droit susmentionné.

A. L'interaction entre la CCLAT et le droit international économique

Comme nous l'avons constaté au cours de ce travail de thèse, le tabac a fait l'objet de plusieurs litiges qui traitent à la fois de certaines normes sanitaires et de règlements ayant trait au commerce. On a tout d'abord été témoin de l'émergence de la CCLAT, traité phare qui a complètement révolutionné le processus de la lutte antitabac. Cette convention est en effet venue couronner des années d'efforts fournis par l'OMS pour combattre ce produit à l'échelle mondiale. Elle traite du tabac dans sa globalité et contient donc des mesures en relation avec sa commercialisation¹⁹⁰⁵. On a par conséquent assisté à la survenue de différends qui ont donné lieu à ce débat relatif à la relation entre la CCLAT et les impératifs d'ordre économique.

C'est l'objectif même de cette convention qui explique la supposée opposition entre ses dispositions et l'économie internationale. En effet, elle estime que la libéralisation du commerce et des investissements étrangers sont des facteurs qui facilitent la propagation de l'épidémie tabagique¹⁹⁰⁶. Néanmoins et en ana-

¹⁹⁰⁵ Voir les parties III et IV de la CCLAT.

¹⁹⁰⁶ Ce constat a été énoncé à la fin de la CCLAT.

lysant de plus près le commerce international (OMC) et les investissements, on constate l'existence d'une interaction qui permet, à terme, de concilier entre le droit international économique et les exigences sanitaires découlant de la CCLAT.

Ce sont tout d'abord les litiges survenus au sein de l'OMC qui nous permettent de tenir un tel constat. Le tabac a, en effet, été au cœur de nombreux contentieux relatifs notamment à des réglementations aspirant à protéger la santé. Cependant, une partie de ces contentieux ne traite pas, comme l'a démontré dans ce travail, des aspects sanitaires. En effet, ce ne sont pas, dans ce cas de figure, les objectifs relatifs à la lutte antitabac qui sont attaqués devant les groupes spéciaux de l'OMC mais plutôt la nature protectionniste des mesures contestées¹⁹⁰⁷. Pour ce qui est des autres litiges, c'est la manière, dont les accords de l'OMC et la CCLAT coopèrent au sein du droit international, qui est pertinente dans le cadre de notre étude. La protection de la santé fut en effet au cœur des différends ayant trait aux emballages neutres, adoptés par l'Australie et aux cigarettes aux clous de girofle, prohibées sur le sol américain. Les groupes spéciaux ont donc essayé, lors de leurs examens, de démontrer comment les gouvernements pourraient réglementer le tabac de manière à ne pas enfreindre les accords de l'OMC¹⁹⁰⁸.

Lors du litige relatif au TPP (Tobacco Plain Packaging Act), le groupe spécial a retenu l'argument relatif à l'objectif de cette législation en matière de santé publique. En outre, la pertinence de la CCLAT a été admise par ledit groupe. Ce constat fut aussi tenu par le groupe spécial en charge de l'affaire « États-Unis- Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle » et ce, en dépit de son constat relatif au caractère discriminatoire de la mesure contestée. En effet, la dangerosité et le caractère attrayant du clou de girofle ont été retenus par le groupe spécial. Il a en ce sens mentionné cer-

¹⁹⁰⁷ Des affaires telles que « Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines », DS 371, ou plus encore « République dominicaine – Mesures visant l'importation de cigarettes », DS 302, traitent de mesures visant à protéger l'industrie locale. En outre, lors de l'affaire « Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes », DS 10, c'est le caractère protectionniste de la mesure contestée qui sera retenu et non les impératifs sanitaires ayant conduit à son adoption.

¹⁹⁰⁸ Simon Lester, *Domestic Tobacco Regulation, and International Law: The Interaction of Trade Agreements and the Framework Convention on Tobacco Control*, Kluwer Law International BV, Netherlands, 2015, p. 29.

taines directives de la CCLAT pour établir sa conclusion¹⁹⁰⁹. On constate ainsi que la CCLAT et ses lignes directrices n'empêchent en rien ses membres de respecter les obligations contenues au sein des différents accords de l'OMC¹⁹¹⁰. La CCLAT a donc permis aux organes de cette organisation d'analyser la mesure contestée à l'aune de l'AOTC.

C'est l'article 31 (3) (c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui supporte cette approche en matière d'usage des normes pertinentes du droit international lors de l'interprétation des traités¹⁹¹¹. Ce constat s'affirme en dépit de l'existence de certaines règles d'intertemporalité qui prohibent la mention de règles qui n'existaient pas au moment de la conclusion d'un traité¹⁹¹². En effet, la Cour internationale de Justice (C.I.J.) estime que pour qu'un traité produise pleinement ses effets, il faut interpréter ses dispositions à la lumière des évolutions contemporaines¹⁹¹³. De ce fait, les règles énoncées au sein de la CCLAT peuvent être utilisées pour interpréter les article XX (b) du GATT de 1994 ou 2.2 de l'AOTC. De plus, l'article 13 du mémorandum d'accord de l'OMC

¹⁹⁰⁹ Ce sont les directives d'application des articles 9 et 10 qui recommandent aux parties de restreindre et d'interdire, l'utilisation d'ingrédients destinés à améliorer le goût et l'attractivité des produits du tabac qui ont été mentionnés.

¹⁹¹⁰ Ce constat a été tenu par Simon lester dans le p. 30 de son article intitulé « *Domestic Tobacco Regulation and International Law : The Interaction of Trade Agreements and the Framework Convention on Tobacco Control* ». Il énonce ce qui suit : « Thus, at best this is a very weak case for trade and tobacco conflict. In fact, the FCTC obligations single out menthol as a problematic flavour, but the US chose not to ban it. Thus, here it would seem that following the FCTC could actually support WTO obligations ».

¹⁹¹¹ L'expression « *applicable dans les relations entre les parties* » soulève plusieurs problèmes d'interprétations. En effet, certains groupes spéciaux de l'OMC (EC – *Approval and Marketing of Biotech Products*) estiment que cet article n'est déclenché que lorsque toutes les parties à un traité en cours d'interprétation sont également parties au traité étranger en question. Cette vision risque néanmoins d'isoler le droit de l'OMC des autres accords constituant le droit international. Des spécialistes considèrent en effet que cette expression a un sens plus large qui est contraire à la vision restrictive du groupe spécial susmentionné. Il préconise en ce sens un examen global de l'article 31 (c) de la Convention de Vienne. En outre, le terme « *les parties* » a donné lieu à plusieurs interprétations à savoir qu'il peut nous renvoyer aux parties au traité ou au litige. Les organes de l'OMC ont cependant choisi de s'appuyer sur des traités internationaux sans aucune référence à une règle d'habilitation. Pour plus de détails sur les différentes analyses du contenu de l'article 31(c) de la Convention de Vienne, voir Benn McGrady, *op.cit.*, pp. 45-78.

¹⁹¹² Benn McGrady, *op.cit.*, p. 76.

¹⁹¹³ La C.I.J. estima, lors de l'affaire « *Gabcikovo-Nagymaros* », (Hongrie.c. Slovaquie), 1997 que les parties devaient prendre en considération les nouvelles normes en matière de protection de l'environnement. Pour plus de détails, voir le para. 140, p. 78 du rapport de cette cour.

autorise les groupes spéciaux à demander des informations à des organismes extérieurs¹⁹¹⁴. Une organisation telle que l'OMS peut dès lors jouer un rôle important lors de certains litiges¹⁹¹⁵.

L'immersion de la CCLAT au sein de l'approche des organes de l'OMC permet aussi de renforcer la place accordée à la santé par cette organisation. En effet, plusieurs dispositions contenues au sein des accords de l'OMC permettent, sous réserve de certaines conditions, aux États d'adopter des mesures protégeant la santé. L'invocation de la CCLAT est par conséquent en mesure de justifier de telles mesures. Certains États ont en ce sens mentionné la CCLAT pour étayer leurs règlements antitabac. Ils considèrent que la mise en place d'une législation visant expressément les produits du tabac s'inscrit dans le cadre de leur volonté de mettre en œuvre les dispositions de la CCLAT¹⁹¹⁶. Cette convention peut dès lors légitimer toute mesure jugée au préalable comme étant déraisonnable.

