



**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**

AB-2018-4
AB-2018-6

Rapport de l'Organe d'appel

Addendum

Le présent addendum contient les annexes A à C du rapport de l'Organe d'appel distribué sous la cote WT/DS435/AB/R, WT/DS441/AB/R.

Les déclarations d'appel et d'un autre appel et les résumés analytiques des communications écrites figurant dans le présent addendum sont reproduits tels qu'ils ont été reçus des participants et des participants tiers. Leur contenu n'a pas été révisé ni édité par l'Organe d'appel, si ce n'est que, le cas échéant, les paragraphes et les notes de bas de page qui ne commençaient pas au numéro un dans l'original ont été renumérotés et le texte a été formaté pour être conforme au style de l'OMC. Les résumés analytiques ne remplacent pas les communications des participants et des participants tiers dans le cadre de l'examen de l'appel par l'Organe d'appel.

LISTE DES ANNEXES

ANNEXE A

DÉCLARATIONS D'APPEL

Table des matières		Page
Annexe A-1	Déclaration d'appel présentée par le Honduras	4
Annexe A-2	Déclaration d'appel présentée par la République dominicaine	10

ANNEXE B

ARGUMENTS DES PARTICIPANTS

Table des matières		Page
Annexe B-1	Résumé analytique de la communication du Honduras en tant qu'appelant	14
Annexe B-2	Résumé analytique de la communication de la République dominicaine en tant qu'appelant	27
Annexe B-3	Résumé analytique de la communication de l'Australie en tant qu'intimé	59

ANNEXE C

ARGUMENTS DES PARTICIPANTS TIERS

Table des matières		Page
Annexe C-1	Résumé analytique de la communication de l'Argentine en tant que participant tiers	82
Annexe C-2	Résumé analytique de la communication du Brésil en tant que participant tiers	83
Annexe C-3	Résumé analytique de la communication du Canada en tant que participant tiers	84
Annexe C-4	Résumé analytique de la communication de la Chine en tant que participant tiers	86
Annexe C-5	Résumé analytique de la communication de la République dominicaine en tant que participant tiers	87
Annexe C-6	Résumé analytique de la communication de l'Union européenne en tant que participant tiers	88
Annexe C-7	Résumé analytique de la communication de l'Indonésie en tant que participant tiers	90
Annexe C-8	Résumé analytique de la communication du Japon en tant que participant tiers	95
Annexe C-9	Résumé analytique de la communication du Malawi en tant que participant tiers	96
Annexe C-10	Résumé analytique de la communication du Mexique en tant que participant tiers	97
Annexe C-11	Résumé analytique de la communication de la Nouvelle-Zélande en tant que participant tiers	99
Annexe C-12	Résumé analytique de la communication du Nigéria en tant que participant tiers	102
Annexe C-13	Résumé analytique de la communication de la Norvège en tant que participant tiers	103
Annexe C-14	Résumé analytique de la communication des Philippines en tant que participant tiers	104
Annexe C-15	Résumé analytique de la communication de Singapour en tant que participant tiers	105
Annexe C-16	Résumé analytique de la communication de la Thaïlande en tant que participant tiers	107
Annexe C-17	Résumé analytique de la communication des États-Unis en tant que participant tiers	108
Annexe C-18	Résumé analytique de la communication de la Zambie en tant que participant tiers	110
Annexe C-19	Résumé analytique de la communication du Zimbabwe en tant que participant tiers	111

ANNEXE A

DÉCLARATIONS D'APPEL ET D'UN AUTRE APPEL

Table des matières		Page
Annexe A-1	Déclaration d'appel présentée par le Honduras	4
Annexe A-2	Déclaration d'appel présentée par la République dominicaine	10

ANNEXE A-1**DECLARATION D'APPEL PRESENTEE PAR LE HONDURAS***

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.

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

* Le présent document, daté du 19 juillet 2018, a été distribué aux Membres sous la cote WT/DS435/23.

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

² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.1 a).

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.

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'infirmar 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

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

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).

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.

- 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 Mémoire 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.

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

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.

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.

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'infirmar 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

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:

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.

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).

- 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 Mémorandum d'accord. En particulier, entre autres choses:

- 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;

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).

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).

- 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'infirmer 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 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

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

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

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

ANNEXE A-2**DECLARATION D'APPEL PRESENTEE PAR LA REPUBLIQUE DOMINICAINE***

1. Conformément à l'article 16:4 et à l'article 17:1 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends ("Mémorandum d'accord"), la République dominicaine notifie à l'Organe de règlement des différends sa décision de faire appel, auprès de l'Organe d'appel, de certaines questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial et de certaines interprétations du droit données par celui-ci dans le différend *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* (DS441).

2. Conformément à la règle 20 1) des *Procédures de travail pour l'examen en appel*, la République dominicaine dépose simultanément la présente déclaration d'appel auprès du secrétariat de l'Organe d'appel.

3. La République dominicaine limite son appel aux erreurs qu'elle juge être de graves erreurs de droit et d'interprétation du droit qui doivent être corrigées. Le fait de ne pas faire appel d'une question n'a pas valeur de consentement. La République dominicaine estime également qu'il ne sera peut-être pas nécessaire que l'Organe d'appel se prononce sur toutes les questions soulevées dans la présente déclaration d'appel étant donné que certaines pourront ne plus avoir de fondement à la suite des décisions concernant d'autres questions.

4. Pour les raisons qu'elle développera dans ses communications à l'Organe d'appel, la République dominicaine fait appel de certaines constatations et conclusions du Groupe spécial, et demande à l'Organe d'appel de les infirmer, de les modifier ou de les déclarer sans fondement et sans effet juridique, en ce qui concerne les erreurs de droit et les interprétations du droit ci-après figurant dans le rapport du Groupe spécial:

I. APPELS DES CONSTATATIONS DU GROUPE SPÉCIAL AU TITRE DE L'ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC¹ CONCERNANT LA CONTRIBUTION DES MESURES TPP

5. La République dominicaine fait appel de la constatation du Groupe spécial selon laquelle "la République dominicaine n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC".² Le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question dont il était saisi, comme l'exige l'article 11 du Mémorandum d'accord, ainsi qu'il est indiqué en détail plus bas.

6. La République dominicaine fait appel de la conclusion générale du Groupe spécial sur la contribution des mesures TPP à l'objectif de l'Australie.³ Le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question dont il était saisi, comme l'exige l'article 11 du Mémorandum d'accord.

7. La République dominicaine fait appel des constatations générales⁴ et des constatations intermédiaires⁵ du Groupe spécial qui résultent de son évaluation des éléments de preuve relatifs à la période venant *après* la mise en œuvre des mesures TPP (éléments de preuve "postérieurs à la mise en œuvre") au sujet de l'incidence *réelle* des mesures TPP sur les comportements tabagiques – c'est-à-dire, la prévalence et la consommation – en Australie. Le Groupe spécial n'a pas procédé

* Le présent document, daté du 23 août 2018, a été distribué aux Membres sous la cote WT/DS441/23.

¹ *Accord sur les obstacles techniques au commerce* ("Accord OTC").

² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.1 b) i). Voir aussi le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1732.

³ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1025, 7.1040 à 7.1043, 7.1045 et 7.1725 b).

⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.972, 7.979, 7.980 à 7.986, 7.1037 et 7.1039; appendice C, paragraphes 122 et 123; et appendice D, paragraphes 117 et 137.

⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.964 à 7.971, 7.973 à 7.978; appendice C, paragraphes 8, 51 à 57 et 96 à 122; et appendice D, paragraphes 101 à 116.

à une évaluation objective de la question dont il était saisi, comme l'exige l'article 11 du Mémorandum d'accord.

8. La République dominicaine fait appel des constatations générales⁶ et des constatations intermédiaires⁷ du Groupe spécial qui résultent de son évaluation des éléments de preuve relatifs à la période venant *avant* la mise en œuvre des mesures TPP ("éléments de preuve antérieurs à la mise en œuvre") au sujet de l'incidence *prévue* des mesures TPP. Le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question dont il était saisi, comme l'exige l'article 11 du Mémorandum d'accord.

9. La République dominicaine fait appel des constatations générales⁸ et des constatations intermédiaires⁹ du Groupe spécial qui résultent de son évaluation des *éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre* concernant l'incidence *réelle* des mesures TPP sur les résultats proximaux et distaux. Le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord.

10. La République dominicaine fait appel de la constatation générale¹⁰ et des constatations intermédiaires¹¹ du Groupe spécial concernant l'incidence future potentielle des mesures TPP. Le Groupe spécial a fait erreur dans l'application de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*. De plus, il n'a pas procédé à une évaluation objective au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord.

II. APPELS DES CONSTATATIONS DU GROUPE SPÉCIAL AU TITRE DE L'ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC CONCERNANT LE CARACTÈRE RESTRICTIF POUR LE COMMERCE DES MESURES TPP

11. La République dominicaine fait appel de la constatation du Groupe spécial selon laquelle "la République dominicaine n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*".¹² Elle fait appel des constatations générales et des constatations intermédiaires du Groupe spécial concernant le caractère restrictif pour le commerce des mesures TPP, dans le contexte de son analyse au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*.¹³ Le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord. De plus, il a fait erreur dans l'application de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*.

III. APPEL DES CONSTATATIONS DU GROUPE SPÉCIAL AU TITRE DE L'ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC CONCERNANT LA DISPONIBILITÉ DE MESURES DE RECHANGE MOINS RESTRICTIVES POUR LE COMMERCE

12. La République dominicaine fait appel de la constatation du Groupe spécial selon laquelle "la République dominicaine n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*".¹⁴ La République dominicaine fait appel des constatations générales et des constatations intermédiaires du Groupe spécial concernant le caractère restrictif pour le commerce des mesures de rechange qu'elle a proposées (par rapport au caractère restrictif pour le commerce des mesures TPP), qui sont formulées dans le contexte de l'évaluation effectuée par le Groupe spécial au titre l'article 2.2 de l'*Accord OTC*.¹⁵ Le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord. De plus,

⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.929 à 7.931, 7.1024 à 7.1034 et 7.1038.

⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.518 à 7.928.

⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.985, 7.1036, 7.1038 et 7.1039.

⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.945 à 7.963, 7.980 à 7.984, 7.1040 à 7.1042; appendice A, paragraphes 28 à 32, 66 à 72 et 83 à 86; et, appendice B, paragraphes 36 à 41, 71 à 77, 99 à 103, et 113 à 120.

¹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1044.

¹¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.938 à 7.943.

¹² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.1 b) i). *Voir aussi* le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1732.

¹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1071 à 7.1089, 7.1166 à 7.1171, 7.1196 à 7.1225; et appendice E, paragraphes 12 à 15, 24 à 32, et 47 à 56.

¹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.1 b) i). *Voir aussi* le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1732.

¹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1362 à 7.1391, 7.1411 à 7.1418, 7.1459, 7.1468 à 7.1471, 7.1490 à 7.1496, et 7.1542 à 7.1545.

également dans le cadre de son analyse du caractère restrictif pour le commerce des solutions de rechange proposées, le Groupe spécial a fait erreur dans l'application de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*.

13. La République dominicaine fait appel des constatations générales et des constatations intermédiaires du Groupe spécial concernant la contribution des mesures de rechange qu'elle a proposées à l'objectif de l'Australie (par rapport à la contribution des mesures TPP), qui sont formulées dans le contexte de l'évaluation effectuée par le Groupe spécial au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*.¹⁶ En la matière, le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord. De plus, également dans le cadre de son analyse de la contribution des solutions de rechange proposées, le Groupe spécial a fait erreur dans l'application de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*.

IV. APPELS DES CONSTATATIONS DU GROUPE SPÉCIAL AU TITRE DE L'ARTICLE 20 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC¹⁷

14. La République dominicaine fait appel des constatations générales et des constatations intermédiaires du Groupe spécial selon lesquelles les mesures TPP, dans la mesure où elles interdisent l'usage de marques sur les bâtonnets de cigarettes, n'entravent pas de manière injustifiable l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales, au titre de l'article 20 de l'*Accord sur les ADPIC*.¹⁸ Le Groupe spécial n'a pas examiné une partie de la question portée devant l'ORD, en violation de l'article 7:1 du Mémoire d'accord. De plus, il n'a pas procédé à une évaluation d'une partie de la question au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord.

15. La République dominicaine fait appel des constatations générales et des constatations intermédiaires du Groupe spécial selon lesquelles les mesures TPP n'entravent pas de manière injustifiable l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales, au titre de l'article 20 de l'*Accord sur les ADPIC*.¹⁹ Ces constatations ont été formulées par le Groupe spécial parce que celui-ci n'a pas procédé à une évaluation objective au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord, au cours de son analyse au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* (concernant la contribution des mesures TPP à l'objectif de l'Australie, et l'existence de solutions de rechange moins restrictives pour le commerce qui apportent une contribution équivalente à l'objectif de l'Australie).²⁰

V. INCORPORATION DES ALLÉGATIONS EN APPEL FORMULÉES PAR LE HONDURAS DANS LE DS435

16. La République dominicaine incorpore par référence dans le présent appel les allégations en appel formulées par le Honduras dans le différend *Australie – Certaines mesures concernant les marques de fabrique ou de commerce, les indications géographiques et autres prescriptions en matière d'emballage neutre applicables aux produits du tabac et à leur emballage* (DS435).²¹

¹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1362 à 7.1391, 7.1398 à 7.1402, 7.1432 à 7.1464, 7.1468 à 7.1471, 7.1476 à 7.1480, 7.1506 à 7.1531, 7.1542 à 7.1545, et 7.1717 à 7.1723.

¹⁷ *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* ("Accord sur les ADPIC").

¹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.2240 à 7.2247, 7.2260 à 7.2264, 7.2287 à 7.2292, 7.2556 à 7.2574 et 7.2590 à 7.2606.

¹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.2236, 7.2240 à 7.2247, 7.2260 à 7.2264, 7.2287 à 7.2292, 7.2556 à 7.2574, et 7.2590 à 7.2606.

²⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.2236, 7.2240 à 7.2247, 7.2260 à 7.2264, 7.2287 à 7.2292, 7.2556 à 7.2574, et 7.2590 à 7.2606.

²¹ Déclaration d'appel déposée par le Honduras, WT/DS435/23.

ANNEXE B**ARGUMENTS DES PARTICIPANTS**

Table des matières		Page
Annexe B-1	Résumé analytique de la communication du Honduras en tant qu'appelant	14
Annexe B-2	Résumé analytique de la communication de la République dominicaine en tant qu'appelant	27
Annexe B-3	Résumé analytique de la communication de l'Australie en tant qu'intimé	59

ANNEXE B-1**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION
DU HONDURAS EN TANT QU'APPELANT****INTRODUCTION¹**

1. Le Honduras demande que l'Organe d'appel examine et condamne un certain nombre d'erreurs de droit et d'interprétation du droit figurant dans le rapport du Groupe spécial. En particulier, comme il est indiqué dans la déclaration d'appel, l'appel du Honduras concerne un certain nombre de constatations formulées par le Groupe spécial au titre de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ("Accord sur les ADPIC") et de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce ("Accord OTC"). En outre, le Honduras considère que le Groupe spécial n'a pas procédé à une "évaluation objective" des éléments de preuve qui lui ont été présentés en particulier en ce qui concerne le degré de contribution des mesures concernant l'emballage neutre du tabac de l'Australie (ci-après les "mesures TPP" ou les "mesures concernant l'emballage neutre") à la réalisation de l'objectif de la mesure, à savoir la réduction de la consommation de produits du tabac. Le Groupe spécial a donc agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends ("Mémoire d'accord").

II. ALLÉGATION 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

2. Le Honduras estime que les constatations du Groupe spécial en relation avec l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC sont fondées sur une interprétation erronée de l'expression "de manière injustifiable". À titre subsidiaire, il considère que le Groupe spécial a commis une erreur de droit en appliquant son critère juridique aux faits de la cause en l'espèce, et que sa constatation au titre de l'article 20 constituait donc une erreur de droit pour cette raison également.

3. Premièrement, le Groupe spécial élabore un critère juridique erroné pour justifier jusqu'aux entraves les plus importantes imposées à l'usage de marques sur des produits disponibles licitement. Il constate que tant qu'il existe de "bonnes raisons" suffisantes pour étayer les mesures, toute prescription constituant une entrave aux marques, aussi perturbante soit-elle, est justifiable. L'approche du Groupe spécial, ainsi que le raisonnement juridique qui l'étaye, comporte plusieurs erreurs de droit et d'interprétation du droit. En particulier:

- Le Groupe spécial n'interprète pas l'expression "de manière injustifiable" dans son contexte spécifique aux marques. Il fait erreur en considérant que l'expression "de manière injustifiable" introduit effectivement une exception générale justifiant toute restriction à l'usage d'une marque lorsqu'elle est adoptée pour renforcer certains objectifs de politique générale non définis par ailleurs ou pour de "bonnes raisons". Le Honduras estime que la question de savoir si une prescription entrave "de manière injustifiable" l'usage d'une marque valablement enregistrée en ce qui concerne un produit disponible licitement exige que l'interprète examine la préoccupation spécifique soulevée par la marque entravée et non le produit auquel elle s'applique, ainsi que l'étendue de l'entrave. Pour savoir si les prescriptions spéciales entravent l'usage d'une marque "d'une manière indue ou disproportionnée", c'est-à-dire "de manière injustifiable", il faut donc se fonder sur une évaluation de la marque particulière et de la manière dont elle est entravée. Toutefois, selon l'approche du Groupe spécial, il n'est pas nécessaire d'examiner si une marque particulière peut être problématique et, par conséquent, être entravée dans son usage, y compris interdite d'usage.

¹ Conformément aux prescriptions des Procédures de travail de l'Organe d'appel, le nombre total de mots de la communication d'appelant (y compris les notes de bas de page mais à l'exclusion du résumé analytique) est égal à 154 529; et le nombre total de mots du résumé analytique est égal à 8 021 (dans leur version originale).

En fait, le Groupe spécial reconnaît que bon nombre de marques prohibées ne sont pas problématiques en soi. Néanmoins, dans le cadre de son approche de l'expression "de manière injustifiable", il considère que leur usage peut être prohibé de manière justifiable simplement parce que ce sont des marques qui identifient un produit. Cette approche ne peut pas être correcte compte tenu de la protection internationale des marques et de leur usage. Pour d'autres produits également, l'usage des marques peut être entravé pour des raisons liées à la santé ou à la protection des consommateurs. Mais pour aucun autre produit on n'empêche l'usage des marques simplement parce que ce sont des marques ou parce qu'elles appartiennent à une catégorie particulière de marques telle que les marques figuratives. Jamais par le passé il n'a été avancé que cette approche étroite était nécessaire pour protéger la santé, par exemple. Cela confirme l'erreur qui est faite dans l'approche adoptée par le Groupe spécial. Le fait que ce dernier n'a pas interprété l'expression "de manière injustifiable" dans son contexte spécifique aux marques constitue une erreur de droit et d'interprétation du droit.

- À titre subsidiaire, le Groupe spécial aurait dû, au minimum, interpréter l'expression "de manière injustifiable" comme faisant référence à des mesures entravant les marques plus qu'il n'est "nécessaire" en incluant une analyse des solutions de rechange potentiellement moins restrictives pour les marques. Si une prescription entravant moins les marques apporte une contribution équivalente à l'objectif légitime, cette solution de rechange doit être privilégiée. L'approche nouvelle des "bonnes raisons" fondée sur l'intention qui a été suivie par le Groupe spécial n'inclut pas, dans le cadre du critère juridique, la nécessité de privilégier des solutions de rechange entravant moins les marques. Elle n'est donc pas compatible avec le principe énoncé à l'article 8:1 de l'Accord sur les ADPIC relatif à l'adoption de mesures "nécessaires" pour protéger la santé. Elle constitue donc une erreur de droit et d'interprétation du droit.
- Cette erreur d'interprétation concernant l'article 20 et l'article 8:1 de l'Accord sur les ADPIC est liée à la constatation erronée du Groupe spécial selon laquelle le paragraphe 5 de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique constitue un "accord ultérieur", au sens de l'article 31.3 a) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui doit être pris en considération en tant que partie du contexte de l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC. Le paragraphe 5 de la Déclaration de Doha n'est pas un accord ultérieur pertinent aux fins de l'interprétation de l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC. Il confirme simplement la règle générale d'interprétation voulant que toutes les dispositions de l'Accord sur les ADPIC soient lues à la lumière des objectifs et des principes de l'Accord. Par conséquent, il n'"influe [pas] spécifiquement" sur l'interprétation et l'application de l'expression ou de la disposition correspondante et ne peut pas être considéré comme "exprim[ant] clairement une communauté de vues et une acceptation de cette communauté de vues entre les Membres" en ce qui concerne le sens de l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC. Le fait que le Groupe spécial considère le paragraphe 5 de la Déclaration de Doha comme un "accord ultérieur" constitue une autre erreur de droit qui a affecté de façon importante son analyse au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC.

4. Deuxièmement, à supposer pour les besoins de l'argumentation que le critère du "caractère justifiable" utilisé par le Groupe spécial et fondé sur la question de savoir s'il existe de "bonnes raisons" suffisantes pour entraver l'usage d'une marque soit correct, l'application par le Groupe spécial de ce critère juridique aux faits de la cause dans le contexte de son triple critère comporte des erreurs de droit additionnelles. Ces erreurs compromettent l'analyse par le Groupe spécial de l'expression "de manière injustifiable" dans le contexte des faits de la cause en l'espèce et entachent donc de vices ses constatations au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC. En particulier:

- Le Groupe spécial a fait erreur en ne déterminant pas dûment la nature et l'étendue de l'entrave sur la base de l'incidence des mesures sur la fonction distinctive de la marque. Il s'est focalisé à tort sur l'effet des mesures sur la "valeur économique" des marques, et ses considérations relatives aux facteurs "atténuant" allégués sont donc erronées.
- Le Groupe spécial a fait erreur dans son application de l'article 20 aux faits de la cause en l'espèce qui portait à la fois sur les produits du tabac et sur leur emballage. Son raisonnement ne tient pas compte des différences importantes dans l'application des mesures aux bâtonnets de cigarettes en particulier (c'est-à-dire le produit lui-même). Dans son analyse du caractère justifiable, le Groupe spécial a accordé un poids particulier au fait que les effets des

prescriptions constituant une entrave sur les marques étaient atténués par le fait que les marques dénominatives pouvaient toujours être utilisées, quoique sous une forme et une police uniformisées. Or cela n'est pas exact s'agissant du produit effectif (à savoir les bâtonnets de cigarettes) puisqu'aucune marque dénominateur ne peut être utilisée sur le produit dans le cadre de l'emballage neutre. Le fait que le Groupe spécial n'applique pas son raisonnement aux bâtonnets de cigarettes invalide ses constatations dans la mesure où elles s'appliquent également au produit.

- Le Groupe spécial a fait erreur dans son examen des solutions de rechange disponibles puisqu'il n'a pas examiné dûment si les solutions de rechange proposées présentées par le Honduras entravaient moins les *marques* que l'emballage neutre tout en apportant une contribution *équivalente*. L'approche du Groupe spécial comporte deux erreurs de droit importantes. Premièrement, le Groupe spécial a supposé à tort que le critère au titre de l'article 20 était exactement le même que le critère au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Or l'Accord OTC se rapporte au caractère restrictif pour le "commerce", tandis que l'Accord sur les ADPIC concerne les entraves aux "marques". Deuxièmement, il a fait erreur dans son interprétation de ce qui constituait une contribution "équivalente", exigeant de fait une contribution "identique" des mesures de rechange ou exigeant même que les solutions de rechange proposées "contribu[ent] *manifestement mieux* [aux] objectif[s] de santé publique de l'Australie".²
- Le Groupe spécial s'est appuyé à tort sur la recommandation d'envisager l'adoption de l'emballage neutre, contenue dans les directives de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac ("FCTC"), lorsqu'il a conclu qu'il existait de "bonnes raisons suffisantes pour étayer" la restriction extrême à l'usage des marques par l'emballage neutre. Il n'a de fait pas tenu compte de la nature non contraignante de ces recommandations. En outre, il n'a absolument pas examiné la pertinence juridique de la FCTC et de ses directives dans le contexte du présent différend. La FCTC ou ses directives ne s'appliquent pas à trois des quatre parties plaignantes car l'Indonésie et la République dominicaine ne sont pas parties à la FCTC et Cuba ne l'a pas ratifiée. Le Groupe spécial a donc fait erreur en droit en accordant un poids contextuel indu à la FCTC et à ses directives lorsqu'il a examiné le "caractère justifiable" des mesures concernant l'emballage neutre au titre du critère juridique qu'il a élaboré.

5. Le Honduras demande donc à l'Organe d'appel d'infirmes les constatations formulées par le Groupe spécial, en particulier aux paragraphes 7.2393 à 7.2431, ainsi qu'aux paragraphes 7.2604 et 7.2605, et de déclarer sans fondement et sans effet les constatations formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 7.2606 et 8.1 e) selon lesquelles 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.

III. ALLÉGATION 2: L'ANALYSE DE L'ARTICLE 16:1 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC PAR LE GROUPE SPÉCIAL EST ERRONÉE COMME LE FAIT QU'IL N'A PAS APPLIQUÉ LE DROIT AUX FAITS DE LA CAUSE EN L'ESPÈCE

6. Le Honduras estime que l'interprétation donnée 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, et que le fait qu'il n'a pas appliqué le droit aux faits constitue une erreur de droit. L'application incorrecte du principe d'économie jurisprudentielle par le Groupe spécial constitue également une violation de l'article 11 du Mémoire d'accord.

7. Premièrement, le Groupe spécial n'a pas donné une interprétation globale de l'article 16:1 qui prenne en considération le contexte de cette disposition ainsi que son objet et son but. En particulier, il a fait erreur en droit en constatant que l'article 16:1 ne protégeait pas le caractère distinctif et n'était pas d'application s'il n'y avait pas de risque de confusion, par exemple en raison d'un affaiblissement délibéré de la marque par les pouvoirs publics. Le Honduras estime que l'article 16:1 fournit aux parties privées un moyen d'arriver à une fin. Les "droits conférés" sont garantis afin de permettre au titulaire de la marque de protéger le caractère distinctif de cette marque pour qu'elle puisse remplir son importante fonction au cours d'opérations commerciales, ce qui permet au titulaire de la marque de développer un fonds de commerce sur la base de cette marque. La

² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.2601. (pas d'italique dans l'original)

constatation du Groupe spécial selon laquelle l'article 16:1 ne protège pas le caractère distinctif dissocie le moyen de sa fin et elle est erronée.

8. En outre, le Groupe spécial a fait erreur en constatant qu'il n'était pas porté atteinte au droit d'empêcher l'usage non autorisé de la marque s'il y avait moins ou pas de risque de confusion du fait d'une réglementation qui priverait le consommateur d'une familiarité avec la marque. Le champ des droits obligatoires définis à l'article 16:1 par référence au concept de "risque de confusion" n'est pas uniquement lié à l'existence d'une confusion réelle sur le marché. La conclusion du Groupe spécial selon laquelle l'article 16:1 n'accorde pas ce que l'on appelle un "droit de confusion" est une caricature, et non une évaluation, de l'argument du Honduras. Le critère relatif au "risque de confusion" est un point de repère normatif qui détermine les limites de ce domaine, qui joue un rôle semblable à celui que joue à l'article 16:3 le critère de l'"intérêt" pour les marques notoirement connues. L'emballage neutre réduit notablement ce domaine d'exclusivité sur lequel le titulaire de la marque n'a aucun contrôle.

9. La question de savoir si cet affaiblissement délibéré des droits conférés est justifié peut être discutée au titre de l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC et doit être évaluée sur la base des termes de cette disposition, qui autorise des "exceptions limitées" aux droits conférés. Or ce n'est pas ce que le Groupe spécial a fait puisqu'il a constaté à tort qu'une mesure visant délibérément à réduire la force de la marque et le fonds de commerce développé sur la base de cette marque n'engageait même pas l'article 16 de l'Accord sur les ADPIC. Le Groupe spécial constate que "le droit négatif prévu à l'article 16:1 d'empêcher les usages portant atteinte aux droits ne s'étend pas à un droit de maintenir ou d'élargir le caractère distinctif d'une marque donnée considérée individuellement, qui fluctue inévitablement selon les conditions du marché et l'incidence des mesures réglementaires sur ces conditions du marché."³ C'est exact mais cela ne veut pas dire qu'un Membre peut délibérément réduire le caractère distinctif de la marque en prohibant son usage. En fait, le Groupe spécial constate lui-même que l'Accord sur les ADPIC (article 20) empêche les Membres d'imposer certaines prescriptions, y compris une prohibition de l'usage de marques, à moins que cela ne soit justifié par de "bonnes raisons", démontrant ainsi qu'il manque à son obligation d'interpréter l'article 16:1 dans son contexte. Le Honduras considère que, bien que le caractère distinctif de la marque puisse fluctuer selon les conditions du marché et l'incidence des mesures réglementaires sur ces conditions, il est clair que cela ne signifie pas qu'un Membre est en droit de chercher délibérément à réduire le caractère distinctif de la marque en imposant des prescriptions constituant une entrave, comme la prohibition de l'usage de marques.

10. Une interprétation de bonne foi de l'article 16:1 dans le contexte de la section 2 de l'Accord sur les ADPIC relative aux marques et de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, et à la lumière de l'objet et du but de cette disposition et de l'Accord sur les ADPIC dans son ensemble, révèle les défauts de l'interprétation formaliste de l'article 16:1 donnée par le Groupe spécial. Ce dernier n'a même pas commencé à examiner bon nombre des termes employés à l'article 16:1. L'interprétation textuelle étroite qu'il a donnée de certaines parties de cette disposition et qui ne prend pas en considération le contexte ni l'objet et le but des mots employés à l'article 16:1 constitue une erreur de droit et d'interprétation du droit.

11. La prohibition de l'usage de marques restreint indûment le droit privé du titulaire d'une marque d'empêcher l'usage non autorisé de signes similaires sur des produits similaires. La question de savoir si cette restriction est "limitée" et est donc autorisée par l'article 17 est la question pertinente que le Groupe spécial n'a pas examinée.

12. Deuxièmement, le Groupe spécial fait erreur dans son application du droit aux faits puisqu'il a complètement et délibérément omis de traiter la question pertinente qui nous occupe. L'Accord sur les ADPIC impose certaines disciplines aux Membres et exige d'eux qu'ils confèrent des droits privés minimaux aux titulaires de droits de propriété intellectuelle, y compris les titulaires de marques. La question pertinente que le Groupe spécial n'a même pas examinée est de savoir si une mesure qui prohibe l'utilisation de la marque sur le produit disponible licitement réduit le caractère distinctif de cette marque et donc 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 de l'Accord sur les ADPIC. Le Groupe spécial lui-même considère qu'il s'agit là de la question essentielle mais refuse ensuite de l'examiner. En n'appliquant pas le droit aux faits, il fait erreur en

³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.2015.

droit et, du fait de cette application incorrecte du principe d'économie jurisprudentielle, il ne s'acquitte pas non plus de l'obligation lui incombant au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord.

13. Pour ces raisons, le Honduras demande à l'Organe d'appel d'infirmar les constatations pertinentes formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 7.1966 à 7.2030, 7.2031 et 7.2032, ainsi qu'au paragraphe 7.2051 et, par conséquent, d'infirmar et de déclarer sans fondement et sans effet juridique la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 8.1 d) 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.

