

Plain packaging et propriété intellectuelle : le droit fondamental à l’empoisonnement d’autrui ?

Bernard VANBRABANT

I. L’EMBALLAGE NEUTRE COMME ÉLÉMENT DE LA LUTTE CONTRE L’ÉPIDÉMIE DU TABAGISME

«Le tabac c’est tabou; on en viendra tous à bout». Cette formule-culte du film *Le Pari*⁽¹⁾ est aussi, depuis une quinzaine d’années, le crédo de l’OMS, l’Organisation Mondiale de la Santé.

Il faut dire que le tabagisme est une addiction planétaire aux conséquences dramatiques. Son ampleur mérite d’être rappelée, à l’aide de quelques statistiques. En Belgique, comme dans de nombreux pays, le tabac arrive très largement en tête des causes de décès non inéluctables; à l’origine d’un tiers des cancers, la cigarette fait 10 fois plus de morts que la route⁽²⁾. Au niveau mondial, on estime que 6 millions de personnes meurent chaque année des effets, directs ou indirects, de la consommation de tabac (ou de l’exposition à sa fumée); une personne toutes les 6 secondes! Si la consommation a certes baissé dans la plupart des pays industrialisés au cours des dernières décennies, elle est par contre en constante augmentation dans les pays en voie de développement, spécialement chez les adolescents et les femmes.

Pour tenter d’enrayer cette «propagation de l’épidémie du tabagisme» (selon ses propres termes), l’OMS a mis au point une convention internationale qui a recueilli, depuis sa signature en 2005, un nombre record d’adhé-

(1) *Le Pari*, film réalisé par Didier Bourdon et Bernard Campan et produit par Claude Berri (1997).

(2) Voy. <http://www.cancer.be/des-chiffres-qui-parlent#sthash.zzz26K1r.dpuf>. Tous les liens reproduits dans ce texte ont été vérifiés le 20 janvier 2016.



sions (170 pays). La *Convention-cadre pour la lutte anti-tabac*⁽³⁾ impose une panoplie de mesures dont la conjugaison est, selon les études, de nature à diminuer la consommation de tabac et l'exposition aux fumées : des mesures d'information, d'éducation, et de sensibilisation du public, et en particulier des jeunes, aux effets du tabac ; des mesures fiscales se traduisant par une augmentation du prix du tabac (en Belgique, TVA et accises) ; l'interdiction de fumer dans les écoles, les transports voire d'autres lieux fermés fréquentés par le public ; interdiction (ou la limitation) de la publicité pour le tabac ; des règles relatives à la composition des cigarettes ; enfin des règles quant au conditionnement et l'étiquetage des produits du tabac.

En ce qui concerne l'emballage, la Convention de l'OMS impose notamment la présence d'avertissements sanitaires sur les paquets de cigarettes, de façon à couvrir au *minimum* 30% du paquet. Les États sont encouragés par l'OMS à aller au-delà du minimum prévu par la Convention-Cadre et celle-ci est complétée par des directives précises (non contraignantes) relatives aux différentes mesures précitées⁽⁴⁾. Sur le plan du conditionnement, l'OMS suggère ainsi, notamment, de faire figurer à titre d'avertissements sanitaires non seulement des textes (« Fumer tue » ; « la fumée de cigarette contient plus de 70 substances toxiques », ...) mais aussi des *images* montrant les effets néfastes du tabac sur le corps humain. En Belgique, ce type d'avertissements figure sur les paquets depuis quelques années.

Le pas supplémentaire, qui n'a pas encore été franchi chez nous, est l'adoption de la règle du *paquet « neutre »*, autrement dit standardisé (en anglais « *Plain packaging* »)⁽⁵⁾.

Dans ce système, non seulement la *forme* et les *dimensions* du conditionnement sont définies précisément mais le paquet de cigarettes, ou l'emballage du tabac, ne peut plus comporter *aucun logo*, aucune couleur de fantaisie, aucun dessin. Seul le nom du fabricant ou du produit (la marque *verbale*) peut apparaître, sur une surface déterminée du conditionnement (dans le bas), dans une couleur et une police standardisées.

⁽³⁾ Le texte est disponible en ligne sur le site de l'OMS, à la page suivante : http://www.who.int/fctc/text_download/fr.

⁽⁴⁾ Voy. http://www.who.int/entity/fctc/treaty_instruments/adopted/fr.

⁽⁵⁾ Voy. les Directives pour l'application de l'article 11 de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac – Conditionnement et étiquetage des produits du tabac – et en particulier le point 46. http://www.who.int/fctc/treaty_instruments/adopted/article_11/fr.