On peut ainsi conclure que les réglementations fondées sur la CCLAT aspirent à remplir un objectif légitime¹⁹¹⁷. Ce constat fut notamment tenu par le groupe spécial en charge de l'affaire mettant aux prises l'Australie et un groupe de pays contestant la légitimité des emballages neutres¹⁹¹⁸. La CCLAT est donc en mesure de jouer un rôle important dans le cadre du système de l'OMC. En effet, les règles contenues dans les accords constituant l'OMC n'interdisant en rien les législations qui visent à réduire la demande du tabac, elle peut dès lors co-exister avec la CCLAT.

En outre, les mesures contenues au sein de cette convention ne sont en aucun cas contraires aux règles de l'OMC puisqu'elles n'énoncent à aucun moment des règlements qui intiment aux États de prohiber les produits du tabac. La CCLAT peut donc parfaitement trouver sa place au sein des règles régissant le commerce international.

¹⁹¹⁴ Article 13 du mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends.

¹⁹¹⁵ Simon Lester, *art.cit.*, 2015, p. 36.

¹⁹¹⁶ Lukasz Gruszczynski / Margherita Melillo, *art.cit.*, p. 565.

¹⁹¹⁷ Simon Lester, *art.cit.*, 2015, p. 45.

¹⁹¹⁸ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *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* », DS 435, para. 7.251, p. 198.

De plus, l'OMC a le statut d'observateur auprès de l'OMS. Elle a donc pu suivre les négociations de la CCLAT¹⁹¹⁹. Cette convention a en ce sens créé, lors de son élaboration, une équipe inter-organisations qui comprend l'OMC et ce, dans l'optique d'améliorer la coordination entre les différentes organisations actives au sein du droit international¹⁹²⁰. Il faut aussi mentionner le fait que des organes tels que les Nations Unies ou plus encore la Banque mondiale ont participé à l'adoption de la CCLAT¹⁹²¹. Cette convention a donc été négociée en prenant en considération plusieurs domaines connexes à la protection de la santé. Elle est donc en mesure de trouver sa place au sein du système régissant l'OMC.

La CCLAT a aussi influencé plusieurs accords de libre-échange (ALE). En effet, certains de ces accords¹⁹²² ont adopté des clauses d'exceptions vis-à-vis du tabac en s'inspirant du contenu de cette convention¹⁹²³. La CCLAT a donc réussi à trouver sa place au sein de certains ALE et ce, sans enfreindre les règles régissant ce type d'accords.

B. La conciliation entre les enjeux économiques et la santé au sein du droit international

1. La lutte antitabac et l'harmonisation des règles de l'OMC avec les impératifs sanitaires

L'analyse de la lutte antitabac dans le cadre du commerce international a mis en exergue la possibilité de protéger la santé au sein de ce système qu'est le droit international. En effet, les différents rapports rendus par les groupes spéciaux de l'OMC ont démontré que la protection de la santé était prise en considération par les règles qui régissent cette organisation. En outre, les accords constituant l'OMC ont mis en place des dispositions permettant aux

¹⁹¹⁹ Organisation mondiale de la Santé / Organisation mondiale du Commerce, *Les accords de l'OMC et la santé publique / Étude conjointe de l'OMS et du secrétariat de l'OMC*, 2002, p. 84.

¹⁹²⁰ *Ibid.*

¹⁹²¹ Voir [chapitre III, partie 4](#) ci-dessus.

¹⁹²² Voir l'article 29.5 de l'Accord de Partenariat Transpacifique.

¹⁹²³ C'est l'article 5.3 de la CCLAT qui a joué un rôle dans la mise en place de l'exception relative au tabac au sein du TPP.

États de protéger la santé de leurs citoyens¹⁹²⁴. Toute mesure visant à réduire la consommation d'un produit, jugé nocif pour la santé, peut être tout à fait légale du point de vue du droit de cette organisation¹⁹²⁵.

Les litiges relatifs au tabac reflètent parfaitement ce constat et mettent surtout en lumière la possibilité de concilier entre les règles de l'OMC et les objectifs de santé publique des États. On peut en ce sens mentionner le rapport rendu par le groupe spécial en charge de l'affaire « États-Unis-Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle » qui a reconnu la légitimité de l'objectif poursuivi par la mesure adoptée par le défendeur (Les États-Unis). Ce rapport présente aussi la particularité d'avoir réussi à harmoniser les règles de l'OMC avec les impératifs sanitaires. En effet et en dépit du constat relatif à l'incompatibilité de la mesure contestée avec l'article 2.1 de l'AOTC, le groupe spécial a reconnu l'efficacité de la prohibition des cigarettes mentholées en matière de lutte antitabac¹⁹²⁶. On constate par conséquent que cet organe est parvenu à articuler les règles de l'OMC relatives notamment à la non-discrimination avec les politiques antitabac des États. Ce litige représente donc un parfait exemple de la possible conciliation entre le droit de cette organisation et les politiques de santé publique à travers la prise en compte des enjeux découlant de la lutte antitabac.

D'autres litiges relatifs au tabac nous ont permis de tenir un constat similaire. On peut citer le différend relatif aux emballages neutres adoptés par l'Australie qui, a en quelque sorte révolutionné le processus de la lutte antitabac. La reconnaissance par les différents organes de l'OMC de la légitimité du TPP a notamment marqué les esprits. Elle a, en outre, prouvé que le combat contre le tabagisme pouvait être mené d'une manière efficace au sein des instances de cette organisation. Les organes en charge de l'affaire « 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 » ont en effet reconnu la légitimité des objectifs poursuivis par la mesure contestée en matière d'amélioration de la

¹⁹²⁴ Voir l'article XX de GATT de 1994 ou plus encore l'article 2.2 de l'AOTC.

¹⁹²⁵ Voir en ce sens le rapport de l'organe d'appel de l'affaire « Communautés européennes-Amiante » qui estima que les risques sanitaires présentés par les fibres d'amiante justifiaient l'adoption d'une mesure au titre de l'article XX du GATT de 1994.

¹⁹²⁶ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « États-Unis - Cigarettes aux clous de girofle », DS 406, para. 7.401, p. 131.

santé publique¹⁹²⁷. De plus, ces organes ont essayé, tout au long de ce contentieux, d'articuler les différentes règles de l'OMC avec les aspirations du défendeur en matière de lutte antitabac. Le TPP fut donc analysé à la lumière des accords AOTC et sur les ADPIC. Le groupe spécial est parvenu à harmoniser les règles contenues au sein de ces accords avec les objectifs découlant du TPP. Il a ainsi réussi à garantir les droits des titulaires des marques et ce, tout en autorisant la mise en œuvre de politiques antitabac¹⁹²⁸.

Les accords de l'OMC permettent donc, par le biais des dispositions qu'ils contiennent, aux États de mettre en place des législations antitabac et ce, tout en respectant les règles qu'ils énoncent. Ce ne sont en effet pas les objectifs en matière de protection de la santé qui soulèvent des objections mais plutôt les desseins protectionnistes de certaines législations antitabac. Ce constat a été tenu lors de l'affaire « *Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes* ». Le groupe spécial a en effet jugé que les restrictions imposées par la Thaïlande étaient contraires aux articles XI (1) et XX du GATT de 1994¹⁹²⁹. Nonobstant ce constat, cet organe a aussi reconnu le caractère néfaste des cigarettes et a en ce sens invoqué certaines résolutions de l'OMS pour lutter efficacement contre ce produit¹⁹³⁰.