IV. ALLÉGATION 3: 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 FAITS DE LA CAUSE EN L'ESPÈCE SONT ERRONÉES

14. Bien que le Honduras souscrive à la conclusion finale selon laquelle les mesures concernant l'emballage neutre sont restrictives pour le commerce, l'interprétation donnée 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 faits de la cause en l'espèce sont erronées. En particulier, le Groupe spécial commet deux erreurs de droit distinctes mais liées.

15. Premièrement, le Groupe spécial rejette à tort l'idée selon laquelle une modification ou une distorsion des conditions de concurrence et une restriction des possibilités de concurrence pour les produits importés est une distorsion des "échanges". Il confirme que les mesures concernant l'emballage neutre réduisent la différenciation des produits et reconnaît que l'emballage neutre a modifié les conditions de concurrence pour les produits importés et a affecté les possibilités de concurrence qu'ils offrent. Il reconnaît également qu'il y a des éléments de preuve montrant que l'emballage neutre a entraîné une "descente en gamme" en faveur de produits de plus faible valeur. Cependant, il ne considère pas, à tort, que ces éléments de preuve concernant l'effet des mesures sur les conditions de concurrence et les possibilités de concurrence suffisent à établir l'existence d'une restriction au commerce. Il a indûment considéré que le caractère restrictif pour le commerce n'était pas déterminé par la mesure dans laquelle les mesures modifiaient les conditions de concurrence et limitaient les possibilités de concurrence pour les produits importés, et a en fait exigé des éléments de preuve d'une modification discriminatoire des possibilités de concurrence au détriment des produits importés. Il a confondu les prescriptions de l'article 2.1 et les prescriptions de l'article 2.2 de l'Accord OTC, et a indûment exigé des éléments de preuve indiquant une discrimination pour déterminer le caractère restrictif pour le commerce d'un règlement technique.

16. Deuxièmement, le Groupe spécial constate à tort que, en ce qui concerne les mesures non discriminatoires, il n'est pas suffisant d'indiquer le caractère propre à fausser la concurrence des mesures. Selon lui, pour ce qui est des mesures non discriminatoires, il faut présenter des éléments de preuve concernant l'effet réel des mesures sur les prix et les ventes afin de démontrer que cette distorsion équivaut à une restriction au commerce. Ce faisant, le Groupe spécial introduit effectivement un critère des "effets sur le commerce" pour les mesures qui restreignent le commerce mais qui ne sont pas discriminatoires par ailleurs. Cela constitue une autre erreur de droit puisqu'il est bien établi que tant l'article III du GATT de 1994 (concernant le "Traitement national") que l'article XI du GATT de 1994 (concernant l'"Élimination des restrictions quantitatives") protègent les possibilités de concurrence et l'égalité des conditions de concurrence, sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'effets réels sur le commerce. Ces dispositions clés du GATT de 1994 sont fonctionnellement équivalentes à l'article 2.1 et à l'article 2.2 de l'Accord OTC respectivement. Le Groupe spécial a imposé à tort une charge de la preuve plus lourde exigeant une démonstration de l'existence d'effets réels sur le commerce en ce qui concerne des règlements techniques "non discriminatoires". La distinction établie par le Groupe spécial entre des mesures "discriminatoires" et des mesures "non discriminatoires" en vue de déterminer le sens de l'expression "restrictifs pour le commerce" et les éléments de preuve qui doivent être présentés sont sans fondement et constituent une erreur de droit. La prescription connexe du Groupe spécial voulant qu'il soit démontré que les mesures concernant l'emballage neutre ont effectivement réduit les prix et les ventes du produit est également erronée.

17. Le Honduras demande donc à l'Organe d'appel de modifier et, s'il y a lieu, d'infirmar les constatations formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 7.1166 à 7.1168, 7.1196 et 7.1197, ainsi qu'au paragraphe 7.1255 et, par conséquent, de déclarer sans fondement et sans effet les constatations formulées par le Groupe spécial au paragraphe 8.1 a) selon lesquelles le Honduras n'a

pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC.

V. ALLÉGATION 4: LE GROUPE SPÉCIAL FAIT ERREUR EN DROIT DANS SON APPLICATION DU CRITÈRE JURIDIQUE CONCERNANT LE DEGRÉ DE CONTRIBUTION DES MESURES TPP

18. Le Groupe spécial a peut-être énoncé correctement le critère juridique permettant de déterminer le degré de contribution des mesures contestées à la réalisation de l'objectif légitime mais il n'a pas dûment appliqué ce critère aux faits de la cause. Le fait de ne pas appliquer dûment le droit aux faits constitue une erreur de droit, même si des aspects de l'analyse du Groupe spécial étaient également une allégation de manquement à l'obligation de procéder à une "évaluation objective" de la question. L'allégation d'erreur de droit formulée par le Honduras concerne quatre allégations distinctes mais liées qui se rapportent aux constatations du Groupe spécial sur la détermination du degré de contribution des mesures concernant l'emballage neutre à la réalisation de l'objectif légitime.

19. Premièrement, le Groupe spécial indique à juste titre qu'il doit examiner la contribution effective des mesures à la "réalisation de l'objectif de réduire la consommation de produits du tabac". Toutefois, il fait erreur en appliquant ce critère aux faits qui lui ont été présentés puisqu'en réalité, il n'examine pas la contribution effective des mesures à l'objectif légitime de "réduire la consommation de produits du tabac". Il examine, à la place, la contribution des mesures aux "mécanismes" spécifiques consistant à réduire l'attrait, à accroître l'efficacité des mises en garde sanitaires et à diminuer l'aptitude de l'emballage du tabac à induire les consommateurs en erreur.⁴

20. Deuxièmement, malgré sa déclaration selon laquelle il devait examiner la "contribution effective" des mesures, le Groupe spécial ne s'est pas préoccupé de leur "incidence réelle" sur la consommation de produits du tabac. Il a en fait inclus une spéculation dénuée de fondement sur l'incidence future incertaine des mesures "dans le temps" à la lumière de déclarations non corroborées relatives aux perceptions et aux intentions et sans aucune projection qualitative ou quantitative étayée par des éléments de preuve suffisants.⁵

21. Troisièmement, le Groupe spécial note à juste titre que le "contexte plus large [de la lutte antitabac en Australie] ne supprime pas ni ne limite la nécessité d'identifier la contribution que les mesures contestées apportent *elles-mêmes* [aux] objectif[s] de l'Australie".⁶ Toutefois, par la suite, il n'applique pas correctement ce critère étant donné qu'il ne se préoccupe plus de la "contribution que les mesures [concernant l'emballage neutre] contestées apportent elles-mêmes". Au lieu de cela, il détermine le degré de contribution des mesures prises *conjointement avec* une série plus large de mesures de lutte antitabac complémentaires et en tant que composante de cette série. Cela ressort clairement de sa constatation selon laquelle "les éléments de preuve qui [lui] ont été présentés étayent le point de vue selon lequel, telles qu'elles sont appliquées conjointement à l'éventail global des autres mesures de lutte antitabac maintenues par l'Australie et non contestées dans les présentes procédures, y compris une interdiction d'utiliser d'autres moyens qui permettraient par ailleurs que l'identification de la marque contribue à l'attrait des produits du tabac et à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme, les mesures TPP sont à même d'apporter, et apportent effectivement, une contribution significative à l'objectif de l'Australie de réduire la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits."⁷

22. Quatrièmement, le Groupe spécial fait erreur dans son application du critère juridique qu'il a lui-même établi pour examiner les éléments de preuve. Cette allégation se rapporte à certaines constatations du Groupe spécial qui ne sont pas conformes au critère juridique qu'il a lui-même établi à cet égard.

23. Par exemple, le Groupe spécial énonce correctement le critère approprié pour l'examen des éléments de preuve concernant la contribution des mesures, notant qu'il a le "devoir ... d'évaluer la

⁴ Cela ressort clairement des constatations dans lesquelles il expose en détail des éléments de preuve autres que comportementaux (paragraphe 7.980 à 7.986) avant d'en tirer des conclusions non étayées concernant l'effet des mesures sur le comportement dans un paragraphe (paragraphe 7.1025).

⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1044.

⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.506. (pas d'italique dans l'original)

⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1043.

pertinence et la force probante de chacun d'entre eux".⁸ Toutefois, il n'applique pas ce critère aux faits et aux éléments de preuve de la cause puisqu'il n'évalue jamais dûment la pertinence et la "force probante" des différents éléments de preuve, accordant de fait un poids égal à tous les éléments de preuve. Son approche des faits "dans leur globalité" inclut des éléments de preuve qui ne sont ni probants ni pertinents, comme les études antérieures à la mise en œuvre dont il considère lui-même qu'elles présentent des "limitations" claires.

24. En outre, le Groupe spécial énonce correctement l'approche pertinente concernant l'évaluation des "éléments de preuve scientifiques" lorsqu'il indique que "[d]ans la mesure où des éléments de preuve scientifiques sont invoqués, [son] évaluation peut inclure en particulier un examen du point de savoir si ces éléments de preuve "proviennent d'une source compétente et respectée", s'ils ont la "rigueur scientifique et méthodologique nécessaire pour être considéré[s] comme des données scientifiques dignes de foi" ou s'ils reflètent des "données scientifiques légitimes d'après les normes de la communauté scientifique pertinente", et "si le raisonnement énoncé sur la base des preuves scientifiques est objectif et cohérent".⁹ Toutefois, il n'applique pas correctement ce critère juridique de l'approche des éléments de preuve scientifiques aux faits de la cause puisque même des éléments de preuve qui ne satisfaisaient clairement pas au critère de la rigueur scientifique et méthodologique ont été inclus dans son analyse, par exemple parce qu'il s'agissait de la "seule étude antérieure à la mise en œuvre présentée dans les présentes procédures qui visait à examiner l'incidence de l'emballage neutre du tabac sur les cigares et les cigarillos" et qu'il devrait "donc tenir compte de ses conclusions dans [son] analyse ultérieure".¹⁰

25. Enfin, bien qu'il ait déclaré à plusieurs reprises que son approche concernant les éléments de preuve économétriques ne nécessiterait pas qu'il effectue sa propre analyse économétrique, en fait, c'est exactement ce que le Groupe spécial a fait. Il a procédé à sa propre évaluation économétrique (viciée) des éléments de preuve puisqu'il a élaboré certaines méthodes de calcul et d'estimation qui n'ont jamais été discutées avec les parties et qui demeurent inexpliquées, y compris dans son propre rapport final.¹¹

26. Le Honduras reconnaît qu'il peut y avoir un chevauchement avec les allégations qu'il formule au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord en ce qui concerne l'absence d'évaluation objective de la question. Il demande toutefois que le manquement à l'obligation d'appliquer correctement le critère juridique relatif à la détermination du degré de contribution des mesures aux faits de la cause soit considéré comme correspondant à une allégation de violation autonome puisqu'il s'agit d'une erreur de droit, indépendamment de la question de savoir si des erreurs connexes d'appréciation des éléments de preuve commises par le Groupe spécial peuvent également être considérées comme un manquement à l'obligation d'évaluer "objectivement" la question.

27. Le Honduras demande donc à l'Organe d'appel d'infirmar les constatations formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 7.1024 à 7.1044, 7.1724 à 7.1732, et 7.2604 à 7.2606 de son rapport et, par conséquent, de déclarer sans fondement et sans effet les constatations formulées par le Groupe spécial au paragraphe 8.1 a) selon lesquelles le Honduras n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, ainsi qu'au paragraphe 8.1 e), selon lesquelles 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.

VI. ALLÉGATION 5: 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

28. Les constatations du Groupe spécial concernant les "mesures de rechange moins restrictives pour le commerce" proposées comportent un certain nombre d'erreurs de droit et d'interprétation du droit.

⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.517.

⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.516.

¹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.622.

¹¹ Rapport du Groupe spécial, appendice C, paragraphe 107; appendice D, paragraphes 44, 106, 109 et 110; appendice E, paragraphes 29 à 54.

29. Premièrement, le Groupe spécial n'examine pas si les mesures de rechange sont moins "restricti[ves] pour le commerce" sur la base d'une interprétation correcte de cette expression. Au lieu de cela, il conclut à tort que les mesures de rechange proposées sont également restrictives pour le commerce parce qu'elles sont au moins aussi efficaces pour réduire le tabagisme. Il aurait dû examiner l'effet restrictif des solutions de rechange proposées sur les conditions de concurrence pour les produits importés afin de déterminer si les solutions de rechange proposées étaient "moins restrictive[s] pour le commerce". Le fait qu'il n'a pas procédé à cet examen entache de vices ses constatations concernant les mesures de rechange.

30. Deuxièmement, le Groupe spécial énonce correctement le critère juridique permettant de déterminer si les mesures de rechange apportent une contribution "équivalente" (mais pas nécessairement "identique"), et constate à juste titre qu'"une mesure de rechange proposée peut atteindre un degré équivalent de contribution différemment du règlement technique en cause."¹² Il fait toutefois erreur dans son application du droit aux faits du présent différend.

31. En particulier, le Groupe spécial a) n'examine pas le degré de contribution des mesures de rechange proposées à la lumière de l'objectif légitime dont l'existence a effectivement été constatée; b) exige à tort que les mesures de rechange apportent une contribution *identique*, et non une contribution "équivalente", en tant que mesures de "remplacement"; c) fait erreur en effectuant une comparaison asymétrique qui impose que les solutions de rechange présentent un degré de contribution plus élevé que celui qui est requis par le critère de l'"équivalence".

32. La constatation du Groupe spécial selon laquelle aucune des mesures de rechange proposées n'est à même de fonctionner en remplacement de l'emballage neutre est fondée sur la comparaison erronée entre la contribution alléguée de l'emballage neutre, pris *conjointement avec les mises en garde sanitaires explicites agrandies*, d'une part, et la mesure de rechange comme remplacement à la fois des mesures concernant l'emballage neutre et des mises en garde sanitaires explicites agrandies. Cela est incorrect puisque les mises en garde sanitaires explicites agrandies n'ont jamais fait partie du différend. Dans la mesure où il était justifié qu'il examine l'effet combiné des mesures concernant l'emballage neutre et des mises en garde sanitaires explicites agrandies, le Groupe spécial aurait également dû examiner la contribution des mesures de rechange prises *conjointement avec les grandes mises en garde sanitaires explicites* couvrant 75% de la face avant du paquet et 90% de la face arrière.

33. En outre, et en relation avec les erreurs susmentionnées, le Groupe spécial fait erreur en droit lorsqu'il applique un critère différent pour l'"équivalence" dans le contexte d'une "série de mesures" alléguée et lorsqu'il formule ses constatations sur la base d'une absence alléguée de "synergies".

34. Le Honduras demande donc à l'Organe d'appel d'infirmes les constatations formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 7.1464, 7.1468 à 7.1471, 7.1531, et 7.1542 à 7.1545 et, par conséquent, de déclarer sans fondement et sans effet les constatations formulées par le Groupe spécial au paragraphe 8.1 a) selon lesquelles le Honduras n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, ainsi que les constatations connexes formulées aux paragraphes 7.2606 et 8.1 e) selon lesquelles 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.

VII. ALLÉGATION 6: LE GROUPE SPÉCIAL NE PROCÈDE PAS À UNE "ÉVALUATION OBJECTIVE" DE LA QUESTION, Y COMPRIS LES ÉLÉMENTS DE PREUVE CONCERNANT LA CONTRIBUTION DES MESURES TPP À L'OBJECTIF DE RÉDUIRE LA CONSOMMATION DE PRODUITS DU TABAC, EN VIOLATION DE L'ARTICLE 11 DU MÉMORANDUM D'ACCORD

35. Le Groupe spécial a procédé à un examen des éléments de preuve relatifs au degré de contribution des mesures concernant l'emballage neutre à la réalisation de l'objectif légitime de réduire le tabagisme qui ne reflète pas à l'"évaluation objective" requise de la question; il a donc agi en violation de l'article 11 du Mémoire d'accord.

¹² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1369.

36. Le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective des faits, comme l'exige l'article 11 du Mémoire d'accord, entre autres choses, car:

- il n'a pas fourni une explication motivée et adéquate de la façon dont les faits étayaient la détermination établie selon laquelle "l'emballage neutre [avait] entraîné une réduction de la prévalence du tabagisme et de la consommation de produits du tabac";
- il n'a pas examiné les éléments de preuve d'une manière impartiale, appliquant un double critère de la preuve;
- il n'a pas tenu compte d'éléments de preuve importants présentés par les parties plaignantes; et
- il n'a pas respecté les principes fondamentaux de régularité et d'équité de la procédure en ayant recours à un "expert fantôme" qui a formulé des critiques sur les éléments de preuve des parties, à l'égard desquelles ces dernières ne se sont jamais vu ménager la possibilité de formuler des observations et qui ne font l'objet d'aucune explication dans le rapport, ce qui les soustrait à un examen approprié. Le Groupe spécial aurait pu, et en l'espèce aurait dû, désigner son propre expert en consultation avec les parties, comme le prévoient l'article 14.2 de l'Accord OTC et l'article 13 du Mémoire d'accord.

37. Ces manquements du Groupe spécial, pris individuellement ou conjointement, ont un caractère tellement systématique qu'ils jettent le doute sur son objectivité dans le contexte du présent différend qui porte sur un produit controversé et une mesure bien intentionnée mais illicite, inefficace et disproportionnée. Le Groupe spécial n'a donc pas procédé à une évaluation objective des éléments de preuve relatifs au degré de contribution des mesures concernant l'emballage neutre, en violation de l'obligation lui incombant au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord.

VII.1 Le Groupe spécial ne fournit pas une explication motivée et adéquate de la façon dont les faits qui lui ont été présentés étaient la conclusion selon laquelle les mesures TPP étaient à même d'apporter, et apportaient effectivement, une contribution significative à leur objectif légitime

38. Le Groupe spécial formule la constatation finale selon laquelle les mesures TPP ne sont pas plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire car, entre autres choses, elles "sont à même d'apporter, et apportent effectivement, une contribution significative" à leur objectif de santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits en Australie.¹³ Toutefois, un examen des faits présentés au Groupe spécial, considérés à la lumière du critère et de l'approche adoptés par le Groupe spécial en matière de preuve dans le présent différend, révèle qu'il n'y a tout simplement rien dans les faits qui permette d'étayer cette conclusion. Le Groupe spécial n'a donc pas fourni l'explication motivée et adéquate requise selon laquelle les faits étayaient la détermination établie. En particulier:

- les propres constatations limitées du Groupe spécial sur le comportement effectif n'étaient pas cette conclusion;
- ses propres constatations sur les résultats proximaux et distaux (à savoir sur les perceptions, les attitudes et les intentions) ne justifient pas cette conclusion, même à supposer que ces résultats proximaux et distaux donnent des indications sur le comportement effectif; et
- ses propres constatations sur les publications et les théories des sciences comportementales n'étaient pas cette constatation, même à supposer que les publications ainsi que les études et théories sous-jacentes donnent des indications sur le comportement effectif.

39. Il n'y avait tout simplement pas d'éléments de preuve positifs, dans le sens d'éléments de preuve pertinents et probants, montrant que les mesures TPP contribuaient effectivement à leur objectif. Dans le même ordre d'idées, le Groupe spécial n'a pas fourni d'"explications motivées et adéquates" ni de "raisonnement cohérent" pour ses constatations non étayées.

¹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1725 b).

40. Le Groupe spécial n'explique pas non plus comment il se peut qu'il ne trouve aucun élément de preuve indiquant une contribution aux résultats "distaux", comme des tentatives d'arrêter de fumer ou un traitement cognitif des risques du tabagisme après trois ans d'utilisation de l'emballage neutre, et qu'il conclue quand même qu'il existe des éléments de preuve montrant que moins de gens fument et que les gens fument moins du fait de l'emballage neutre. Jamais il ne reconnaît, ni n'explique *a fortiori*, les lacunes du cadre analytique qui a été proposé par l'Australie et qu'il a apparemment accepté. Il fonde ses constatations concernant la contribution effective sur l'analyse économétrique, présentée par l'expert de l'Australie, de l'un des nombreux ensembles de données, sans expliquer cette conclusion au vu d'autres explications plausibles et des faits contradictoires qu'il a lui-même établis.

41. En outre, le Groupe spécial indique qu'il a besoin d'évaluer la pertinence et la "valeur probante" des différents éléments de preuve mais, de fait, ne procède pas à cette évaluation puisqu'il accorde un poids égal à tous les éléments de preuve dans le cadre de son approche viciée des faits "dans leur globalité". En particulier, il n'explique pas de façon adéquate pourquoi il inclut certaines études antérieures à la mise en œuvre qui présentent des vices si évidents qu'elles n'auraient pas dû être retenues, et pourquoi il s'appuie sur des études et des théories comportementales même lorsqu'elles ne sont pas étayées par les faits. Il n'explique pas pourquoi ces études et ces théories sont pertinentes en tant que partie de la globalité des faits si elles n'ont pas été étayées par les éléments de preuve empiriques qu'il a lui-même jugés essentiels pour prendre ces études en compte.

42. En outre, le Groupe spécial affirme que l'"incidence des mesures TPP peut évoluer dans le temps"¹⁴ mais n'étaye pas cette affirmation spéculative à l'aide des nécessaires "projections quantitatives pour l'avenir, ou ... raisonnement qualitatif fondé sur un ensemble d'hypothèses qui sont vérifiées et étayées par des éléments de preuve suffisants" dont il a lui-même reconnu la nécessité.¹⁵ Compte tenu du fait que les éléments de preuve présentés couvraient une période de près de trois ans pour une mesure dont on prévoyait qu'elle atteindrait son objectif en six ans (à savoir, réduire la prévalence à 10% d'ici à 2018), et au vu du fait qu'il n'y avait rien qui permettait de supposer que la contribution des mesures ne deviendrait visible qu'avec le temps, la proposition non étayée selon laquelle la contribution des mesures pourrait encore évoluer dans le temps demeure inexpliquée et n'est que pure spéculation.

43. La constatation du Groupe spécial concernant les cigares est particulièrement déconcertante du fait d'une absence presque totale de base d'éléments de preuve pour ses conclusions selon lesquelles les mesures concernant l'emballage neutre sont à même de contribuer, et contribuent effectivement, à la réduction de la consommation de cigares. Les conclusions du Groupe spécial sur tous les produits du tabac, y compris les cigares, ne sont pas étayées par les données de faits versées au dossier et aucune explication motivée et adéquate de ses constatations concernant la consommation de cigares n'est donnée.

44. À un niveau plus fin, le Groupe spécial passe directement aux conclusions sans fournir aucune explication apparente, et *a fortiori* une explication adéquate et motivée, des raisons pour lesquelles il ne tient pas compte de certains éléments de preuve et en considère d'autres comme étant probants. Par conséquent, même les constatations intermédiaires qu'il formule ne sont pas le résultat d'une explication motivée et adéquate. Par exemple, le Groupe spécial indique simplement à 23 reprises qu'il a procédé à un "examen attentif", puis répète tout bonnement les arguments des experts de l'Australie sans refléter, et encore moins examiner, les différents arguments présentés à titre de réfutation par les experts des plaignants en ce qui concerne le caractère probant des éléments de preuve présentés.

45. Le Groupe spécial note certaines limitations concernant la fiabilité et la pertinence de nombreux éléments de preuve sur lesquels l'Australie s'est appuyée mais prend quand même ces éléments de preuve en compte dans le cadre de son approche des faits "dans leur globalité". Il n'explique pas quels sont, parmi les nombreux éléments de preuve examinés, ceux qui, selon lui, étaient pertinents et probants, ni quelle valeur il accorde aux éléments de preuve qui ne satisfont manifestement pas au critère d'"élément de preuve scientifique" qu'il énonce. Son analyse des éléments de preuve n'est pas "critique et approfondi[e]" puisqu'il ne fait que noter les faiblesses des éléments de preuve pris isolément, sans en tirer d'enseignements. Le Groupe spécial n'examine pas les éléments de preuve d'une manière globale et ne procède jamais à une analyse critique de la

¹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1044.

¹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.982.

totalité des éléments de preuve considérés conjointement. Il ne fournit pas non plus d'explication motivée et adéquate des raisons pour lesquelles les vices allégués des éléments de preuve présentés par les plaignants concernant la consommation et la prévalence étaient d'une nature telle qu'il était justifié d'ignorer complètement ces analyses. Il accepte tous les éléments de preuve de l'Australie, même s'il a reconnu qu'ils présentaient des vices et des limitations mais "ramène à zéro" tous les éléments de preuve des plaignants dès qu'ils ne sont pas parfaits, d'après les allégations, sans fournir l'explication adéquate requise.

VII.2 Le Groupe spécial ne tient pas compte et donne donc une description inexacte des éléments de preuve importants présentés par les plaignants

46. Le Groupe spécial ne tient pas compte et donne une description inexacte des éléments de preuve présentés par les plaignants puisqu'il omet complètement les points importants présentés à titre de réfutation par leurs experts eu égard aux critiques de l'Australie qu'il fait en réalité tout simplement siennes. En outre, il cite les conclusions des experts hors de leur contexte et souligne les admissions alléguées sans même refléter les explications des experts qui mettent ces admissions alléguées dans leur contexte approprié. Il n'a pas pris en compte et a donc faussé les éléments de preuve des experts des plaignants concernant la contribution de façon constante, comme le montre une annexe de la présente communication.

47. Le Honduras note en particulier que le Groupe spécial, de façon inexplicée, n'a pas tenu compte des éléments de preuve présentés par le professeur Klick à la fois pour ce qui était de démontrer l'absence de contribution des mesures et pour réfuter les critiques exprimées par les experts de l'Australie concernant son analyse et ses éléments de preuve dans lesquels figurait la seule analyse longitudinale antérieure/postérieure "idéale" présentée dans le présent différend. En ne reconnaissant pas, et *a fortiori* en n'examinant pas, les points avancés par les experts des plaignants en vue de réfuter les critiques de leurs propres éléments de preuve ou de critiquer les éléments de preuve de l'Australie, le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective qui ne fausserait pas l'analyse en faveur de l'une ou l'autre partie.

VII.3 L'analyse du Groupe spécial manque d'impartialité et reflète un double critère de la preuve

48. L'évaluation des faits par le Groupe spécial révèle un manque d'impartialité et l'application d'un double critère de la preuve à plusieurs niveaux.

49. Premièrement, l'approche des faits "dans leur globalité" suivie par le Groupe spécial a fonctionné comme une technique de gommage des vices individuels reconnus des éléments de preuve antérieurs et postérieurs à la mise en œuvre présentés par l'Australie qui, selon lui, formaient un "corpus d'éléments de preuve". Par contre, chaque préoccupation individuelle, y compris de nombreuses préoccupations mineures purement hypothétiques ou possibles au sujet des éléments de preuve présentés par les plaignants, a servi de base pour ne tenir aucun compte de ces éléments de preuve. Les nombreux rapports d'experts, élaborés par des experts de haut niveau et reconnus en tant que tels dans leurs domaines respectifs, et les éléments de preuve connexes présentés par les parties plaignantes n'ont jamais été considérés comme formant un "corpus d'éléments de preuve" en raison des vices individuels mineurs allégués affectant ces éléments de preuve, ce qui a "ramené à zéro" une grande partie des éléments de preuve des plaignants. Le double critère est manifeste.

50. Deuxièmement, le Groupe spécial a permis que l'Australie impute les effets combinés de l'emballage neutre et des mises en garde sanitaires explicites aux mesures concernant l'emballage neutre, alors qu'il a exigé des plaignants qu'ils démontrent effectivement qu'il n'y avait aucune contribution, ni dans un cas ni dans l'autre, même si les plaignants ne contestaient pas les grandes mises en garde sanitaires explicites. Cela est particulièrement évident dans le contexte de l'analyse des mesures de rechange proposées faite par le Groupe spécial, que ce dernier a refusé d'examiner conjointement avec les mises en garde sanitaires explicites. Ce faisant, le Groupe spécial a effectivement exigé que la mesure de rechange apporte non seulement une contribution équivalente à celle de l'emballage neutre, mais en réalité une contribution équivalente à celle de l'emballage neutre conjointement avec les mises en garde sanitaires explicites agrandies. Si le Groupe spécial considérait qu'il n'était pas possible de séparer les effets de l'emballage neutre des effets des mises en garde sanitaires explicites agrandies introduites au même moment, une évaluation impartiale aurait également examiné les solutions de rechange en supposant qu'elles s'appliqueraient

conjointement avec les mises en garde sanitaires explicites agrandies. Le Groupe spécial n'a pas procédé à une telle analyse objective et impartiale.

51. Troisièmement, le Groupe spécial rejette les éléments de preuve des plaignants ainsi que certains de leurs modèles économétriques, principalement parce qu'ils révèlent que, dans certaines conditions, les éléments de preuve montrent une augmentation statistiquement significative de la consommation plutôt qu'une diminution. Il ne peut pas accepter une conclusion qui n'est pas compatible avec celle qu'il s'attend à trouver. En outre, il fait erreur dans son appréciation du concept de "signification statistique" et, par conséquent, reproche aux plaignants de ne pas établir avec certitude que les mesures ne fonctionnent pas, alors qu'il n'exige pas une certitude du même ordre de la part de l'Australie. Pourtant, il ne permet pas que les plaignants parviennent à cette conclusion prudente sur la base d'un effet manifeste dans la direction opposée. Il accorde systématiquement le bénéfice du doute à l'Australie.

52. Enfin, l'expert fantôme du Groupe spécial a identifié certaines préoccupations au sujet de la "validité" en ce qui concerne les éléments de preuve présentés par les parties plaignantes, comme le problème de la "multicolinéarité", par exemple. Le Groupe spécial rejette de nombreux éléments de preuve des plaignants sur la base de cette nouvelle préoccupation, qui n'a jamais été soulevée par l'Australie. Outre le fait qu'il a donc clairement plaidé la cause de l'Australie, le Groupe spécial n'examine pas non plus, ce qui est important, si la même préoccupation au sujet de la "validité" n'affecte pas aussi les éléments de preuve des experts de l'Australie. Il cherche délibérément des vices dans les éléments de preuve des parties plaignantes mais omet d'examiner, et à plus forte raison d'appliquer, une approche aussi stricte aux éléments de preuve de l'Australie.

53. En résumé, le traitement des éléments de preuve par le Groupe spécial reflète un "double critère de la preuve" dans le cadre de son examen des éléments de preuve qualitatifs et quantitatifs. Le Groupe spécial attribue de fait un zéro à chaque élément de preuve présenté par les plaignants qui, selon lui, n'est pas parfait mais, par contre, accepte la présentation combinée d'éléments de preuve manifestement viciés, par l'Australie, comme prouvant qu'il y a un certain degré de contribution des mesures concernant l'emballage neutre, même si chacun de ces éléments de preuve pris individuellement ne satisfait pas au critère fixé par le Groupe spécial en ce qui concerne la rigueur scientifique et méthodologique. Il utilise l'effet combiné de l'emballage neutre et des mises en garde sanitaires explicites agrandies comme point de départ et attribue cet effet combiné à l'emballage neutre alors qu'il n'attribue aucun effet possible des mises en garde sanitaires explicites aux mesures proposées en tant que solutions de rechange à l'emballage neutre, par exemple. Il soulève de nouvelles préoccupations au sujet de la validité en ce qui concerne les éléments de preuve présentés par les plaignants sans même examiner si les mêmes préoccupations au sujet de la validité s'appliquent aussi aux éléments de preuve de l'Australie. Cette différence d'approche est manifeste et n'est pas conforme à la prescription imposant de procéder à un examen impartial. Le double critère de la preuve est manifeste.