C'est l'Australie qui a fait figure de pionnier en imposant, par le *Plain Packaging Act* adopté fin 2011, cette mesure suggérée par l'OMS⁽⁶⁾.



Cette législation, comme ailleurs d'autres mesures restrictives ayant trait au conditionnement et à la publicité pour le tabac, a fait l'objet de vives protestations de la part de l'industrie. Divers recours ont été formés en vue de contester la légalité du *plain packaging*, tandis qu'un intense *lobbying* a été mis en œuvre pour dissuader d'autres États – et l'Union européenne – de suivre l'exemple australien.

Parmi les arguments avancés, l'industrie du tabac fait notamment valoir que la mesure ne contribue pas à diminuer la consommation de cigarettes ; elle serait, en d'autres termes, *inefficace*. Des études – généralement sponsorisées par les cigarettiers... – sont invoquées à l'appui de cette assertion (mais contredites par d'autres études, émanant notamment de diverses associations de lutte contre le cancer). La mesure risquerait aussi, selon les cigarettiers, d'avoir un effet *boomerang*, la concurrence se faisant uniquement sur les prix avec pour conséquence un tabac moins cher donc plus accessible, surtout aux jeunes. Le *plain packaging* favoriserait également la *contrefaçon* (l'emballage pouvant être « imité plus facilement » et les autorités étant moins à même de reconnaître les copies). Enfin est invoqué le risque de « contagion » du principe du conditionnement neutre à d'autres secteurs, d'autres produits (alcool, fast-food etc.)⁽⁷⁾.

Sur le plan strictement juridique, plusieurs types de recours ont été formés contre la législation australienne⁽⁸⁾, avec des fondements quelque peu différents. Dans les lignes qui suivent, on évoquera premièrement le recours interne introduit devant la *High Court* d'Australie au titre de la protection constitutionnelle

(6) Voy. <https://www.comlaw.gov.au/Details/C2011A00148>.

(7) Voy. <http://www.jti.com/in-focus/slippy-slope/>.

(8) Un arbitrage international a également été organisé à la requête de *Philip Morris Asia International* sur base du traité bilatéral d'investissement (BIT) conclu entre l'Australie et Honk-Kong. Par décision du 18 décembre 2015, le tribunal arbitral a toutefois décliné sa compétence.

de la propriété, dans un second temps les recours pendant devant les instances de l'OMC – l'Organisation mondiale du commerce – basés principalement sur le droit international des marques⁽⁹⁾.

II. REMISE EN CAUSE AU TITRE DE LA PROTECTION CONSTITUTIONNELLE DE LA PROPRIÉTÉ

Devant la *High court*, la société *Japan Tobacco International* a fait grief au Commonwealth d'Australie d'avoir, en violation de la Constitution, « acquis » sa propriété à des conditions non équitables (« *otherwise than on just terms* »). Dans son arrêt rendu en août 2012⁽¹⁰⁾ la haute juridiction australienne reconnaît que les marques dont est titulaire la demanderesse constituent bien une « propriété » protégée par la Constitution. Ce faisant, la haute juridiction australienne rejoint une tendance dominante consistant à étendre la protection constitutionnelle, ou supra-étatique, de la propriété à toutes espèces de « biens », en ce compris des droits de propriété intellectuelle⁽¹¹⁾. La Cour européenne des droits de l'homme a également reconnu la protection offerte par l'article 1^{er} du Protocole n° 1 à ce type de richesses⁽¹²⁾. La propriété, en tout cas devant ces juridictions gardiennes des droits fondamentaux, ne se réduit pas à celle des choses *quae tangi possunt*.

En dépit de cette qualification de propriété, le recours de *Japan Tobacco Int.* fut rejeté au motif (principalement) que le Commonwealth n'a rien « acquis » par l'effet du *Plain Packaging Act* ; ce qui laisse entière la question – qui n'était pas posée en l'espèce compte tenu des termes de la Constitution australienne –

⁽⁹⁾ Un troisième fondement parfois mobilisé – spécialement aux États-Unis – contre les législations (en projet) imposant le conditionnement neutre ou interdisant la publicité est pris de la violation du droit à la liberté d'expression. Concernant cet aspect, cf. not. C. H. FARLEY et K. DE VANEY, « Considering Trademark and Speech Rights Through the Lens of Regulating Tobacco », *AIPLA Quarterly Journal*, vol. 43 (2015), pp. 1 et s. ; S. HINCHLIFFE, « Comparing Apples and Oranges in Trademark Law – Challenging the International and Constitutional Validity of Plain Packaging of Tobacco Products », *The John Marshall Review of Intellectual Property Law*, 2013, pp. 130 et s., spéc. pp. 162-166. Pour une étude collective couvrant les différents aspects juridiques liés à la législation sur le conditionnement neutre des produits du tabac, voy. A. MITCHELL, T. VOON et J. LIBERMAN (éds) *Public Health and Plain Packaging of Cigarettes: Legal Issues*, Cheltenham (UK), Edward Elgar, 2012.