A la lumière de cette analyse, on conclut que les règles de l'OMC n'empêchent en rien les pouvoirs publics d'adopter des règlements visant à lutter contre le tabac. Les litiges relatifs à ce produit démontrent donc qu'il est possible d'assurer une approche cohérente en matière d'interprétation des branches du droit international qui influent sur la santé des personnes. Les organes de l'OMC ont en effet réussi à articuler les règles régissant ses différents accords avec les réglementations sanitaires nationales et internationales.

De plus, les décisions rendues par les organes de l'OMC jouent un rôle central dans le contrôle et la réglementation des mesures de santé publique. Elles prouvent que le système mis en place par cette organisation est juridiquement réceptif aux mesures de santé publique¹⁹³¹. Ce système peut donc parfaitement

¹⁹²⁷ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *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* », DS 435, para. 7. 243, p. 196.

¹⁹²⁸ Pour plus d'informations, voir [partie C, chapitre V](#) ci-dessus.

¹⁹²⁹ Voir en ce sens le rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes* », DS 10.

¹⁹³⁰ Résolution de la 43^{ème} assemblée mondiale de la santé, A43/VR/14 ; WHA43.16, 1990.

¹⁹³¹ Andrew D. Mitchell / Theodore Samlidis, *art.cit.*, p. 15.

concilier entre ses règles et certaines mesures sanitaires innovantes telles que les emballages neutres. Les rapports des organes de l'OMC pourront donc apporter un soutien supplémentaire aux mesures antitabac, au-delà du support de la CCLAT¹⁹³². Il faut par conséquent relativiser le supposé antagonisme entre le droit de la santé et les impératifs d'ordre commercial.

En outre, on constate que la lutte antitabac parvient, en dépit de la multitude de questions qu'elle soulève, à articuler les règles du commerce international (OMC) avec le droit international de la santé et certaines législations nationales. C'est la capacité des acteurs du droit international à coordonner ses différents segments qui nous permet de dresser un tel bilan. Dès lors, la possible fragmentation normative de ce droit est à relativiser du fait de la possibilité d'harmoniser les règles de l'OMC avec les impératifs sanitaires dans le cadre de la lutte antitabac. Le système mis en place par cette organisation accorde par conséquent aux États une certaine marge de manœuvre en matière de protection de la santé et ce, en admettant cette notion primordiale au sein de ses règlements. Néanmoins, il ne faut pas analyser l'approche suivie par l'OMC à travers le seul prisme des droits de l'homme du fait de la prédominance des intérêts économiques dans le cadre de ses activités. Pour nuancer cette constatation, on se doit donc de souligner la possibilité d'assurer l'équilibre entre d'une part, les intérêts susmentionnés et d'autre part, la santé publique mondiale au sein de cette organisation. Les litiges relatifs au tabac, traités sous l'angle du droit de l'OMC, reflètent parfaitement ce constat.

2. La lutte antitabac et le rapprochement entre le droit international de l'investissement et la santé

L'examen de la lutte antitabac, sous l'angle du droit international de l'investissement, nous a permis de mettre en lumière la possibilité de protéger la santé au sein de cette branche du droit. En effet, on a constaté en premier lieu que plusieurs TBI contiennent, au sein de leurs dispositions, des clauses d'exceptions générales, semblables à celles énoncées par l'article XX du GATT de 1994¹⁹³³. D'autres traités effectuent des renvois directs à l'article susmentionné¹⁹³⁴. Les clauses de ce genre permettent donc aux États de protéger la santé au sein de ces accords.

¹⁹³² *Ibid.*

¹⁹³³ Voir en ce sens l'article 18 du TBI signé entre la Jordanie et les Pays Bas.

¹⁹³⁴ Julien Chaisse, *art.cit.*, p. 336.

Des clauses d'exceptions visant explicitement le tabac vont par la suite être adoptées¹⁹³⁵. Elles renforcent en quelque sorte le constat relatif à la marge de manœuvre accordée aux États souhaitant protéger la santé de leurs citoyens. Ces clauses s'inscrivent donc dans le cadre des efforts déployés par les acteurs du droit international de l'investissement en matière de protection de la santé. Ces clauses ont aussi réussi à assurer l'équilibre entre d'une part, les protections garanties par ce droit¹⁹³⁶ et d'autre part, les impératifs sanitaires. En effet, le droit international de l'investissement offre une panoplie de garanties à l'investisseur que les mesures antitabac (et par ricochet sanitaires) peuvent mettre à mal. Des arbitrages ont en ce sens vu le jour. Ces procédures contestent certaines mesures sanitaires visant le tabac¹⁹³⁷.

Les litiges relatifs à ce produit nous ont, néanmoins, permis de constater que les États disposaient d'une certaine marge de manœuvre en matière de protection de la santé de leurs citoyens. Cette conclusion découle notamment du litige ayant opposé Philip Morris International à l'Uruguay. Ce différend a en effet consacré la place accordée à la santé au sein du droit international de l'investissement. Le tribunal CIRDI a pris en considération les impératifs sanitaires lors de son examen de la légitimité de la mesure contestée. Il a en ce sens reconnu le droit souverain des États à poursuivre des objectifs légitimes en matière de santé publique¹⁹³⁸. En outre, le tribunal, en charge de cette affaire, a souligné le fait que les lois antitabac, adoptées par le défendeur, aspiraient à mettre en œuvre ses obligations découlant de la CCLAT¹⁹³⁹. On remarque donc que la CCLAT a été prise en compte par le tribunal susmentionné lors de la rédaction de son rapport. La décision finale qu'il a rendue reflète par conséquent la possibilité de concilier entre les protections garanties par le droit international de l'investissement et la sauvegarde de la santé. En effet, l'ensemble de ces protections ont été analysées, avec méticulosité, et la préservation de la santé publique des méfaits du tabac a été déterminante dans le jugement du tribunal CIRDI en charge de ce litige.

¹⁹³⁵ Voir le TBI signé entre le Kazakhstan et Singapour ou celui en vigueur entre l'Australie et Hong-Kong.

¹⁹³⁶ Pour plus d'informations sur les protections garanties par le droit international de l'investissement, voir partie C, chapitre VI ci-dessus.

¹⁹³⁷ Voir « *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay* », arbitrage CIRDI, numéro ARB/10/7.

¹⁹³⁸ Pour plus d'informations sur ce litige, voir, chapitre VI, partie E ci-dessus.

¹⁹³⁹ Rapport final du tribunal CIRDI, « *Philip Morris c. Uruguay* », ARB/10/7, para. 420, p. 123.

Le point le plus important dans cette affaire est la reconnaissance par ce tribunal du droit souverain des États à protéger la santé publique. Cette décision permet donc d'ancrer encore plus le droit des États d'adopter des mesures sanitaires au sein du droit international de l'investissement. Elle a, en outre, réussi à articuler les règles de cette branche du droit avec les objectifs des États en matière de santé. La lutte antitabac a donc permis de renforcer le droit des États à protéger la santé de leurs citoyens.

D'autres décisions ont traité du tabac au sein de certains TBI. En effet, un litige a opposé Philip Morris à l'Australie sur la base d'un TBI signé entre ce pays et Hong-Kong¹⁹⁴⁰. Néanmoins, et comme mentionné précédemment, c'est l'aspect procédural qui a prévalu lors de l'analyse du tribunal arbitral en charge de cette affaire. Ce différend fait cependant suite à la volonté de l'appelant de déposer plainte au titre du TBI entre l'Australie et Hong-Kong par le biais du transfert de ses participation et ce, dans l'optique de contester la légalité du TPP adopté par le défendeur¹⁹⁴¹. Cette tentative a conduit par la suite à l'adoption de la clause d'exclusion du tabac de la procédure de règlement des différends du TBI en vigueur entre Hong-Kong et l'Australie.

On constate donc que les efforts des États en matière de lutte antitabac ont joué un rôle important dans l'adoption de cette clause. Ces deux litiges nous permettent de conclure que les États peuvent assurer l'équilibre, au sein du droit international de l'investissement, entre leurs objectifs en matière de santé et les impératifs d'ordre commercial.

