



25 juillet 2018

(18-4720)

Page: 1/7

Original: anglais

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

NOTIFICATION D'UN APPEL PRÉSENTÉE PAR LE HONDURAS AU TITRE DE L'ARTICLE 16:4
ET DE L'ARTICLE 17 DU MÉMORANDUM D'ACCORD SUR LES RÈGLES ET PROCÉDURES
RÉGISSANT LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS (MÉMORANDUM D'ACCORD) ET DE LA
RÈGLE 20 1) DES PROCÉDURES DE TRAVAIL POUR L'EXAMEN EN APPEL

La communication ci-après, datée du 19 juillet 2018 et adressée par la délégation du Honduras, est distribuée aux Membres.

Conformément aux articles 16:4 et 17 du *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* ("Mémorandum d'accord") et à la règle 20 des *Procédures de travail pour l'examen en appel* (WT/AB/WP/6, 16 août 2010) ("Procédures de travail"), le Honduras notifie à l'Organe de règlement des différends ("ORD") sa décision de faire appel de certaines questions de droit et d'interprétation du droit figurant dans le rapport du Groupe spécial *Australie – Certaines mesures concernant les marques de fabrique ou de commerce, les indications géographiques et autres prescriptions en matière d'emballage neutre applicables aux produits du tabac et à leur emballage* (WT/DS435) ("rapport du Groupe spécial").

Conformément aux règles 20 1) et 21 1) des Procédures de travail, le Honduras dépose la présente déclaration d'appel conjointement avec sa communication en tant qu'appelant auprès du secrétariat de l'Organe d'appel.

Conformément à la règle 20 2) d) iii) des Procédures de travail, la présente déclaration d'appel comprend une liste indicative des paragraphes du rapport du Groupe spécial contenant les erreurs alléguées, sans préjudice de la capacité du Honduras de mentionner d'autres paragraphes du rapport du Groupe spécial dans le cadre de son appel.

Le Honduras demande à l'Organe d'appel d'examiner les conclusions du Groupe spécial selon lesquelles il n'a pas démontré que les mesures de l'Australie concernant l'emballage neutre du tabac, telles qu'elles sont indiquées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial du Honduras (les "mesures TPP" or "mesures concernant l'emballage neutre"), étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre des articles 20 et 16:1 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ("Accord sur les ADPIC")¹; et de l'article 2.2 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce ("Accord OTC").²

En particulier, le Honduras a identifié les erreurs de droit et d'interprétation du droit suivantes, y compris le manquement du Groupe spécial à l'obligation de procéder à une évaluation objective de la question comme il est prescrit à l'article 11 du Mémorandum d'accord.

¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 8.1 d) et e).

² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.1 a).

I. EXAMEN DES CONSTATATIONS DU GROUPE SPÉCIAL AU TITRE DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

1. L'interprétation et l'application par le Groupe spécial de l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC sont erronées.

Le Honduras fait appel de la constatation du Groupe spécial selon laquelle il n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC étant donné que cette constatation est fondée sur une interprétation juridique erronée de l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20. En outre, et à titre subsidiaire, l'application par le Groupe spécial de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC aux mesures concernant l'emballage neutre constitue une erreur de droit.

Premièrement, l'interprétation par le Groupe spécial de l'expression "de manière injustifiable" comme faisant référence à de "bonnes raisons" suffisantes pour étayer des prescriptions spéciales entravant l'usage d'une marque de fabrique ou de commerce est erronée.³ Le Groupe spécial n'interprète pas l'expression "de manière injustifiable" sur la base de son sens ordinaire, dans le contexte de la section 2 de l'Accord sur les ADPIC relative aux marques de fabrique ou de commerce, et à la lumière de l'objet et du but de cet accord. En outre, il a fait erreur en droit dans son analyse en constatant que le paragraphe 5 de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique constituait un accord ultérieur au sens de l'article 31.3 a) de la Convention de Vienne sur le droit des traités.⁴

Deuxièmement, et à titre subsidiaire, dans l'éventualité où l'Organe d'appel constaterait que l'interprétation juridique du Groupe spécial était correcte, le Groupe spécial fait erreur en droit dans l'application de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC aux mesures concernant l'emballage neutre.⁵ En particulier, il s'agit, entre autres, des erreurs suivantes:

- Le Groupe spécial fait erreur en n'axant pas son analyse sur l'incidence de la fonction distinctive d'une marque.⁶
- Le Groupe spécial fait erreur dans son application de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC au produit car ses constatations sont axées sur l'emballage uniquement.⁷
- Le Groupe spécial fait erreur dans son examen des mesures de rechange disponibles qui entravant moins les marques tout en apportant une contribution équivalente⁸;
- Le Groupe spécial fait erreur en s'appuyant sur des accords non visés pour justifier les mesures concernant l'emballage neutre.⁹

Le Honduras demande à l'Organe d'appel d'infirmier les constatations formulées par le Groupe spécial au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, qui sont entachées des erreurs de droit et d'interprétation du droit indiquées plus haut¹⁰, et, par conséquent, de déclarer sans fondement et sans effet juridique les constatations du Groupe spécial selon lesquelles le Honduras n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC.¹¹

³ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.2394 à 7.2396, 7.2430, et paragraphes connexes 7.2439 à 7.2442 et 7.2492 à 7.2508.

⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.2409 à 7.2411.

⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.2556 à 7.2574, 7.2586 à 7.2589 et 7.2590 à 7.2606.

⁶ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.2569 à 7.2571 et 7.2604 à 7.2606.

⁷ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.2570.

⁸ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.2600 et 7.2601.

⁹ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.2595, 7.2596 et 7.2604.

¹⁰ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.2393 à 7.2431 et 7.2556 à 7.2606.

¹¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.2606 et 8.1 e).

2. L'interprétation et l'application par le Groupe spécial de l'expression "droits conférés" figurant à l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC sont erronées.

Le Honduras fait appel de la constatation du Groupe spécial selon laquelle il n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC.¹² Cette constatation est fondée sur une interprétation juridique erronée de l'expression "droits conférés" figurant à l'article 16:1 et de l'obligation connexe incombant aux Membres d'assurer le niveau de protection minimal garanti pour les titulaires de marques, et elle est entachée d'une erreur de droit dans l'application de l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC aux mesures concernant l'emballage neutre.

Premièrement, l'interprétation par le Groupe spécial de l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC concernant les "droits conférés" aux titulaires de marques est erronée car le Groupe spécial n'interprète pas cette disposition de bonne foi, sur la base du sens ordinaire de tous les termes utilisés, dans leur contexte, et à la lumière de l'objet et du but de l'Accord sur les ADPIC.¹³ L'approche erronée du Groupe spécial a conduit à un certain nombre d'erreurs de droit connexes, y compris, entre autres, les suivantes:

- Le Groupe spécial fait erreur en constatant que l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC ne protège pas le caractère distinctif d'une marque.¹⁴
- Le Groupe spécial fait erreur en constatant que l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC n'est pas d'application et ne peut donc pas être enfreint à moins qu'il n'y ait un risque de confusion effective.¹⁵

Deuxièmement, le Groupe spécial fait erreur dans son application de l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC aux mesures concernant l'emballage neutre car il ne juge pas nécessaire d'examiner la question pertinente de savoir si ces mesures réduisent le caractère distinctif de la marque et le champ de sa protection de sorte que le niveau de protection tombe au-dessous du niveau minimal que les Membres sont tenus de garantir au titre de l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC.¹⁶ L'application erronée par le Groupe spécial du principe d'économie jurisprudentielle est une erreur de droit. En outre, du fait de cette application incorrecte du principe d'économie jurisprudentielle, le Groupe spécial ne s'acquitte pas non plus de l'obligation lui incombant au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord de procéder à une évaluation objective de la question.