VII.4 Le Groupe spécial ne respecte pas les droits des parties en matière de régularité de la procédure

54. Le Groupe spécial a effectué sa propre analyse des éléments de preuve très techniques qui lui ont été présentés même si, objectivement parlant, il ne possédait pas les compétences techniques nécessaires pour le faire. Il n'a communiqué aux parties aucune des questions ou préoccupations qu'il avait au sujet des éléments de preuve techniques présentés et n'a jamais confronté les parties à cette autre analyse qu'il avait faite et qui était essentielle pour ses conclusions sur les éléments de preuve. Il n'a pas désigné d'expert propre en consultation avec les parties, conformément au pouvoir qui lui était accordé par l'article 14.2 de l'Accord OTC et l'article 13 du Mémoire d'accord. Au lieu de cela, il s'est appuyé sur un expert fantôme pour refaire l'analyse des parties et constater des vices allégués que même ces dernières n'avaient pas identifiés. En outre, il a soustrait ces critiques à l'examen des parties durant la procédure et jusqu'à ce jour en ne divulguant pas la façon dont il était parvenu à certaines conclusions sur la base d'un "nouveau traitement" des données "justificatives" fournies par les parties. Ce faisant, il n'a pas respecté les droits des parties en matière de régularité de la procédure.

55. Le Honduras considère que le pouvoir discrétionnaire qu'a le Groupe spécial de désigner des experts au titre de l'article 13 du Mémoire d'accord et de l'article 14.2 de l'Accord OTC n'est pas sans limite. Si, comme c'était le cas en l'espèce, les arguments sont d'une nature très technique et fondamentale, le Groupe spécial était effectivement dans l'obligation de désigner un expert. En

outre, le fait qu'il ne l'a pas fait signifiait que les parties n'étaient pas en mesure de répondre à un certain nombre de critiques (malavisées) qu'il avait formulées indépendamment par l'intermédiaire de son expert fantôme. Ce manquement à l'obligation de ménager aux parties la possibilité d'examiner de nouveaux points soulevés pour la première fois dans le rapport intérimaire, qui n'avaient jamais été inclus dans aucune des plus de 200 questions posées par le Groupe spécial, porte atteinte aux droits fondamentaux, en particulier des plaignants, en matière de régularité de la procédure. En formulant ces nouveaux points de critique, le Groupe spécial a effectivement plaidé en faveur de l'Australie et il l'a fait en secret, avec l'aide d'un expert fantôme plutôt que de désigner son propre expert au moyen d'un processus transparent et objectif.

56. Ces erreurs, lorsqu'elles sont examinées individuellement et conjointement les unes avec les autres, démontrent l'absence d'évaluation objective par le Groupe spécial des éléments de preuve relatifs au degré de contribution des mesures, ce qui constitue par conséquent une violation de l'article 11 du Mémoire d'accord. Pour cette raison également, les constatations du Groupe spécial concernant le degré de contribution devraient être infirmées.

57. Le Honduras demande donc à l'Organe d'appel d'infirmar les constatations du Groupe spécial concernant les éléments de preuve relatifs au degré de contribution des mesures figurant dans l'appendice et aux paragraphes 7.1024 à 7.1045 de son rapport, étant donné que ces constatations ne sont pas le résultat d'une évaluation objective de la question par le Groupe spécial, en violation de l'article 11 du Mémoire d'accord et, par conséquent, de déclarer sans fondement et sans effet les constatations formulées par le Groupe spécial au paragraphe 8.1 a) selon lesquelles le Honduras n'a pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, ainsi que les constatations connexes formulées aux paragraphes 72606 et 8.1 e) selon lesquelles 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.

VIII. CONCLUSION

58. Pour les raisons exposées dans la communication présentée par le Honduras en tant qu'appelant et sur la base des erreurs de droit et d'interprétation du droit et de l'absence d'évaluation objective qui entachent de vices les constatations pertinentes du Groupe spécial, le Honduras demande à l'Organe d'appel d'infirmar et de déclarer sans fondement et sans effet les constatations du Groupe spécial exposées dans la présente communication:

- en *constatant* que le Groupe spécial a fait erreur lorsqu'il a constaté au paragraphe 8.1 e) que le Honduras n'avait 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;
- en *constatant* que le Groupe spécial a fait erreur lorsqu'il a constaté au paragraphe 8.1 d) que le Honduras n'avait 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;
- en *constatant* que le Groupe spécial a fait erreur lorsqu'il a constaté au paragraphe 8.1 a) que le Honduras n'avait pas démontré que les mesures TPP étaient incompatibles avec les obligations de l'Australie au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC; et
- en *constatant* que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question, en violation de l'article 11 du Mémoire d'accord.

ANNEXE B-2**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DE LA RÉPUBLIQUE DOMINICAINE
EN TANT QU'APPELANT****INTRODUCTION**

1. Le 1^{er} décembre 2012, l'Australie a introduit les mesures concernant l'emballage neutre du tabac ("TPP"). Ces mesures interdisent toutes les caractéristiques de conception sur l'emballage pour la vente au détail de tabac et sur les produits du tabac eux-mêmes, et tous les types de marque sur les bâtonnets de cigarettes, pour tenter de réduire le tabagisme.
2. La République dominicaine n'a pas décidé à la légère de contester les mesures TPP. Elle n'a pas non plus décidé à la légère de maintenir cette contestation en appel. Elle reconnaît que toute contestation juridique d'une mesure de lutte antitabac sera accueillie avec scepticisme.
3. Pourtant, la valeur du règlement des différends de l'OMC tient au fait que l'organe juridictionnel doit rendre sa décision sur une base objective. Pendant plusieurs décennies, des groupes spéciaux et l'Organe d'appel se sont à juste titre forgés la réputation de fonder leurs décisions sur un examen transparent et rigoureux d'éléments de preuve fiables, et des juges de la Cour internationale de justice ("CIJ") ont salué l'établissement d'une "bonne pratique" par l'OMC.¹
4. En portant le présent différend devant l'OMC, la République dominicaine n'a pas cherché à limiter le droit légitime de l'Australie de protéger la santé publique en réduisant le tabagisme. Devant le Groupe spécial, la République dominicaine a en fait montré que les mesures TPP ne réalisaient pas leur objectif de réduction du tabagisme, et elle a dit que l'Australie pourrait adopter des mesures de lutte antitabac de rechange, rigoureuses et éprouvées. L'Australie pourrait en particulier faire passer à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat et augmenter les taxes. Comme le Groupe spécial l'a reconnu, ces mesures sont universellement acceptées, y compris par l'Organisation mondiale de la santé, comme étant efficaces pour réduire le tabagisme, en particulier chez les jeunes.
5. Tout en respectant la prérogative qu'a l'Australie de prendre des mesures pour réduire le tabagisme, la République dominicaine s'est adressée à l'OMC afin de préserver les possibilités de concurrence qui pourraient découler de l'affichage des marques, des indications géographiques ("IG") et d'autres caractéristiques de conception sur les parties résiduelles de l'emballage qui restent une fois que les prescriptions concernant les mises en garde sanitaires explicites sont respectées.
6. Le Groupe spécial est convenu que ces caractéristiques créaient des possibilités de concurrence grâce à la différenciation des marques, qui "fidélis[ait] les consommateurs et renforç[ait] leur volonté de payer".² Comme il l'a constaté, "les mesures TPP limitent la possibilité pour les fabricants de tabac de faire concurrence sur la base de cette différenciation des marques".³
7. Il est bien connu que de nombreux pays en développement étaient contre les protections juridiques de la propriété intellectuelle que les nations développées exigeaient dans le cadre des négociations du Cycle d'Uruguay, doutant des avantages que leurs économies pourraient retirer de la protection de ces droits.
8. Pourtant, la protection des marques et des indications géographiques revêt désormais une importance considérable pour la République dominicaine, maintenant qu'elle est elle-même passée du stade d'exportateur de feuilles de tabac non transformées à celui de premier producteur et exportateur mondial de cigares de marque haut de gamme. Cette remarquable transformation est en grande partie due à la capacité de ses producteurs de développer des marques notoirement connues, réputées pour leur qualité et leur régularité.

¹ *Affaire Pulp Mills*, Opinion dissidente commune de MM. les juges Al-Khasawneh et Simma, paragraphe 16.

² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1167.

³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1167.

9. Le Groupe spécial a rejeté chacune des allégations de la République dominicaine dans son rapport sur 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* ("rapport du Groupe spécial").⁴

10. La République dominicaine est déçue par les constatations du Groupe spécial. Elle a toujours su qu'un différend de ce type pourrait être influencé par des attitudes défavorables envers le produit. Pourtant, elle était convaincue qu'un groupe spécial de l'OMC procéderait à son évaluation en recourant aux critères d'objectivité habituels qui font à juste titre la renommée du système de règlement des différends de l'OMC. Sa déception découle du fait qu'elle a la conviction que le Groupe spécial n'a pas agi avec cette objectivité.

11. Les allégations selon lesquelles le Groupe spécial a manqué d'objectivité sont importantes non seulement pour la République dominicaine mais aussi, selon elle, pour le système de l'OMC. La République dominicaine reste d'avis que la valeur de l'OMC, en tant qu'instance de règlement des différends, réside dans sa volonté et sa capacité de procéder à un examen objectif de différends internationaux complexes et sensibles. Le présent appel est censé préserver cette valeur systémique.

12. Les allégations de manque d'objectivité portent en partie sur le processus qu'a suivi le Groupe spécial lorsqu'il a rejeté sommairement les éléments de preuve économétriques de la République dominicaine. Le Groupe spécial a élaboré et exécuté ses propres tests économétriques détaillés; il a écrit son propre code informatique pour effectuer les tests et les a ensuite lancés sur les données, pour lui-même; et il a appelé les résultats de ses travaux des "éléments de preuve".⁵ La République dominicaine n'a pas eu la possibilité de se faire entendre sur des considérations qui ont été déterminantes pour le rejet de ses éléments de preuve. Cette façon de procéder n'est pas compatible avec les impératifs de l'objectivité – une prise de décision équitable et indépendante compatible avec la régularité de la procédure.

13. Les autres allégations de manque d'objectivité concernent le traitement inégal des éléments de preuve par le Groupe spécial et son raisonnement incohérent. À titre d'illustration, le Groupe spécial a rejeté les éléments de preuve de la République dominicaine parce qu'ils étaient affectés par un problème particulier mais a accepté les éléments de preuve de l'Australie, qui étaient pourtant affectés par le même problème. Lorsqu'il a formulé ces conclusions, le Groupe spécial n'a pas concilié les parties contradictoires de son propre raisonnement et n'a pas non plus concilié son raisonnement avec les éléments de preuve contradictoires figurant dans son dossier.

14. En l'espèce, le Groupe spécial s'est éloigné de ce qui est un processus juridictionnel équitable et indépendant non pas une ou deux fois, mais de façon répétée. Plus loin dans la présente introduction, nous indiquons deux exemples qui donnent un aperçu du manque d'objectivité caractérisant l'évaluation du Groupe spécial d'un bout à l'autre. Dans les sections qui suivent, nous donnons un aperçu des allégations restantes.

15. Outre les appels concernant l'objectivité du Groupe spécial, la République dominicaine forme des appels séparés en ce qui concerne l'interprétation et l'application du droit. Le Groupe spécial a constaté que, de par leur conception, les mesures TPP restreignaient les possibilités de concurrence qui "fidélis[aient] les consommateurs et renfor[çaient] leur volonté de payer".⁶ Or, selon lui, ces restrictions n'équivalent pas à une "restriction" au commerce international au sens de l'article 2.2 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce ("Accord OTC").

16. Il laisse entendre qu'il en est ainsi parce que les mesures TPP sont des mesures non discriminatoires. Pour ces mesures, le plaignant doit prouver les "effets" réels de la restriction alléguée, compte tenu de l'incidence tant sur les consommateurs que sur les fournisseurs et de leurs réponses respectives aux mesures. La constatation du Groupe spécial est contraire à la jurisprudence établie de longue date qui veut que les obligations dans le cadre de l'OMC protègent les possibilités de concurrence et qu'un plaignant n'ait pas besoin de prouver que des effets réels sur le commerce existent sur le marché.

⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.1.

⁵ Rapport du Groupe spécial, appendice C, paragraphe 107.

⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1167.

17. La République dominicaine a proposé des mesures de rechange moins restrictives, y compris faire passer à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat et augmenter les taxes. Le Groupe spécial a constaté que ces solutions de rechange ne seraient pas moins restrictives pour le commerce que les mesures TPP et qu'elles n'apporteraient pas une contribution équivalente à l'objectif de l'Australie, au regard de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Et ce, en dépit du fait qu'il a considéré que ces deux solutions de rechange étaient tout aussi efficaces pour *réduire le tabagisme*, ce qui est l'objectif de l'Australie, et qu'elles ne réduiraient pas les possibilités de concurrence découlant de la différenciation des produits du tabac par les marques. Cependant, les solutions de rechange n'apportaient pas une contribution équivalente à celle des mesures TPP car elles ne fonctionnaient pas selon le même *moyen ou mécanisme* que ces mesures, à savoir en réduisant l'attrait de l'emballage et des produits du tabac. Or, conformément à une jurisprudence bien établie, l'équivalence d'une contribution doit être évaluée à la lumière de l'*objectif* de la mesure et non du *mécanisme* qu'elle utilise pour réaliser cet objectif. Le Groupe spécial a confondu à tort les *moyens* et la *fin*.

18. Les mesures TPP prohibent l'affichage de marques dénominatives sur les bâtonnets de cigarettes, alors qu'elles l'autorisent sur l'emballage du tabac et les cigares. La République dominicaine a allégué que la prohibition de l'utilisation de marques dénominatives sur les bâtonnets de cigarettes était contraire à l'article 20 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ("Accord sur les ADPIC"). Le Groupe spécial n'a pas examiné cette partie des allégations de la République dominicaine et, de ce fait, n'a pas respecté son mandat.

19. Enfin, la République dominicaine a également fait preuve de prudence lorsqu'elle a demandé à l'Organe d'appel de compléter l'analyse. Pour l'essentiel, si l'Organe d'appel devait confirmer un motif d'appel, la République dominicaine ne lui demande pas de compléter l'analyse. Elle reconnaît que l'Organe d'appel se montre généralement prudent dans cet exercice et exige un compte rendu clair des faits ou des constatations de fait non contestés. Pour l'essentiel, il n'existe pas de compte rendu de ce type vers lequel la République dominicaine pourrait de bonne foi orienter l'Organe d'appel.

A. Exemple 1): élaboration par le Groupe spécial lui-même d'un test concernant la "non-stationnarité"

20. Le premier exemple concerne l'un des critères économétriques détaillés que le Groupe spécial élaborés seul, à savoir le critère de la "non-stationnarité", dont il s'est servi pour rejeter certains des éléments de preuve économétriques des plaignants. Pour le moment, nous laissons de côté la signification de ce concept économétrique sur le fond et nous nous concentrons simplement sur le *processus* suivi par le Groupe spécial.

21. Avant de lire le rapport du Groupe spécial, les hauts fonctionnaires et les juristes extérieurs composant l'équipe de la République dominicaine n'avaient jamais entendu parler de "non-stationnarité" et n'avaient aucune idée de ce que ce terme signifiait. La raison en est que le concept de "non-stationnarité" n'a jamais été discuté avec les parties au cours de la phase de présentation des communications de la procédure du Groupe spécial, qui a duré un an et demi. Ce concept n'apparaissait pas dans les 50 et quelques communications adressées par les parties au Groupe spécial ni dans les 20 et quelques rapports économétriques d'experts présentés par les parties. Le Groupe spécial s'est réuni deux fois avec les parties et leurs experts, et a posé 207 questions écrites aux parties au total. Pourtant, à aucun moment, il n'a posé la moindre question concernant la "non-stationnarité". Pour sa part, l'Australie n'avait jamais laissé entendre que les éléments de preuve économétriques de la République dominicaine étaient viciés en raison de la "non-stationnarité", même si elle avait présenté de nombreuses communications concernant ces éléments de preuve et formulé bon nombre d'autres critiques économétriques.

22. Le Groupe spécial a pourtant rejeté les éléments de preuve économétriques de la République dominicaine – mais pas ceux de l'Australie – en raison des préoccupations concernant la "non-stationnarité" qu'il avait lui-même identifiées à l'aide du test économétrique qu'il avait élaboré et exécuté *seul, sans ménager aux parties la moindre possibilité de formuler une quelconque observation*.

23. De ce fait, la République dominicaine a été privée de la possibilité de formuler des observations sur des questions importantes telles que: la pertinence de ce test pour les faits, la façon dont ce test

devrait être appliqué, la façon dont les résultats du test devraient être interprétés, et la question de savoir si les modèles pourraient être facilement ajustés pour résoudre un problème de "non-stationnarité" perçu. On relèvera simplement qu'il s'agit de questions corollaires.

24. *Premièrement*, la "non-stationnarité" et son pendant la "stationnarité" ne sont pas toujours pertinentes dans une analyse économétrique. La pertinence du test et l'interprétation des résultats dépendent des circonstances.

25. *Deuxièmement*, si les circonstances donnent à penser que la non-stationnarité pourrait effectivement être pertinente, il n'existe pas de manière standard de le vérifier. Parmi les nombreux tests disponibles, trois sont souvent utilisés pour vérifier la non-stationnarité et peuvent aboutir à des résultats différents. Pour lancer l'un quelconque de ces tests, un chercheur doit écrire un code informatique qui mettra en œuvre ce test et laisser ensuite un ordinateur lancer le test sur l'ensemble des données.

26. *Troisièmement*, après avoir lancé les tests, le chercheur doit décider comment interpréter les résultats générés en vue de déterminer s'ils indiquent ou non un problème de "non-stationnarité". Pour faciliter l'interprétation de ces résultats, il peut avoir besoin de lancer des tests économétriques additionnels, en se servant d'un nouveau code informatique, pour déterminer s'il y a effectivement un problème de "non-stationnarité".

27. La façon dont le Groupe spécial a élaboré et exécuté les tests de "non-stationnarité", y compris par exemple le code informatique qu'il a utilisé, ainsi que les résultats générés par son test, ne sont pas décrits dans son rapport et ne font pas partie de son dossier.

28. La République dominicaine est choquée qu'un groupe spécial de l'OMC juge approprié de prendre sur lui d'élaborer et d'exécuter de cette manière un test économétrique détaillé, et de rejeter les éléments de preuve d'une partie sur cette base, *sans aucune contribution d'aucune sorte des parties*.

29. Il ne s'agit pas simplement de savoir qui a réalisé les travaux sous-jacents et si ces personnes ont été dûment désignées pour le faire. Il s'agit plutôt d'une atteinte fondamentale aux droits en matière de régularité de la procédure, qui sont au cœur de tout système équitable et indépendant de règlement des différends. Un organe juridictionnel n'agit tout simplement pas de manière équitable et indépendante quand il élabore et exécute seul un test économétrique, sans qu'aucune partie ait jamais soulevé la question; quand il utilise ce test pour rejeter les éléments de preuve d'une partie; et quand il prive cette partie de toute possibilité de formuler des observations sur le test qu'il a lui-même élaboré.

30. Les deux mêmes juges de la CIJ qui ont salué la "bonne pratique" établie par l'OMC dans son traitement des éléments de preuve ont reproché à la CIJ de s'appuyer sur des "experts fantômes". Ils ont observé qu'un recours à des "experts fantômes" privait le processus juridictionnel de "transparence et d'équité procédurale ... ainsi que de la capacité pour les Parties de commenter les éléments de preuve présentés à la Cour ou de l'aider à comprendre ces éléments".⁷ Le recours de la CIJ à des "experts fantômes" a également été très vivement critiqué dans des publications de recherche pour les mêmes raisons.⁸

31. En même temps que le Groupe spécial a privé la République dominicaine de ses droits en matière de régularité de la procédure, il a "plaidé la cause" de l'Australie. Il a élaboré et exécuté un test économétrique détaillé que l'Australie n'avait même jamais mentionné, et encore moins invoqué, pour plaider sa "cause". Pourtant, le propre test économétrique du Groupe spécial est devenu une partie importante de sa constatation selon laquelle les mesures TPP n'étaient pas incompatibles avec les obligations de l'Australie dans le cadre de l'OMC. En utilisant son propre test économétrique de cette manière, le Groupe spécial s'est beaucoup éloigné de ce qui est un processus juridictionnel raisonnable, équitable et indépendant.

⁷ *Affaire Pulp Mills*, Opinion dissidente commune de MM. les juges Al-Khasawneh et Simma, paragraphe 14.

⁸ Voir, par exemple, Kate Parlett, "Parties' Engagement with Experts in International Litigation", *Journal of International Dispute Settlement*, 2018, 1 à 13, page 6.

32. Le Groupe spécial semble supposer que les modèles économétriques de l'Australie n'ont pas de problème de "non-stationnarité" du fait de la technique de modélisation utilisée. Or il n'indique pas s'il a vérifié cette hypothèse en appliquant le même test de "non-stationnarité" aux modèles de l'Australie. Lorsque les trois différents tests de "non-stationnarité" généralement utilisés sont appliqués aux modèles de l'Australie, ils génèrent les mêmes résultats que lorsqu'ils sont appliqués aux éléments de preuve de la République dominicaine. Pourtant, le Groupe spécial a accepté les modèles de l'Australie et a, dans le même temps, rejeté ceux de la République dominicaine. Ce traitement inexplicé et inégal des éléments de preuve souligne la question fondamentale de la régularité de la procédure.

33. Si la République dominicaine s'était vu accorder le droit, au titre de la régularité de la procédure, de formuler des observations sur la "non-stationnarité" des éléments de preuve économétriques:

- elle aurait pu examiner des questions telles que:
 - la pertinence de ce concept;
 - comment vérifier la "non-stationnarité", y compris comment lancer des tests de suivi; et,
 - comment écrire un code informatique approprié pour lancer le test;
- elle aurait pu fournir des éléments de preuve, avec un code informatique, pour tester la "non-stationnarité" de ses propres éléments de preuve et de ceux de l'Australie, en s'assurant que l'ensemble de la documentation et des résultats constituaient des éléments de preuve versés au dossier; et,
- elle aurait pu examiner:
 - comment interpréter les résultats des tests;
 - si des tests de suivi étaient nécessaires et, le cas échéant, comment les réaliser, ainsi que les résultats de ces tests;
 - comment ajuster les modèles pour tenir compte de la "non-stationnarité"; et,
 - si les résultats d'ensemble de la modélisation étaient valables, malgré de possibles problèmes de "non-stationnarité".

34. En ce qui concerne à la fois les modèles de la République dominicaine et les modèles de l'Australie, les résultats des tests de "non-stationnarité" effectués par la République dominicaine à l'aide des trois méthodes généralement utilisées donnent à penser que – dans les deux cas – des tests de suivi étaient nécessaires pour déterminer s'il y avait un problème de non-stationnarité. Les résultats de ces tests de suivi donnent à penser, dans les deux cas, que la non-stationnarité n'est pas un problème. Il est impossible pour la République dominicaine de savoir si le Groupe spécial a procédé à de quelconques tests de suivi et, le cas échéant, de savoir comment il les a lancés et quels ont été les résultats de ces tests.

35. La République dominicaine ne demande pas à l'Organe d'appel de décider si les éléments de preuve sont ou ne sont pas affectés par la "non-stationnarité". L'appel porte sur le processus d'évaluation de la "non-stationnarité" par le Groupe spécial, mené en dehors de tout contexte, sans que soit respecté le droit qu'a la République dominicaine, dans le cadre d'une procédure régulière, de se faire entendre. Si la République dominicaine s'était vu ménager la possibilité de formuler des observations sur la "non-stationnarité", elle aurait pu traiter toutes ces questions.

36. L'approche choquante du Groupe spécial concernant la "non-stationnarité" peut être opposée à l'approche adoptée par l'Arbitre dans l'affaire *États-Unis – EPO* pour la même question.⁹ Dans cette affaire, comme l'équipe de la République dominicaine l'a appris par la suite, l'Arbitre a étudié la "non-stationnarité" avec les parties: il leur a posé des questions à ce sujet; il les a autorisées à présenter des éléments de preuve sur cette question; il les a autorisées à ajuster les modèles pour résoudre des préoccupations perçues concernant la "non-stationnarité"; et il s'est même appuyé sur des modèles économétriques présentant un problème de "non-stationnarité" car ce problème

⁹ Décision de l'Arbitre *États-Unis – EPO* (article 22:6 – *États-Unis*), paragraphes 5.61 et 6.37.

n'invalide pas les résultats de ces modèles. En résumé, l'Arbitre a respecté la régularité de la procédure et a agi d'une manière équitable et indépendante.

B. Exemple 2): le recours contradictoire du Groupe spécial à un modèle de consommation qui, selon l'Australie elle-même, était "absurde"

37. Un deuxième exemple du manque d'objectivité illustre le traitement inégal des éléments de preuve, conjugué à un raisonnement incohérent et inadéquat. Pour évaluer si les mesures TPP avaient réduit le tabagisme, les parties et le Groupe spécial ont admis qu'il était important de tenir compte de l'incidence des augmentations des droits d'accise de l'Australie sur le tabagisme. Il est universellement accepté que, *lorsque les taxes augmentent, le tabagisme diminue*.

38. Pendant la période pertinente, l'Australie a relevé plusieurs fois les droits d'accise. Le Groupe spécial a constaté que toute évaluation économétrique de la question de savoir si les mesures TPP avaient réduit le tabagisme devait tenir compte des augmentations des droits d'accise et les parties en étaient d'accord.¹⁰ Cette prise en compte de la "cherté du tabac" vise à assurer qu'une baisse du tabagisme, en réalité imputable à une augmentation des droits d'accise, n'est pas attribuée à tort aux mesures TPP.

39. Pour ce qui est des modèles de la République dominicaine, le Groupe spécial a appliqué cette prise en compte de façon stricte. Il a uniformément rejeté les modèles de la République dominicaine dans lesquels la prise en compte de la cherté du tabac ne montrait pas une diminution statistiquement significative du tabagisme en réponse à une plus grande cherté.¹¹

40. Le Groupe spécial n'a pas appliqué le même critère strict aux modèles économétriques de l'Australie. À un stade avancé de la procédure, celle-ci a présenté un modèle qui prétendait montrer que les mesures TPP avaient entraîné une réduction de la consommation de cigarettes. Le modèle de l'Australie tentait de tenir compte de chacune des trois augmentations importantes des droits d'accise qui avaient eu lieu pendant la période pertinente, y compris l'augmentation de 12,5% en décembre 2013. Cependant, il concluait que cette augmentation des taxes avait entraîné une augmentation statistiquement significative de la consommation de cigarettes.

41. En d'autres termes, selon ce modèle, *les gens achetaient davantage de cigarettes lorsque les taxes sur le tabac augmentaient de 12,5%*. Plus tôt dans la procédure, le propre expert de l'Australie avait à juste titre qualifié d'"absurde" ce résultat du modèle.¹²

42. Comme les éléments de preuve de l'Australie ont été déposés à un stade avancé de la procédure, la République dominicaine a été spécialement autorisée à expliquer ce résultat "absurde" du modèle de l'Australie. Elle a expliqué que ce résultat avait amené le modèle à conclure que les mesures TPP réduisaient la consommation. En résumé, les mesures TPP se voyaient attribuer à tort une baisse du tabagisme qui était imputable à l'augmentation de 12,5% des droits d'accise. La République dominicaine a donc porté à l'attention du Groupe spécial une question dont il a constaté qu'elle revêtait une importance fondamentale lorsqu'il a examiné les éléments de preuve de la République dominicaine, c'est-à-dire la question de savoir si un modèle est à même de détecter (correctement) l'incidence de la cherté du tabac.

43. Comment le Groupe spécial a-t-il évalué les éléments de preuve "absurdes" de l'Australie et la réfutation de la République dominicaine? Le Groupe spécial a constaté que les mesures TPP avaient entraîné une baisse de la consommation de cigarettes. Le *seul* élément de preuve qu'il a cité à l'appui de cette constatation était le modèle de consommation de l'Australie et la conclusion "absurde" qu'une augmentation des taxes de 12,5% avait entraîné une augmentation statistiquement significative de la consommation de cigarettes.¹³

44. Ce faisant, le Groupe spécial n'a même jamais *mentionné* le fait que le modèle de l'Australie produisait un résultat "absurde", bien que la République dominicaine l'ait alerté sur ce résultat dans

¹⁰ Rapport du Groupe spécial, appendice C, paragraphes 103 à 105.

¹¹ Rapport du Groupe spécial, appendice C, paragraphes 103 à 105.

¹² Contre-rapport Chipty (pièce AUS-535) (RSC), paragraphe 39.

¹³ Rapport du Groupe spécial, appendice D, paragraphe 117; et troisième contre-rapport Chipty (pièce AUS-605), page 53.

une communication spéciale consacrée exclusivement à cette question. La communication de la République dominicaine n'a pas été mentionnée et encore moins examinée.

45. Par contre, le Groupe spécial a évidemment mentionné *chaque* cas dans lequel un modèle de la République dominicaine ne concluait pas à une **diminution statistiquement significative** du tabagisme en réponse à une augmentation des taxes/plus grande cherté. Tous les éléments de preuve de ce type présentés par la République dominicaine ont été uniformément rejetés. Cependant, le Groupe spécial n'a pas du tout concilié ces traitements contradictoires des modèles de l'Australie et de la République dominicaine.

46. L'évaluation par le Groupe spécial du modèle "absurde" de l'Australie s'écarte également de ce qui est un processus juridictionnel raisonnable, équitable et indépendant.

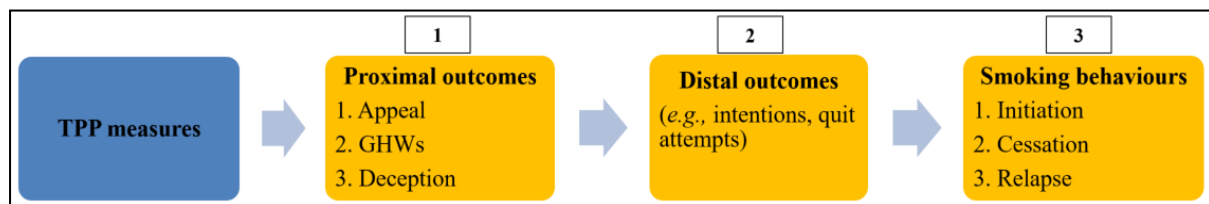
47. Il n'y a que deux exemples montrant que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective mais ils illustrent le manque d'objectivité dont il a fait preuve dans son évaluation des faits, qui a constamment tourné à l'avantage de l'Australie. Dans les sections suivantes, la République dominicaine étudie ces exemples plus en détail, conjointement avec les nombreux autres cas dans lesquels le Groupe spécial a manqué d'objectivité.

48. Dans les sections qui suivent, nous présentons un résumé des allégations de la République dominicaine en ce qui concerne l'évaluation faite par le Groupe spécial, au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, de la contribution des mesures TPP à l'objectif de l'Australie; du caractère restrictif pour le commerce des mesures TPP; et de la disponibilité de solutions de rechange moins restrictives pour le commerce. Nous traitons ensuite nos allégations concernant les constatations du Groupe spécial au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC.