3. La lutte antitabac et la conciliation entre la santé et le droit international de la propriété intellectuelle

Le droit international de la propriété intellectuelle a soulevé plusieurs questions relatives à la protection de la santé. En effet et comme on l'a constaté au cours de ce travail, certains États ont mis en place des réglementations qui ont déclenché des litiges en relation avec cette branche du droit¹⁹⁴². Ces règlements ont ainsi interféré avec les protections accordées par le droit de la propriété intellectuelle.

¹⁹⁴⁰ Voir Cour permanente d'arbitrage, *Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia*, PCA case No. 2012-12.

¹⁹⁴¹ Pour plus d'informations sur ce contentieux, [partie E, chapitre VI](#) ci-dessus.

¹⁹⁴² Voir en ce sens « *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* ».

Comme on l'a exposé lors de cette étude, l'adoption des emballages neutres a donné lieu à des différends relatifs à leur compatibilité avec l'accord sur les ADPIC. Ces emballages ont aussi conduit l'industrie du tabac à tenter un recours devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)¹⁹⁴³. Les juridictions nationales ont également été saisies d'affaires relatives aux législations ayant mis en place le conditionnement neutre¹⁹⁴⁴. On constate par conséquent que les emballages neutres soulèvent une multitude d'interrogations quant à leur légalité du point de vue du droit de la propriété intellectuelle (droit des marques). Ils ont, en outre, conduit à une fragmentation normative et surtout judiciaire du droit international. En effet, la conciliation entre le droit des marques et la santé fut au cœur de ces litiges. De plus, des plaintes ont été déposées sur le plan national et communautaire ainsi qu'au niveau de l'OMC et des tribunaux arbitraux.

Néanmoins, le droit des États à protéger la santé, par le biais de la lutte antitabac, a été chaque fois admis et ce, tout en veillant à assurer le respect des protections garanties par le droit de la propriété intellectuelle. En effet, les organes de l'OMC ont reconnu le droit légitime de l'Australie à améliorer la santé de ses citoyens par le biais de l'adoption du TPP¹⁹⁴⁵. Cette décision a réussi à concilier entre ce droit humain qu'est le droit à la santé¹⁹⁴⁶ et les obligations contenues au sein de l'ADPIC. Elle souligne par conséquent la prise en compte de la santé par l'accord sur les ADPIC. Elle met surtout en exergue la possibilité d'articuler les règles relatives aux protections apportées aux marques de commerce avec la santé.

¹⁹⁴³ Voir en ce sens Anatole Abaquesne de Parfouru, *Choking Smokers, don't you think the joker laughs at you: European Union Competence and Regulation of Tobacco Products Packaging under the New Tobacco Products Directive*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018.

¹⁹⁴⁴ Voir Haute Cour d'Australie, « *JT International SA v Commonwealth* », [2012], HCA 43 et décision numéro 2015-727 du Conseil Constitutionnel (France) du 21 janvier 2016 (*Loi de modernisation du système de santé*).

¹⁹⁴⁵ Rapport du groupe spécial en charge de l'affaire « *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* », DS 435, para. 7. 243, p. 196.

¹⁹⁴⁶ Les mesures antitabac permettent d'atteindre un meilleur état de santé et donc de contribuer à préserver le droit à la santé. Pour plus d'informations sur ce constat, voir Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) General Comment No. 14: *The Right to the Highest Attainable Standard of Health* (Art. 12), para. 14, p. 6.

Concernant la décision rendue par le tribunal arbitral en charge du litige entre l'Australie et Philip Morris, elle a conduit à la mise en place, par le TBI en vigueur entre ce pays et Hong-Kong, d'une clause d'exclusion du tabac de la procédure de règlement des différends au sein de ce traité¹⁹⁴⁷.

En outre, la cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a reconnu la validité de la directive 2014/40/UE du parlement européen et du conseil en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac¹⁹⁴⁸. Cette cour a, entre autres, admis la nécessité pour l'UE de mettre en œuvre la CCLAT et ses directives dans l'optique d'harmoniser l'ensemble des réglementations en relation avec le conditionnement et l'étiquetage des produits du tabac¹⁹⁴⁹. Les États peuvent dès lors maintenir ou instaurer de nouvelles exigences en matière d'emballages des produits du tabac.

Sur le plan national, la Haute Cour d'Australie a rejeté les plaintes déposées par Japan Tobacco et British American Tobacco, relatives au caractère non constitutionnel du TPP¹⁹⁵⁰. Elle estima, lors du jugement qu'elle a rendu, que la législation contestée était importante en matière de promotion de la santé publique et qu'elle pouvait aider à lutter contre les méfaits du tabac¹⁹⁵¹. Elle a de plus réussi à harmoniser les garanties constitutionnelles en matière de droit d'usage avec les objectifs sanitaires de l'Australie.

En France, le Conseil Constitutionnel adopta une position similaire à celle de la Haute Cour de l'Australie. En effet, il considéra que la loi modernisant le système de santé de la France n'était en rien anticonstitutionnelle¹⁹⁵². L'uniformisation et la neutralité des conditionnements des produits du tabac aspirait, de l'avis de ce conseil, à les priver de toute forme de publicité susceptible de favoriser leur consommation¹⁹⁵³. Le caractère néfaste du tabac fut notamment avancé pour justifier l'adoption d'une telle mesure. Le conseil a réussi ainsi à articuler les règles relatives au droit de propriété avec les objectifs en matière

¹⁹⁴⁷ Simon Lester, *art.cit.*, 2019.

¹⁹⁴⁸ « Philip Morris Brands SARL e.a. contre Secretary of State for Health », Arrêt de la cour (Deuxième Chambre), Affaire C-547/14, Arrêt du 4.5.2016, para. 229.

¹⁹⁴⁹ *Ibid.*, paras 7, 15 et 24.

¹⁹⁵⁰ Sera Mirzabegian, *art.cit.*, p. 179.

¹⁹⁵¹ « JT International SA v Commonwealth », Haute Cour d'Australie, [2012], HCA 43., para. 253, pp. 83-84.

¹⁹⁵² Voir en ce sens Décision numéro 2015-727 du Conseil Constitutionnel (France) du 21 janvier 2016 (loi numéro 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé).

¹⁹⁵³ *Ibid.*, para. 21.

de santé publique de l'État¹⁹⁵⁴. Il estima en ce sens que cette loi permettait aux consommateurs de continuer à pouvoir identifier les produits du tabac et ce, du fait de l'absence de toute interdiction d'inscrire une marque¹⁹⁵⁵. On remarque donc que cette décision a réussi à concilier entre la politique sanitaire du gouvernement français et les règles découlant du droit de la propriété intellectuelle.

On conclut, par le biais de l'examen de la légalité des emballages neutres, qu'il est possible d'articuler les impératifs sanitaires avec la protection de certains droits de propriété intellectuelle. Les organes de l'OMC ont en effet réussi à harmoniser les règles du droit international de la propriété intellectuelle avec celles du droit international de la santé. De plus, des juridictions domestiques sont parvenues à concilier entre leurs règlements en matière de droit de la propriété intellectuelle et leurs objectifs de santé publique. Une partie de ces décisions a été fondée sur certaines dispositions de la CCLAT.

C. Conclusion du chapitre VII

On constate, à la lumière de l'analyse établie au cours de cette partie, que la lutte antitabac a permis de mettre en exergue la possibilité pour les États de lutter contre les méfaits de ce produit et ce, par le biais de la mise en place de législation visant à protéger la santé. En effet, les différentes branches du droit international, qui sont en rapport direct avec la santé, ont pris en considération les impératifs sanitaires au sein de leurs règlements. Les États peuvent dès lors légitimement adopter des mesures sanitaires sans enfreindre les règles régissant les différentes composantes du droit international. L'OMC a en ce sens reconnu le droit de ses membres à protéger la santé et ce, par le biais de l'adoption de clauses permettant de garantir la protection dudit droit.