⁽¹⁰⁾ Voy. http://jurist.org/paperchase/Australia_tobacco.pdf.

⁽¹¹⁾ Voy. B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, t. 1, *op. cit.*, pp. 458 et s.

⁽¹²⁾ Cf. Cour eur. D.H., arrêts du 11 octobre 2005 (2^e section) et du 11 janvier 2007 (gr. ch.), en cause de *Anheuser-Busch c. Portugal* ; arrêt du 21 février 2008, req. n° 37442/03, *Parmalat c. Roumanie*. Cf. aussi, précédemment, Com. eur. D.H., décision n° 12633/87 du 4 octobre 1990, *Smith Kline et French Laboratories c. Pays Bas, D.R.*, vol. 66, p. 7 ; décision n° 38817/97 du 9 septembre 1998, *Lenzing c. Royaume-Uni, D.R.*, p. 136. Pour un examen de cette jurisprudence, cf. B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, t. 1, *op. cit.*, pp. 473 et s.

de savoir s'il n'y avait pas eu «privation» («*taking*») de propriété dans le chef de la requérante⁽¹³⁾.

Un moyen similaire – l'expropriation sans juste et préalable indemnité – avait déjà été proposé, il y a une dizaine d'années, par des fabricants de cigarettes à l'appui de recours formés devant la Cour d'arbitrage de Belgique⁽¹⁴⁾, de même d'ailleurs que devant le Conseil constitutionnel français, pour contester *l'interdiction de la publicité* pour le tabac (y compris de parrainage d'événements sportifs). Le recours avait été rejeté en France⁽¹⁵⁾ et avait eu un succès limité en Belgique (un report de la date d'entrée en vigueur)⁽¹⁶⁾.

Mais il est vrai que le *plain packaging* va un pas plus loin que l'interdiction de la publicité, dès lors que le conditionnement du tabac est pratiquement le dernier lieu où les marques des cigarettiers peuvent apparaître. À mon sens,

⁽¹³⁾ Voy. en particulier T. VOON, «Acquisition of Intellectual Property Rights: Australia's Plain Tobacco Packaging Dispute», *European Intellectual Property Review (E.I.P.R.)*, 2013, pp. 113 et s.

⁽¹⁴⁾ La législation concernée avait donné lieu à une importante mobilisation citoyenne pour «sauver Francorchamps», suite à la menace de Bernie Ecclestone de retirer le grand prix de Belgique du calendrier de la F1 en raison de la nouvelle législation.

⁽¹⁵⁾ Cf. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1991/90283DC.htm>. Après avoir observé «que les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux; que parmi ces derniers figure le droit pour le propriétaire d'une marque de fabrique, de commerce ou de service, d'utiliser celle-ci et de la protéger dans le cadre défini par la loi et les engagements internationaux de la France», les juges constitutionnels notent que «l'évolution qu'a connue le droit de propriété s'est également caractérisée par des limitations à son exercice exigées au nom de l'intérêt général; que sont notamment visées de ce chef les mesures destinées à garantir à tous (...) «la protection de la santé»». Le Conseil souligne «que le droit de propriété d'une marque régulièrement déposée n'est pas affecté dans son existence par les dispositions de (...) la loi; que celles-ci ne procèdent en rien à un transfert de propriété qui entrerait dans le champ des prévisions de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen». Il admet que, sans doute, «la prohibition de la publicité et de la propagande en faveur du tabac est susceptible d'affecter dans son exercice le droit de propriété d'une marque concernant le tabac ou des produits du tabac» mais considère «que ces dispositions trouvent leur fondement dans le principe constitutionnel de protection de la santé publique» et rejette partant le recours.

⁽¹⁶⁾ Cf. arrêt n° 102/99 de la Cour, du 30 septembre 1999, *M.B.*, 12 octobre 1999, p. 38413 (<http://www.const-court.be/public/f/1999/1999-102f.pdf>). La Cour relevait que «seules les personnes assistant physiquement aux quelques activités organisées en Belgique échapperont aux effets de la publicité et du parrainage en cause, alors qu'un nombre beaucoup plus élevé de téléspectateurs continueront d'être touchés lors de la retransmission télévisée des activités de même type se déroulant à l'étranger et échapperont encore à l'interdiction». Sur base de cette constatation, elle concluait que, «compte tenu de cette inefficacité relative et, d'autre part, des conséquences économiques, financières et sociales qu'un déplacement de ces activités entraînerait localement sans alternative compensatoire, la mesure est disproportionnée dans l'état actuel des choses». S'agissant du moyen pris de la violation des disposition protégeant la propriété (art. 16 de la Constitution et article 1er du Premier protocole additionnel à la CEDH), les juges constitutionnels se montrèrent en revanche bien plus rétrogrades que leurs homologues français en considérant que «l'interdiction en cause ne constitue dans aucun de ses éléments une des mesures tombant dans le champ d'application des dispositions invoquées» (pt B.25).