II. LE GROUPE SPÉCIAL A FAIT ERREUR EN CONSTATANT QUE LES MESURES TPP CONTRIBUAIENT À L' OBJECTIF DE L'AUSTRALIE

49. La République dominicaine fait appel de la constatation du Groupe spécial selon laquelle les mesures TPP 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.¹⁴

50. Comme le Groupe spécial l'a expliqué, "les mesures TPP sont destinées à fonctionner sur la base d'un "modèle de chaîne de causalité", en agissant tout d'abord sur des résultats "proximaux", y compris l'attrait de l'emballage du tabac, puis sur des résultats plus "distaux", tels que les intentions liées à l'arrêt du tabac, et, enfin, sur les comportements tabagiques *effectifs*, tels qu'ils sont décrits dans la "chaîne de causalité" ci-dessous.¹⁵



	1	2	3
Mesures TPP	Résultats proximaux	Résultats distaux	Comportements tabagiques
	1. Attrait	(par exemple intentions, tentatives d'arrêter)	1. Initiation
	2. Mises en garde sanitaires explicites		2. Sevrage
	3. Nature à induire en erreur		3. Récidive

¹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1043. Voir aussi le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1025.

¹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.488.

51. La réalisation de l'objectif des mesures TPP "repose sur leur aptitude à influencer les *comportements tabagiques*" eux-mêmes. Par conséquent, le Groupe spécial a souligné qu'il était important d'évaluer l'incidence réelle des mesures TPP sur les comportements tabagiques en Australie sur la base des éléments de preuve relatifs à la période venant après la mise en œuvre des mesures (éléments de preuve "postérieurs à la mise en œuvre").¹⁶

52. À la lumière de la "chaîne de causalité" prévue, le Groupe spécial a également évalué deux catégories d'éléments de preuve additionnelles: l'incidence *prévue* des mesures TPP sur la base des éléments de preuve relatifs à la période venant *avant* la mise en œuvre de ces mesures ("éléments de preuve antérieurs à la mise en œuvre") ; et l'incidence *réelle* des mesures TPP sur les résultats proximaux et les résultats distaux sur la base des éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre concernant ces résultats.¹⁷

53. Sur la base de son évaluation de ces trois catégories d'éléments de preuve, le Groupe spécial a formulé sa conclusion générale selon laquelle "les éléments de preuve qui [lui] [avaient] été présentés, considérés dans leur intégralité, étay[aient] le point de vue selon lequel les mesures TPP, ... [étaient] à même de contribuer, et contribu[aient] effectivement, à l'objectif de l'Australie de réduire la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits".¹⁸ Ayant formulé cette constatation, le Groupe spécial a également considéré qu'il était "raisonnable" de penser qu'on pouvait s'attendre à ce que les mesures TPP aient une incidence à l'avenir.¹⁹

54. Dans les sections qui suivent, la République dominicaine résume ses allégations concernant chacune de ces catégories d'éléments de preuve. Par souci de clarté, les constatations du Groupe spécial concernant chaque catégorie ainsi que les motifs d'appel correspondants sont représentés ci-dessous dans la figure 1.

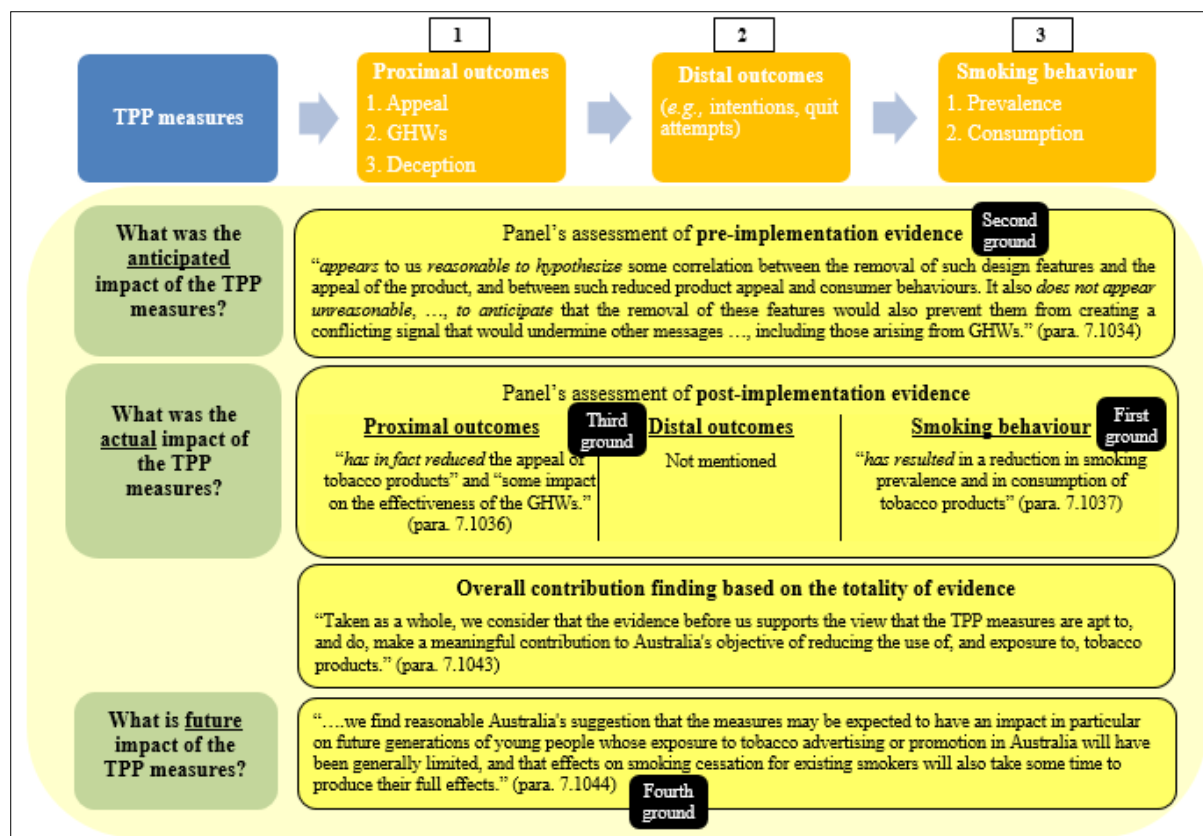
¹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.495. (italique dans l'original)

¹⁷ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.983. Les éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre montrent les effets combinés des mesures TPP et des mises en garde sanitaires explicites agrandies car ces dernières ont été introduites le même jour (à savoir le 1^{er} décembre 2012).

¹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1025. Voir aussi les paragraphes 7.1037, 7.1039, 7.1043, 7.1045.

¹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1044.

Figure 1: Structure de l'appel de la République dominicaine



Mesures TPP	1 Résultats proximaux	2 Résultats distaux	3 Comportements tabagiques
	1. Attrait	(par exemple, intentions, tentatives d'arrêter)	1. Prévalence
	2. Mises en garde sanitaires explicites		2. Consommation
	3. Nature à induire en erreur		
Quelle était l'incidence <u>prévue</u> des mesures TPP?	Évaluation par le Groupe spécial des éléments de preuve antérieurs à la mise en œuvre DEUXIÈME MOTIF <i>"il nous paraît raisonnable de faire l'hypothèse qu'il y a une certaine corrélation entre la suppression de ces caractéristiques de conception et l'attrait du produit, et entre cet attrait réduit du produit et les comportements des consommateurs. ... [I]l ne paraît pas non plus déraisonnable ... de prévoir que la suppression de ces caractéristiques empêcherait également que celles-ci créent un signal contradictoire qui nuirait aux autres messages ..., y compris ceux qui découlent des mises en garde sanitaires explicites".</i> (paragraphe 7.1034)		
Quelle a été l'incidence <u>réelle</u> des mesures TPP?	Évaluation par le Groupe spécial des éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre		
	TROISIÈME MOTIF		PREMIER MOTIF
	Résultats proximaux "a effectivement réduit l'attrait des produits et du tabac" et a "eu une certaine incidence sur l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites". (paragraphe 7.1036)	Résultats distaux Non indiqué	Comportements tabagiques "a entraîné une réduction de la prévalence du tabagisme et de la consommation de produits du tabac". (paragraphe 7.1037)

	Constatation relative à la contribution globale sur la base de l'ensemble des éléments de preuve "Nous considérons donc que, pris dans leur ensemble, les éléments de preuve qui nous ont été présentés étayent le point de vue selon lequel ... les mesures TPP sont à même d'apporter, et apportent effectivement, une contribution significative à l'objectif de l'Australie de réduire la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits." (paragraphe 7.1043)
Quelle sera l'incidence <u>future</u> des mesures TPP?	"... nous jugeons raisonnable l'affirmation de l'Australie selon laquelle on peut s'attendre à ce que les mesures aient une incidence en particulier sur les générations futures de jeunes dont l'exposition à la publicité ou à la promotion du tabac en Australie aura en général été limitée, et selon laquelle les incidences sur le sevrage tabagique des fumeurs existants mettront également du temps à se manifester pleinement". (paragraphe 7.1044)
QUATRIÈME MOTIF	

A. Le Groupe spécial a fait erreur lorsqu'il a évalué les éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre relatifs à l'incidence réelle des mesures TPP sur les comportements tabagiques

55. Le premier motif d'appel de la République dominicaine concerne le fait que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective des éléments de preuve *postérieurs à la mise en œuvre* relatifs à l'incidence *réelle* des mesures TPP sur *la prévalence de l'usage et la consommation* de cigarettes et de cigares.

56. La République dominicaine et l'Australie ont présenté des éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre contradictoires concernant l'incidence réelle des mesures TPP sur les comportements tabagiques liés à la cigarette et au cigare – à savoir la prévalence et la consommation – en Australie.

57. Le Groupe spécial a rejeté les éléments de preuve de la République dominicaine montrant que les mesures TPP n'avaient *pas* affecté la prévalence et la consommation pour les cigarettes et les cigares en raison des vices perçus dans ces éléments de preuve. Il a accepté les éléments de preuve de l'Australie montrant que les mesures TPP avaient i) réduit la prévalence de la consommation de cigarettes et de cigares; et ii) réduit la consommation de cigarettes.²⁰ Il a constaté que les éléments de preuve ne lui permettaient pas de tirer une conclusion concernant la consommation de cigares.²¹

58. Pour parvenir à cette constatation, le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord en ce qui concerne les éléments de preuve sur le *taux servant de point de repère* (c'est-à-dire la tendance) pour la réduction du tabagisme et les *critères de solidité* qu'il a utilisés pour évaluer les éléments de preuve des parties.

1. Erreurs du Groupe spécial concernant le taux servant de point de repère pour la réduction

a. Le Groupe spécial a fait erreur dans son évaluation du taux servant de point de repère pour la réduction de la prévalence de la consommation concernant les cigarettes

59. Les parties étaient d'accord pour dire qu'il y avait une tendance à la baisse de la prévalence du tabagisme en Australie avant l'introduction des mesures TPP, qui s'était poursuivie après cette introduction.²² Elles s'accordaient également à dire qu'il était nécessaire de tenir compte de ce "taux servant de point de repère pour la réduction" (tendance) préexistant dans l'estimation de l'incidence des mesures TPP au moyen de modèles économétriques.²³

60. Les experts de la République dominicaine ont démontré qu'il y avait eu une *accélération* du taux servant de point de repère pour la réduction après 2006 et ils ont tenu compte de cette

²⁰ Rapport du Groupe spécial, appendice C, paragraphes 55, 102, 103 à 108, 111, 118, 119 et 123 c); et appendice D, paragraphes 44, 106 à 108, 109 à 114, 137 c).

²¹ Rapport du Groupe spécial, appendice D, paragraphe 137 d).

²² Deuxième contre-rapport Chifty (pièce AUS-591), paragraphe 11; et troisième rapport IPE actualisé (pièce DOM-375), paragraphes 32 à 40.

²³ Troisième contre-rapport Chifty (pièce AUS-605), paragraphe 39; et troisième rapport IPE actualisé (pièce DOM-375), paragraphe 40.

accélération en introduisant une rupture de tendance en 2006.²⁴ L'expert de l'Australie a affirmé que le taux servant de point de repère pour la réduction du tabagisme était demeuré inchangé entre 2001 et 2015, et elle a utilisé une tendance linéaire unique *constante* dans ses modèles.²⁵

61. Ce désaccord sur le taux servant de point de repère pour la réduction correct était important car il a eu une incidence décisive sur les estimations des parties concernant l'incidence réelle des mesures TPP sur la prévalence du tabagisme en Australie. Par exemple, lorsque le taux de réduction accéléré postérieur à 2006 est appliqué aux modèles de prévalence de l'Australie, ces modèles ne montrent plus une diminution de la prévalence du tabagisme imputable aux mesures TPP.²⁶

62. Le Groupe spécial est convenu qu'il était important de tenir compte de cette tendance à la baisse du tabagisme déjà ancienne pour éviter d'imputer une diminution qui en résulte aux mesures TPP.²⁷ Il a décidé de procéder à une analyse en trois étapes de la prévalence de la consommation de cigarettes, en examinant: premièrement, "si la prévalence du tabagisme avait diminué après la mise en œuvre des mesures TPP"²⁸; deuxièmement, "si la baisse de la prévalence du tabagisme s'était accélérée après cette mise en œuvre"²⁹; et, troisièmement, si une accélération quelle qu'elle soit identifiée à l'étape 2 était imputable aux mesures TPP.³⁰

63. À chacune de ces trois étapes, sans donner d'indication ou d'explication, le Groupe spécial a adopté un taux servant de point de repère pour la réduction *différent*, avec une *décélération* progressive du taux utilisé à chaque étape (c'est-à-dire devenant *plus plat*):

- À l'étape 1, le Groupe spécial *partageait l'avis* de la République dominicaine selon lequel il y avait eu une accélération du taux de réduction en 2006.
- À l'étape 2, il a appliqué un taux servant de point de repère pour la réduction différent – *plus plat* – qui ne prenait pas en compte l'accélération du taux de réduction de 2006 constatée à l'étape 1.

La courbe de tendance retenue par le Groupe spécial à l'étape 2 a été présentée dans la figure C.19, qui a été élaborée par le Groupe spécial lui-même et qui ne fait pas partie de son dossier.³¹ Au cours du réexamen intérimaire, l'Australie a signalé au Groupe spécial qu'il avait attribué à tort cette figure à l'expert de l'Australie. La République dominicaine n'a pas pu reproduire cette figure.

- À l'étape 3, le Groupe spécial a adopté un troisième taux servant de point de repère pour la réduction, correspondant cette fois au taux utilisé par l'expert de l'Australie, qui était *encore plus plat* que le taux utilisé à l'étape 2, et il n'a pas non plus tenu compte de l'accélération du taux de réduction de 2006 constatée à l'étape 1.

64. Dans la figure 2, la République dominicaine montre les trois différentes courbes de tendance utilisées par le Groupe spécial:

²⁴ Voir, par exemple, le troisième rapport IPE actualisé (pièce DOM-375), paragraphes 49, 55, 59 et 65.

²⁵ Troisième contre-rapport Chipty (pièce AUS-605), paragraphes 3 d), 35.

²⁶ Troisième rapport IPE actualisé (pièce DOM-375), tableau 2.1 et 2.

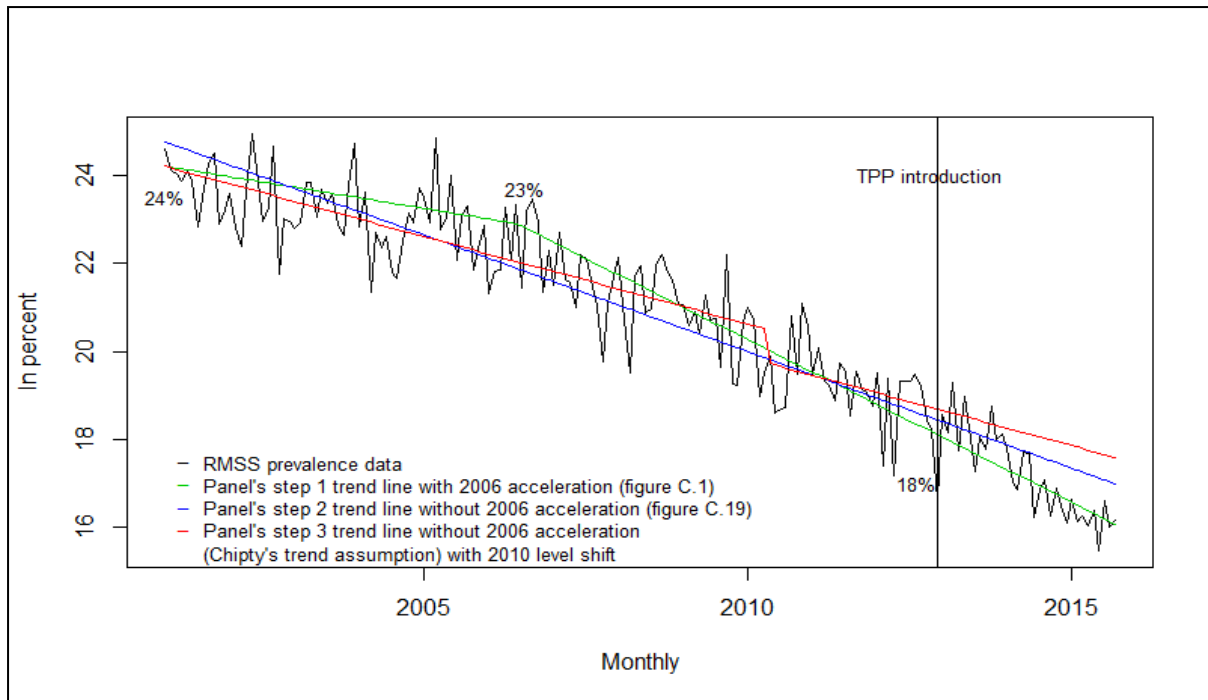
²⁷ Rapport du Groupe spécial, appendice C, paragraphe 41.

²⁸ Rapport du Groupe spécial, appendice C, paragraphe 5.

²⁹ Rapport du Groupe spécial, appendice C, paragraphe 5.

³⁰ Rapport du Groupe spécial, appendice C, paragraphe 5.

³¹ Rapport du Groupe spécial, appendice C, figure C.19.

Figure 2: Taux servant de point de repère pour la réduction obtenu aux étapes 1 à 3

En pourcentage	Mois	Introduction de l'emballage neutre du tabac
Données RMSS sur la prévalence		
Courbe de tendance de l'étape 1 du Groupe spécial avec l'accélération de 2006 (figure C.1)		
Courbe de tendance de l'étape 2 du Groupe spécial sans l'accélération de 2006 (figure C.19)		
Courbe de tendance de l'étape 3 du Groupe spécial sans l'accélération de 2006		
(Hypothèse tendancielle de Chipty) avec le changement de niveau de 2010		

65. Plus la courbe de tendance utilisée immédiatement avant la mise en œuvre des mesures TPP est plate (ligne noire verticale) et plus le taux de prévalence est élevé à ce moment-là (l'intersection des courbes de tendance et de la ligne noire verticale), plus il est probable qu'un effet de l'emballage neutre du tabac sera constaté par comparaison avec les données effectives au cours de la période postérieure à la mise en œuvre.

66. Ainsi, en rendant progressivement le taux de réduction plus plat, le Groupe spécial a accru la probabilité qu'il avait de constater, à l'étape 2, une accélération du taux de réduction de la prévalence de la consommation de cigarettes après l'introduction des mesures TPP, et à l'étape 3, que les mesures TPP avaient contribué à réduire la prévalence de la consommation de cigarettes. Comme il a été noté, si le Groupe spécial avait utilisé invariablement la courbe de tendance verte, obtenue à l'étape 1, il n'aurait constaté aucun effet de l'emballage neutre du tabac. Dans sa constatation concernant les courbes de tendance, le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective des éléments de preuve conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord.³²

67. *Premièrement*, du fait qu'aux étapes 2 et 3, le Groupe spécial n'a pas adopté le taux servant de point de repère pour la réduction qu'il avait établi à l'étape 1, son raisonnement "présente des incohérences internes".³³ Ses constatations formulées aux étapes 2 et 3 "ne découl[ent] pas logiquement" de la constatation qu'il a formulée à l'étape 1, selon laquelle il y avait eu une accélération du taux de réduction en 2006.³⁴ Le Groupe spécial n'a pas indiqué ni expliqué cette incohérence dans son rapport.

³² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro*, paragraphe 338.

³³ Rapport de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures à l'importation*, note de bas de page 543 relative au paragraphe 5.179.

³⁴ Rapport de l'Organe d'appel *Colombie – Textiles*, paragraphes 5.27 et 6.2.

68. *Deuxièmement*, à l'étape 2, le Groupe spécial n'a pas "fourni d'explications motivées et adéquates" pour ses constatations.³⁵ Au lieu de cela, il a formulé des constatations qui n'étaient "pas fondées sur les éléments de preuve contenus dans [son] dossier" et a présenté ses propres éléments de preuve dans la figure C.19, qu'il avait initialement attribuée – à tort – à l'Australie.³⁶ Ni le rapport du Groupe spécial ni son dossier n'expliquent comment il a produit la figure C.19.

69. Le Groupe spécial a également compromis les droits de la République dominicaine en matière de régularité de la procédure parce qu'il n'a pas "étudié" la figure C.19 avec les parties.³⁷ Si la République dominicaine avait été autorisée à formuler des observations, elle aurait expliqué que la figure C.19 était mal spécifiée car elle ne tenait pas compte de l'accélération de la tendance en 2006 que le Groupe spécial avait constatée à l'étape 1. Enfin, en s'appuyant sur ses *propres* éléments de preuve à l'étape 2, le Groupe spécial a "plaidé" la cause" de l'Australie.³⁸

b. Le Groupe spécial a fait erreur dans son évaluation du taux servant de point de repère pour la réduction de la prévalence de la consommation concernant les cigares

70. Dans leurs modèles économétriques concernant la prévalence de la consommation de cigares, les parties ont également tenu compte du taux servant de point de repère pour la réduction du tabagisme. L'expert de la République dominicaine a expliqué que, pour la consommation de cigares, les données montraient non seulement une *accélération* de la tendance à la baisse en 2006 (semblable à celle de la prévalence de la consommation de cigarettes), mais aussi un retournement de la tendance en 2006: passage d'une tendance à *la hausse* jusqu'en 2006 (taux de tabagisme *croissant*) à une tendance à *la baisse* ensuite (taux de tabagisme *décroissant*). L'expert de la République dominicaine a tenu compte de cette rupture de tendance en 2006. L'expert de l'Australie n'en a pas tenu compte et a utilisé à la place une tendance linéaire constante entre 2001 et 2015.³⁹

71. Comme dans le cas de la prévalence de l'usage des cigarettes, cette différence était essentielle pour la constatation du Groupe spécial, fondée sur le modèle de l'Australie, selon laquelle les mesures TPP avaient réduit la prévalence de la consommation de cigares.⁴⁰ Pour parvenir à cette constatation, le Groupe spécial n'a pas évalué objectivement le taux servant de point de repère pour la réduction, en violation de l'article 11 du Mémoire d'accord.

72. *Premièrement*, le Groupe spécial n'a pas examiné les éléments de preuve qui étaient pertinents pour son raisonnement et importants pour la cause de la République dominicaine. Celle-ci a fourni des éléments de preuve montrant que le modèle de l'Australie était mal spécifié car il ne tenait pas compte de la rupture de tendance "évidente et marquée" de 2006.⁴¹ Le Groupe spécial a pourtant accepté les résultats de l'Australie sans examiner les éléments de preuve de la République dominicaine.

73. *Deuxièmement*, le traitement par le Groupe spécial des éléments de preuve contradictoires des parties présentait des "incompatibilités internes".⁴² Dans le contexte de la prévalence de la consommation de cigarettes, le Groupe spécial a *rejeté* les modèles des plaignants lorsqu'ils ne constataient pas un effet statistiquement significatif de la tendance sur la prévalence car il a considéré que ce résultat était "en contradiction" avec l'existence admise d'une baisse de la prévalence antérieure à l'emballage neutre du tabac.⁴³ Par contre, dans le contexte de la prévalence

³⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, note de bas de page 618 relative au paragraphe 293.

³⁶ Rapport du Groupe spécial, appendice C, figure C.19; et rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 5.146.

³⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphe 1137.

³⁸ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 5.221; rapport de l'Organe d'appel *CE – Éléments de fixation (Chine)*, paragraphe 566; et rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro*, paragraphe 343.

³⁹ Rapport IPE actualisé (pièce DOM-303); troisième rapport IPE actualisé (pièce DOM-375); résumé du rapport IPE (pièce DOM-379), paragraphes 115 à 119; et réponse au contre-rapport Chipty (pièce AUS-586), paragraphes 58 à 60.

⁴⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.972 c), 7.986, 7.1037; et appendice C, paragraphes 122, 123 c).

⁴¹ Troisième rapport IPE actualisé (pièce DOM-375), paragraphe 83.

⁴² Rapport de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures à l'importation*, note de bas de page 543 relative au paragraphe 5.179.

⁴³ Rapport du Groupe spécial, appendice C, paragraphe 116.

de la consommation de cigares, le Groupe spécial a *accepté* le modèle de Mme Chipty même s'il ne constatait pas un effet statistiquement significatif de la tendance.⁴⁴ Il n'a fourni aucune explication concernant cette incohérence.

2. Erreurs du Groupe spécial concernant les critères de solidité qu'il a utilisés pour évaluer les éléments de preuve des parties

74. La deuxième catégorie d'erreurs, dans l'évaluation par le Groupe spécial des éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre relatifs aux effets réels des mesures TPP sur la prévalence et la consommation, se rapporte aux critères de solidité qu'il a utilisés pour évaluer les éléments de preuve économétriques des parties. Les erreurs commises par le Groupe spécial ne découlent pas de la *sélection* des critères de solidité mais du fait que celui-ci n'a pas *appliqué* ces critères *objectivement*. Dans son évaluation, le Groupe spécial a manqué d'objectivité pour de nombreuses raisons, y compris le fait qu'il n'a pas respecté les droits de la République dominicaine en matière de régularité de la procédure ni appliqué les critères d'une manière cohérente et impartiale.

75. Le fait que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective concerne les critères de solidité qu'il a lui-même élaborés et appliqués *sans* ménager aux parties la moindre possibilité de formuler des observations, ainsi que des critères qui ont fait l'objet de certains échanges avec les parties.

a. Erreurs du Groupe spécial concernant les critères de solidité qui n'ont pas été débattus avec les parties

76. Le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective en ce qui concerne deux critères de solidité qu'il a élaborés et appliqués lui-même, sans aucune participation des parties. Le premier critère de solidité qu'il a élaboré lui-même concerne le concept économétrique de "non-stationnarité". La République dominicaine a déjà traité la "non-stationnarité" plus haut dans l'introduction.

77. Le deuxième critère de solidité que le Groupe spécial a élaboré lui-même concerne le concept économétrique de "multicolinéarité". Selon la définition donnée par le Groupe spécial, il y a multicolinéarité "lorsque deux variables explicatives (ou plus) fournissent la même information".⁴⁵

78. Au contraire, le Groupe spécial lui-même a mentionné la multicolinéarité comme étant un problème, sans que les parties aient jamais soulevé ce problème. Il a élaboré et exécuté seul des tests concernant la multicolinéarité (en recourant à ce qu'on appelle la statistique de test "facteur d'inflation de la variance" ("FIV")); il a écrit et exécuté un code informatique pour mettre en œuvre le test retenu; et il a interprété les résultats et en a tiré des conséquences. Il a appelé les résultats de ses travaux des "éléments de preuve", bien qu'aucun de ces "éléments de preuve" ne fasse partie de son dossier.

79. Le Groupe spécial a mené l'ensemble de ces travaux en dehors de tout contexte, sans ménager aux parties la moindre possibilité de formuler des observations.

80. Le Groupe spécial a constaté que les modèles de la République dominicaine étaient affectés par la multicolinéarité et les a rejetés sur cette base.⁴⁶ Il a affirmé que les modèles de l'Australie n'étaient pas affectés par la multicolinéarité et s'est appuyé sur eux. Pour des raisons semblables à celles qui ont été données en ce qui concerne la non-stationnarité, il n'a pas procédé à une évaluation objective conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord lorsqu'il a évalué la multicolinéarité.

81. *Premièrement*, le Groupe spécial a violé les droits de la République dominicaine en matière de régularité de la procédure en ne lui ménageant pas une "possibilité véritable de formuler des observations".⁴⁷ Si la République dominicaine s'était vu ménager la possibilité de formuler des observations, elle aurait pu examiner, par exemple, les *circonstances* dans lesquelles la

⁴⁴ Rapport du Groupe spécial, appendice C, paragraphes 120 à 122; et réponse au contre-rapport Chipty (pièce AUS-586), tableau 8.

⁴⁵ Rapport du Groupe spécial, appendice B, paragraphe 116.

⁴⁶ Rapport du Groupe spécial, appendice C, paragraphe 107.

⁴⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique)*, paragraphe 7.177.

multicolinéarité était problématique; *la façon de vérifier* la multicolinéarité; et *si la multicolinéarité constituait un problème* dans les modèles des parties.

82. *Deuxièmement*, le Groupe spécial a traité "la même catégorie d'éléments de preuve quantitatifs" d'une manière inégale.⁴⁸ Il a constaté que les modèles de prévalence de l'Australie n'étaient pas affectés par la multicolinéarité, bien qu'il n'ait fourni aucun renseignement à l'appui.⁴⁹ Il n'a absolument rien dit concernant la question de savoir si les modèles de consommation de l'Australie étaient affectés par la multicolinéarité. De même, rien dans son dossier ne permet de confirmer si et comment il a testé les modèles de l'Australie.

83. La République dominicaine a reproduit l'analyse de la multicolinéarité faite par le Groupe spécial, à l'aide de la statistique de test FIV. Les résultats montrent que plusieurs des modèles de prévalence et de consommation de l'Australie *sont* affectés par la multicolinéarité. Par conséquent, les modèles de l'Australie "présentaient les mêmes limites" que celles qui ont amené le Groupe spécial à rejeter les modèles de la République dominicaine.⁵⁰ Si la République dominicaine s'était vu accorder ses droits en matière de régularité de la procédure, elle aurait pu présenter cette analyse au Groupe spécial.

84. *Troisièmement*, le Groupe spécial n'a pas fourni d'"explications motivées et adéquates" pour sa constatation.⁵¹ Ayant le rapport du Groupe spécial entre les mains, la République dominicaine ne sait pas comment le Groupe spécial a évalué la multicolinéarité – par exemple, si et comment il a testé les modèles de l'Australie et, le cas échéant, avec quels résultats.

85. *Quatrièmement*, le Groupe spécial a "plaid[é] la cause" de l'Australie.⁵² Cette dernière n'a jamais mentionné, et encore moins invoqué, la multicolinéarité pour plaider sa "cause". En élaborant des tests pour la multicolinéarité, qu'il a utilisés pour rejeter les modèles de la République dominicaine, le Groupe spécial a élaboré sa propre ligne d'éléments de preuve et argumentation, qui a servi la cause de l'Australie.⁵³

b. Erreurs du Groupe spécial concernant les critères de solidité débattus avec les parties

86. Pour ce qui est des éléments de preuve relatifs à la prévalence du tabagisme et à la consommation, le Groupe spécial n'a pas non plus évalué objectivement les critères de solidité qui avaient fait l'objet d'échanges avec les parties. Il a fait erreur dans son application de quatre critères concernant: la cherté du tabac, la repondération, l'endogénéité et l'hypothèse de proportionnalité. La cherté du tabac a été examinée à titre d'illustration, plus haut dans l'introduction.

i. Repondération

87. Lorsqu'un chercheur utilise des données d'enquête pour estimer l'incidence d'une intervention des pouvoirs publics sur une population (comme celle des mesures TPP sur la population australienne), il doit s'assurer que l'ensemble des données est représentatif de la population considérée. Au fur et à mesure que des mutations démographiques s'opèrent dans la population considérée, les fournisseurs de données procèdent périodiquement à *des repondérations* de l'échantillon étudié pour s'assurer qu'il reste représentatif, et le chercheur doit tenir compte de ces événements de repondération.