¹⁹⁵⁴ Le Conseil Constitutionnel a tenu au para 21 de son rapport le constat suivant : « le législateur a entendu priver ces produits d'une forme de publicité susceptible d'en favoriser la consommation, alors qu'il est établi que cette consommation nuit à la santé des personnes ; qu'il a ainsi poursuivi l'objectif de protection de la santé ; que les dispositions contestées n'interdisent ni la production, ni la distribution, ni la vente du tabac ou des produits du tabac ; qu'il n'en résulte aucune atteinte manifestement disproportionnée au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre ».

¹⁹⁵⁵ Cabinet Belger Rhein Poupon, *Paquets neutres et droit de marque*, juin 2017, <<https://bleger-rhein-poupon.com/paquets-neutres-droit-de-marque/>> (Dernière consultation : le 20/01/2021).

En outre, le droit international de l'investissement, via les TBI, a aussi accordé aux États une certaine marge de manœuvre en matière de sauvegarde de la santé de leurs citoyens. Les litiges relatifs au tabac nous ont, par conséquent, permis de tenir ce constat et ce, du fait du caractère nocif de ce produit et des mesures mises en place qui visent à lutter contre ses méfaits. Les différentes conclusions établies par les organes en charge de ces litiges sont en ce sens parvenues à articuler les règles de certaines branches du droit international avec les impératifs actuels concernant la protection de la santé publique. De plus, cette synthèse nous permet d'atténuer le supposé antagonisme entre le droit international économique et la sauvegarde de ces valeurs qualifiées de non marchandes et qui ne relèvent pas de la sphère de l'avoir.

VIII. Conclusion générale

Le tabac est un produit profondément inscrit dans les mœurs. En effet, en dépit de sa toxicité avérée, il est encore consommé par une bonne partie de la population mondiale, peu soucieuse de ses effets nocifs. Ce produit n'a donc nullement créé de panique salutaire¹⁹⁵⁶. Sa consommation était même, à ses débuts, vantée pour ses supposées vertus curatives¹⁹⁵⁷.

Par la suite, sa nocivité fut prouvée par plusieurs scientifiques et on assista, dans le sillage, de ces découvertes, aux premières législations restreignant sa commercialisation. Néanmoins, les ventes du tabac ont perduré et engendrent de nos jours des bénéfices assez importants¹⁹⁵⁸. C'est pourquoi ; la lutte contre ce produit a nécessité une multitude de moyens impliquant la mise en place d'une stratégie englobant plusieurs branches du droit international. Cette lutte va par conséquent se retrouver au confluent de ces branches et surtout au cœur du débat relatif à la relation entre la santé et les impératifs d'ordre économique. Elle met en même temps en exergue la possible fragmentation du droit international.

Ces constats sont néanmoins à relativiser. En effet, les litiges relatifs au tabac représentent un exemple paradigmatique de la possible conciliation entre les différentes branches du droit international qui impactent la santé. De plus, ils reflètent parfaitement la marge de manœuvre accordée aux États en matière de protection de la santé. Ces derniers demeurent souverains en ce qui concerne leurs politiques commerciales et peuvent donc instaurer, en toute liberté, des restrictions fondées sur des considérations sanitaires qui leur sont propres¹⁹⁵⁹. C'est dans ce cadre que ce travail de thèse a mis en exergue le fait que le droit international économique n'excluait en aucun cas certains droits sociaux tels que le droit à la santé. Ce constat a été tenu en dépit du postulat

¹⁹⁵⁶ Nicolas Journet, *Le tabac : comment s'en débarrasser ?* Sciences Humaines, Numéro 237, 2011, p. 7.

¹⁹⁵⁷ Lorsque Winston Churchill a été interrogé sur sa capacité à faire face aux maladies, il répondit que les cigares asphyxiaient les microbes.

¹⁹⁵⁸ L'industrie du tabac a, au cours des 120 dernières années, gagné beaucoup d'argent, générant un rendement annuel des capitaux propres compris entre 14 et 19%. Pour plus d'informations, voir Christian Steiner, *Wie tabak-aktien zum besten investment der geschichte wurden*, Neue Zürcher Zeitung, le 3 janvier 2021 (Traduction de l'allemand).

¹⁹⁵⁹ Clotilde Jourdain-Fortier, *op.cit.*, p. 437.

de départ relatif à la construction autonome du droit international qui a donné lieu à son découpage en une multitude de segments ayant chacun un objectif bien déterminé¹⁹⁶⁰.

Nous avons ainsi constaté que l'OMS avait mis en place, dès les années 1970, des politiques de lutte antitabac qui ont abouti à l'adoption de la CCLAT. Cette convention aspirait principalement à protéger la santé des effets dévastateurs du tabac. Elle a néanmoins suivi une approche globale et a donc inclus, au cours de son élaboration, plusieurs acteurs du secteur financier et commercial. En outre, les différentes règles qu'elle contient traitent des produits du tabac dans leur intégralité. La CCLAT peut dès lors facilement trouver sa place au sein du commerce international.

Ce dernier constat nous a donc amené à examiner la relation entre cette branche du droit qu'est le commerce international et la santé. L'OMC, en sa qualité de principale organisation à l'échelle du commerce mondial, a en effet dû articuler ses règles avec celles du droit international de la santé. Pour ce faire, il a fallu adopter une approche qui devait passer outre la vocation commerciale de cette organisation, et s'orienter vers la recherche de fins plus lointaines¹⁹⁶¹. Cette démarche a été en mesure de nous permettre de découvrir des valeurs communes entre le droit international de la santé et l'OMC. Ce procédé nous a finalement permis de constater que le droit du commerce international tendait vers les droits sociaux. C'est l'étude de la lutte antitabac qui facilita l'établissement d'un tel constat. En effet, les différents litiges traités sous l'angle des accords constituant l'OMC nous ont conduit à conclure que cette organisation permettait aux États de protéger cette notion primordiale qu'était la santé et ce, par le biais de la mise en place d'une série d'exceptions. De plus, les examens établis par ses organes reflètent parfaitement la possibilité d'assurer l'équilibre entre d'une part, le commerce et d'autre part, la santé. La politique de l'OMC a en ce sens influencé plusieurs TBI qui ont, à leur tour, adopté des exceptions qui énoncent clairement le droit des États à protéger la santé de leurs citoyens. Le tabac nous a donc permis d'examiner les efforts fournis en matière de conciliation entre la santé et le commerce.

L'étude de la lutte antitabac nous a aussi conduit à analyser d'autres branches du droit international exerçant une influence directe sur la santé. En effet et comme on l'a constaté au cours de ce travail de thèse, la lutte antitabac a aussi

¹⁹⁶⁰ *Ibid.*, p. 438.

¹⁹⁶¹ Voir en ce sens Bruno Oppetit, *Droit et modernité*, Presse universitaire de France, 1998, p. 205.

soulevé des questions en relation avec le droit des marques. Le supposé antagonisme entre le droit international de la propriété intellectuelle et la santé fut, encore fois, dissipé du fait de la possibilité de concilier entre cette branche du droit et le droit international de la santé.

Le combat contre le tabagisme a donc mis en lumière l'opportunité de coordonner les branches du droit international qui influent sur la santé. Toutefois, ce travail de thèse n'a pas étudié les impératifs sanitaires découlant de la lutte antitabac à travers le seul prisme des droits de l'homme. L'objectif de départ était de démontrer que les branches du droit à vocation « commerciale » pouvaient prendre en compte des considérations non économiques et ainsi assurer, lorsque la situation l'exigeait, la primauté de la santé sur les impératifs d'ordre économique.

La multiplication des plaintes en relation avec les mesures antitabac a aussi permis de relativiser les constats relatifs à la possible fragmentation judiciaire du droit international. En effet, les décisions rendues ont, pour la plupart, tenu des conclusions similaires. Elles sont en ce sens parvenues à articuler les objectifs de santé publique des États avec les règles régissant le droit de la propriété intellectuelle ou plus encore le droit international de l'investissement.