Le Honduras demande à l'Organe d'appel d'infirmes les constatations du Groupe spécial qui sont entachées des erreurs de droit et d'interprétation du droit indiquées plus haut, et, par conséquent, de déclarer sans fondement et aussi sans effet juridique la constatation du Groupe spécial selon laquelle le Honduras n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC.¹⁷

II. EXAMEN DES CONSTATATIONS DU GROUPE SPÉCIAL AU TITRE DE L'ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC

Le Honduras fait appel de la constatation du Groupe spécial selon laquelle il n'a pas démontré que les mesures concernant l'emballage neutre étaient incompatibles avec l'article 2.2 de l'Accord OTC.¹⁸ La constatation du Groupe spécial est entachée d'un certain nombre d'erreurs de droit et d'interprétation du droit s'agissant de chaque aspect de l'analyse au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC en ce qui concerne 1) le caractère restrictif pour le commerce des mesures concernant l'emballage neutre; 2) le degré de contribution des mesures concernant l'emballage neutre à l'objectif légitime de l'Australie; et 3) la disponibilité de mesures de rechange moins restrictives pour le commerce qui apportent une contribution équivalente à cet objectif légitime.

¹² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.1 d).

¹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1966 à 7.2032 et 7.2051.

¹⁴ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.2005 à 7.2016.

¹⁵ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.2000 et 7.2010.

¹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.2015 et 7.2032.

¹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.1 d).

¹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 8.1 a) et 7.1724 à 7.1732.

1. L'interprétation par le Groupe spécial de l'expression "restrictifs pour le commerce" figurant à l'article 2.2 de l'Accord OTC et son application aux mesures TPP sont erronées.

Le Groupe spécial fait erreur dans son interprétation et son application de l'expression "restrictifs pour le commerce" figurant à l'article 2.2 de l'Accord OTC et le Honduras demande donc à l'Organe d'appel de modifier la conclusion du Groupe spécial selon laquelle les mesures concernant l'emballage neutre sont restrictives pour le commerce.¹⁹ En particulier, entre autres choses, le Groupe spécial commet les erreurs de droit et d'interprétation du droit suivantes:

- Le Groupe spécial fait erreur en constatant qu'une modification ou une distorsion des conditions ou des possibilités de concurrence pour les produits importés est une distorsion des "échanges" uniquement si elle restreint *de jure* les importations ou est de nature discriminatoire.²⁰
- Le Groupe spécial fait erreur en imposant un critère en matière de preuve différent et plus strict pour ce qui est de démontrer les effets réels sur le commerce pour les mesures qui ne sont pas contestées comme étant de nature discriminatoire et en exigeant par conséquent que des éléments de preuve soient présentés concernant les effets réels sur le commerce des mesures concernant l'emballage neutre s'agissant des prix et des ventes afin de démontrer que cette distorsion équivaut à une restriction au commerce.²¹

2. L'application par le Groupe spécial du critère juridique relatif au degré de contribution aux mesures TPP est erronée.

Le Groupe spécial fait erreur dans son application du critère juridique permettant d'évaluer le degré de contribution des mesures concernant l'emballage neutre.²² En particulier, entre autres choses, le Groupe spécial commet les erreurs suivantes:

- Le Groupe spécial fait erreur en examinant le degré de contribution des mesures à des "mécanismes" spécifiques au moyen desquels il était attendu que les mesures atteignent l'objectif au lieu d'examiner le degré de contribution à la réalisation de l'objectif légitime tel qu'il a été identifié.²³
- Le Groupe spécial fait erreur lorsqu'il n'examine pas la contribution "effective" des mesures concernant l'emballage neutre et fonde, au lieu de cela, sa constatation sur une spéculation non étayée sur l'incidence future incertaine des mesures "dans le temps" sans aucune projection qualitative ou quantitative étayée par des éléments de preuve suffisants.²⁴
- Le Groupe spécial fait erreur en ne déterminant pas le degré de contribution des mesures contestées concernant l'emballage neutre elles-mêmes.²⁵
- Le Groupe spécial fait erreur dans son application du critère juridique qu'il a lui-même établi pour examiner les éléments de preuve.²⁶

Le Honduras demande à l'Organe d'appel d'infirmer les constatations du Groupe spécial sur le degré de contribution des mesures concernant l'emballage neutre étant donné qu'elles sont entachées des erreurs de droit et d'interprétation du droit indiquées plus haut.²⁷

¹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1071 à 7.1089 et 7.1160 à 7.1255.

²⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1166 à 7.1168, 7.1196, 7.1197, 7.1214 à 7.1218 et 7.1255.

²¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1074, 7.1075, 7.1166, 7.1208 et 7.1255.

²² Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.483 à 7.1045.

²³ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1024 à 7.1034.

²⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1044.

²⁵ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.974, 7.1036 et 7.1043.

²⁶ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.499, 7.622, 7.643, 7.644, 7.660, 7.695, et 7.697.

3. Le Groupe spécial fait erreur en droit dans son interprétation et son application de l'article 2.2 de l'Accord OTC en ce qui concerne la disponibilité de mesures de rechange moins restrictives pour le commerce.

Le Groupe spécial fait erreur dans son interprétation et son application de l'article 2.2 de l'Accord OTC en ce qui concerne la disponibilité de mesures de rechange moins restrictives pour le commerce qui apportent une contribution équivalente à l'objectif légitime.²⁸ En particulier, entre autres choses, le Groupe spécial commet les erreurs de droit suivantes:

- Le Groupe spécial fait erreur dans son interprétation et son examen de la question de savoir si les mesures de rechange qui ont été présentées par le Honduras étaient moins "restricti[ves] pour le commerce" en n'examinant leur incidence sur les conditions et les possibilités de concurrence, et en axant au lieu de cela indûment son analyse sur leur degré de contribution à l'objectif.²⁹
- Le Groupe spécial fait erreur dans son interprétation et son application du critère juridique permettant d'évaluer si les mesures de rechange apportaient une contribution "équivalente" aux mesures contestées. En particulier:
 - Le Groupe spécial n'examine pas le degré de contribution des mesures de rechange proposées à la lumière de l'objectif légitime tel qu'il a été identifié³⁰;
 - Le Groupe spécial fait erreur en exigeant que les mesures de rechange apportent une contribution identique, et non une contribution "équivalente", en tant que mesures de "remplacement" des mesures contestées³¹;
 - Le Groupe spécial fait erreur en exigeant un degré plus élevé de contribution des solutions de rechange proposées³²; et
 - Le Groupe spécial fait erreur lorsqu'il applique un critère différent pour évaluer l'équivalence selon qu'une mesure fait partie ou non d'une série de mesures.³³

Le Honduras demande à l'Organe d'appel d'infirmier les constatations du Groupe spécial sur la disponibilité de mesures de rechange moins restrictives pour le commerce qui sont entachées des erreurs de droit et d'interprétation du droit indiquées plus haut.³⁴

III. EXAMEN DE L'ÉVALUATION PAR LE GROUPE SPÉCIAL DES ÉLÉMENTS DE PREUVE SUR LE DEGRÉ DE CONTRIBUTION DES MESURES TPP

Le Honduras demande à l'Organe d'appel d'examiner l'évaluation que le Groupe spécial a faite des éléments de preuve qui ont été présentés sur le degré de contribution des mesures concernant l'emballage neutre à la réalisation de l'objectif légitime identifié de l'Australie. Le Honduras estime que le Groupe spécial ne procède pas à un "examen objectif" des éléments de preuve sur la contribution des mesures concernant l'emballage neutre à l'objectif consistant à réduire la consommation de produits du tabac en violation de son obligation au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord. En particulier, entre autres choses:

²⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1024 à 7.1045 et 7.1724 à 7.1732.

²⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1362 à 7.1723 et 7.1724 à 7.1732.

²⁹ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1411 à 7.1417 (Âge minimum légal pour l'achat); et 7.1490 à 7.1495 (Augmentation de taxes).

³⁰ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.232. (Définition de l'objectif légitime); 7.1459, 7.1460, 7.1464, 7.1468 à 1471 (Âge minimum légal pour l'achat); et 7.1526, 7.1527, 7.1531, 7.1542 à 7.1545 (Augmentation de taxes).

³¹ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1455 à 7.1461, 7.1464 (Âge minimum légal pour l'achat); et 7.1526, 7.1527, 7.1529, 7.1531 (Augmentation de taxes).

³² Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1376, 7.1391, 7.1461, 7.1528, 7.1721 et 7.1722.

³³ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1376 à 7.1391.