88. Le Groupe spécial a reconnu l'importance de la repondération pour estimer correctement l'incidence réelle des mesures TPP sur la prévalence du tabagisme dans l'ensemble de données de l'étude Roy Morgan Single Source ("RMSS").⁵⁴ Il a également constaté que les parties avaient tenu

⁴⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphes 294 et 295.

⁴⁹ Rapport du Groupe spécial, appendice C, paragraphe 120.

⁵⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 292.

⁵¹ Rapport du Groupe spécial, appendice C, paragraphe 107.

⁵² Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 5.221.

⁵³ Rapport du Groupe spécial, appendice C, paragraphe 107.

⁵⁴ Rapport du Groupe spécial, appendice C, paragraphe 108.

compte des événements de repondération dans l'ensemble de données RMSS.⁵⁵ Il a toutefois rejeté la validité de la prise en compte par la République dominicaine de ces événements de repondération dans l'ensemble des données RMSS, tout en admettant la validité de la prise en compte par l'Australie. Ce faisant, il n'a pas procédé à une évaluation objective de la question.

89. La constatation du Groupe spécial selon laquelle les éléments de preuve de l'Australie "résist[aient]" à la repondération impliquait un traitement inégal des éléments de preuve des parties.⁵⁶ Les erreurs du Groupe spécial sont liées au fait qu'il a constaté que les éléments de preuve de l'Australie résistaient à la repondération, en dépit du fait que les modèles sur lesquels elle s'était appuyée, et qu'il a acceptés, étaient affectés par des points que le Groupe spécial jugeait problématiques lorsqu'ils se présentaient dans les éléments de preuve de la République dominicaine.

90. *Premièrement*, le Groupe spécial a accepté les éléments de preuve de l'Australie lorsque l'expert de l'Australie, Mme Chifty, s'est appuyé sur un modèle présenté par l'expert de la République dominicaine, le professeur List, qui tenait compte des événements de repondération. Il avait rejeté la solidité de ce *même modèle* lorsque celui-ci avait été présenté par le professeur List.

91. *Deuxièmement*, le Groupe spécial a accepté les éléments de preuve de Mme Chifty s'appuyant sur le modèle du professeur List qui tenait compte de la repondération, bien que Mme Chifty se soit appuyée sur une spécification intermédiaire qui ne tenait pas compte de la tendance à la baisse du tabagisme. Il a toutefois souligné ailleurs que les modèles des plaignants n'étaient pas acceptables s'ils ne tenaient pas compte de la tendance à la baisse du tabagisme.

92. *Troisièmement*, le Groupe spécial a traité les éléments de preuve des parties d'une manière inégale en ce qui concerne la multicollinéarité. D'un côté, il a rejeté les modèles de la République dominicaine lorsqu'ils tenaient compte de la repondération, estimant que la repondération faisait croître la multicollinéarité.⁵⁷ De l'autre, il a accepté les modèles de Mme Chifty lorsqu'elle tenait compte de la repondération, en dépit du fait que tous ses modèles étaient également affectés par la multicollinéarité et que, pour chaque modèle, la repondération faisait croître la multicollinéarité.

93. En outre, le raisonnement du Groupe spécial concernant le traitement des événements de repondération dans les éléments de preuve des parties présentait des "incohérences internes".⁵⁸ Le Groupe spécial a "reconn[u]" l'importance de tenter de tenir compte de la repondération et a jugé important que les résultats de l'Australie sur la prévalence "résistent" à la prise en compte de la repondération.⁵⁹ Il a toutefois fait abstraction du fait que les modèles de Mme Chifty ne "tent[aient]" [pas] de tenir compte des quatre événements de repondération dans l'ensemble des données RMSS.

ii. Endogénéité

94. L'un des critères utilisés pour évaluer la solidité économétrique consistait en une évaluation par le Groupe spécial de la question de savoir si les modèles étaient affectés par l'"endogénéité". Il peut y avoir endogénéité lorsque les mesures TPP affectent (indirectement) le tabagisme en ayant une incidence sur d'autres variables (comme les prix) qui sont introduites en tant que variables de contrôle dans les modèles.⁶⁰ Le Groupe spécial s'est dit préoccupé par le fait que, si un tel effet "indirect" sur le tabagisme devait se produire (à savoir, mesures TPP → variations des prix → modification du tabagisme), il ne serait pas imputé aux mesures TPP mais au prix.

95. La question de l'endogénéité concerne donc la manière dont les modèles des parties ont tenu compte de la cherté du tabac. Les parties sont en désaccord sur la façon de tenir compte de la cherté du tabac dans leurs modèles de prévalence et de consommation. Trois approches différentes ont été examinées: i) les *prix* (utilisation des prix au détail tenant compte des variations de prix liées aux taxes et non liées aux taxes); ii) les *niveaux des taxes* (tenant compte de toutes les modifications fiscales mais pas des variations de prix liées aux taxes); et iii) les *variables muettes relatives aux*

⁵⁵ Rapport du Groupe spécial, appendice C, paragraphe 108.

⁵⁶ Rapport du Groupe spécial, appendice C, paragraphe 120.

⁵⁷ Rapport du Groupe spécial, appendice C, paragraphe 108.

⁵⁸ Rapport de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures à l'importation*, note de bas de page 543 relative au paragraphe 5.179.

⁵⁹ Rapport du Groupe spécial, appendice C, paragraphe 108.

⁶⁰ Rapport du Groupe spécial, appendice C, paragraphe 120; et appendice D, paragraphe 115.

taxes (tenant uniquement compte des trois principales hausses de taxes adoptées par l'Australie en 2010, 2013 et 2014).

96. Le Groupe spécial a expliqué que la variable de contrôle relative aux prix avait l'avantage de "représente[r] implicitement tous les facteurs affectant le prix du tabac, y compris les augmentations des droits d'accise mais pas seulement" mais qu'à la différence des niveaux de taxes et des variables muettes relatives aux taxes, elle soulevait potentiellement des problèmes d'endogénéité (parce que les mesures TPP pouvaient affecter les prix).⁶¹

97. Le Groupe spécial a donc rejeté les modèles de la République dominicaine qui utilisaient une variable de contrôle relative aux prix. Il a accepté les modèles de l'Australie parce que, du fait qu'ils utilisaient des variables muettes relatives aux taxes, ils évitaient un problème d'endogénéité potentiel.⁶² Ce faisant, il n'a pas procédé à une évaluation objective de la question, en violation de l'article 11 du Mémoire d'accord.

98. Le Groupe spécial a traité la "même catégorie d'éléments de preuve quantitatifs" d'une manière incohérente sur le plan interne.⁶³ *Premièrement*, il a reconnu que l'Australie, mais pas la République dominicaine, avait évité l'endogénéité dans tous les modèles qui utilisaient une variable de contrôle autre que relative aux prix (à savoir les variables muettes relatives aux taxes ou les niveaux des taxes).⁶⁴ La République dominicaine a présenté plusieurs modèles utilisant des variables muettes relatives aux taxes et les niveaux des taxes, mais ils ont eux aussi été rejetés. *Deuxièmement*, le Groupe spécial a rejeté les éléments de preuve de la République dominicaine qui utilisaient une variable de contrôle relative aux prix – mais pas ceux de l'Australie – en raison d'un problème d'endogénéité potentiel.⁶⁵ L'Australie a présenté des spécifications de modèles utilisant les prix (et non des variables muettes relatives aux taxes ou les niveaux des taxes) sur lesquelles le Groupe spécial s'est appuyé.⁶⁶

99. Le Groupe spécial n'a pas non plus fourni d'"explications motivées et adéquates" pour sa constatation selon laquelle les experts de la République dominicaine n'avaient pas examiné "l'incidence potentielle des mesures TPP sur les prix".⁶⁷ Au contraire, pour des raisons d'endogénéité, les experts de la République dominicaine ont présenté des modèles utilisant des variables muettes relatives aux taxes et les niveaux des taxes – et non les prix – et pourtant, ils n'ont pas constaté d'effet de l'emballage neutre du tabac sur le tabagisme. Comme ils l'ont expliqué, ces résultats démontraient que les mesures TPP n'affectaient pas le tabagisme à travers les prix et que les modèles qui utilisaient une variable de contrôle relative aux prix n'étaient pas affectés par l'endogénéité.⁶⁸ Le Groupe spécial n'a pas concilié sa déclaration selon laquelle la République dominicaine n'avait pas examiné "l'incidence potentielle des mesures TPP sur les prix" avec ces éléments de preuve et ces arguments.

iii. Hypothèse de proportionnalité

100. Dans les modèles de consommation de cigarettes, le Groupe spécial a également examiné comment tenir compte de la cherté du tabac. La République dominicaine avait présenté des modèles qui utilisaient les niveaux des taxes (et les prix) comme variable de contrôle, alors que l'Australie utilisait uniquement des variables muettes relatives aux taxes. Le Groupe spécial a reconnu que lorsque l'on utilisait les niveaux des taxes – au lieu des variables muettes relatives aux taxes –, l'emballage neutre du tabac n'avait pas d'effet sur la consommation, même dans les modèles de l'Australie.⁶⁹ Les niveaux des taxes rendaient compte de toutes les augmentations de taxes, alors que les variables muettes relatives aux taxes ne rendaient compte que de 59% de ces augmentations.

⁶¹ Rapport du Groupe spécial, appendice C, paragraphe 106.

⁶² Rapport du Groupe spécial, appendice C, paragraphes 107 et 120; et appendice D, paragraphes 106 et 115.

⁶³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 294.

⁶⁴ Rapport du Groupe spécial, appendice D, paragraphe 115.

⁶⁵ Rapport du Groupe spécial, appendice D, paragraphe 115.

⁶⁶ Deuxième contre-rapport Chipty (pièce AUS-591), tableau 5, ligne [B]; et troisième rapport supplémentaire List (pièce DOM/IDN-7), tableau 5.

⁶⁷ Rapport du Groupe spécial, appendice C, paragraphe 107.

⁶⁸ Troisième rapport IPE actualisé (pièce DOM-375), paragraphe 64.

⁶⁹ Rapport du Groupe spécial, appendice D, paragraphe 116.

101. Le Groupe spécial a toutefois conclu que l'utilisation des niveaux des taxes était inappropriée. Les niveaux des taxes *supposent qu'il y a proportionnalité* entre l'importance d'une augmentation de taxes donnée et l'incidence de cette augmentation sur la consommation de tabac.⁷⁰ Le Groupe spécial a admis l'affirmation de Mme Chifty selon laquelle ladite "hypothèse de proportionnalité" ne s'appliquait pas en l'espèce.

102. Le Groupe spécial a donc rejeté les modèles de consommation de la République dominicaine qui utilisaient les niveaux des taxes.⁷¹ Ce faisant, il n'a pas fourni d'"explications motivées et adéquates" pour cette constatation, en violation de l'article 11 du Mémoire d'accord.⁷²

103. L'affirmation de Mme Chifty selon laquelle l'hypothèse de proportionnalité ne s'appliquait pas était fondée sur son propre modèle de consommation de cigarettes. Cependant, comme la République dominicaine l'a expliqué plus haut, ce modèle a produit des résultats "absurdes", montrant qu'une augmentation de 12,5% des taxes, en 2013, entraînait une **augmentation statistiquement significative** de la consommation.

104. Le Groupe spécial n'a pas "expliqué comment il [avait] concilié" son admission des affirmations de Mme Chifty concernant l'hypothèse de proportionnalité, et son modèle de consommation "absurde", avec les "arguments et éléments de preuve [contraires] présentés à titre de réfutation" par la République dominicaine. Ceux-ci montraient que les affirmations de Mme Chifty selon lesquelles l'hypothèse de proportionnalité ne s'appliquait pas étaient une conséquence directe du résultat "absurde" qu'elle avait trouvé concernant les taxes.⁷³

B. Le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective des éléments de preuve antérieurs à la mise en œuvre relatifs à l'incidence prévue des mesures TPP

105. Le deuxième motif d'appel de la République dominicaine concerne le fait que le Groupe spécial n'a pas évalué objectivement les éléments de preuve *antérieurs à la mise en œuvre* relatifs à l'incidence *prévue* des mesures TPP. Pour plusieurs raisons, prises individuellement et collectivement, le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord.

106. Les éléments de preuve antérieurs à la mise en œuvre cherchaient à *prévoir* les effets *potentiels* des mesures TPP. Ils comprenaient les "publications TPP" antérieures à la mise en œuvre, ainsi que des recherches fondées sur la théorie du comportement, des avis d'experts et des documents émanant de l'industrie.

1. Le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question en ce qui concerne les éléments de preuve et les arguments relatifs à l'attrait des produits du tabac avant la mise en œuvre des mesures TPP

107. Les parties ont présenté des éléments de preuve et des arguments sur la question de savoir si l'on pouvait s'*attendre* à ce que les mesures TPP aient un effet sur l'attrait des produits du tabac, et, dans l'affirmative, si l'on pouvait s'*attendre* à ce qu'un changement dans l'attrait se traduise dans les comportements tabagiques effectifs. Pour mémoire, la réduction de l'attrait du paquet était l'un des trois "résultats proximaux" ("mécanismes") au moyen desquels les mesures TPP de l'Australie devaient, selon les hypothèses, influencer des résultats plus distaux (par exemple intentions d'arrêter) et, au bout du compte, les comportements tabagiques.⁷⁴

108. Le contexte des arguments des parties était ce qu'on appelle le "marché discret" de l'Australie, où la publicité traditionnelle des produits du tabac était interdite⁷⁵ et où de grandes mises en garde

⁷⁰ Rapport du Groupe spécial, appendice D, paragraphes 106 à 116.

⁷¹ Rapport du Groupe spécial, appendice D, paragraphe 106; rapport du Groupe spécial, appendice D, paragraphe 116.

⁷² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, note de bas de page 618 relative au paragraphe 293.

⁷³ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 918.

⁷⁴ Voir plus haut la section II.

⁷⁵ Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 1338 relative au paragraphe 7.450; en ce qui concerne la publicité, voir le rapport du Groupe spécial, 2.56 à 2.60 et 2.67.

sanitaires explicites étaient affichées sur l'emballage, aussi bien *avant* qu'*après* la mise en œuvre des mesures TPP.⁷⁶

109. Selon l'Australie, les mesures TPP réduiraient l'attrait et, au bout du compte, le tabagisme, en réduisant les "perceptions positives" des produits du tabac qu'ont les consommateurs, en particulier sur un marché discret.⁷⁷

110. La République dominicaine a expliqué que l'assertion de l'Australie reposait sur l'existence de perceptions *positives* avant l'introduction de la mesure TPP. Toutefois, les données recueillies par les organismes australiens chargés de la lutte antitabac ont démontré exactement le contraire: avant l'introduction des mesures TPP, les jeunes et les adultes australiens avaient des perceptions *négligentes* des paquets australiens partiellement recouverts par une marque, avec de grandes mises en garde sanitaires explicites.⁷⁸

111. La République dominicaine a également démontré que la relation entre l'attrait du paquet et les comportements tabagiques prévue par l'Australie n'était pas étayée par le comportement des consommateurs antérieur à la mise en œuvre: les marques décrites comme étant *très attrayantes* pour les jeunes australiens n'avaient *pas* de consommateurs australiens, tandis que les marques les *plus consommées* en Australie étaient parmi les *moins attrayantes* pour les jeunes et les adultes australiens.⁷⁹

112. Le Groupe spécial a principalement évalué des éléments de preuve antérieurs à la mise en œuvre qui n'étaient *pas* spécifiques à l'Australie. Il a conclu que l'emballage du tabac "p[ouvait] être, et qu'il [avait] été en fait, utilisé pour *générer des perceptions positives* des produits du tabac", et que l'emballage neutre réduirait l'attrait des produits du tabac.⁸⁰ Il a également constaté qu'il était "raisonnable de *faire l'hypothèse* qu'il y [avait] une certaine corrélation" entre l'attrait réduit et les comportements tabagiques dans un contexte où l'emballage offrait la "seule possibilité de transmettre une *perception positive*".⁸¹ Pour parvenir à ces constatations, le Groupe spécial a manqué de procéder à une évaluation objective de deux manières au moins.

113. *Premièrement*, bien qu'il ait formulé plus de 20 constatations intermédiaires sur les supposées perceptions *positives* de l'emballage du tabac qu'ont les consommateurs, le Groupe spécial n'a examiné nulle part les éléments de preuve de la République dominicaine indiquant: 1) qu'avant les mesures TPP, les Australiens avaient déjà des perceptions *négligentes* des paquets partiellement recouverts par une marque avec de grandes mises en garde sanitaires explicites; et 2) qu'il n'y avait pas de relation entre l'attrait des marques et le tabagisme en Australie.⁸²

114. *Deuxièmement*, le raisonnement du Groupe spécial était "incohérent". Lorsqu'il a constaté que l'emballage neutre réussirait à changer les perceptions *positives* de l'emballage du tabac, le Groupe spécial a mis en avant l'importance du contexte australien.⁸³ Il n'a cependant pas concilié cette constatation avec le *seul* élément de preuve versé au dossier traitant des perceptions de l'emballage du tabac dans le contexte *australien* avant les mesures TPP, qui était un élément de preuve de la

⁷⁶ Les mises en garde sanitaires explicites couvraient 30% de la face avant et 90% de la face arrière de l'emballage du tabac avant les mesures TPP, et 75 et 90%, respectivement, après (rapport du Groupe spécial, paragraphes 2.53 à 2.55).

⁷⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.670 et 7.848; et Australie, première communication écrite, paragraphes 152 et 182.

⁷⁸ République dominicaine, déclaration orale liminaire à la deuxième réunion de fond avec le Groupe spécial; observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 170 posée par le Groupe spécial après la deuxième réunion de fond, paragraphe 273; White *et al.* 2015a (pièces AUS-186, DOM-235), page ii43; et rapport de 2011 sur l'ASSAD (pièce DOM-360), pages 115 et 257.

⁷⁹ République dominicaine, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 160 du Groupe spécial, paragraphe 280; réponse à la question n° 108 du Groupe spécial, paragraphes 143 et 144, faisant référence à Parr *et al.* (2011a) (pièces AUS-117, JE-24(49)), page 43 et à White and Bariola (2012) (pièce DOM-227), page 19; deuxième communication écrite, paragraphe 254; et observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 160 du Groupe spécial, paragraphe 280.

⁸⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.663 (pas d'italique dans l'original), 7.682 et 7.778.

⁸¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1034 (pas d'italique dans l'original).

⁸² Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 918 à 920.

⁸³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1034.

République dominicaine montrant que les paquets partiellement recouverts par une marque, avec de grandes mises en garde sanitaires explicites, transmettaient déjà des perceptions *négatives*.

2. Le Groupe spécial n'a pas évalué objectivement si les "effets prévus" des mesures TPP étaient confirmés par les "effets réels"

115. Les parties étaient d'accord pour dire qu'il était essentiel d'évaluer si les effets *prévus* dans les éléments de preuve antérieurs à la mise en œuvre étaient confirmés par les effets *réels* au cours de la période postérieure à la mise en œuvre.⁸⁴ Elles étaient toutefois en désaccord sur le point de savoir si les prévisions figurant dans les éléments de preuve antérieurs à la mise en œuvre étaient confirmées dans les éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre.

116. L'Australie a affirmé que les publications TPP antérieures à la mise en œuvre prévoyaient correctement les effets réels des mesures TPP en Australie. La République dominicaine a affirmé que ces publications "surestim[aient] largement" les effets découlant réellement des mesures TPP. Le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective des éléments de preuve et des arguments des parties.

117. Le Groupe spécial a évalué si l'incidence prévue était confirmée par l'incidence réelle *uniquement* en ce qui concerne l'*attrait* des produits du tabac. Il a constaté que les effets réels sur l'attrait "*confirm[aient] ...*, plutôt qu'ils ne discrédit[aient]" les effets prévus.⁸⁵ Par ailleurs, il n'a pas non plus vérifié si l'incidence prévue sur d'autres résultats proximaux (mises en garde sanitaires explicites et nature à induire en erreur) et sur des résultats distaux (par exemple intentions d'arrêter, tentatives d'arrêter) était confirmée par les effets réels des mesures TPP. Plus généralement, le Groupe spécial n'a pas examiné si les effets réels confirmaient l'hypothèse selon laquelle les mesures TPP déclencheraient la chaîne d'effets prévue (résultats proximaux → résultats distaux → comportement tabagique).

118. Le fait que le Groupe spécial n'a pas adopté une approche "cohérente" pour évaluer cette chaîne de causalité est particulièrement problématique car il n'a pas vérifié précisément ces variables, y compris les variables plus proches du comportement tabagique (à savoir les résultats distaux), pour lesquelles les effets prévus n'étaient pas confirmés dans les éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre.

3. Le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective des éléments de preuve spécifiques aux cigares

119. L'étude Parr *et al.* 2011b, commandée par l'Australie, était la seule étude antérieure à la mise en œuvre examinant l'incidence prévue de l'emballage neutre sur la consommation de cigares.⁸⁶ Elle présentait de graves vices de méthodes, dont certains étaient reconnus par les auteurs eux-mêmes.⁸⁷

120. Le Groupe spécial a reconnu les lacunes scientifiques de l'étude mais s'est quand même appuyé sur elle.⁸⁸ Ce faisant, il n'a pas procédé à une évaluation objective de la question, comme l'exige l'article 11 du Mémoire d'accord.

121. *Premièrement*, le Groupe spécial n'a pas fourni d'"explications motivées et adéquates" concernant son acceptation de Parr *et al.* 2011b.⁸⁹ Il a déclaré que les auteurs avaient fourni des raisons "pertinentes" expliquant les lacunes de leur étude, qui étaient toutes liées à des considérations pratiques, telles que des contraintes de temps.⁹⁰ Il n'a toutefois pas expliqué pourquoi des considérations pratiques ou le fait d'admettre que ces lacunes existent permettaient de remédier

⁸⁴ République dominicaine, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 196 du Groupe spécial, paragraphe 573.

⁸⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.954. (pas d'italique dans l'original)

⁸⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.622.

⁸⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.621. (pas d'italique dans l'original)

⁸⁸ Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 1809 relative au paragraphe 7.659.

⁸⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, note de bas de page 618 relative au paragraphe 293.

⁹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.622.

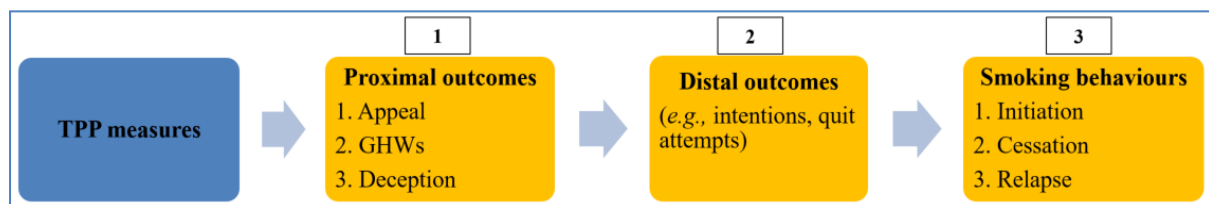
à des lacunes scientifiques. Les éléments de preuve restent viciés du point de vue de la méthode scientifique.

122. *Deuxièmement*, le Groupe spécial a traité des éléments de preuve contradictoires d'une manière incohérente.⁹¹ Par exemple, il a accepté Parr *et al.* 2011b bien que cette étude présente des facteurs de confusion importants. Il s'est dit satisfait puisque ces facteurs de confusion résultaient de considérations pratiques. Pourtant, il a rejeté des éléments de preuve présentés par les plaignants lorsque des considérations pratiques engendraient des facteurs de confusion.

C. Le Groupe spécial a fait erreur lorsqu'il a évalué les éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre relatifs à l'incidence réelle des mesures TPP sur les résultats proximaux et les résultats distaux

123. Le troisième motif d'appel de la République dominicaine concerne le fait que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective des éléments de preuve *postérieurs à la mise en œuvre* relatifs à l'incidence *réelle* des mesures TPP sur les résultats proximaux et les résultats distaux.

124. Outre les éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre qu'elles ont fournis en ce qui concerne l'incidence réelle sur la prévalence du tabagisme et la consommation, les parties ont présenté des éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre relatifs à l'incidence des mesures TPP sur les résultats *proximaux* (à savoir les mécanismes de l'attrait, de l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et de la nature à induire en erreur) et les résultats *distaux* plus proches du comportement tabagique (par exemple intentions, tentatives d'arrêter).



	1	2	3
Mesures TPP	Résultats proximaux	Résultats distaux	Comportements tabagiques
	1. Attrait	(par exemple intentions, tentatives d'arrêter)	1. Initiation
	2. Mises en garde sanitaires explicites		2. Sevrage
	3. Nature à induire en erreur		3. Récidive

125. Les parties ont considéré que ces éléments de preuve étaient pertinents pour montrer si les mesures TPP avaient déclenché la chaîne de causalité par laquelle le Groupe spécial s'attendait à ce que les mesures réduisent le tabagisme (résultats proximaux → résultats distaux → comportement tabagique). Par exemple, l'Australie avait financé l'enquête de suivi nationale sur l'emballage neutre du tabac ("NTPPTS"), conçue pour évaluer si les mesures TPP entraînaient des changements à chaque étape de la chaîne de causalité. Dans une série d'articles publiés au sujet de la NTPPTS et dans d'autres ensembles de données postérieurs à la mise en œuvre, les auteurs ont conclu que les mesures TPP fonctionnaient comme prévu par l'intermédiaire de la chaîne de causalité.

126. À la demande du Groupe spécial, la République dominicaine a eu accès à l'ensemble de données NTPPTS et à quelques autres données, ainsi qu'aux codes informatiques utilisés par les auteurs des articles publiés.⁹² Sur la base des données fournies, la République dominicaine a montré que les mesures TPP n'avaient pas déclenché la chaîne de causalité prévue et que les articles TPP publiés "donn[aient] une image inexacte des éléments de preuve empiriques", y compris en

⁹¹ Rapport de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures à l'importation*, note de bas de page 543 relative au paragraphe 5.179.

⁹² Groupe spécial, paragraphes 1.78 à 1.100.

"sous-estimant largement" les résultats qui montraient que les mesures TPP n'avaient pas d'incidence.⁹³

127. Le Groupe spécial a pourtant conclu que les mesures TPP (combinées avec des mises en garde sanitaires explicites agrandies) avaient "effectivement réduit l'attrait des produits du tabac" et avaient eu une "certaine incidence sur l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites".⁹⁴ Dans sa conclusion, il n'a pas fait référence aux éléments de preuve concernant d'autres résultats proximaux ni les résultats distaux – nombreux – pour lesquels l'emballage neutre du tabac n'avait pas d'effets positifs.

128. Pour diverses raisons, prises individuellement et collectivement, le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective, comme l'exige l'article 11 du Mémoire d'accord.

1. Les constatations du Groupe spécial concernant les résultats proximaux et les résultats distaux sont incohérentes

129. Les constatations du Groupe spécial concernant les résultats proximaux et les résultats distaux étaient incohérentes. *Premièrement*, le Groupe spécial a formulé des constatations qui étaient incohérentes avec ses constatations selon lesquelles il était nécessaire d'évaluer les maillons successifs de la chaîne de causalité et selon lesquelles il n'était pas suffisant d'examiner les seuls résultats proximaux.⁹⁵

130. Le Groupe spécial et les parties ont reconnu la nécessité d'adopter une approche globale pour évaluer les éléments de preuve concernant chaque maillon successif de la chaîne de causalité.⁹⁶ Le Groupe spécial a précisé que les "*seuls* résultats proximaux" ne serai[ent] pas suffisant[s] pour formuler des conclusions concernant la contribution des mesures TPP à leur objectif de santé publique" et que l'incidence des mesures TPP "dépend[ait] des maillons [successifs] de la chaîne [de causalité]".⁹⁷

131. Le Groupe spécial n'a toutefois pas effectué une évaluation globale des maillons de la chaîne de causalité. Au lieu de cela, il a adopté une évaluation atomisée de chaque résultat proximal et résultat distal individualisé. Pour parvenir à sa constatation générale, il s'est ensuite appuyé sur les éléments de preuve limités montrant des résultats "positifs" et n'a pas tenu compte des autres éléments de preuve montrant des résultats "négatifs", qui indiquaient que l'emballage neutre du tabac n'avait pas d'effets. Ces éléments de preuve "positifs" concernaient certains résultats proximaux (l'attrait et quelques résultats liés aux mises en garde sanitaires explicites). Cependant, ils n'ont pas été examinés globalement avec les éléments de preuve "négatifs" concernant d'autres résultats proximaux (autres résultats liés aux mises en garde sanitaires explicites, nature à induire en erreur, plaisir de fumer) et tous les résultats distaux. Ces autres éléments de preuve montraient que les effets positifs limités sur les résultats proximaux n'avaient *pas* été transmis à d'autres résultats, quels qu'ils soient, y compris les résultats plus proches du tabagisme.⁹⁸ Comme le résultat lié au "plaisir" le montrait, les consommateurs trouvaient leurs paquets moins attrayants mais *avaient toujours autant de plaisir à fumer*.

132. *Deuxièmement*, le Groupe spécial a fait un résumé de l'incidence des mesures TPP sur les résultats distaux qui n'est pas fidèle à ses propres constatations. Il n'a pas reconnu que, s'agissant des deux résultats distaux pour lesquels un effet initial de l'emballage neutre du tabac avait été constaté (à savoir les appels reçus par Quitline et l'évitement des paquets neutres), cet effet avait subi une usure dans l'année.

⁹³ Rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-2), paragraphe 9.

⁹⁴ Rapport du Groupe spécial, 7.1036.

⁹⁵ Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 2303 relative au paragraphe 7.843 et paragraphe 7.564.

⁹⁶ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.488, 7.491, 7.519, 7.580, 7.610, 7.648, 7.684 et 7.1030.

⁹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.564 (pas d'italique dans l'original), 7.693 et 7.699.

⁹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.963 b), 7.1036 et 7.1043; appendice A, paragraphes 30 et 31, 68, 84 et 86 b); et, appendice B, paragraphes 40, 59, 71, 72, 75, 91, 100, 103 et 120.

2. Le Groupe spécial a fait erreur lorsqu'il a évalué la solidité des éléments de preuve des parties

133. Les caractéristiques des erreurs commises par le Groupe spécial dans son évaluation des éléments de preuve concernant les résultats proximaux et les résultats distaux reflètent celles des erreurs qu'il a commises dans son évaluation des éléments de preuve concernant la prévalence et la consommation, examinées plus haut. Comme lorsqu'il a évalué la prévalence et la consommation, le Groupe spécial n'a pas adopté un *processus* respectant les droits des parties en matière de régularité de la procédure et n'a pas évalué les éléments de preuve d'une manière cohérente et impartiale.