il ne s'agit *pas* d'une véritable « expropriation » – entraînant, à tout le moins dans le système de la Cour européenne des droits de l'homme, une obligation d'indemniser – mais il y a bien néanmoins une « atteinte à la substance » de la propriété⁽¹⁷⁾, laquelle *peut* être justifiée, mais seulement au terme d'un test de proportionnalité.

Encore paraît-il permis, au moment d'opérer ce test, de se demander si les cigarettiers ont un intérêt légitime à se plaindre d'atteintes à un bien dont la valeur (colossale) a été constituée au détriment de la santé publique. Le pouvoir d'attraction véhiculé par les marques de cigarettes – et que tente de briser la règle du conditionnement neutre, après celle de l'interdiction de la publicité pour le tabac – a en effet été acquis à coup d'investissements publicitaires en faveur d'un produit dont la nocivité a été cachée, sciemment, durant de nombreuses années. N'est-ce pas alors, en définitive, un droit fondamental... à l'empoisonnement d'autrui dont se prévalent les adversaires du plain packaging ?

III. REMISE EN CAUSE AU TITRE DES DISPOSITIONS DE L'ACCORD ADPIC RELATIVES AUX MARQUES

S'il est sans doute délicat de l'inscrire dans un raisonnement fondé sur la protection constitutionnelle de la propriété, cette dernière objection, relative à la légitimité de l'intérêt des contestataires, est certainement irrecevable lorsque c'est un État souverain qui se plaint d'une violation de dispositions de droit international sur la propriété intellectuelle comme c'est le cas dans le second type de recours déclenchés par l'adoption du *plain packaging Act*. Ces recours, formés devant l'*organe de règlement des différends de l'OMC*, opposent en effet formellement l'Australie, en qualité de défendeur, à cinq pays producteurs de tabac, plaignants⁽¹⁸⁾; plus de 40 pays ont en outre fait intervention en qualité de tierce-parties – le différend est à ce titre le plus important de l'histoire de l'OMC – ce qui confirme, si besoin en était, combien sont importants, et multiples, les enjeux économiques du débat.

Les principales dispositions dont les plaignants allèguent la violation sont les articles 15, 17 et 20 de l'Accord ADPIC – Accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ Autrement dit, la mesure doit être examinée, dans le système européen, sous l'angle de la « première norme », et non de la deuxième, contenue dans l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel. Sur cette distinction, cf. B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, t. 1, *op. cit.*, pp. 494 et s.

⁽¹⁸⁾ Cf. DS434 (plainte de l'Ukraine), DS435 (Honduras), DS441 (République dominicaine), DS458 (Cuba) et DS467 (Indonésie).

⁽¹⁹⁾ Plusieurs articles et contributions ont examiné ce recours, et plus généralement la compatibilité de la législation sur le *plain packaging* avec les dispositions de l'Accord ADPIC en matière de marques: voy. not. A. ALEMANNI et E. BONADIO, « Do you mind my Smoking – Plain packaging of cigarettes under the TRIPS Agreement », *The John Marshall Review of Intellectual Property Law*,

En tant qu'il est fondé sur les deux premières dispositions précitées, le recours ne me paraît pas avoir beaucoup de chances de prospérer. Aux termes de l'article 15 (4), « la nature des produits ou services auxquels une marque de fabrique ou de commerce s'appliquera ne constituera en aucun cas un obstacle à l'enregistrement de la marque ». Or, la législation sur le *plain packaging* n'empêche aucunement l'enregistrement des marques de tabac, pas plus qu'elle ne conduit à invalider les enregistrements existants. Elle limite seulement l'usage de ces marques (par leur titulaire et ses licenciés, mais aussi par les tiers).