³⁴ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1468 à 7.1471 (Âge minimum légal pour l'achat); 7.1542 à 7.1545 (Augmentation de taxes); et 7.1724 à 7.1732 (Conclusion générale).

- Le Groupe spécial ne fournit pas une explication motivée et adéquate de la façon dont les faits dont il était saisi étayaient la conclusion selon laquelle les mesures concernant l'emballage neutre étaient à même d'apporter, et apportaient effectivement, une contribution significative à leur objectif légitime parce que, entre autres choses:
 - Les propres constatations du Groupe spécial sur les comportements tabagiques effectifs, les résultats proximaux et distaux n'étayaient pas sa conclusion.³⁵
 - Les constatations intermédiaires du Groupe spécial sur l'effet des mesures concernant l'emballage neutre ne sont pas fondées sur la totalité des éléments de preuve versés au dossier et ne sont pas étayées par une explication motivée et adéquate;
 - Les constatations du Groupe spécial sur les effets des mesures "dans le temps" ne sont fondées sur aucune analyse quantitative ou qualitative ni sur une explication motivée étayée par des éléments de preuve suffisants;
 - Les constatations intermédiaires du Groupe spécial sur la pertinence des théories des sciences du comportement présentent des incompatibilités internes et ne sont pas étayées par une explication motivée et adéquate;
 - Les constatations du Groupe spécial sur la contribution des mesures à la réduction de la consommation de cigares n'ont pas une base suffisante dans les éléments de preuve versés au dossier et ne sont pas étayées par une explication motivée et adéquate.
- Le Groupe spécial ne tient pas compte, fait abstraction et donne une description inexacte des éléments de preuve présentés par les plaignants.
- Le Groupe spécial n'examine pas les éléments de preuve sur la contribution d'une manière impartiale et applique un double critère de la preuve en faveur de l'Australie.
- Le Groupe spécial ne respecte pas les droits des parties en matière de régularité de la procédure en n'exerçant pas le pouvoir qui lui est conféré en vertu de l'article 14.2 de l'Accord OTC ou de l'article 13 du Mémoire d'accord pour désigner un expert technique et en faisant appel au lieu de cela à un "expert fantôme", soulevant des préoccupations au sujet de la "validité" alléguée qui n'ont été indiquées par aucune des parties sans jamais donner aux parties la possibilité de formuler des observations ou de procéder ultérieurement à un examen sur les préoccupations et les méthodes de cet expert fantôme.

Le Honduras demande donc à l'Organe d'appel d'infirmier les constatations et les conclusions du Groupe spécial relatives au degré de contribution des mesures figurant dans le rapport du Groupe spécial et ses appendices³⁶, car ces constatations n'étaient pas le résultat d'une évaluation objective de la question. Le manquement à l'obligation d'évaluer objectivement les éléments de preuve entache de vice les constatations du Groupe spécial sur le degré de contribution des mesures et, par conséquent, ses constatations au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC et de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, qui devraient donc être infirmées.

Pour cette raison également, le Honduras demande à l'Organe d'appel de déclarer sans fondement et sans effet les constatations du Groupe spécial selon lesquelles il n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 2.2 de

³⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.945 à 7.958 et appendice A (Résultats proximaux); 7.959 à 7.963 et appendice B (Résultats distaux); 7.968 à 7.972 et appendice C (Prévalence du tabagisme); paragraphes 7.973 à 7.979 et appendice D (Incidence sur la consommation et sur les ventes); 7.980 à 7.986 et 7.1024 à 7.1045 (Conclusions générales); voir aussi le rapport du Groupe spécial: appendice A, paragraphes 86 et 87; appendice B, paragraphes 120 et 121; appendice C, paragraphes 123 et 124; et appendice D, paragraphes 137 et 138 (ayant conduit à la constatation non nuancée figurant au paragraphe 7.1043 du rapport du Groupe spécial concernant les comportements tabagiques effectifs).

³⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1024 à 7.1045 et appendices.

l'Accord OTC³⁷, et la constatation connexe selon laquelle le Honduras n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC.³⁸

³⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1732 et 8.1 a).

³⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.2606 et 8.1 e).