134. Par exemple, le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective des éléments de preuve des parties concernant les appels reçus par Quitline. Sans poser aucune question au cours de la procédure, il a identifié plusieurs vices dans l'analyse des appels reçus par Quitline faite par l'expert de la République dominicaine, Ajzen *et al.* Les parties n'ont pas formulé les critiques mentionnées par le Groupe spécial et n'ont pas eu la moindre possibilité d'y répondre. Par exemple, le Groupe spécial a effectué sa propre analyse graphique, présentant d'une manière incorrecte le modèle économétrique de Ajzen *et al.* Les parties n'ont jamais pu formuler d'observations sur cette analyse, qui présente un vice évident. Si la République dominicaine s'était vu accorder ses droits en matière de régularité de la procédure, elle aurait pu répondre à la critique du Groupe spécial.⁹⁹

135. Le Groupe spécial a également traité les éléments de preuve des parties d'une manière inégale en n'examinant pas si l'article TPP publié sur lequel l'Australie s'était appuyée (Young *et al.* 2014) présentait les "mêmes limites [perçues]" que Ajzen *et al.*¹⁰⁰ En fait, les éléments de preuve de l'Australie présentent les mêmes vices perçus que ceux que le Groupe spécial a identifiés dans Ajzen *et al.* Le Groupe spécial a pourtant accepté Young *et al.* 2014, sans formuler aucune critique.

136. Enfin, le Groupe spécial a "plaidé la cause" de l'Australie. Celle-ci n'a pas affirmé, dans le cadre de son argumentation, que Ajzen *et al.* était affectée par l'une quelconque des critiques mentionnées par le Groupe spécial.

3. Le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective lorsqu'il a constaté que les ensembles de données étaient moins adaptés pour mesurer l'incidence sur les résultats distaux

137. Au début de la procédure, l'Australie s'est appuyée sur des articles TPP publiés examinant les ensembles de données de l'Australie (par exemple NTPPTS) pour affirmer que les mesures TPP fonctionnaient par l'intermédiaire de la "chaîne de causalité" prévue en ce qui concerne les résultats proximaux et les résultats distaux.¹⁰¹

138. Cependant, ayant eu accès aux ensembles de données et au code informatique utilisés par les auteurs des articles TPP, Ajzen *et al.* ont constaté que les mesures TPP entraînaient très peu de changements dans les résultats distaux, et qu'aucun de ces changements ne durait ne serait-ce qu'une année. Les données de l'Australie montraient donc que les mesures TPP n'avaient pas déclenché la chaîne de causalité prévue.¹⁰² En réponse, l'Australie a affirmé que ses ensembles de données n'étaient pas véritablement adaptés pour évaluer des résultats distaux.¹⁰³

139. Le Groupe spécial n'a pas examiné explicitement l'adaptation des ensembles de données. Toutefois, en parvenant à une conclusion concernant les résultats distaux, il a dit que les données NTPPTS "[pouvaient] ... être plus adaptées" à l'analyse des résultats proximaux "[qu'à celle] ... des résultats plus distaux", en partie du fait que les questions de l'enquête n'avaient pas été posées à

⁹⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro*, paragraphe 347. (pas d'italique dans l'original)

¹⁰⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5)*, paragraphe 292.

¹⁰¹ Rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-2).

¹⁰² République dominicaine, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 198 du Groupe spécial, paragraphes 394 et 713.

¹⁰³ Australie, réponse à la question n° 196 du Groupe spécial, paragraphe 237.

des "personnes ayant récemment arrêté de fumer".¹⁰⁴ Cette constatation n'est pas fondée sur une évaluation objective de la question, comme l'exige l'article 11 du Mémoire d'accord.

140. *Premièrement*, le Groupe spécial n'a pas examiné les éléments de preuve contradictoires de la République dominicaine montrant que les ensembles de données n'étaient pas "moins adaptés" pour évaluer les résultats distaux.¹⁰⁵ La République dominicaine a signalé que les concepteurs des ensembles de données de l'Australie avaient décidé de mesurer, et que les auteurs de articles TPP avaient décidé de décrire, l'incidence de l'emballage neutre du tabac sur les résultats distaux. Ni les concepteurs ni les auteurs – dont les tâches se chevauchent – n'ont jamais laissé entendre que les ensembles de données n'étaient pas adaptés pour évaluer les résultats distaux. La République dominicaine a également montré que le caractère adapté des ensembles de données était confirmé par les éléments de preuve empiriques.

141. *Deuxièmement*, le raisonnement du Groupe spécial présente des incohérences internes. Le Groupe spécial a expliqué que les ensembles de données n'étaient pas fiables parce que les questions sur les résultats distaux "n'[avaient] pas été posées à des "personnes ayant récemment arrêté de fumer"", ce qui suppose nécessairement que les mesures TPP entraînent une augmentation du nombre de personnes qui arrêtent de fumer pendant la première année de mise en œuvre (la période couverte par l'enquête).¹⁰⁶ Il a toutefois admis ailleurs que les mesures TPP n'avaient eu *aucune* incidence positive sur le sevrage tabagique au cours de la première année de mise en œuvre.¹⁰⁷

4. Le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective en ce qui concerne les éléments de preuve spécifiques aux cigares

142. Un seul article – Miller *et al.* 2015 – a examiné l'incidence qu'ont eu les mesures TPP sur la consommation de cigares après leur mise en œuvre.¹⁰⁸ L'Australie s'est appuyée sur Miller *et al.* 2015 en tant qu'élément de preuve positif de cette incidence.¹⁰⁹

143. Cependant, Ajzen *et al.* ont identifié de sérieuses lacunes méthodologiques dans l'étude. Ils ont également expliqué que les résultats, même considérés tels quels, montraient que les mesures TPP n'avaient pas eu les effets prévus sur la consommation de cigares.¹¹⁰

144. Le Groupe spécial a accepté Miller *et al.* 2015 car: l'étude *reconnaissait* les lacunes méthodologiques; il s'agissait du seul article examinant l'incidence des mesures TPP sur les fumeurs de cigares; et il était *difficile de savoir* dans quelle mesure une méthode différente aurait changé les résultats de l'étude.¹¹¹ En faisant cette constatation, le Groupe spécial a fait erreur au regard de l'article 11 du Mémoire d'accord.

145. *Premièrement*, le Groupe spécial a traité des éléments de preuve contradictoires d'une manière incohérente. D'une part, en ce qui concerne Miller *et al.* 2015, il a invoqué les points suivants comme autant de raisons d'*accepter* l'étude: la reconnaissance des lacunes par les auteurs, l'incertitude quant aux conséquences d'un changement de méthode et l'absence d'autres données pertinentes.¹¹² D'autre part, lors de son évaluation des éléments de preuve des plaignants, le Groupe

¹⁰⁴ Rapport du Groupe spécial, appendice B, paragraphe 118.

¹⁰⁵ Australie, réponse à la question n° 196 du Groupe spécial, paragraphe 237.

¹⁰⁶ Rapport du Groupe spécial, appendice B, paragraphe 118; et deuxième contre-rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-8), paragraphe 14.

¹⁰⁷ Rapport du Groupe spécial, appendice A, note de bas de page 163 relative au paragraphe 101; et appendice D, note de bas de page 50 relative au paragraphe 46, et paragraphes 90, 111 et 113.

¹⁰⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.622.

¹⁰⁹ Australie, première communication écrite, paragraphes 82, 173, 184, 197 et note de bas de page 618 relative au paragraphe 439.

¹¹⁰ République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 457 à 462; et rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-2), paragraphes 251 à 262.

¹¹¹ Rapport du Groupe spécial, appendice A, paragraphes 32 et 71; et appendice B, paragraphes 40 et 76.

¹¹² Rapport du Groupe spécial, appendice A, paragraphes 32 et 71; voir aussi le paragraphe 72; et l'appendice B, paragraphes 40 et 76.

spécial a invoqué des considérations semblables comme raisons de *rejeter* de la solidité des éléments de preuve.¹¹³

146. *Deuxièmement*, le Groupe spécial n'a pas fourni d'explications motivées et adéquates, et n'a pas examiné les éléments de preuve de la République dominicaine, dans son évaluation de Ajzen *et al.* et de Miller *et al.* 2015. Dans un cas, il a mentionné explicitement Ajzen *et al.* comme fondement de constatations qui, en réalité, étaient *en contradiction* avec les éléments de preuve présentés par ces auteurs.¹¹⁴ Il n'a pas non plus examiné, dans son évaluation de l'incidence des mesures TPP sur la consommation de cigares, les éléments de preuve de la République dominicaine indiquant que les mesures TPP n'avaient pas d'incidence sur certains résultats distaux.¹¹⁵ Le fait que le Groupe spécial n'a pas examiné ces éléments de preuve a eu "une incidence [explicite] sur l'objectivité de son évaluation factuelle".¹¹⁶

5. Le Groupe spécial a fait erreur pour ce qui est des éléments de preuve concernant la corrélation entre l'attrait des produits du tabac et les comportements tabagiques

147. La République dominicaine et l'Australie ont toutes deux présenté des éléments de preuve *postérieurs à la mise en œuvre* concernant l'existence d'une corrélation entre l'attrait des produits du tabac et les comportements tabagiques, comme il a été dit plus haut. En l'absence d'une telle corrélation, une réduction de l'attrait des produits du tabac ne peut pas entraîner un changement dans les comportements tabagiques.

148. L'Australie s'est appuyée sur une analyse de données figurant dans l'un des articles TPP, de Brennan *et al.* 2015, pour affirmer qu'une corrélation existait.¹¹⁷

149. Ayant eu accès aux données et au code informatique utilisés par les auteurs, Ajzen *et al.* ont procédé à une nouvelle analyse de Brennan *et al.* et ont conclu que ces derniers n'avaient pas corrigé les biais systématiques vers l'obtention de faux positifs.¹¹⁸ Ils ont ensuite corrigé ce biais et ont conclu qu'il n'y avait pas de corrélation.¹¹⁹

150. Bien que le Groupe spécial ait accepté les résultats de Brennan *et al.*, il n'a pas examiné les critiques d'Ajzen *et al.* concernant l'article, en particulier en ce qui concerne les biais systématiques vers l'obtention de faux positifs.¹²⁰ Au lieu de cela, il a critiqué séparément l'analyse de Ajzen *et al.* au motif qu'il avait remarqué que "*seulement une ou deux*" variables explicatives étaient statistiquement significatives, et pouvaient donc être soumises à la multicolinéarité.¹²¹ Là encore, il n'a pas procédé à une évaluation objective des éléments de preuve et des arguments des parties.

151. *Premièrement*, le Groupe spécial a compromis les droits de la République dominicaine en matière de régularité de la procédure en appliquant des critères économétriques qu'il n'avait pas "étudi[és]" avec les parties.¹²² De sa propre initiative et sans ménager aux parties la possibilité de formuler des observations, il a déterminé que *le nombre de variables de contrôle statistiquement significatives* et la *multicolinéarité* étaient pertinents pour évaluer Ajzen *et al.*¹²³

¹¹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.955; appendice A, paragraphe 69; appendice B, paragraphes 38, 115 et 116; appendice D, paragraphe 114; et appendice E, paragraphes 30 et 31.

¹¹⁴ Voir le rapport du Groupe spécial, appendice A, paragraphe 71 (pas d'italique dans l'original); et le rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-2), paragraphe 257. Les constatations du Groupe spécial ne peuvent pas non plus être fondées sur Miller *et al.* pour la simple raison que ces auteurs n'ont pas fait part de ces résultats.

¹¹⁵ Voir le rapport du Groupe spécial, appendice B, paragraphes 40 et 120 e); et le rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-2), paragraphe 257; et République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 457 à 462.

¹¹⁶ Rapport de l'Organe d'appel CE – *Éléments de fixation (Chine)*, paragraphe 442.

¹¹⁷ Australie, première communication écrite, paragraphe 204.

¹¹⁸ Rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-2), paragraphe 75 e); et deuxième contre-rapport Ajzen *et al.* sur les données (DOM/IDN-8).

¹¹⁹ Rapport Ajzen *et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-2), paragraphe 203.

¹²⁰ Rapport du Groupe spécial, appendice B, paragraphe 116.

¹²¹ Rapport du Groupe spécial, appendice B, paragraphe 116.

¹²² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphe 1137.

¹²³ Rapport du Groupe spécial, appendice B, paragraphe 116; et rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphe 1137.

152. *Deuxièmement*, le Groupe spécial a traité les éléments de preuve des parties d'une manière inégale. Il a dénoncé les vices perçus dans *Ajzen et al.* en ce qui concerne le nombre de variables de contrôle statistiquement significatives et la multicolinéarité mais il a accepté l'analyse de Brennan *et al.* 2015, qui présentait exactement les "mêmes limites".¹²⁴

153. *Troisièmement*, le Groupe spécial n'a pas fourni d'explications motivées et adéquates pour son assertion selon laquelle *Ajzen et al.* était affectée par un nombre insuffisant de variables de contrôle statistiquement significatives et par la multicolinéarité. Même avec le rapport du Groupe spécial entre les mains, la République dominicaine en est réduite à deviner quel est le fondement des critiques formulées par le Groupe spécial, y compris dans la littérature économique.

154. *Quatrièmement*, et pour finir, le Groupe spécial a "plaidé la cause" de l'Australie. Cette dernière "n'a pas allégué devant le Groupe spécial" que les modèles économétriques des plaignants devraient être évalués sur la base du nombre de variables de contrôle statistiquement significatives et de la multicolinéarité.¹²⁵ Elle n'a jamais mentionné ces critères dans le cadre de son argumentation.

D. Le Groupe spécial a fait erreur lorsqu'il a évalué les éléments de preuve concernant l'incidence future potentielle des mesures TPP

155. Le quatrième motif d'appel de la République dominicaine concerne le fait que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective des éléments de preuve concernant l'incidence future potentielle des mesures TPP sur les comportements tabagiques.

156. Au début de la procédure, l'Australie a fait valoir qu'il était trop tôt pour évaluer l'incidence réelle des mesures TPP sur la prévalence et la consommation car ces effets ne se concrétiseraient, ou ne seraient détectables, qu'à un moment donné dans l'avenir.¹²⁶ Elle a par la suite changé sa position lorsque son expert, Mme Chipty, a allégué qu'elle concluait que les mesures TPP avaient déjà eu une incidence réelle sur le comportement tabagique.¹²⁷

157. En même temps, l'Australie a soutenu que l'effet le plus important sur le comportement tabagique se produirait "à long terme".¹²⁸ Elle a avancé deux hypothèses: la première était que les effets de l'emballage neutre du tabac sur l'initiation des jeunes seraient différés (argument relatif à l'"effet différé sur l'initiation"); et la seconde était que les effets de l'emballage neutre du tabac sur le sevrage seraient différés (argument relatif à l'"effet différé sur le sevrage").

158. La République dominicaine a démontré que les deux hypothèses de l'Australie n'étaient pas "vérifiées et étayées par des éléments de preuve suffisants".¹²⁹ La théorie relative à l'"effet différé sur l'initiation" reposait sur l'hypothèse que les jeunes Australiens avaient des perceptions *positives* de l'emballage du tabac avant l'introduction des mesures TPP, ce qui était faux, d'après la démonstration de la République dominicaine.¹³⁰ La théorie relative de l'"effet différé sur le sevrage" reposait sur l'hypothèse que les mesures TPP avaient entraîné une augmentation du nombre de tentatives d'arrêter de fumer, ce qui était faux, toujours d'après la démonstration de la République dominicaine.¹³¹ En outre, les éléments de preuve montrant qu'un certain nombre d'effets de l'emballage neutre du tabac avaient subi une usure en moins d'un an contredisaient l'hypothèse de l'Australie selon laquelle ces effets se renforceraient avec le temps.¹³²

¹²⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5)*, paragraphe 292 (pas d'italique dans l'original).

¹²⁵ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 5.221.

¹²⁶ Australie, première communication écrite, paragraphe 670.

¹²⁷ Voir, par exemple, Australie, deuxième communication écrite, paragraphe 509; réponse à la question n° 196 du Groupe spécial, paragraphe 238. Voir aussi le résumé analytique intégré des arguments de la République dominicaine, annexe B-1, paragraphes 55 à 71.

¹²⁸ Australie, deuxième communication écrite, paragraphes 6, 495 et 498.

¹²⁹ République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphes 379 et 380.

¹³⁰ Voir plus haut la section concernant les éléments de preuve relatifs aux perceptions des consommateurs.

¹³¹ République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 500; et rapport *Ajzen et al.* sur les données (pièce DOM/IDN-2), page 42, tableau 5A.

¹³² République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 483.

159. Le Groupe spécial n'a examiné aucun de ces éléments de preuve et arguments dans son évaluation d'une contribution future potentielle. Au lieu de cela, il n'a fait qu'indiquer qu'il jugeait "raisonnable" l'"affirmation" de l'Australie selon laquelle les mesures TPP pouvaient avoir des effets différés sur l'initiation et le sevrage, et pouvaient donc contribuer à l'objectif de l'Australie dans le futur.¹³³ Ce faisant, il a fait erreur de deux manières.

160. *Premièrement*, le Groupe spécial a appliqué de façon incorrecte le critère juridique permettant d'évaluer une contribution "future" au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*. L'Organe d'appel a souligné que les groupes spéciaux devaient établir la contribution future potentielle d'une mesure sur la base de "projections quantitatives pour l'avenir, ou [d']un raisonnement qualitatif fondé sur un ensemble d'hypothèses qui [étaient] vérifiées et étayées par des éléments de preuve suffisants".¹³⁴ En l'espèce, le Groupe spécial n'a examiné aucun élément de preuve pour établir que les hypothèses de l'Australie avaient été dûment "vérifiées et étayées par des éléments de preuve suffisants".¹³⁵

161. *Deuxièmement*, le Groupe spécial a fait erreur au regard de l'article 11 du Mémoire d'accord. Spécifiquement, il n'a pas examiné les éléments de preuve de la République dominicaine concernant les effets futurs de l'emballage neutre du tabac envisagés dans l'hypothèse de l'Australie. Ces éléments de preuve réfutaient les prémisses des hypothèses de l'Australie et étaient donc tout à fait pertinents pour l'évaluation du Groupe spécial. Celui-ci n'a pas donné d'explication montrant que le "caractère raisonnable" avancé pour l'"affirmation" de l'Australie sur les effets futurs était fondé sur autre chose qu'une simple hypothèse.¹³⁶

III. LES CONSTATATIONS DU GROUPE SPÉCIAL CONCERNANT LE CARACTÈRE RESTRICTIF POUR LE COMMERCE DES MESURES TPP DÉCOULENT D'UNE APPLICATION ERRONÉE DE L'ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC ET D'UN MANQUEMENT À L'OBLIGATION DE PROCÉDER À UNE ÉVALUATION OBJECTIVE AU TITRE DE L'ARTICLE 11 DU MÉMORANDUM D'ACCORD

162. Devant le Groupe spécial, la République dominicaine a expliqué que l'article 2.2 interdisait les règlements techniques qui étaient "plus restrictifs pour le commerce qu'il n'[était] nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait". Comme l'Organe d'appel l'a expliqué, une mesure est restrictive pour le commerce si elle a un effet limitatif sur le commerce international¹³⁷, y compris en limitant les "possibilités de concurrence" des produits importés, révélé par la conception, la structure et le fonctionnement attendu de la mesure.¹³⁸ Dans la présente section, la République dominicaine résume les erreurs commises par le Groupe spécial dans son évaluation du caractère restrictif pour le commerce des mesures TPP.

A. Le Groupe spécial a fait erreur dans son application du concept "restrictif pour le commerce" mentionné à l'article 2.2 de l'Accord OTC

1. Le Groupe spécial a appliqué de façon erronée l'article 2.2 de l'Accord OTC en constatant qu'une limitation des possibilités de concurrence n'était pas une base suffisante pour indiquer un caractère restrictif pour le commerce

163. Devant le Groupe spécial, la République dominicaine a expliqué qu'une mesure était "restricti[ve] pour le commerce" au regard de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* si elle avait un "effet limitatif" sur les "possibilités de concurrence" pour les produits importés.¹³⁹ Conformément à ce critère, elle a expliqué que les mesures TPP étaient restrictives pour le commerce parce qu'elles imposaient que tous les produits du tabac soient vendus en tant que "produits de base indifférenciés qui apparaiss[aient] comme étant pratiquement identiques à tout autre produit du tabac sur le

¹³³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1044.

¹³⁴ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 151 (pas d'italique dans l'original); et rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.982.

¹³⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.982; et rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 151 (pas d'italique dans l'original).

¹³⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1044.

¹³⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphes 375 et 477. Voir aussi le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.455.

¹³⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 319.

¹³⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1049.

marché australien".¹⁴⁰ Ainsi, *de par leurs seules conception et structure*, les mesures TPP restreignent les possibilités de concurrence que permet la différenciation des marques.¹⁴¹ Les éléments de preuve concernant les effets réels sur le commerce sont *complémentaires* et ne sont *pas* nécessaires pour constater l'existence d'un caractère restrictif pour le commerce.¹⁴²

164. Le Groupe spécial est convenu que, en principe, une limitation des possibilités de concurrence pouvait être démontrée au moyen d'une évaluation qualitative de la conception et du fonctionnement des mesures, et que cette démonstration n'avait pas besoin d'être "fondé[e] sur l'existence d'effets réels sur le commerce".¹⁴³ Il est également convenu que les mesures TPP "limit[aient] la possibilité pour les fabricants de tabac de faire concurrence sur la base [d'une] différenciation des marques", ce qui avait une incidence préjudiciable sur la "fidéli[té]" des consommateurs et leur "volonté de payer".¹⁴⁴

165. Toutefois, bien qu'il ait reconnu que, de par leur conception même, les mesures TPP limitaient les possibilités de concurrence, le Groupe spécial a constaté que cela n'était pas suffisant pour démontrer l'existence d'un caractère restrictif pour le commerce. Il a en fait constaté qu'il fallait montrer, à l'aide d'"éléments de preuve appropriés", "*comment* ces effets sur les conditions de concurrence sur le marché engendr[aient] un effet limitatif sur le commerce international des produits du tabac".¹⁴⁵ Cette constatation reposait sur une conception indûment étroite des "possibilités de concurrence" comme se rapportant exclusivement à une concurrence (parfaite) liée aux prix.

166. Le Groupe spécial a en outre fait erreur dans son application de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* en établissant une distinction inappropriée entre l'évaluation du caractère restrictif pour le commerce des mesures discriminatoires et l'évaluation du caractère restrictif pour le commerce des mesures non discriminatoires, ce qui est incompatible avec la jurisprudence relative à l'article 2.2. De fait, il a constaté que, même si, dans le cas de mesures discriminatoires, des éléments de preuve montrant des effets sur le commerce n'étaient *pas* requis pour démontrer l'existence d'un caractère restrictif pour le commerce, de tels éléments de preuve étaient *requis* dans le cas de mesures non discriminatoires.¹⁴⁶

2. Le Groupe spécial a appliqué de façon erronée l'article 2.2 de l'Accord OTC en exigeant que les données sur les ventes de cigarettes montrent "exclusivement" la forme de caractère restrictif pour le commerce alléguée par la République dominicaine

167. La République dominicaine a présenté des éléments de preuve concernant les effets réels sur le commerce des mesures TPP, malgré le fait que ces éléments de preuve n'étaient pas nécessaires puisque les mesures TPP restreignaient les possibilités de concurrence de par leur conception.¹⁴⁷ Spécifiquement, elle a présenté des éléments de preuve montrant une "descente en gamme", c'est-à-dire une substitution des produits haut de gamme par des produits bas de gamme en raison d'une fidélité et d'une volonté de payer moins importantes des consommateurs.¹⁴⁸ Le Groupe spécial les a rejetés en tant qu'éléments de preuve du caractère restrictif pour le commerce parce qu'il a constaté que les plaignants n'avaient pas démontré que la diminution du ratio entre cigarettes haut de gamme et cigarettes bas de gamme était *exclusivement* le résultat d'une descente en gamme

¹⁴⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1104.

¹⁴¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1107.

¹⁴² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1049.

¹⁴³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1076; voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphe 5.217 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *Chine – Matières premières*, paragraphes 319 et 320).

¹⁴⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1167. (pas d'italique dans l'original) (note de bas de page interne omise)

¹⁴⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1168. (italique dans l'original)

¹⁴⁶ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1168.

¹⁴⁷ Voir République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 978; deuxième communication écrite, paragraphe 938; et observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 151 du Groupe spécial.

¹⁴⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1197.

causée par les mesures TPP.¹⁴⁹ Une prescription aussi stricte concernant le lien de causalité constitue une mauvaise application de l'article 2.2.¹⁵⁰

3. Le Groupe spécial a fait erreur dans l'application de l'article 2.2 de l'Accord OTC en exigeant un examen des actions possibles de la part des fournisseurs pour lutter contre les effets restrictifs pour le commerce des mesures TPP sur les consommateurs

168. Le Groupe spécial a en outre fait erreur dans son application de l'article 2.2 de l'Accord OTC en traitant la réponse commerciale des fournisseurs aux mesures TPP comme un aspect nécessaire de l'analyse du caractère restrictif pour le commerce. Il a en particulier fait le raisonnement suivant: le fait que les fournisseurs pourraient être en mesure d'ajuster leur stratégie commerciale pour compenser l'incidence restrictive pour le commerce des mesures TPP pourrait empêcher de constater l'existence d'un caractère restrictif pour le commerce.¹⁵¹ Toutefois, pour établir l'existence d'un caractère restrictif pour le commerce, un plaignant n'est pas tenu de démontrer que les fournisseurs ne peuvent pas prendre de dispositions pour surmonter les limitations des possibilités de concurrence imposées par une mesure.¹⁵²

B. Le Groupe spécial n'a pas procédé, au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord, à une évaluation objective des éléments de preuve et des arguments des parties concernant les effets réels sur le commerce des mesures TPP

169. La République dominicaine a présenté des éléments de preuve montrant que les mesures TPP entraînaient une descente en gamme. Le Groupe spécial est convenu que les mesures TPP contribuaient à la diminution du ratio entre cigarettes haut de gamme et cigarettes bas de gamme en Australie. Il a cependant constaté que cela ne démontrait *pas* l'existence d'effets réels sur le commerce, sur la base de sa propre "analyse graphique".¹⁵³ Il a constaté que sa propre "analyse graphique" "impliqu[ait]" qu'"au moins une partie" de cette diminution du ratio était due à la réduction globale des ventes – c'est-à-dire au sevrage – et *non* au passage à des produits bas de gamme.¹⁵⁴ Cependant, ni les plaignants ni l'Australie n'ont présenté l'"analyse graphique" sur laquelle le Groupe spécial s'est appuyé. Ce document a en fait été produit par le Groupe spécial de sa propre initiative. Le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord eu égard aux trois aspects suivants.

170. *Premièrement*, en refusant à la République dominicaine la possibilité de formuler des observations sur son analyse graphique, et l'interprétation qu'il en a donnée, le Groupe spécial a compromis les droits de la République dominicaine en matière de régularité de la procédure. *Deuxièmement*, il n'a pas fourni d'"explications motivées et adéquates" pour les inférences qu'il a tirées de sa propre analyse graphique, qui sont incorrectes. *Troisièmement*, en rejetant les éléments de preuve des plaignants fondés sur sa propre analyse graphique, il a "plaidé la cause" de l'Australie.

IV L'ANALYSE PAR LE GROUPE SPÉCIAL DES SOLUTIONS DE RECHANGE MOINS RESTRICTIVES POUR LE COMMERCE PROPOSÉES PAR LA RÉPUBLIQUE DOMINICAINE REFLÈTE LES ERREURS COMMISES DANS L'APPLICATION DE L'ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC ET LES MANQUEMENTS À L'OBLIGATION DE PROCÉDER À UNE ÉVALUATION OBJECTIVE AU TITRE DE L'ARTICLE 11 DU MÉMOIRE D'ACCORD

171. La section IV.A résume les multiples erreurs commises par le Groupe spécial lorsqu'il a évalué deux des solutions de rechange dont la République dominicaine faisait valoir qu'elles seraient moins restrictives pour le commerce et apporteraient une contribution équivalente à l'objectif de l'Australie. Ces solutions de rechange consistaient: 1) à faire passer de 18 à 21 ans l'âge minimum légal pour l'achat des produits du tabac ("relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat"); 2) à relever le taux des droits d'accise sur les produits du tabac ("augmentation des taxes").

¹⁴⁹ Voir le rapport du Groupe spécial, appendice E, paragraphe 56 c); voir aussi l'appendice E, paragraphe 55.

¹⁵⁰ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 236 à 239.

¹⁵¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1201, 7.1221, 7.1218 et 7.1181.

¹⁵² Voir le rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 117.

¹⁵³ Rapport du Groupe spécial, appendice E, paragraphe 55.

¹⁵⁴ Rapport du Groupe spécial, appendice E, paragraphe 55.

A. Le Groupe spécial a fait erreur lorsqu'il a évalué le caractère restrictif pour le commerce des solutions de rechange proposées

172. La République dominicaine a expliqué que, outre une restriction fondée sur le volume, les mesures TPP entraînaient un *type additionnel de restriction du commerce* découlant de l'élimination des possibilités de concurrence associées à l'aptitude à différencier des produits par identification de la marque. En revanche, les solutions de rechange proposées par la République dominicaine restreindraient le commerce *uniquement* du fait qu'elles réduiraient les volumes des ventes. Par conséquent, la République dominicaine a expliqué que les mesures contestées étaient *plus* restrictives pour le commerce que les solutions de rechange proposées.¹⁵⁵

173. Plus tôt dans ses constatations, le Groupe spécial a rejeté l'argument de la République dominicaine selon lequel la limitation imposée par les mesures TPP concernant les possibilités de concurrence associées à l'identification par la marque constituait une restriction au commerce, et il a constaté que les mesures TPP étaient restrictives pour le commerce du *seul* fait de leur incidence sur le *volume* des échanges. Rappelant ces constatations, il a conclu que, dans la mesure où les solutions de rechange proposées par la République dominicaine apportaient une contribution équivalente à l'objectif de l'Australie, elles réduiraient les volumes des échanges à un degré proportionnel. Il n'était donc pas convaincu que les plaignants avaient démontré qu'un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat ou une augmentation des taxes seraient *moins* restrictifs pour le commerce.¹⁵⁶

174. Cependant, le Groupe spécial a fait erreur lorsqu'il a évalué le caractère restrictif pour le commerce des mesures TPP. Par conséquent, dans le cadre de l'évaluation de la question de savoir si les solutions de rechange proposées étaient *moins* restrictives pour le commerce que les mesures TPP, le point de repère retenu par le Groupe spécial – le degré du caractère restrictif pour le commerce des mesures TPP – était incorrect. Le Groupe spécial a donc fait erreur en constatant que les solutions de rechange relatives au relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat et à l'augmentation des taxes n'étaient pas moins restrictives pour le commerce que les mesures TPP.

175. De plus, il a fait erreur lorsqu'il a évalué le relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat. En procédant à cette évaluation, il a pris en compte les "effets futurs" du *caractère restrictif pour le commerce* d'un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat.¹⁵⁷ Or, lorsqu'il a évalué la *contribution* à l'objectif de l'Australie d'un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat, il n'a *pas* pris en compte les "effets futurs" de ce relèvement. Par conséquent, il a fourni un raisonnement "incohérent", d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord.

B. Le Groupe spécial a fait erreur lorsqu'il a évalué la contribution des solutions de rechange proposées

176. Devant le Groupe spécial, la République dominicaine a fait valoir qu'un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat et une augmentation des taxes contribueraient à l'objectif de l'Australie en interdisant l'accès des jeunes et en réduisant l'accès financier aux produits du tabac. Le Groupe spécial a constaté que, même si ces mesures étaient aptes à contribuer à l'objectif de l'Australie, elles n'apporteraient pas une contribution *équivalente* à cet objectif car, s'il n'y avait pas de mesures TPP, les effets de l'emballage du tabac ne seraient pas traités "du tout", ce qui affaiblirait les "synergies" dans la politique de lutte antitabac de l'Australie.¹⁵⁸ Cette constatation découlait des erreurs commises au regard de l'article 11 du Mémoire d'accord ainsi que de l'application erronée de l'article 2.2 de l'Accord OTC.