2011, pp. 450 et s. ; A. MITCHELL et T. VOON, « Face Off: Assessing WTO Challenges to Australia's Plain Packaging », *Public Law Review* (Australie), 2011, p. 218 ; M. DAVISON, « Plain Packaging of Tobacco and the 'Right' to Use a Trade Mark », *E.I.P.R.*, 2012/10, pp. 498 et s. ; M. DAVISON, « The Legitimacy of Plain Packaging under International IP Law. Why there is no right to use a trademark under either the Paris Convention or the TRIPS Agreement », in A. MITCHELL, T. VOON et J. LIBERMAN (éds), *Public Health and Plain Packaging of Cigarettes: Legal Issues*, Cheltenham (UK), Edward Elgar, 2012, pp. 81 et s. ; P. JOHNSON, « Trade marks without a brand: the proposals on "plain packaging" of tobacco products », *E.I.P.R.*, 2014, pp. 461 et s. ; S. FRANKEL et D. GERVAIS, « Plain Packaging and the Interpretation of the TRIPS Agreement », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2013/5, p. 1149 ; S. HINCHLIFFE, « Comparing Apples and Oranges in Trademark Law – Challenging the International and Constitutional Validity of Plain Packaging of Tobacco Products », *The John Marshall Review of Intellectual Property Law*, 2013, pp. 130 et s. ; A. MITCHELL et M. MAIDANA-ELETTI, « Plain Packaging in Australia – Implications for Trademark Rights under the TRIPS Agreement and the Paris Convention », *Anuario Andino de Derechos Intelectuales* (revue péruvienne), 2014, pp. 295-303 ; E. BONADIO, « Are brands untouchables? – How availability and use of Trademarks can be restricted for furthering public interests », *Charlotte Intellectual Property Journal*, 2014/1 ; M. DAVISON et P. EMERTON, « Rights, Privileges, Legitimate Interests, and Justifiability – Art. 20 TRIPS and Plain Packaging of Tobacco », *Am U Int'l L. Rev.*, 2014, pp. 505 et s. Il est à noter que la majorité de ces auteurs concluent à l'absence de violation de l'Accord ADPIC par la législation australienne. En sens contraire, voy. la contribution de S. Frankel et D. Gervais et celle de P. Johnson. Voy. aussi, concluant à l'illicéité des mesures de plain packaging, la note du cabinet Lalive rédigée à la demande de Philip Morris : « Why Plain Packaging is in Violation of WTO Members International Obligations under TRIPS and the Paris Convention » (http://www.smoke-free.ca/plain-packaging/documents/industry-responses/LALIVE_Analysis_23_July_2009.pdf) ; et celle de D. Gervais réalisée à la demande de Japan International Tobacco : « Analysis of the Compatibility of certain Tobacco Products Packaging Rules with the TRIPS Agreement and the Paris Convention », rapport du 30 novembre 2010, (<http://www.jti.com/files/4513/3164/0486/Gervais.pdf>). Concernant les velléités, partiellement ravalées, d'imposer le conditionnement neutre dans l'Union européenne, voy. aussi A. ALEMANNI et E. BONADIO, « Plain packaging of cigarettes under EU law », in A. MITCHELL, T. VOON et J. LIBERMAN (éds), *Public Health and Plain Packaging of Cigarettes: Legal Issues*, Cheltenham (UK), Edward Elgar, 2012, pp. 214 et s. ; O. SANTANTONIO et A. MOTTET HAUGAARD, « Le plain packaging: menace pour le droit des marques? », *I.R.-D.I.*, 2012, pp. 139 et s. ; T. DE HAAN, « Plain Packaging. Expropriation and Disproportion », *Bull. BMM*, 2013/1, pp. 18 et s. La nouvelle « directive tabac » n'interdit pas les marques figuratives mais porte à 65 % de la surface du paquet (contre 75 % dans la proposition de la Commission) la partie de l'emballage obligatoirement consacrée aux avertissements et images sanitaires : voy. directive 2014/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac et des produits connexes, et abrogeant la directive 2001/37/CE (J.O., L 127, p. 1), spécialement l'article 10, paragraphe 1.



De même l'article 17, qui concerne les *exceptions* aux droits de marque doit-il être lu dans le foulée de l'article 16 qui consacre ces droits exclusivement sous la forme d'une *faculté d'interdire aux tiers* l'usage de la marque ou d'un signe ressemblant dans certaines conditions. Ce *ius prohibendi* n'est pas atteint par la législation sur le paquet neutre ; il devient seulement moins nécessaire (puisque tout logo est proscrit... y compris pour les « contrefacteurs »).

Il est permis de s'étonner de ce que plusieurs associations actives dans le domaine de la propriété intellectuelle, ainsi que certains commentateurs (en Belgique des avocats réputés), aient pu conclure à la violation de ces dispositions⁽²⁰⁾.

Inversement, ceux qui croient pouvoir écarter du revers de la main le moyen déduit de la violation de l'article 20 sont, à mon sens, un tantinet optimistes⁽²¹⁾. Selon cette disposition, « L'usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales ne sera pas entravé de manière injustifiable par des prescriptions spéciales, telles que l'usage simultané d'une autre marque, l'usage sous une forme spéciale, ou l'usage d'une manière qui nuise à sa capacité de distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises. (...) ». Or, de prime abord, les règles de *plain packaging* impliquent une telle entrave, et celle-ci est considérable⁽²²⁾.