Au regard de ces constatations, il faut cesser de diaboliser les principaux acteurs du droit international économique tels que l'OMC. Il existe effectivement des motifs d'espoir qui peuvent nous permettre de rêver à une prise en compte plus importante de la santé au sein de l'ensemble des branches du droit international qui influent sur son processus. Comme le signale *Clotilde Jourdain-Fortier*, la société actuelle n'a pas pour seule vocation de protéger les intérêts économiques¹⁹⁶². Il faut par conséquent profiter du dynamisme d'une organisation comme l'OMC¹⁹⁶³ pour renforcer, au sein de ses accords, la protection des valeurs non marchandes. Ce constat s'affirme encore plus du fait des défis futurs que pose le tabac et ce, à cause de l'apparition de nouveaux produits de substitution, qui ont, comme on l'a constaté lors de cette étude, soulevé de nouvelles interrogations en relation avec l'OMS et l'OMC.

Par ailleurs, les contentieux examinés tout au long de ce travail de thèse ont mis aussi en lumière la complexité des procédures ayant trait aux produits du tabac. On a pu notamment observer qu'une multitude d'acteurs intervenaient

¹⁹⁶² Clotilde Jourdain-Fortier, *op.cit.*, p. 621.

¹⁹⁶³ Voir en ce sens Mireille Delmas-Marty, *Commerce mondial et protection des droits de l'homme*, Institut René Cassin de Strasbourg, Publication de l'institut international des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 4.

lors de ces litiges et que plusieurs questions ont été soulevées. De plus, ces procédures sont souvent longues et le résultat final n'est pas acquis à l'avance. Les jugements rendus par les organes de l'OMC ou par certains tribunaux arbitraux peuvent être ainsi contraires aux attentes d'un État souhaitant réglementer le tabac à des fins de santé publique. Ce genre de constat peut alors très vite déchanter les plus ardents défenseurs de la santé publique.

En effet, si l'on a pu constater que la plupart des décisions rendues par les organes de l'OMC et autres tribunaux arbitraux ont été favorables aux mesures sanitaires réglementant le tabac, rien ne garantit que lesdites mesures puissent toujours bénéficier d'un tel traitement à l'avenir. Il ne faut pas oublier que l'analyse des juges de l'OMC ou des tribunaux arbitraux aspire, lorsqu'il s'agit d'une mesure en relation avec la santé, à assurer l'équilibre entre d'une part, les impératifs d'ordre sanitaire et d'autre part, les intérêts commerciaux.

Par ailleurs, et comme énoncé précédemment, l'examen des organes susmentionnés n'est pas basé sur le seul prisme des droits de l'homme. La protection de la santé n'est en effet pas sacro-sainte du point de vue des principales règles qui encadrent le commerce international. De ce fait, la santé, en tant que notion, sera mise en balance avec d'autres préceptes régulant ce secteur clé du droit international lors des litiges ayant trait au tabac. Par conséquent, les règles permettant de réaliser les objectifs d'organisations comme l'OMC peuvent produire des résultats contraires à certains droits humains tels que le droit à la santé¹⁹⁶⁴.

En outre, l'OMC n'est pas une organisation créée à des fins de respect des droits de l'homme et ce, en dépit de la marge de manœuvre qu'elle accorde à ses membres en matière de protection desdits droits. Elle ne promeut donc pas ouvertement la protection de la santé. Cette pesée des intérêts entre d'une part, les impératifs d'ordre commercial et d'autre part, la protection de la santé sera donc toujours présente. Cela s'applique aussi à l'ensemble des composantes du commerce international.

Ce constat peut donc nous amener à nous interroger sur l'efficacité réelle des règlements relatifs à la protection de la santé publique dans le cadre de lutte antitabac au niveau international. Cette incertitude pose par conséquent problème et ce, du fait du contexte actuel où le tabac, en dépit de tous les efforts fournis en matière lutte contre ses méfaits, continue à causer la mort de millions de personnes.

¹⁹⁶⁴ Bob Kieffer / Clément Marquet, *op.cit.*, p. 230.

De plus, les dispositions contenues au sein des différents accords de l'OMC ou dans certains TBI se contentent de donner le droit aux États d'adopter des mesures visant à protéger la santé publique. Ce droit n'est en outre pas absolu et il est, comme mentionné précédemment, soumis à plusieurs conditions¹⁹⁶⁵.

Pour lutter plus efficacement contre les méfaits du tabac, certains acteurs du commerce international ont donc décidé de traiter le tabac différemment des autres produits commercialisés. Ils ont justifié leur décision en invoquant les effets nocifs de ce produit. Ils ont en ce sens adopté des mesures drastiques à l'encontre du tabac.

On peut par exemple mentionner certains accords de libre-échange (ALE) tels que le TPP qui, comme mentionné précédemment, a mis en place une clause d'exception vis-à-vis du tabac. L'article 29.5 de l'*Accord de Partenariat Transpacifique* limite notamment la possibilité pour l'industrie du tabac de recourir aux dispositions relatives aux règlements des différends entre investisseurs et États¹⁹⁶⁶. En vertu de cet article, tout État pourra déroger à la règle de droit qui autorise les investisseurs étrangers à poursuivre des États lorsqu'ils considèrent que ces derniers portent préjudice à leurs intérêts. De ce fait, une plainte ne peut plus être déposée lorsqu'un pays applique une mesure antitabac. Cet article va par conséquent institutionnaliser le traitement différentiel des multinationales du tabac au sein du TPP¹⁹⁶⁷.

Il existe aussi des mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États qui ont adopté des positions similaires au TPP. En effet et comme énoncé précédemment, le TBI signé entre l'Australie et Hong-Kong a mis en place une clause d'exclusion du tabac de la procédure de règlement des dif-

¹⁹⁶⁵ Sur ce point, [partie B, chapitre IV](#) ci-dessus.

¹⁹⁶⁶ L'article 29.5 de l'*Accord de Partenariat Transpacifique* énonce les dispositions suivantes : « Une Partie peut décider de refuser d'accorder les avantages prévus à la section B du chapitre 9 (Investissement) relativement aux plaintes contestant une mesure de contrôle du tabagisme de cette Partie. Dans ce cas, les plaintes ne sont pas déposées aux fins d'arbitrage au titre de la section B du chapitre 9 (Investissement). Dans le cas où une Partie n'a pas décidé de refuser d'accorder les avantages relativement à de telles plaintes avant qu'une plainte soit déposée aux fins d'arbitrage au titre de la section B du chapitre 9 (Investissement), cette Partie peut décider durant l'instance de refuser d'accorder les avantages. Il est entendu que lorsqu'une Partie décide de refuser d'accorder les avantages relativement à une telle plainte, la plainte est rejetée ».

¹⁹⁶⁷ Aminata Sissoko, *La clause d'exception du tabac au sein de l'accord de partenariat transpacifique : Une victoire pour la santé publique ?* De Boeck Supérieur / Revue internationale de droit économique, 2018, p. 80.

férends. Cette décision découlait du fait de la volonté de PMI de se prévaloir de la protection du TBI susmentionné pour contester les emballages neutres adoptés par l'Australie. Cette clause aspirait donc à anticiper et surtout à empêcher toute plainte en relation avec les produits du tabac. La santé a par conséquent été placée au centre des principales préoccupations des deux signataires de ce traité.

Toutefois cette clause d'exception a été fortement critiquée et n'a pas fait l'unanimité. Il a été par exemple reproché à l'article 29.5 du TPP de ne pas contenir d'autres produits susceptibles de nuire à la santé ou à l'environnement¹⁹⁶⁸.

Des pays peuvent aussi craindre que les exceptions de ce type n'englobent à l'avenir des produits tels que l'alcool ou d'autres aliments qui risquent d'être qualifiés de malsains. Cette approche peut en effet nuire à leurs intérêts économiques si ces derniers commercialisaient les produits susmentionnés.