1. Erreurs du Groupe spécial au regard de l'article 11 du Mémoire d'accord

177. Ailleurs dans son raisonnement, le Groupe spécial a admis que d'autres éléments de la politique de lutte antitabac de l'Australie – y compris les mises en garde sanitaires explicites, les interdictions au point de vente et les lois existantes contre les emballages trompeurs du tabac – traitaient les effets de l'emballage du tabac. La République dominicaine a également présenté des

¹⁵⁵ Voir République dominicaine, réponse à la question n° 151 du Groupe spécial.

¹⁵⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1417 (relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat) et paragraphe 7.1495 (augmentation des taxes).

¹⁵⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1413.

¹⁵⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1459, 7.1462, 7.1526 à 7.1531.

arguments et des éléments de preuve à cet effet. Par conséquent, la constatation du Groupe spécial selon laquelle, sans les mesures TPP, l'emballage du tabac, en tant que moyen de communication, ne serait pas traité "du tout", est tout simplement incorrecte. Le Groupe spécial n'a pas fourni d'explications motivées et adéquates ni de raisonnement cohérent, et il n'a pas examiné les arguments et les éléments de preuve de la République dominicaine.

178. Dans son évaluation des "effets futurs" d'un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat, le Groupe spécial a également appliqué un raisonnement "incohérent". Lorsque les effets futurs potentiels d'une mesure étaient favorables à l'Australie, il en a tenu compte. Mais lorsqu'ils étaient favorables à la République dominicaine, il n'en a pas tenu compte.

2. Erreurs du Groupe spécial dans l'application de l'article 2.2 de l'Accord OTC

a. Le Groupe spécial a fait erreur en rejetant les solutions de rechange proposées au motif qu'elles contribuaient à l'objectif de l'Australie en utilisant des moyens différents de ceux des mesures TPP

179. Le Groupe spécial a correctement énoncé le critère au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, constatant qu'"une mesure de rechange proposée [pouvait] atteindre un *degré* équivalent de contribution *différemment* du règlement technique en cause et que *ce qui [était] pertinent, c'[était] le degré global de contribution que le règlement technique apport[ait] à l'objectif poursuivi*".¹⁵⁹

180. Cependant, en évaluant les faits, le Groupe spécial a constaté que, pour apporter une contribution équivalente à celle des mesures contestées, les solutions de rechange proposées *devaient* répondre à "l'*aspect du problème* que les mesures contestées cherch[aient] à traiter".¹⁶⁰ Ainsi, il a estimé que des solutions de rechange fonctionnant selon un mécanisme différent ne pourraient jamais apporter le *degré de contribution* car elles "*laisserai[ent] nécessairement en place* les aspects des produits du tabac et de leur emballage pour la vente au détail que les mesures TPP trait[aient]".¹⁶¹ Pour l'essentiel, le Groupe spécial a rejeté toutes les solutions de rechange fonctionnant selon un mécanisme différent de celui des mesures TPP. Cette approche n'est pas compatible avec le critère juridique au titre de l'article 2.2, tel qu'il est énoncé par le Groupe spécial lui-même.

b. Le Groupe spécial a fait erreur dans son application de l'article 2.2 de l'Accord OTC lorsqu'il a évalué la présence de synergies sur une base partielle

181. Un aspect essentiel du raisonnement du Groupe spécial était qu'il *pouvait* y avoir une perte de "synergies" si les mesures TPP étaient remplacées par les solutions de rechange proposées.¹⁶² Par "synergies", le Groupe spécial entendait une situation dans laquelle les mesures TPP rendaient une autre mesure de lutte antitabac existante plus efficace pour réduire le tabagisme. Cependant, il a tenu *uniquement* compte de la *perte* de synergies qui pourrait découler d'un remplacement des mesures TPP; il n'a pas tenu compte des synergies qui pourraient être *obtenues* par la mise en œuvre des solutions de rechange proposées, en dépit des éléments de preuve montrant l'existence de ces synergies.¹⁶³ Il n'a donc pas évalué les solutions de rechange proposées de la même manière que les mesures TPP.

V. L'ANALYSE PAR LE GROUPE SPÉCIAL DES ALLÉGATIONS DE LA RÉPUBLIQUE DOMINICAINE AU TITRE DE L'ARTICLE 20 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC N'A PAS SATISFAIT AUX PRESCRIPTIONS DE L'ARTICLE 7:1 DU MÉMORANDUM D'ACCORD ET N'ÉQUIVALE PAS À UNE ÉVALUATION OBJECTIVE DE LA QUESTION AU TITRE DE L'ARTICLE 11 DU MÉMORANDUM D'ACCORD

182. La République dominicaine a fait valoir que les mesures TPP imposaient des "prescriptions spéciales" qui "entrav[aient] de manière injustifiable" l'"usage d'une marque de fabrique ou de

¹⁵⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1454 (pas d'italique dans l'original), mentionnant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.215.

¹⁶⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1731.

¹⁶¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1526. (pas d'italique dans l'original)

¹⁶² Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1528.

¹⁶³ Voir République dominicaine, observations sur la réponse de l'Australie à la question n° 148 du Groupe spécial, paragraphe 111.

commerce au cours d'opérations commerciales", au titre de l'article 20 de l'*Accord sur les ADPIC*.¹⁶⁴ Lorsqu'il a évalué cette allégation, le Groupe spécial a totalement omis, en violation des articles 7:1 et 11 du Mémoire d'accord, d'évaluer le caractère justifiable de l'entrave requise par un aspect distinct des mesures TPP, à savoir la prohibition des marques dénomminatives sur les bâtonnets de cigarettes qu'elles imposaient. En outre, les constatations du Groupe spécial au titre de l'article 20 de l'*Accord sur les ADPIC* découlaient de ses constatations erronées au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* sur la contribution des mesures TPP et sur les mesures de rechange proposées par la République dominicaine.¹⁶⁵

¹⁶⁴ Voir République dominicaine, deuxième communication écrite, paragraphe 549.

¹⁶⁵ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.2592, 7.2593 et 7.2600.

ANNEXE B-3**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DE
L'AUSTRALIE EN TANT QU'INTIMÉ**

1. Le présent différend porte sur la contestation des mesures concernant l'emballage neutre du tabac de l'Australie (les "mesures TPP"), qui viennent empêcher l'exploitation, bien documentée, par l'industrie du tabac des caractéristiques de conception des produits et de l'emballage pour influencer le comportement des consommateurs, en particulier le comportement des jeunes. L'Australie a mis ces mesures en œuvre en s'appuyant sur trois décennies d'éléments de preuve et sur une recommandation explicite figurant dans les Directives de la Convention-cadre pour la lutte antitabac ("FCTC") de l'Organisation mondiale de la santé ("OMS").
2. Les quatre plaignants initiaux ont engagé le présent différend pour contester les mesures TPP de l'Australie et le Groupe spécial a rejeté l'intégralité de leurs allégations. Deux des plaignants initiaux ont accepté les constatations et conclusions de l'Organe de règlement des différends ("ORD") et ces rapports ont été adoptés. Seuls la République dominicaine et le Honduras ont fait appel du rapport du Groupe spécial dans le cadre de leurs différends respectifs.
3. Pour contester les constatations et conclusions du Groupe spécial en appel, ni la République dominicaine ni le Honduras n'avancent aucune allégation crédible selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur dans ses interprétations juridiques des dispositions pertinentes des accords visés ou dans leur application. En ce qui concerne l'Accord sur les ADPIC, le Honduras présente en appel seulement deux des dix allégations qu'il avait formulées initialement, faisant valoir que le Groupe spécial a interprété et appliqué d'une manière incorrecte l'article 16:1 et l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC. La République dominicaine n'avance même pas d'arguments propres sur ces points mais incorpore simplement par référence les allégations d'erreur du Honduras dans son appel. Pour ce qui est de l'article 2.2 de l'Accord OTC, les deux appelants reconnaissent que le Groupe spécial "a énoncé correctement le critère juridique qui s'applique au titre de l'Accord OTC"¹ mais poursuivent néanmoins en alléguant qu'il a commis une "erreur de droit".
4. Au lieu de formuler des allégations juridiques crédibles, les appelants ont présenté une contestation sans précédent concernant les constatations de fait d'un groupe spécial au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends ("Mémoire d'accord"). Les allégations des plaignants selon lesquelles le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question dont il était saisi se rapportent essentiellement aux constatations de fait formulées par le Groupe spécial à l'appui de sa conclusion selon laquelle les plaignants n'ont pas démontré que les mesures TPP n'étaient pas à même de contribuer à l'objectif légitime de santé publique de l'Australie.
5. Les affirmations des appelants sont toutefois totalement contredites par le rapport approfondi et exhaustif de 1 266 pages établi par le Groupe spécial.² Au lieu de rendre une décision hâtive, comme le prétendent les plaignants, le Groupe spécial a examiné de façon exhaustive plus de 5 000 pages de communications présentées par les parties, plus de 1 600 pièces et plus de 80 rapports d'experts.³ Selon l'Australie, il est juste de dire que le rapport du Groupe spécial dont dispose l'Organe d'appel représente l'évaluation la plus ambitieuse dans l'histoire de l'ORD en ce qui concerne un dossier d'éléments de preuve, incluant, entre autres choses, des questions complexes

¹ Honduras, communication en tant qu'appelant, paragraphe 11. Voir aussi République dominicaine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 1245.

² Le corps du rapport du Groupe spécial (dans sa version anglaise) compte 889 pages, auxquelles s'ajoutent 152 pages d'analyse des éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre et 226 pages d'annexes.

³ Les rapports d'experts présentés par les parties incluaient près de 30 rapports portant sur des analyses économétriques complexes de données; près de 25 rapports sur la santé publique, la psychologie et la théorie du comportement; 7 examens de la littérature commandés par les plaignants; 8 rapports sur la théorie du marketing; 4 rapports sur le commerce illicite et les conditions du marché; et 6 rapports sur les mesures de rechange et la mise en conformité avec la réglementation.

dans le domaine de la santé publique, de la théorie du comportement, du marketing et de l'économétrie.

6. L'attaque contre les constatations de fait formulées par le Groupe spécial au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord dépasse de loin le champ de toute contestation antérieure concernant l'exercice par un groupe spécial de sa fonction d'établissement des faits. N'ayant pas convaincu le Groupe spécial que les mesures TPP n'étaient pas à même de contribuer à l'objectif légitime de santé publique de l'Australie, les appelants ont utilisé leur droit à un examen en appel au titre de l'article 17:6 du Mémoire d'accord pour tenter de discréditer la *manière* dont le Groupe spécial a évalué presque chaque élément de preuve contesté, en particulier les éléments de preuve quantitatifs disponibles indiquant une contribution pendant la période limitée qui avait suivi la mise en œuvre des mesures TPP. Les attaques des appelants concernant l'objectivité du Groupe spécial dans l'évaluation de ces éléments de preuve sont totalement dénuées de fondement et suscitent, plus généralement, de sérieuses préoccupations systémiques concernant l'utilisation de l'examen en appel pour revenir sur les constatations de fait d'un groupe spécial.

I. CONTEXTE DU PRÉSENT APPEL

7. L'Australie a mis en œuvre les mesures TPP, qui correspondaient à l'étape logique suivante dans son approche globale de la lutte antitabac, en s'appuyant sur plus de trois décennies de recherche. Les éléments de preuve à l'appui de cette décision ont été examinés par des autorités éminentes, comme les directeurs successifs du Service de santé publique des États-Unis, l'Institut national du cancer des États-Unis, l'Institut de médecine des États-Unis et l'OMS, puis par des experts indépendants mandatés par des gouvernements et des tribunaux nationaux.

8. Les éléments de preuve ont essentiellement confirmé: i) qu'il était important pour l'industrie du tabac de recruter des jeunes et des adolescents pour assurer la pérennité de leur modèle économique; ii) que l'industrie du tabac, comme elle l'a admis elle-même, avait utilisé l'emballage du tabac comme moyen publicitaire et promotionnel pour les produits du tabac pendant des décennies; iii) que sur un marché discret comme l'Australie, où toutes les autres formes de publicité et de promotion pour le tabac sont interdites, l'industrie du tabac avait ouvertement admis que le paquet de tabac fonctionnait comme un "panneau-réclame" mobile; et iv) que l'apparence de l'emballage du tabac, y compris l'apparence du produit lui-même, pouvait affecter les comportements liés au tabagisme, y compris l'initiation chez les jeunes, le sevrage et la récurrence.

9. Les plaignants ont engagé la procédure du Groupe spécial en ayant parfaitement connaissance de ces constatations déterminantes. Ils ont donc assumé la charge de démontrer le bien-fondé d'une série d'assertions *contre-intuitives* en tentant d'établir que les mesures TPP n'étaient pas "à même" de contribuer à l'objectif de l'Australie. Ils ont tout d'abord formulé ces arguments en attaquant les nombreux éléments de preuve *qualitatifs* présentés au Groupe spécial, faisant valoir ce qui suit:

- les éléments de preuve antérieurs à la mise en œuvre, tels qu'ils figuraient dans un grand nombre d'études publiées dans des revues soumises à un examen par les pairs, n'étaient pas "d'une qualité ni d'une rigueur méthodologique" suffisante pour constituer une base fiable permettant de mettre en œuvre les mesures TPP;
- l'emballage du tabac n'était *pas* une forme de publicité ou de promotion, bien que des documents émanant de l'industrie du tabac confirment qu'il était, et avait été, utilisé comme tel depuis des décennies;
- même si l'emballage du tabac *était* une forme de publicité ou de promotion, il ne pouvait pas remplir cette fonction dans le contexte du marché discret de l'Australie; et
- même si l'identification de la marque sur l'emballage du tabac influençait le comportement des consommateurs, cette influence se limitait aux choix de fumer une marque plutôt qu'une autre des consommateurs *existants* (demande secondaire) et ne concernait pas l'attrait exercé sur de *nouveaux* fumeurs pour qu'ils commencent à fumer (demande primaire).

10. Reconnaisant peut-être que ces arguments ne seraient pas suffisants pour leur permettre de s'acquitter de la charge de la preuve qui leur incombait, compte tenu des éléments de preuve

qualitatifs clairement à l'appui de l'emballage neutre du tabac, les plaignants ont soutenu que les mesures TPP pouvaient uniquement être considérées comme étant capables de contribuer à l'objectif de l'Australie si elles avaient apporté une contribution *quantifiable* à cet objectif dans le laps de temps limité qui s'était écoulé depuis leur mise en œuvre. À cette fin, les plaignants ont cherché à faire en sorte que le différend ne soit plus axé sur la conception, la structure et le fonctionnement des mesures TPP mais sur des analyses économétriques et statistiques complexes de données recueillies pendant la brève période suivant la mise en œuvre de ces mesures en décembre 2012. Au cours de la procédure, les plaignants ont fait évoluer leur approche concernant ces analyses, présentant de nouvelles théories au Groupe spécial afin de remplacer celles que l'Australie avait réfutées.

11. Les plaignants ont tout d'abord fait valoir que les mesures TPP "avaient produit des effets contraires" en faisant *augmenter* la proportion de la population qui fumait (prévalence) et les volumes totaux de ventes de cigarettes (consommation). Compte tenu des analyses correctives effectuées par les experts de l'Australie, les plaignants n'ont pas maintenu cette argumentation aux stades ultérieurs de la procédure. Ils sont passés à l'argument selon lequel les éléments de preuve économétriques présentés par leurs experts prouvaient assurément qu'*aucune partie* des baisses observées dans la prévalence et la consommation ne pouvait être *imputée* aux effets des mesures.

12. Sur la base de son évaluation approfondie de ces arguments, le Groupe spécial a conclu que les plaignants ne s'étaient pas acquittés de la charge qui leur incombait de prouver que les mesures TPP ne pouvaient pas contribuer à l'objectif de l'Australie.

13. En ce qui concerne les éléments de preuve antérieurs à la mise en œuvre, le Groupe spécial les a examinés dans le détail sur une centaine de page et a conclu ce qui suit:

- les plaignants n'avaient pas démontré que les éléments de preuve antérieurs à la mise en œuvre étaient fondamentalement viciés au point de ne *pas* pouvoir étayer le fonctionnement des mesures TPP;
- ils ne l'avaient pas convaincu que l'emballage du tabac n'avait *aucune* influence sur les comportements tabagiques, en particulier sur un marché discret comme l'Australie;
- ils ne l'avaient pas convaincu que les effets de l'identification de la marque sur l'emballage du tabac étaient limités à la demande secondaire, à l'exclusion de la demande primaire pour ces produits;
- ils n'avaient pas démontré que les mesures TPP ne seraient pas capables de réduire l'attrait des produits du tabac et donc d'affecter les comportements tabagiques;
- ils n'avaient pas démontré que les niveaux existants de connaissance en matière de santé et de sensibilisation aux risques en Australie étaient tels qu'ils ne pouvaient pas être augmentés au moyen d'un renforcement de l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et donc affecter les comportements tabagiques; et
- ils n'avaient pas démontré que les mesures TPP, de par leur conception, ne seraient pas à même de diminuer l'aptitude de l'emballage du tabac à induire les consommateurs en erreur et donc d'affecter les comportements tabagiques.

14. Le Groupe spécial a de même procédé à de longues analyses des éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre présentés par les plaignants, ainsi que des éléments de preuve associés présentés à titre de réfutation par l'Australie, exposant en détail ses constatations dans quatre appendices séparés. Enfin, il a estimé que les éléments de preuve relevant des éléments de preuve *quantitatifs* postérieurs à la mise en œuvre étayaient sa conclusion générale selon laquelle les plaignants n'avaient pas démontré que les mesures TPP n'étaient pas à même de contribuer à l'objectif de l'Australie, constatant en particulier ce qui suit:

- les éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre donnaient à penser que l'introduction de l'emballage neutre du tabac "[avait] effectivement réduit l'attrait des

- produits du tabac, comme ... prév[u]" et que l'emballage neutre avait "eu une certaine incidence sur l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites"⁴; et
- les éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre concernant les comportements tabagiques "[étaient] compatibles avec une constatation selon laquelle les mesures TPP contribu[ai]ent à une réduction de la consommation de produits du tabac".⁵

15. Malgré le temps considérable et le nombre excessif de rapports d'experts employés par les plaignants pour contester ces questions au cours de la procédure du Groupe spécial, il apparaît à présent que les appelants concèdent bon nombre de ces points, ce qui ne fait que souligner la vacuité de leur argumentation. En particulier, il apparaît que les appelants ont concédé ce qui suit:

- l'emballage fonctionnait *bien* comme de la publicité et de la promotion et venait soutenir la demande primaire de produits du tabac en vue de remplacer les fumeurs qui renonçaient à fumer ou qui mourraient;
- l'emballage neutre du tabac affectait le comportement des consommateurs;
- l'emballage neutre du tabac avait réduit l'attrait des produits du tabac et renforcé l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites précisément de la manière prévue; et
- les mesures TPP n'avaient pas produit d'effets contraires et les taux de prévalence et de consommation en Australie avaient continué à *diminuer* après leur mise en œuvre.

16. Sur la base de ces constatations non contestées du Groupe spécial, il est clair et évident que *les mesures TPP sont capables de contribuer à l'objectif de l'Australie*.

II. ALLÉGATIONS AU TITRE DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

17. Les quatre plaignants dans les différends initiaux ont présenté dix allégations distinctes au titre de l'Accord sur les ADPIC contre les mesures TPP – qui ont toutes été rejetées par le Groupe spécial.

18. Dans son appel concernant le rapport du Groupe spécial dans l'affaire DS435, le Honduras allègue que le Groupe spécial a commis une erreur en ce qui concerne seulement deux de ces allégations initiales: l'allégation au titre de l'article 16:1 et l'allégation au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC. Les arguments formulés par la République dominicaine en appel relatifs à l'Accord sur les ADPIC sont limités à certaines allégations d'erreur au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord.

19. En ce qui concerne ses allégations au titre de l'article 16:1 et de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, le Honduras n'a pas changé de stratégie d'interprétation par rapport à la procédure du Groupe spécial. Il amalgame différentes dispositions relatives aux marques pour trouver le moyen d'étayer son affirmation générale et erronée selon laquelle ces dispositions confèrent un "droit d'usage" aux titulaires de marques enregistrées.

20. En ce qui concerne l'article 16:1, le Groupe spécial a rejeté à juste titre toutes les allégations des plaignants sur la base de sa conclusion selon laquelle l'article 16:1 "énon[çait] une obligation imposant aux Membres d'accorder au titulaire d'une marque enregistrée le droit d'"arrêter ou entraver" l'action de tous ceux agissant sans son consentement consistant à faire usage de certains signes sur certains produits ou services, dans les cas où un tel usage entraînerait un risque de confusion".⁶ Il a constaté que l'article 16:1 "n'énon[çait] aucun autre droit du titulaire de la marque et ne mentionn[ait] pas non plus l'usage de la marque enregistrée par son titulaire".⁷

⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.636.

⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1037.

⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1974.

⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1974.

21. Le Honduras souligne que son interprétation de l'article 16:1 n'est pas fondée sur un "droit positif de faire usage" d'une marque.⁸ En même temps, il fait valoir qu'un Membre "ne respecte pas son engagement de garantir un niveau minimal de protection" au regard de l'article 16:1 lorsqu'il adopte une mesure empêchant l'usage d'une marque et qu'il "a [donc] affaibli la marque de telle sorte que pratiquement toute allégation d'atteinte aux droits sera rejetée".⁹

22. Ainsi, l'appel du Honduras concernant l'interprétation de l'article 16:1 par le Groupe spécial est fondé sur le même défaut fondamental que les arguments qu'il avait initialement présentés au Groupe spécial et devrait être rejeté par l'Organe d'appel pour les mêmes raisons. Comme le Groupe spécial l'a constaté à juste titre, rien dans le texte de l'article 16:1 ne laisse entendre que les Membres doivent "maintenir des conditions de marché qui permettraient que les circonstances définies dans cette disposition, y compris le risque de confusion, se produisent effectivement dans une situation donnée. En fait, les Membres doivent faire en sorte qu'un droit d'empêcher un tel usage soit accordé au cas où ces circonstances *existent* effectivement".¹⁰

23. L'appel du Honduras concernant l'interprétation de l'article 20 par le Groupe spécial est divisé en deux parties. Dans son appel principal, le Honduras allègue que "le Groupe spécial a fait erreur en n'adoptant pas une approche par marque".¹¹ Son affirmation fondamentale est que les Membres ne peuvent *jamaïs* imposer de prescriptions spéciales qui entravent l'usage de marques pour des raisons liées à des considérations de santé publique ou relevant d'autres politiques générales publiques, à moins que l'entrave en résultant ne soit "limitée" (un terme qui n'apparaît pas dans l'article 20) ou "justifiée par une préoccupation inhérente à la marque considérée", comme les types de raisons qui justifieraient un refus d'enregistrement de la marque dans un premier temps.¹² Selon le Honduras, une prohibition de l'usage d'une catégorie de marques (comme les marques figuratives) dans un but particulier (à savoir empêcher la publicité et la promotion des produits du tabac) est injustifiable en soi.

24. L'interprétation extrême que le Honduras donne de l'expression "de manière injustifiable" n'est pas étayée par le sens ordinaire de cette expression, interprétée correctement dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'Accord sur les ADPIC (ou de l'historique de sa négociation). En fait, l'interprétation de l'expression "de manière injustifiable" défendue par le Honduras repose sur une tentative infondée de donner de la section 2 de la partie II de l'Accord sur les ADPIC une lecture qui inclue un "droit d'usage" et d'interpréter l'article 20 de cet accord comme étant une exception "limitée" à ce "droit". Le Groupe spécial a dûment rejeté la stratégie d'interprétation du Honduras et l'Organe d'appel devrait faire de même.

25. La deuxième partie de la contestation du Honduras concernant l'interprétation donnée par le Groupe spécial de l'article 20 est formulée "à titre subsidiaire" et suppose "pour les besoins de l'argumentation, que le Groupe spécial a raison de dire que l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20 correspond à une exception relative à la politique générale s'appliquant de façon plus large".¹³ Dans ce cas, le Honduras fait valoir que le Groupe spécial a fait erreur en n'interprétant pas l'expression "de manière injustifiable" "comme exigeant de privilégier les mesures de rechange entravant moins les marques qui fournissent une contribution équivalente".¹⁴

26. Cette deuxième partie de l'appel du Honduras relatif à l'interprétation est également dénuée de fondement, puisque le Groupe spécial a effectivement *bien* interprété l'article 20 comme exigeant un examen des solutions de rechange proposées et a *bien* examiné les solutions de rechange proposées par les plaignants. Autrement dit, le Groupe spécial a fait ce qu'il était tenu de faire d'après les allégations du Honduras.

27. Dans la partie III.3 de son appel, le Honduras suppose pour les besoins de l'argumentation que le Groupe spécial a correctement interprété l'expression "de manière injustifiable" mais il allègue que celui-ci a mal appliqué l'article 20 aux faits de la cause.

⁸ Honduras, communication en tant qu'appelant, paragraphe 349.

⁹ Honduras, communication en tant qu'appelant, paragraphe 429.

¹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.2000 (italique dans l'original).

¹¹ Honduras, communication en tant qu'appelant, paragraphe 52.

¹² Honduras, communication en tant qu'appelant, paragraphe 146.

¹³ Honduras, communication en tant qu'appelant, paragraphe 54.

¹⁴ Honduras, communication en tant qu'appelant, paragraphe 231.

28. Par exemple, le Honduras soutient que le Groupe spécial a accordé "trop d'importance à la perte de valeur économique des marques au lieu de mettre l'accent sur l'incidence des mesures TPP sur l'usage d'une marque pour ce qui est de sa fonction distinctive".¹⁵ Le Groupe spécial a toutefois clairement indiqué que son examen de la nature et de l'étendue de l'entrave se "concentrer[ait] sur les implications des prescriptions TPP relatives à la marque *sur l'aptitude d'une marque à distinguer les produits et les services d'entreprises au cours d'opérations commerciales*".¹⁶ Autrement dit, l'analyse du Groupe spécial a mis l'accent précisément là où il fallait le mettre d'après les allégations du Honduras. De nombreux autres arguments présentés par ce dernier à l'appui de ses allégations concernant l'application sont également dénués de fondement.

29. La République dominicaine n'avance qu'une seule allégation d'erreur distincte en ce qui concerne les constatations du Groupe spécial au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC. Elle allègue que le Groupe spécial n'a procédé à aucune évaluation des allégations qu'elle a formulées au titre de l'article 20 concernant la prohibition de l'usage des marques sur les bâtonnets de cigarettes et qu'il a de ce fait agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord.

30. Il ressort très clairement de son rapport qu'en fait le Groupe spécial a bien examiné les allégations de la République dominicaine au titre de l'article 20 concernant les bâtonnets de cigarettes. Tout ce que l'Australie peut déterminer, c'est qu'il apparaît que la République dominicaine considère que le rapport du Groupe spécial devait comporter une sous-section distincte pour traiter séparément ces allégations. Il n'existe pas de prescription à cet effet dans les articles 7 et 11 du Mémoire d'accord.

31. Pour les raisons qui précèdent, l'Australie demande que l'Organe d'appel rejette toutes les allégations d'erreur formulées par les appelants au titre des articles 16:1 et 20 de l'Accord sur les ADPIC.

III. ALLÉGATIONS AU TITRE DE L'ACCORD OTC

A. Allégations au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC – caractère restrictif pour le commerce

1. Le Groupe spécial n'a pas fait erreur dans son interprétation et son application de l'expression "restrictifs pour le commerce" au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC

32. Au cœur de l'allégation d'erreur formulée par les appelants se trouve un désaccord sur le point de savoir si une quelconque limitation des "possibilités de concurrence" sur le marché, et en particulier la réduction de la possibilité de faire concurrence sur la base de la différenciation des marques, était suffisante pour établir que les mesures TPP étaient "restrictives pour le commerce" au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Selon l'Australie, le critère du caractère restrictif pour le commerce relatif aux "possibilités de concurrence" qui a été adopté par les appelants n'a aucun fondement ni dans le texte de l'article 2.2, interprété correctement, ni dans les constatations formulées par l'Organe d'appel dans des affaires antérieures. Ce critère juridique trop large permettrait de donner du texte de l'article 2.2 une lecture excluant les expressions "restrictifs pour le commerce" et "obstacles au commerce international".

33. Dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, l'Organe d'appel a dit expressément que l'expression "restrictifs pour le commerce" exigeait de démontrer qu'un règlement technique avait un "effet limitatif sur le commerce international".¹⁷ Contrairement à ce que disent les appelants, dans l'affaire *États-Unis – EPO*, l'Organe d'appel n'a pas énoncé de nouveau le critère juridique pertinent relatif au caractère restrictif pour le commerce comme étant un critère des "possibilités de concurrence" pour les produits importés. Il a en fait constaté que la constatation du Groupe spécial selon laquelle la mesure EPO modifiait les conditions de concurrence au détriment des produits importés, par rapport aux produits similaires nationaux, était suffisante pour établir que cette mesure avait un effet limitatif sur le commerce international.¹⁸

¹⁵ Honduras, communication en tant qu'appelant, paragraphe 266.

¹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.2563 (pas d'italique dans l'original).

¹⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 319.

¹⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 477.

34. Si une quelconque limitation des "possibilités de concurrence" était suffisante pour établir qu'un règlement technique est restrictif pour le commerce, comme le laissent entendre les plaignants, des éléments de preuve concernant les effets réels sur le commerce ne seraient *jamais* requis. Presque tous les règlements techniques imposeront, pour un participant au marché au moins, une condition limitative qui n'existait pas avant son adoption. Ainsi, dans l'affaire *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, la reconnaissance par l'Organe d'appel que des éléments de preuve concernant les effets réels sur le commerce pourraient être requis pour établir qu'un règlement technique non discriminatoire est restrictif pour le commerce non seulement contredit la représentation erronée que les plaignants donnent des "possibilités de concurrence", mais confirme également que le critère juridique pertinent est un critère de l'"effet limitatif sur le commerce international".¹⁹

35. Par conséquent, le Groupe spécial n'a pas fait erreur en constatant qu'une quelconque limitation de la capacité de faire concurrence sur la base de la différenciation des marques était insuffisante, sans plus, pour établir que les mesures TPP étaient "restrictives pour le commerce" au sens de l'article 2.2. En formulant cette constatation, il n'a *pas* exigé que les mesures TPP soient discriminatoires, comme le Honduras l'affirme à tort. Il a expressément relevé qu'"une détermination du "caractère restrictif pour le commerce" n'[était] pas subordonnée à l'existence d'un traitement discriminatoire des produits importés"²⁰ et n'a en aucun cas procédé à une "évaluation comparative" des conditions de concurrence des produits importés *par rapport* aux produits du tabac nationaux. Il n'a pas non plus considéré que des éléments de preuve concernant les effets réels sur le commerce étaient requis. Au lieu de cela, il a examiné avec soin à la fois les éléments de preuve qualitatifs et les éléments de preuve quantitatifs versés à son dossier et a expressément reconnu que le "caractère restrictif pour le commerce" des mesures TPP pouvait être établi sur la base des seuls éléments de preuve qualitatifs.