⁽²⁰⁾ Voy. par exemple la résolution de l'*International Trademark Association* (INTA) accessible à l'adresse suivante : <http://www.inta.org/Advocacy/Pages/RestrictionsonTrademarkUsethroughPlainandStandardizedProductPackaging.aspx>. Voy. aussi le communiqué de presse conjoint des associations « APRAM », « BMM », « MARQUES », « ECTA », « GRUR » et « UNION », du 23 avril 2012, intitulé « Objection to the adoption of restrictive legislation or policy options frequently referred to as 'generic' or 'plain packaging' » : http://www.ecta.org/IMG/pdf/joint_statement_plain_packaging_ie_uk_march_2014.pdf. S'agissant de la doctrine, voy. les contributions précitées d'O. SANTANTONIO et A. MOTTET HAUGAARD, « Le plain packaging : menace pour le droit des marques ? », et de T. DE HAAN, « Plain Packaging. Expropriation and Disproportion ».

⁽²¹⁾ En ce sens, voy. not. M. DAVISON, « Plain Packaging of Tobacco and the 'Right' to Use a Trade Mark », *op. cit.*, pp. 499-501 ; E. BONADIO, « Are brands untouchables? ... », *op. cit.*, p. 37. Selon ces auteurs, l'article 20 de l'Accord ADPIC, pas plus qu'aucune autre disposition de droit international, ne consacre un droit positif à l'usage d'une marque enregistrée, en sorte qu'il ne serait même pas nécessaire d'examiner le caractère « justifiable » de l'entrave que constitue les prescriptions de plain packaging. Comp. P. JOHNSON, « Trade marks without a brand: the proposals on "plain packaging" of tobacco products », *op. cit.*

⁽²²⁾ Les marques verbales ne peuvent, en effet, être utilisées que dans le bas des paquets, dans une police et une taille (réduite) prédéterminées, ce qui paraît s'apparenter à un usage « dans une forme spéciale ». Les marques figuratives, quant à elles, sont purement et simplement bannies des paquets de cigarettes (seul l'éventuel élément verbal de ces marques peut apparaître). Prenant au pied de la lettre l'article 20, certains commentateurs estiment toutefois qu'en tant qu'elle emporte cette dernière prohibition, la réglementation australienne tombe en dehors des prévisions de l'article 20 (voy. par exemple M. DAVISON, « Plain Packaging of Tobacco and the 'Right' to Use a Trade Mark », *op. et loc. cit.* ; E. BONADIO, *op. cit.*). Cette affirmation est de prime abord surprenante, dans la mesure où une prohibition d'usage (marques figuratives) affecte *davantage* les intérêts des titulaires concernés qu'une obligation d'usage sous une certaine forme (marques verbales). L'objection peut toutefois être rencontrée par un autre raisonnement *a fortiori* : si l'on admet qu'un pays puisse interdire purement et simplement la commercialisation d'un produit, en raison de ses effets nocifs, il devrait pouvoir aussi, lorsqu'il en tolère la vente, en interdire la promotion, imposer un

Toutefois, seules les entraves « injustifiable(s) » sont interdites par l'article 20. Or, il est clair que les règles de *plain packaging* ne sont pas dénuées de justification : elles visent à réduire la consommation du tabac en diminuant le caractère attractif du conditionnement des cigarettes⁽²³⁾ et servent, partant, un objectif d'intérêt général inscrit en toutes lettres à l'article 8 de l'Accord TRIPS⁽²⁴⁾ et dont l'importance a été soulignée par la *Déclaration ministérielle de Doha sur les ADPIC et la santé publique*⁽²⁵⁾.

Il reste toutefois (probablement⁽²⁶⁾) à voir si la règle australienne ne va pas *au-delà* de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif, si elle ne cause pas, en d'autres termes, des inconvénients *disproportionnés*⁽²⁷⁾ – dans le chef des titulaires de marques, mais aussi, peut-être, des pays dont l'économie est dépendante de la culture ou du traitement du tabac – par rapport aux avan-

conditionnement déterminé ou encore limiter les canaux par lesquels il est distribué (comp. respectivement la situation des produits stupéfiants et des médicaments).

⁽²³⁾ Dans les pays où toute publicité pour les produits du tabac est interdite, l'emballage desdits produits constitue pour les fabricants le dernier moyen de promotion, mobile et gratuit qui plus est !

⁽²⁴⁾ Aux termes du paragraphe 1^{er} de cet article, « 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 ». La finale de cette disposition la rend, il est vrai, fondamentalement ambiguë...