Cette problématique peut aussi se poser pour l'OMC, si jamais cette organisation venait à mettre en place des clauses similaires aux dispositions de l'article 29.5 du TPP. L'exclusion totale du tabac de certaines procédures de règlements des différends est par conséquent sujette à controverse. Cette démarche consistant à écarter totalement le tabac n'est donc pas la solution la plus appropriée pour lutter contre les effets nocifs causés par ce produit. Plusieurs questions restent en effet en suspens en relation notamment avec la possibilité d'adopter ce genre de clause par les accords qui constituent OMC ou par d'autres traités d'investissement.

La solution la plus adéquate pour lutter plus efficacement contre les méfaits du tabac serait par conséquent de renforcer l'intégration de la protection de la santé. Le droit à la santé devrait notamment être unanimement reconnu et surtout être totalement intégré au sein des accords de l'OMC ou des TBI.

Cette démarche est réalisable car, comme mentionné précédemment, il est possible de renforcer la prise en considération de la protection des valeurs non marchandes dans certaines branches du droit international telles que le droit international économique. De plus, la sauvegarde de la santé est de nos jours

¹⁹⁶⁸ Thomas J. Bollyky, *TPP Tobacco Exception Proves the New Rule in Trade*, Council on Foreign Relations, le 4 février 2016, <<https://www.cfr.org/expert-brief/tpp-tobacco-exception-proves-new-rule-trade>> (Dernière consultation : le 29/10/2021).

au cœur des préoccupations de notre société. L'intégration de la protection de la santé au sein du droit international économique est par conséquent en mesure de se réaliser.

Cette approche peut se manifester, par exemple, au niveau d'une organisation telle que l'OMC qui, comme cité précédemment, soumet le droit de ses membres à protéger la santé à certaines conditions. L'intégration effective de la protection de la santé dans ses accords pourrait, à terme, renforcer la sauvegarde de cette notion inhérente à l'être humain. L'OMC, du fait notamment de son dynamisme, peut permettre de réaliser une telle démarche et ce, pour mieux lutter contre le tabac. Ce constat s'affirme encore plus car cette organisation a fait de l'amélioration du bien-être des populations un de ses principaux objectifs¹⁹⁶⁹.

L'OMC peut donc reconnaître explicitement le droit à la santé comme étant un droit inhérent à la nature humaine. Cette organisation a notamment la possibilité de se fonder sur le préambule des accords l'ayant instituée pour justifier une telle approche.

En effet, et comme mentionné précédemment, le préambule de l'OMC énonce que cette organisation vise à améliorer le bien-être des populations et reconnaît en même temps l'importance des objectifs actuels en matière de développement durable¹⁹⁷⁰. Ces objectifs englobent de nos jours la protection de la santé et font de la lutte antitabac une priorité. Ce sont les objectifs établis par les Membres des Nations Unies en termes de développement durable qui nous permettent de tenir un tel constat¹⁹⁷¹. Cette organisation a en ce sens mis en place une liste exhaustive d'objectifs de développement durable (ODD) à atteindre à l'horizon 2030. Les ODD considèrent notamment que l'adoption des dispositions de la CCLAT et sa ratification sont primordiaux pour renforcer la lutte antitabac à l'échelle nationale et internationale et ce, dans l'optique de mieux protéger la santé¹⁹⁷².

Dès lors, l'OMC peut reconnaître d'une manière explicite le droit à la santé au sein de ses accords. Cette reconnaissance fera que les mesures antitabac auront peu de chance d'être jugées comme étant incompatibles avec le droit de l'OMC. De ce fait, les procédures liées aux litiges en relation avec les produits du tabac seront moins longues qu'elles ne l'étaient par le passé. De plus,

¹⁹⁶⁹ Voir le préambule de l'accord instituant l'OMC.

¹⁹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁹⁷¹ Voir le 3^{ème} objectif en matière de développement durable des Nations Unies.

¹⁹⁷² Gian Luca Burci / Brigit C. A Toebes, *op.cit.*, p. 341.

cette démarche peut aider à renforcer la primauté de la santé sur les impératifs d'ordre commercial. Néanmoins, la pesée des intérêts entre d'une part, la protection de la santé et d'autre part, les préceptes commerciaux sera toujours au cœur des analyses des organes de l'OMC. La reconnaissance explicite du droit à la santé a toutefois le mérite de consolider le droit souverain des États à protéger la santé de leurs citoyens des méfaits d'un produit tel que le tabac. La protection de la santé sera dès lors intégrée d'une manière plus efficace dans le droit international économique. Elle ne se présentera plus, par exemple, sous la forme d'exceptions à certaines règles de l'OMC. Elle sera clairement reconnue par l'OMC à travers la consécration par cette organisation du droit à la santé. La protection de la santé sera donc intégrée d'une façon plus importante dans le champ de compétence de cette organisation.

Il existe aussi une autre approche consistant à prôner la transformation de l'OMC en une sorte d'organisation internationale, semblable à l'ONU, dont la mission serait de régler à la fois le commerce à l'échelle internationale et de protéger des valeurs non marchandes telles que la santé¹⁹⁷³.

Toutefois, l'approche consistant à consolider l'intégration de la protection de la santé possède plus de garanties. Elle permet notamment de protéger plus efficacement la santé et ce, tout en préservant les intérêts du commerce international. Cette démarche présente aussi l'avantage de ne nécessiter aucun changement d'ordre structurel puisque l'intégration renforcée de la protection de la santé se fera au niveau du champ de compétence de l'OMC. Elle aidera donc à transposer d'une manière plus efficace la protection de la santé au sein du droit international économique.

La reconnaissance claire et limpide du droit à la santé peut aussi se réaliser dans le cadre des TBI. Pour ce faire, les préambules des accords de ce type peuvent reconnaître l'importance des objectifs de développement durable. Cette approche permettra, à terme, une reconnaissance explicite du droit à la santé au sein des TBI. Elle a par conséquent le mérite de mettre sur un même pied d'égalité les préceptes de base du droit international de l'investissement¹⁹⁷⁴ et la santé. En effet, si la protection de la santé est possible au sein de cette branche du droit, elle est, à l'instar de l'OMC, soumise à certaines conditions.

¹⁹⁷³ Clotilde Jourdain-Fortier, *op.cit.*, p. 621.

¹⁹⁷⁴ Sur ce point, voir [partie B, chapitre VI](#) ci-dessus.

L'intégration effective de la protection de la santé dans le droit international de l'investissement permettra donc aux États de mieux protéger cette notion inhérente à l'homme. La lutte antitabac sera dès lors une tâche plus aisée au sein de cette branche du droit international.

L'intégration de la protection de la santé au sein des branches du droit telles que le droit international économique nécessitera néanmoins le renforcement de la collaboration entre l'OMC et l'OMS. Il est en effet primordial de consolider l'entraide existante entre ces deux organisations pour répondre aux enjeux actuels et futurs de santé publique mondiale. En dépit du fait de ne pas jouir du statut d'observateur auprès de l'OMC¹⁹⁷⁵, l'OMS dispose dudit statut au sein du comité des mesures SPS et des obstacles techniques au commerce. Cette organisation possède aussi le statut d'observateur ad hoc dans le conseil de l'accord sur les ADPIC et de l'AGCS¹⁹⁷⁶. En outre, les secrétariats des deux organisations respectives collaborent étroitement dans des domaines en relation avec la propriété intellectuelle et surtout la santé¹⁹⁷⁷. L'OMS et l'OMC sont donc en mesure de renforcer leur collaboration en matière de protection de la santé.

La relation existante entre l'OMS et l'OMC permettra aux États de promouvoir la protection de certaines valeurs non marchandes telles que la santé et ce, tout en garantissant leurs intérêts économiques. Les différends que nous avons analysés, au cours de ce travail, ainsi que l'évolution de l'OMC et de l'OMS ne peuvent que renforcer la conviction des États quant à la possibilité de réaliser les objectifs susmentionnés.