⁽²⁵⁾ Déclaration sur l'accord sur les ADPIC et la santé publique, adoptée le 14 novembre 2001 (WT/MIN(01)/DEC/2) : https://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min01_f/mindecl_trips_f.htm.

⁽²⁶⁾ La vérification du respect d'un équilibre entre l'intérêt public poursuivi par une mesure portant atteinte à un droit et les inconvénients causés par cette mesure est classique dans le domaine des droits fondamentaux, y compris lorsqu'est en cause la limitation apportée à un droit de propriété intellectuelle (exceptions au droit d'auteur justifiées par des considérations fondées sur la liberté d'expression ; licences obligatoires en matière de brevets justifiées par des considérations de santé publique, *etc.*). Cependant, l'article 20 de l'Accord TRIPS n'a pas encore donné lieu à une interprétation dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC. Eu égard au caractère très laconique du texte de cette disposition (« pas entravé de manière injustifiable... »), on ne peut exclure que le panel se contente de l'existence d'une justification formelle (dénuée d'arbitraire), en d'autres termes reconnaisse une marge de manoeuvre aux États membres entravant l'usage des marques par des exigences réglementaires qui excède celle qui leur a été accordée sur base d'autres dispositions de l'accord ADPIC (art. 13, en matière de droit d'auteur ; art. 31, en matière de brevets). À noter que d'aucuns, à l'opposé de ce que nous suggérons, ont écrit que lorsque l'entrave correspond à l'un des trois cas expressément envisagés à l'article 20 (« forme spéciale » ; « limitation du pouvoir distinctif » ; usage avec une autre marque), aucune justification ne serait admissible : *cf.* P. JOHNSON, « Trade marks without a brand: the proposals on “plain packaging” of tobacco products », *op. cit.*, p. 467. Cette position nous semble en tout cas devoir être rejetée.

⁽²⁷⁾ *Cf.* not. D. GERVAIS, « Analysis of the Compatibility of certain Tobacco Products Packaging Rules with the TRIPS Agreement and the Paris Convention », *op. cit.*, § 92 ; P. JOHNSON, « Trade marks without a brand: the proposals on “plain packaging” of tobacco products », *op. cit.*, p. 467 (« the encumbrance must be causally related to the policy objective (in the case of plain packaging, smoking cessation) and, as a matter of degree, the effect that the encumbrance must be material to achieving the objective. The determination of whether the effect is material and in making this determination, empirical or expert evidence is required »).

tages qu'elle procure (en termes de santé publique). Mais comment opérer cette balance des intérêts ? On se bornera ici à deux réflexions, relatives respectivement aux effets « négatifs » des mesures de *plain packaging*, dénoncées par l'industrie, et aux effets « positifs » allégués par les autorités.

Il est évident que l'objectif de santé publique poursuivi par les États qui imposent (ou imposeront) un emballage « neutre » pour les produits du tabac est fondamentalement opposé à celui des fabricants desdits produits : les premiers cherchent à infléchir une demande dont l'accroissement, ou du moins le maintien, est en définitive le gage de prospérité des seconds⁽²⁸⁾... Aussi la « *fonction publicitaire* » des marques est-elle *nécessairement* atteinte par les mesures réglementaires considérées. Ce constat ne saurait, toutefois, suffire à condamner les règles de *plain packaging*, sauf à accorder plus de poids aux intérêts patrimoniaux des titulaires de marques qu'aux intérêts vitaux de la population australienne.

Dès lors, à mon avis, c'est surtout par rapport à la fonction première des marques, celle de garantir au consommateur l'origine (économique) des produits (*fonction d'indication d'origine*) que la réglementation litigieuse doit être évaluée. À cet égard, une donnée particulière relative à la commercialisation des cigarettes en Australie n'est pas dénuée d'importance : la législation australienne impose aux commerçants de placer les paquets de cigarettes hors de la portée mais aussi de la vue des acheteurs (dans un espace fermé et opaque). Ceux-ci ne sauraient donc en toute hypothèse choisir leur paquet en se basant sur son conditionnement ou le logo qu'il porte. Seule la marque verbale, communiquée oralement au détaillant, est utilisée par le consommateur lors de l'acte d'achat, et le vendeur, de son côté, est peu susceptible de se tromper de produit vu la mention de la marque en question (ou du nom du fabricant) sur la face avant du paquet. Dans cette mesure, il est peu vraisemblable que la disparition des marques figuratives et la standardisation de l'usage des marques verbales créent une quelconque confusion dans l'esprit du public, ou accroisse le risque d'une telle confusion⁽²⁹⁾. C'est bien la fonction publicitaire des marques, spécialement dans le contexte « post-acquisition » (paquet sorti d'une poche ou traînant sur une table...), qui est essentiellement atteinte par la prescription litigieuse, conformément au souhait des autorités sanitaires.