La consolidation de la collaboration entre l'OMC et l'OMS peut se concrétiser par le biais d'une reconnaissance plus explicite de la CCLAT de la part de l'OMC. Cette convention a notamment déjà été mentionnée par les différents organes de l'OMC lors de litiges ayant trait au tabac. À des fins de renforcement de la protection de la santé au sein de ses accords, la réalisation des objectifs de la CCLAT peut, par exemple, être citée dans le sillage de la reconnaissance par cette organisation du droit à la santé. La mise en place d'un

¹⁹⁷⁵ Organisation mondiale du commerce, *Organisations internationales intergouvernementales ayant le statut d'observateur auprès de l'OMC*, <https://www.wto.org/french/thewto_f/igo_obs_f.htm> (Dernière consultation: le 05/11/2021).

¹⁹⁷⁶ World Trade Organization, *Work with other international organizations, The WTO and WHO*, <https://www.wto.org/english/thewto_e/coher_e/wto_who_e.htm> (Dernière consultation : le 03/11/2021).

¹⁹⁷⁷ *Ibid.*

partenariat direct entre l'OMC et l'OMS est en ce sens en mesure d'aider à réaliser un tel dessein et ainsi à renforcer la place de la santé au sein du droit international économique.

La CCLAT, par le biais de l'OMS, peut aussi collaborer avec les États dans le cadre de certains TBI et ce, dans l'optique d'améliorer et de consolider la protection de la santé au sein du droit international de l'investissement. Cette démarche aidera à renforcer l'intégration de la santé au sein de cette branche du droit.

On constate donc que le renforcement de l'intégration de la protection de la santé dans certaines branches du droit international telles que le droit international économique est en mesure d'aider à mieux lutter contre les méfaits du tabac. Cette approche permet en effet une plus grande prise en compte des valeurs non marchande et soutient ainsi les efforts des États en matière de lutte antitabac.

Ce travail de thèse nous a permis par conséquent de mettre en lumière plusieurs points qui peuvent, à terme, aider à mieux lutter contre le tabac et surtout à améliorer la protection de la santé.

Nous sommes notamment parvenu à démontrer, à la lumière des conclusions établies lors de cette étude, que la coordination entre les différents segments du droit international est réalisable. Ce constat découle de l'examen de la lutte antitabac qui reflète parfaitement la possibilité pour les États de sauvegarder la santé de leurs citoyens au sein de ce système qu'est le droit international. L'analyse de cette lutte a ainsi conduit à l'harmonisation de l'ensemble des segments du droit qui influent sur la protection de la santé.

Ce constat nous a conduit par la suite à proposer une intégration plus effective de la santé au sein du droit international économique. Ce point permettra de mieux lutter, à l'avenir, contre les méfaits du tabac et ainsi d'améliorer la protection de la santé au sein du droit international.

Cette étude peut donc renforcer la conviction des États quant à leur capacité à combattre les produits du tabac.

Ce travail peut aussi aider à réaliser un jour, ce vœu pieux qu'est l'intégration effective des différentes branches du droit international. Cet objectif est en mesure de conduire à l'émergence d'un corpus juridique commun nouveau, capable de concilier définitivement entre toutes les composantes du droit international. Si ce vœu venait à se réaliser, la santé publique mondiale ne pourrait en sortir que renforcée.

Par ailleurs, les constatations établies dans ce travail de thèse sont en mesure de contribuer à renforcer la lutte mondiale contre les MNT, maladies qui peuvent être provoquées par les produits du tabac. En effet, les MNT étant les principales causes de décès dans le monde¹⁹⁷⁸, elles vont alors nécessiter une plus grande collaboration entre les différents acteurs du droit international et une synchronisation entre les branches dudit droit. En outre, elles peuvent requérir la mise en place d'un régime de gouvernance mondiale capable de lutter contre leurs méfaits. Dans cette perspective, les efforts fournis en matière de lutte antitabac sont en mesure d'aider à réaliser ces différents objectifs¹⁹⁷⁹. La lutte antitabac au sein du droit international peut par conséquent servir d'exemple paradigmatique à un futur projet de mise en place d'une gouvernance mondiale visant à lutter contre les MNT.

La lutte antitabac acquiert de nos jours une plus grande importance et ce, en raison de l'épidémie actuelle de la Covid-19. Cela découle du fait que le tabac s'attaque directement aux poumons et au thorax qui peuvent en même temps être fortement endommagés en cas de contamination à la Covid-19¹⁹⁸⁰. La mise en œuvre des mesures de la CCLAT ainsi que sa ratification sont donc en mesure de contribuer à l'effort mondial en matière d'endigement de cette épidémie. Les conclusions établies au cours de ce travail de thèse, notamment en ce qui concerne la lutte antitabac au sein des différentes branches du droit international, peuvent par conséquent aider à réaliser ce dessein.

¹⁹⁷⁸ OMS, 1^{er} rapport de l'OMS sur la situation mondiale sur les MNT 2010 / Résumé d'orientation, 2011, p. v.

¹⁹⁷⁹ Voir en ce sens Suzanne Zhou / Jonathan Liberman, *The Global Tobacco Epidemic, and the WHO Framework Convention on Tobacco Control—The Contributions of the WHO's first Convention to Global Health Law and Governance*, Published in Gian Luca Burci and Brigit Toebes (eds), *Research Handbook on Global Health Law*.

¹⁹⁸⁰ Camh, Le tabagisme et la Covid-19 / Renseignements à l'intention des fumeurs, <https://camh.ca/-/media/files/camh_covid19_infosheet-tobacco-fr-pdf.pdf> (Dernière consultation : le 07/11/2021).

Curriculum Vitae

Zied Ghedira est licencié en droit privé de l'école de droit et de gestion de l'Université centrale de Tunis et titulaire du master en droit (mention « droit international et comparé ») de la faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne (Suisse). Il a également soutenu, avec succès, sa thèse de doctorat intitulée « Le tabac en droit international » au sein de la même faculté. Il a en ce sens mené ses recherches doctorales au centre de droit comparé, européen et international sous la supervision du professeur Andreas R. Ziegler.

Zied Ghedira poursuit actuellement ses recherches, en tant que chercheur postdoctoral, dans l'équipe de la Professeure Geneviève Dufour à l'Université de Sherbrooke au Canada.

Ces dernières années, la thématique des restrictions de la distribution et de la publicité pour les cigarettes a occupé de nombreux organes et tribunaux internationaux. En raison de la fragmentation du droit international et du règlement des litiges y correspondant, il existe un risque de réglementation incongrue et surtout insatisfaisante, dans laquelle la protection de la santé, les intérêts économiques des producteurs et le commerce international ne sont pas facilement pris en compte et coordonnés de manière satisfaisante.

Ce travail de thèse met pour la première fois en lumière de manière exhaustive les aspects du droit de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), de l'Organisation mondiale du commerce (OMC ; commerce et droits de propriété intellectuelle liés au commerce) et du réseau d'accords bilatéraux de protection des investissements existants, ainsi que les jugements (et sentences arbitrales) et les controverses qui en découlent. Les considérations de politique de santé (y compris le droit à la santé et la protection des mineurs) et les réglementations applicables du droit international économique sont comparées et leur cohérence est remise en question. Les questions qui en résultent seront extrêmement importantes pour la recherche ultérieure et la prise de décision par les organes politiques au niveau national et dans les négociations internationales.

Cette thèse combine plusieurs domaines juridiques habituellement très séparés (droit de la santé, droit de l'OMC, droit de la protection des investissements, droit de la propriété intellectuelle). Elle traite en outre des aspects médicaux, psychologiques, sociologiques et économiques fondamentaux, nécessaires à la compréhension de la problématique. Il s'agit donc d'un travail interdisciplinaire d'une certaine ampleur. Parallèlement, les différents domaines juridiques sont présentés avec une précision adéquate afin de permettre au lecteur de comprendre le contexte et les prémisses politiques.