En ce qui concerne, d'autre part, les *bénéfices* attachés à la législation en cause, il ne nous semble pas indispensable que soit démontré de façon « irréfutable » un lien de causalité « évident » entre l'imposition du paquet neutre

(28) Une opposition, soit-dit en passant, que se garde bien de mettre en lumière la propagande des cigarettiers...

(29) Les titulaires sont, bien entendu, toujours en mesure d'exercer en justice leurs droits exclusifs pour mettre fin au risque de confusion qui résulterait d'une ressemblance auditive (ou conceptuelle) excessive entre leurs marques et les signes verbaux usités par des tiers (« Marlboroo », « Chamel »...).

et une diminution de la consommation de tabac, ni davantage le caractère « considérable » d'une telle diminution. Dès lors que la prescription litigieuse est raisonnablement *susceptible* d'entraîner une diminution de la consommation, *fut-elle limitée*, l'entrave à l'usage des marques qu'elle emporte ne nous paraît pas « injustifiable »⁽³⁰⁾. Tant le libellé de l'article 20, qu'il s'agit d'interpréter, que la différence de nature entre les intérêts en balance⁽³¹⁾ recommandent une approche *in favorem validitatis*⁽³²⁾. Or, quand bien même l'industrie du tabac invoque d'autres études aux conclusions différentes, les rapports récents des autorités sanitaires australiennes confirment l'efficacité du *plain packaging*⁽³³⁾.

Ces différents éléments devraient, à mon sens, faire pencher la balance en faveur de l'Australie.

Et ce ne sont pas les kangourous qui s'en plaindront.

⁽³⁰⁾ *Contra*: D. GERVAIS, « Analysis of the Compatibility of certain Tobacco Products Packaging Rules with the TRIPS Agreement and the Paris Convention », rapport précité, pt 92; P. JOHNSON, « Trade marks without a brand: the proposals on “plain packaging” of tobacco products », *op. cit.*, p. 467: « the encumbrance must be causally related to the policy objective (in the case of plain packaging, smoking cessation) and, as a matter of degree, the effect that the encumbrance must be material to achieving the objective. The determination of whether the effect is material and in making this determination, empirical or expert evidence is required ».

⁽³¹⁾ Dans ses récentes conclusions relatives aux recours relatifs à la « directive tabac », l'avocat général Kokott souligne (à plusieurs reprises) que « la protection de la santé humaine occupe dans l'échelle des valeurs du droit de l'Union un rang incomparablement supérieur à celui des intérêts, de nature essentiellement économique, des entreprises (...), de sorte que cette protection est susceptible de justifier des conséquences économiques négatives, même d'ampleur considérable, pour certains opérateurs économiques » (J. KOKOTT, concl. présentée le 23 décembre 2015 dans l'affaire C-547/14, *Philip Morris Brands*, pt 204; voy. égal. pts 179 et 199, ainsi que les conclusions du même jour dans les affaires C-358/14, *Pologne c. Parlement et Conseil* et C-477/14, *Pillbox* 38).

⁽³²⁾ Rappr. les observations de l'Organe d'appel dans ses rapports relatifs aux affaires *Communautés européennes – Hormones* (WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R), et *Communautés européennes – Amiante* (WT/DS135/AB/R), respectivement au § 198 et au § 178: interprétant la portée des termes « nécessaire à la protection de la santé et de la vie des personnes » apparaissant dans la clause générale de sauvegarde de l'Accord GATT de 1994, l'Organe d'appel souligne que: « Pour justifier une mesure au regard de l'article XX b) du GATT de 1994, un Membre peut également (“même”, serions-nous tenté de dire) se fonder, de bonne foi, sur des sources scientifiques qui, à ce moment-là, peuvent constituer une opinion divergente mais qui provient de sources compétentes et respectées. Un Membre n'est pas tenu, dans l'élaboration d'une politique de santé, de suivre automatiquement ce qui, à un moment donné, peut constituer une opinion scientifique majoritaire. Par conséquent, un groupe spécial ne doit pas forcément parvenir à une décision au titre de l'article XX b) du GATT de 1994 sur la base du poids “prépondérant” de la preuve ».

⁽³³⁾ Voy. not. les statistiques publiées par le Département australien de la santé publique: <http://www.health.gov.au/internet/main/publishing.nsf/Content/tobacco-kff>. Voy. aussi les différentes études citées in E. BONADIO, « Are brands untouchables?... », *op. cit.*, p. 38, notes (207) et (208).