36. En outre, l'Australie ne voit pas bien si le Groupe spécial a imposé un critère de la "cause exclusive" dans son analyse des éléments de preuve relatifs à la descente en gamme, comme le fait valoir la République dominicaine. Toutefois, même si le Groupe spécial avait bien imposé un critère de la cause exclusive, cela serait sans importance et insuffisant pour infirmer les constatations du Groupe spécial au titre de l'article 2.2. Cela tient à ce que les mesures de rechange proposées par les plaignants, appliquées de façon cumulative, auraient des effets de descente en gamme *plus importants* que les mesures TPP. Par conséquent, l'une quelconque des mesures de rechange proposées par les plaignants ne serait dans aucune circonstance *moins* restrictive pour le commerce que les mesures TPP.

37. Enfin, contrairement à ce qu'affirme la République dominicaine, le Groupe spécial n'a pas fait erreur en tenant compte des données sur la consommation (à savoir les ventes) dans son évaluation du caractère restrictif pour le commerce. Au lieu de constater que tout degré de caractère restrictif pour le commerce pouvait être "atténué" par les réponses des fournisseurs, le Groupe spécial s'est appuyé de façon appropriée sur le propre expert des *plaignants* pour conclure qu'il faudrait tenir compte à la fois des facteurs d'offre et des facteurs de demande pour déterminer les effets restrictifs pour le commerce des mesures TPP sur le marché.

2. Le Groupe spécial n'a pas agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord dans son évaluation du caractère restrictif pour le commerce

38. La République dominicaine n'a pas établi que le Groupe spécial avait outrepassé les limites du pouvoir discrétionnaire dont il disposait pour juger les faits au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord en constatant que les mesures TPP étaient "restrictives pour le commerce" au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC.

39. Le Groupe spécial n'a pas non plus porté atteinte aux droits de la République dominicaine en matière de régularité de la procédure ni "plaidé la cause" de l'Australie dans son analyse graphique reproduite dans la figure E.6. En vertu de l'article 11 du Mémoire d'accord, un groupe spécial a le pouvoir de développer son propre raisonnement et n'est pas tenu de se limiter aux éléments de preuve et aux arguments présentés par les parties.²¹ Ce pouvoir discrétionnaire englobe la capacité

¹⁹ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.208 et note de bas de page 643 y relative.

²⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1074.

²¹ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 156.

de procéder à une analyse statistique additionnelle, d'examiner des modèles et des éléments de preuve économiques et de tirer des inférences sur la base des éléments de preuve versés au dossier.²² En outre, le Groupe spécial n'est "pas tenu de tester auprès des parties le raisonnement qu'il entend faire"²³, et toute préoccupation que la République dominicaine aurait pu avoir au sujet de la figure E.6 aurait pu être soulevée durant la phase de réexamen intérimaire au titre de l'article 15 du Mémoire d'accord.

40. Enfin, l'allégation de la République dominicaine selon laquelle le Groupe spécial n'a pas fourni une explication motivée et adéquate pour sa constatation équivalant à demander que l'Organe d'appel *soupeuse à nouveau* les éléments de preuve relatifs à la descente en gamme versés au dossier. Contrairement à ce que laisse entendre la République dominicaine, la conclusion du Groupe spécial selon laquelle la descente en gamme était en partie imputable à la réduction globale du volume total des ventes en gros du fait des mesures TPP est *pleinement compatible* avec sa constatation antérieure selon laquelle les mesures TPP étaient à même de contribuer, et contribuaient bien, à leur objectif de réduire la consommation des produits du tabac en Australie.

41. Pour toutes les raisons exposées précédemment, l'Australie demande que l'Organe d'appel rejette les allégations des appelants au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC et de l'article 11 du Mémoire d'accord, telles qu'elles se rapportent à la constatation du Groupe spécial selon laquelle les mesures TPP sont "restrictives pour le commerce".

B. Allégations au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC – mesures de rechange

1. Le Groupe spécial n'a pas fait erreur dans son application de l'article 2.2 de l'Accord OTC dans le cadre de son analyse des mesures de rechange

42. L'Australie estime que l'Organe d'appel devrait rejeter sommairement les allégations d'erreur formulées par les appelants en ce qui concerne l'analyse des mesures de rechange faite par le Groupe spécial au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, sans examiner ces allégations sur le fond, pour deux raisons.

43. Premièrement, l'allégation des appelants concernant l'analyse par le Groupe spécial du "caractère restrictif pour le commerce" des solutions de rechange est *entièrement corollaire* de leur allégation antérieure selon laquelle le Groupe spécial a appliqué un critère juridique erroné en déterminant le caractère restrictif pour le commerce des mesures TPP. Par conséquent, si l'Organe d'appel confirme le critère juridique du caractère restrictif pour le commerce au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC qui a été retenu par le Groupe spécial, il s'ensuit nécessairement que le Groupe spécial n'a *pas* fait erreur en appliquant le même critère lors de la détermination du caractère restrictif pour le commerce de chacune des solutions de rechange proposées.

44. Deuxièmement, dans les circonstances du présent différend où le marché est entièrement approvisionné par les importations, toute *contribution* équivalente à la réduction de la consommation des produits du tabac et de l'exposition à ces produits entraînerait nécessairement un *effet limitatif* équivalent sur le commerce international des produits du tabac. En conséquence, si l'Organe d'appel devait confirmer l'interprétation du caractère restrictif pour le commerce au titre de l'article 2.2 donnée par le Groupe spécial, toute mesure de rechange qui apporterait une contribution équivalente à celle des mesures TPP serait nécessairement *au moins aussi restrictive pour le commerce* que ces mesures.

45. En tout état de cause, les allégations des plaignants selon lesquelles le Groupe spécial a fait erreur dans son analyse de la contribution des mesures de rechange au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC sont dénuées de fondement. Contrairement à ce que disent les plaignants, le Groupe spécial n'a pas rejeté le relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat et l'augmentation des droits d'accise parce qu'ils ne fonctionneraient pas selon les mêmes mécanismes de causalité que les mesures TPP. En fait, il a estimé à juste titre qu'un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat concernerait seulement la disponibilité des produits du tabac pour les individus de moins de 21 ans et laisserait de côté les caractéristiques de conception du paquet qui rendent l'emballage du tabac plus attrayant. Il a en outre estimé à juste titre que toute contribution apportée par l'augmentation

²² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphes 357, 358 et 406.

²³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique)*, paragraphe 7.177.

des droits d'accise à l'objectif de l'Australie serait *compromise* par ces éléments de l'emballage du tabac qui continueraient d'être utilisés pour communiquer une image ou un message positif, en particulier aux adolescents et aux jeunes adultes. Le Groupe spécial a donc estimé à juste titre qu'une augmentation des droits d'accise n'apporterait pas à l'objectif de l'Australie une contribution équivalente à celle des mesures TPP.

46. Le Groupe spécial a eu en outre raison d'estimer que ni un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat ni une augmentation des droits d'accise n'aurait un quelconque effet de synergie avec d'autres éléments de la politique globale de lutte antitabac de l'Australie, en particulier les mises en garde sanitaires explicites agrandies. Il a constaté à juste titre qu'aucune de ces solutions de rechange n'aurait le moindre effet sur les fonctions de communication du paquet, alors que les mesures TPP avaient pour effet de renforcer l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites en accentuant leur caractère remarquable, en permettant qu'elles soient plus faciles à voir, qu'elles se remarquent plus et soient perçues comme étant plus crédibles et plus sérieuses.

47. Enfin, le Honduras a tort de dire que les références faites par le Groupe spécial aux mesures de "remplacement" impliquent que celui-ci a imposé un critère du degré de contribution "identique" ou un critère d'équivalence plus rigoureux dans le contexte d'une série globale de mesures. En fait, le Groupe spécial a dûment cherché à déterminer si chacune des solutions de rechange apportait à l'objectif de l'Australie une contribution "équivalente" à celle des mesures TPP et d'une manière compatible avec les indications données par l'Organe d'appel dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, a examiné la contribution des mesures TPP dans le contexte de la politique globale de lutte antitabac de l'Australie.

2. Le Groupe spécial n'a pas agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord dans son évaluation des solutions de rechange

48. Enfin, la République dominicaine n'a pas démontré que le Groupe spécial avait agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord dans son évaluation des solutions de rechange. L'évaluation du caractère restrictif pour le commerce d'un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat faite par le Groupe spécial ne présente pas de "contradictions internes" avec son évaluation de la contribution de cette solution de rechange, parce que le Groupe spécial ne s'est pas appuyé sur les "effets futurs" pour formuler ses constatations, comme la République dominicaine l'affirme à tort. En fait, les constatations du Groupe spécial en ce qui concerne à la fois l'élément du caractère restrictif pour le commerce et la contribution d'un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat étaient fondées sur les effets immédiats de cette prétendue solution de rechange.

49. En outre, le Groupe spécial n'a manqué ni à son obligation d'examiner les éléments de preuve de la République dominicaine ni à celle de fournir une explication motivée et adéquate pour sa constatation selon laquelle, en l'absence des mesures TPP, les fonctions de communication de l'emballage du tabac ne seraient pas traitées "du tout". Le fait que d'autres éléments existants de la politique globale de lutte antitabac de l'Australie, tels que les mises en garde sanitaires explicites agrandies, peuvent limiter l'espace disponible permettant à l'industrie du tabac d'utiliser l'emballage du tabac comme moyen de promotion n'établit pas qu'un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat a ces mêmes effets.

50. Par conséquent, les appelants n'ont pas établi que le Groupe spécial avait fait erreur dans son application de l'article 2.2 ou agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord dans son analyse des mesures de rechange.

IV. ALLÉGATIONS AU TITRE DE L'ARTICLE 11 DU MÉMOIRE D'ACCORD CONCERNANT LES CONSTATATIONS DU GROUPE SPÉCIAL RELATIVES À LA CONTRIBUTION

51. Les allégations des appelants au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord constituent le cœur de leur appel et représentent collectivement près de 450 pages dans leurs communications d'appelant. Cela dépasse de loin le champ de toute contestation au titre de l'article 11 antérieure et constitue une atteinte sans précédent à l'exercice par un groupe spécial de sa fonction d'établissement des faits.

52. L'assurance donnée par les plaignants qu'ils ont suivi "les indications de l'Organe d'appel" et "examiné avec soin si, et dans quels cas spécifiques, il fallait contester le manque d'objectivité de l'évaluation de la question par le Groupe spécial" sonne creux compte tenu à la fois de l'étendue et de la nature de leurs allégations au titre de l'article 11.²⁴ Les appelants ont allégué conjointement, entre autres choses: que le Groupe spécial les avait privés d'une procédure régulière en les privant de toute véritable possibilité de formuler des observations sur divers aspects de son évaluation des éléments de preuve des experts; qu'il les avait privés d'une procédure régulière en s'appuyant sur le personnel technique du Secrétariat de l'OMC (qualifié péjorativement d'"expert fantôme") au lieu de désigner un expert; que son approche des éléments de preuve manquait d'"impartialité"; et qu'il n'avait pas fourni d'explications motivées et adéquates pour ses constatations. Il apparaît qu'en formulant ces allégations de vaste portée, les appelants ont pour stratégie de revenir sur des questions de fait pour lesquelles ils n'ont pas eu gain de cause devant le Groupe spécial.

53. Même si les allégations particulières des appelants sont traitées plus loin, l'Australie fait tout d'abord observer ce qui suit:

- L'hypothèse faite dans bon nombre des allégations des appelants est que le Groupe spécial était tenu de tester l'ensemble de son raisonnement auprès des parties pour garantir une procédure régulière. L'Organe d'appel a déjà rejeté cette idée.²⁵ Une procédure régulière n'exige pas qu'un groupe spécial "examine[]" avec les parties les constatations et conclusions qu'il entend adopter pour résoudre le différend", tant que son approche ne "s'écarte[]" [pas] si radicalement" des arguments présentés par les parties que celles-ci en seraient "réduites à deviner quelle preuve elles devraient présenter".²⁶ Bien que les appelants affirment que le Groupe spécial s'est "écart[é] ... radicalement" des éléments de preuve et des arguments présentés par les parties, le dossier des éléments de preuve démontre le contraire.
- Les plaignants n'ont pas utilisé le processus du réexamen intérimaire pour soulever des préoccupations de fond concernant l'évaluation des éléments de preuve, comme le prévoit l'article 15 du Mémoire d'accord. Aucun des appelants n'a soulevé de préoccupations concernant l'évaluation par le Groupe spécial des éléments de preuve factuels, ni identifié des erreurs en ce qui concerne son évaluation des éléments de preuve statistiques ou économétriques lorsqu'ils ont présenté leurs observations écrites sur le rapport intérimaire; de même, aucun d'eux n'a demandé la tenue d'une autre réunion avec le Groupe spécial pour discuter d'un aspect quelconque de cette évaluation. Dans ces circonstances, il n'y a eu aucun manquement à l'obligation de garantir une procédure régulière.
- Les plaignants n'ont présenté aucune demande visant à ce que le Groupe spécial exerce son pouvoir de désigner un expert ou un groupe d'experts pendant la procédure au titre de l'article 14.2 de l'Accord OTC ou de l'article 13:2 du Mémoire d'accord. Compte tenu de cela, les arguments des appelants selon lesquels le Groupe spécial ne leur a pas garanti une procédure régulière en ne désignant pas un expert et dans lesquels ils reprochent au Groupe spécial d'avoir utilisé le Secrétariat de l'OMC (en tant qu'"expert fantôme") pour le soutien technique, comme le prévoit l'article 27 du Mémoire d'accord, doivent être rejetés.
- Les plaignants ne tiennent absolument pas compte du fait qu'il leur incombait de prouver que les mesures TPP étaient *incapables* de contribuer à l'objectif de l'Australie, comme il est indiqué plus loin, et que le Groupe spécial a, à juste titre, examiné attentivement les éléments de preuve des deux parties aux fins auxquelles ils ont été fournis.
- Les allégations des plaignants selon lesquelles le Groupe spécial n'a pas fourni d'explications motivées et adéquates sont dénuées de fondement étant donné que son

²⁴ Voir République dominicaine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 33.

²⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)* (article 21:5 – Mexique), paragraphe 7.177.

²⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)* (article 21:5 – Mexique), paragraphe 7.177.

rapport comprenait une analyse détaillée des éléments de preuve concernant la contribution des mesures TPP de plus de 300 pages.²⁷

A. Critère juridique prévu à l'article 11 du Mémoire d'accord

54. Aux termes de l'article 11 du Mémoire d'accord, un groupe spécial doit "examiner tous les éléments de preuve qui lui ont été présentés, évaluer leur crédibilité, déterminer leur poids et s'assurer que ses constatations factuelles soient dûment fondées sur ces éléments de preuve".²⁸ L'Organe d'appel a indiqué à plusieurs reprises que les "groupes spéciaux disposaient d'une "marge discrétionnaire" pour juger les faits"²⁹, et que "[c]onformément à cette marge discrétionnaire, "les erreurs d'appréciation des éléments de preuve ne [pouvaient] pas toutes ... être considérées comme un manquement à l'obligation de procéder à une évaluation objective des faits".³⁰

55. Les appelants ne peuvent donc pas établir le bien-fondé de leurs allégations au titre de l'article 11, à moins de convaincre l'Organe d'appel que les deux conditions suivantes ont été remplies:

- premièrement, que le Groupe spécial a fait erreur en "outrepass[ant] les limites du pouvoir discrétionnaire dont il dispos[ait] pour juger les faits".³¹ Ce pouvoir discrétionnaire inclut, entre autres choses, le fait de soupeser les éléments de preuve, de développer un raisonnement indépendant des parties, de donner une explication pour ses constatations et d'établir un équilibre des droits en matière de régularité de la procédure;
- deuxièmement, que cette erreur est importante au point de "compromett[re] l'objectivité de l'évaluation par le Groupe spécial de la question dont il est saisi".³² Cela signifie que, même si les appelants pouvaient établir que le Groupe spécial avait outrepassé les limites de son pouvoir discrétionnaire, ils auraient quand même besoin de démontrer que les erreurs du Groupe spécial affaiblissaient *de manière importante* ses constatations en invalidant ou en faussant leur fondement.³³

56. Comme il est expliqué plus loin, aucune des erreurs alléguées par les appelants, individuellement ou cumulativement, n'affaiblit de manière importante la conclusion juridique finale du Groupe spécial selon laquelle les plaignants ne se sont pas acquittés de la charge qui leur incombait de prouver que les mesures TPP n'étaient pas à même d'apporter une contribution à l'objectif légitime de l'Australie.

B. Charge de la preuve incombant aux plaignants

57. Tout d'abord, il est pertinent de rappeler l'attribution appropriée de la charge de la preuve dans le présent différend et la façon dont la charge de la preuve a éclairé l'évaluation par le Groupe spécial des éléments de preuve versés au dossier.³⁴

²⁷ Y compris une analyse de 152 pages concernant les éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre figurant dans les appendices A à E.

²⁸ Rapport de l'Organe d'appel *Philippines – Spiritueux distillés*, paragraphe 135, citant le rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 185, qui fait référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphes 132 et 133.

²⁹ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Japon – Pommes*, paragraphe 221.

³⁰ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Japon – Pommes*, paragraphe 222.

³¹ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 5.148.

³² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs*, paragraphe 992.

³³ Voir les rapports de l'Organe d'appel *CE – Aéronefs*, paragraphe 1335; *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 294; *États-Unis – EPO*, paragraphe 323.

³⁴ L'Australie note que les appelants contestent uniquement l'analyse de la contribution faite par le Groupe spécial au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, et elle examine donc l'attribution appropriée de la charge de la preuve au titre de cette disposition. Seul le Honduras allègue que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord dans son évaluation de la contribution au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, mais il ne distingue pas les arguments au titre de cette disposition des arguments au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Les arguments avancés par l'Australie dans la présente section s'appliquent également *mutatis mutandis* dans le contexte de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC.

58. Les plaignants ont cherché à fournir leurs éléments *prima facie* au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC en faisant valoir, entre autres choses, que les mesures TPP "*ne [pouvaient] pas contribuer à leur objectif*" au moyen des mécanismes identifiés dans la Loi TPP, et que les éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre montr[ai]ent qu'*en réalité il n'y [avait] pas eu de réduction de la prévalence du tabagisme* du fait des mesures TPP".³⁵ Ils se sont donc acquittés de la charge de démontrer que, de par leur conception, leur structure et leur fonctionnement prévu, les mesures TPP constituaient un obstacle *non nécessaire* au commerce international car elles étaient *incapables* de contribuer à l'objectif de l'Australie de réduire la consommation des produits du tabac et l'exposition à ces produits. Ils ont en outre entrepris d'étayer cette allégation par des éléments de preuve quantitatifs démontrant prétendument qu'en réalité, les mesures TPP n'avaient apporté *aucune* contribution à la réduction de la prévalence du tabagisme en Australie pendant la période de temps limitée qui avait suivi leur mise en œuvre.³⁶

59. Les plaignants se sont donc acquittés de cette charge dans les circonstances propres au présent différend, dans lequel il n'a pas été contesté que le marché australien des produits du tabac était *entièrement* approvisionné par les importations.³⁷ Dans ces circonstances, le degré auquel les mesures TPP contribuent à l'objectif de l'Australie de réduire la consommation des produits du tabac et l'exposition à ces produits *correspond nécessairement* au degré de l'effet limitatif de ces mesures sur le commerce international des produits du tabac. Surtout, du fait qu'elles restreignent uniquement le commerce des produits du tabac dans la mesure *requise* pour contribuer à l'objectif de santé publique de l'Australie, les mesures TPP ne sont pas plus restrictives pour le commerce qu'il n'est *nécessaire* et n'enfreignent donc pas l'article 2.2. Dans ces circonstances, les plaignants ont cherché à prouver que les mesures TPP étaient *incapables* d'apporter une quelconque contribution à la réduction de la consommation des produits du tabac et de l'exposition à ces produits dans une tentative en vue de s'acquitter de la charge qui leur incombait d'établir que les mesures TPP constituaient un obstacle *non nécessaire* au commerce international.

60. Ces circonstances – et leur incidence sur l'analyse du Groupe spécial au titre de l'article 2.2 – expliquent également pourquoi les plaignants ont cherché à redéfinir fondamentalement le concept de caractère restrictif pour le commerce pour éviter d'avoir à établir l'existence d'un effet limitatif sur le commerce international des produits du tabac. Toutefois, même selon la définition erronée que les plaignants donnent du caractère restrictif pour le commerce, l'élément qu'ils ont cherché à établir *prima facie* est que les mesures TPP sont *incapables* d'apporter une quelconque contribution à la réduction de la consommation des produits du tabac et de l'exposition à ces produits.

61. Le Groupe spécial a abordé son évaluation des éléments de preuve antérieurs et des éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre présentés par les parties à la lumière de la charge de la preuve dont les plaignants ont entrepris de s'acquitter. En ce qui concerne la conception, la structure et le fonctionnement des mesures TPP, le Groupe spécial a expliqué qu'il n'était pas convaincu que, "*comme les plaignants le [faisaient] valoir, ces mesures ne seraient pas à même de contribuer à l'objectif de l'Australie*".³⁸

62. S'agissant des éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre, le Groupe spécial a conclu qu'il y avait des éléments de preuve indiquant que les mesures TPP avaient les effets que "*prévoient un certain nombre d'études antérieures à la mise en œuvre*"³⁹ et que les éléments de preuve concernant les comportements tabagiques étaient *compatibles avec* le fonctionnement prévu des mesures TPP.⁴⁰

63. Sur la base de l'ensemble des éléments de preuve versés au dossier, le Groupe spécial a constaté que "*les plaignants n'[avaient] pas démontré que les mesures TPP n'étaient pas à même d'apporter une contribution à l'objectif de l'Australie d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits*".⁴¹

³⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.485. (pas d'italique dans l'original)

³⁶ Voir, par exemple, République dominicaine, première communication écrite, paragraphe 377; deuxième communication écrite, paragraphe 368; Honduras, première communication écrite, paragraphe 581; deuxième communication écrite, paragraphe 55.

³⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1207.

³⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.929. (pas d'italique dans l'original)

³⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1036.

⁴⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1037.

⁴¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1025. (pas d'italique dans l'original)

64. Donc, chose essentielle, et contrairement à ce que les appelants laissent entendre dans leur communication, l'Australie n'avait *pas* la charge d'établir que les mesures TPP contribuaient à réduire la consommation des produits du tabac et l'exposition à ces produits. En fait, les éléments de preuve qu'elle a présentés visaient à démontrer que les *plaignants* n'avaient pas établi *prima facie* que les mesures TPP étaient incapables de contribuer à son objectif de santé publique. Les appelants n'ont pas fait appel de l'interprétation du Groupe spécial concernant la charge de la preuve des plaignants.

65. Les allégations des plaignants au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord en ce qui concerne l'évaluation de ces éléments de preuve par le Groupe spécial doivent donc être considérées à la lumière de la charge incombant aux *plaignants* d'établir que les mesures TPP sont *incapables* de contribuer à l'objectif de l'Australie de réduire la consommation des produits du tabac et l'exposition à ces produits.

C. Importance des erreurs alléguées

66. L'Australie démontrera plus loin que les allégations des appelants au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord sont dénuées de fondement. Cependant, même si les appelants pouvaient établir que le Groupe spécial a "outrepassé les limites du pouvoir discrétionnaire ... dont il dispos[ait] pour juger les faits" en ce qui concerne les erreurs alléguées, ils auraient quand même besoin de démontrer que les erreurs du Groupe spécial affaiblissent *de manière importante* ses constatations.⁴²

67. Pour ce qui est de la conclusion *générale* du Groupe spécial selon laquelle les plaignants ne s'étaient pas acquittés de la charge qui leur incombait de prouver que les mesures TPP étaient incapables de contribuer à leur objectif, les appelants n'ont pas démontré que l'une quelconque des erreurs qu'ils avaient identifiées était importante.

68. Le Honduras affirme simplement que, "individuellement ou conjointement avec une autre", toutes les erreurs qu'il identifie sont importantes pour la constatation générale du Groupe spécial relative à la contribution. Le seul argument concernant l'"importance" que l'un ou l'autre appelant développe effectivement en relation avec la constatation *générale* du Groupe spécial relative à la contribution est l'argument de la République dominicaine selon lequel cette constatation ne serait pas valable en l'absence des constatations du Groupe spécial sur la prévalence et la consommation. La République dominicaine allègue que, si l'Organe d'appel devait conclure que le Groupe spécial a outrepassé les limites de son pouvoir discrétionnaire dans son évaluation des éléments de preuve figurant dans les appendices C et D, et s'il devait conclure que ces erreurs affaiblissent de manière importante les constatations du Groupe spécial relatives aux éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre concernant le comportement tabagique, ces conclusions invalideraient la constatation *générale* du Groupe spécial relative à la contribution.⁴³

69. La République dominicaine présente une allégation qui n'a pas de fondement juridique car elle n'a même pas *tenté* de démontrer que le manque d'objectivité allégué du Groupe spécial à l'égard des éléments de preuve pertinents *affaiblirait de manière importante les constatations qu'il a formulées dans les appendices C et D*. Cependant, *même si* l'Organe d'appel devait conclure que le Groupe spécial a fait erreur dans son évaluation des éléments de preuve figurant dans les appendices C et D *et* que ces erreurs affaiblissaient de manière importante les constatations du Groupe spécial relatives à ces éléments de preuve, ces erreurs ne seraient pas importantes pour la constatation *générale* du Groupe spécial relative à la contribution.

70. L'argument de la République dominicaine selon lequel les constatations contestées du Groupe spécial concernant l'effet des mesures TPP sur les comportements tabagiques constituent "un *élément nécessaire, indispensable* de sa conclusion générale sur la contribution des mesures TPP à l'objectif de l'Australie" reflète une mauvaise compréhension fondamentale de l'analyse de la contribution faite par le Groupe spécial.

71. Le Groupe spécial a procédé à son évaluation des éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre en étant expressément conscient des limitations intrinsèques de ces éléments de preuve au début de la période d'application des mesures TPP. Il a en particulier reconnu qu'"il [pouvait] falloir du temps pour que certaines mesures visant à protéger la santé publique, y compris certaines

⁴² Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte), paragraphe 722.

⁴³ Voir, par exemple, République dominicaine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 626.

mesures fondées sur les réponses comportementales aux changements attendus dans les croyances et les attitudes, comme c'[était] le cas en l'espèce, se concrétisent pleinement ou soient perceptibles dans les données pertinentes".⁴⁴

72. En ce qui concerne les éléments de preuve concernant la prévalence du tabagisme et la consommation (appendices C et D), le Groupe spécial a expliqué que "[g]lobalement" il constatait que ces éléments de preuve étaient "*compatibles avec* une constatation selon laquelle les mesures TPP contribu[aient] à une réduction de la consommation de produits du tabac,"⁴⁵ mais n'a pas indiqué que cette conclusion était nécessaire pour sa conclusion générale selon laquelle les plaignants n'avaient pas démontré que les mesures TPP n'étaient pas à même de contribuer à l'objectif de l'Australie.

73. La constatation *générale* du Groupe spécial relative à la contribution reflète son examen de l'*ensemble* des éléments de preuve. La constatation du Groupe spécial serait valable sur la base du corpus des éléments de preuve antérieurs et postérieurs à la mise en œuvre qui, pour l'essentiel, n'ont *pas été contestés* en appel. *Même si* les appelants pouvaient établir le bien-fondé de leurs allégations d'erreur au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord, cette constatation laisserait quand même intacts:

- les éléments de preuve antérieurs à la mise en œuvre démontrant: 1) que l'emballage du tabac est une forme de publicité et de promotion, utilisée sur le marché australien pour attirer les consommateurs actuels et potentiels et leur faire oublier les graves effets de la consommation de tabac sur la santé; 2) que l'on pourrait s'attendre à ce que l'emballage neutre du tabac réduise l'attrait des produits du tabac, augmente l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et réduise l'aptitude du paquet à induire en erreur; et 3) que ces effets peuvent affecter le comportement tabagique, y compris l'initiation, le sevrage et la récurrence;
- les éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre démontrant que les mesures TPP ont réduit l'attrait et augmenté l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites;
- les éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre démontrant que la prévalence et la consommation ont diminué après la mise en œuvre des mesures TPP; et
- les éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre démontrant que la baisse de la prévalence et de la consommation s'est *accélérée* après la mise en œuvre des mesures TPP.⁴⁶

74. Ces éléments de preuve sont plus que suffisants pour étayer la constatation *générale* du Groupe spécial selon laquelle les plaignants n'ont "pas démontré que les mesures TPP n'étaient *pas à même* d'apporter une contribution à l'objectif de l'Australie d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits".⁴⁷ Par conséquent, même si l'Australie va maintenant démontrer que les allégations d'erreur formulées par les appelants sont dénuées de fondement, ces allégations d'erreur ne sont pas importantes pour la conclusion générale du Groupe spécial.

D. Allégations concernant les éléments de preuve antérieurs à la mise en œuvre

1. Constatations du Groupe spécial concernant les éléments de preuve antérieurs à la mise en œuvre

75. Comme cela a été exposé brièvement plus haut, le Groupe spécial a commencé son analyse de la contribution en examinant la conception, la structure et le fonctionnement des mesures TPP et a admis que les éléments de preuve dont disposait l'Australie avant la mise en œuvre des mesures

⁴⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.938.

⁴⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1037.

⁴⁶ Bien que la République dominicaine conteste la constatation du Groupe spécial selon laquelle les baisses de la prévalence du tabagisme se sont *accélérées* après la mise en œuvre des mesures TPP, l'Australie démontre que cette allégation est fondée sur une lecture manifestement erronée des constatations du Groupe spécial.

⁴⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1025. (pas d'italique dans l'original)

étayaient le fonctionnement du modèle de "chaîne de causalité" prévu par la Loi TPP. S'agissant des trois mécanismes de causalité des mesures TPP (réduction de l'attrait des produits du tabac, accroissement de l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et réduction de l'aptitude du paquet à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme), le Groupe spécial a conclu ce qui suit sur la base des éléments de preuve antérieurs à la mise en œuvre:

- les plaignants ne l'avaient pas convaincu que les mesures TPP ne seraient pas capables de réduire l'attrait des produits du tabac (premier mécanisme) et de contribuer ainsi à l'objectif de l'Australie en affectant les comportements tabagiques tels que l'initiation, le sevrage et la récurrence.⁴⁸ Pour parvenir à cette conclusion, le Groupe spécial a formulé une série de constatations intermédiaires selon lesquelles: i) l'emballage de marque *pouvait* agir comme un outil publicitaire ou promotionnel et *était* utilisé en tant que tel par les sociétés de l'industrie du tabac opérant sur le marché discret de l'Australie⁴⁹; ii) il y avait un corpus d'éléments de preuve émanant de sources compétentes, à l'appui de l'affirmation selon laquelle l'emballage neutre des produits du tabac réduisait leur attrait pour les consommateurs⁵⁰; et iii) les plaignants n'avaient pas montré que cette réduction de l'attrait ne serait pas capable d'influencer les perceptions et la prise de décision chez les jeunes pour avoir une incidence sur la consommation de tabac ou que l'emballage neutre du tabac ne serait pas capable d'affecter l'aptitude des fumeurs à arrêter de fumer ou l'aptitude des individus à rester non fumeurs⁵¹;
- les plaignants ne l'avaient pas convaincu que les mesures TPP ne seraient pas capables d'accroître l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites (deuxième mécanisme) et de contribuer ainsi à l'objectif de l'Australie en affectant les comportements tabagiques tels que l'initiation, le sevrage et la récurrence.⁵² Pour parvenir à cette conclusion, le Groupe spécial a aussi formulé une série de constatations intermédiaires selon lesquelles: i) les plaignants n'avaient pas établi que les mises en garde sanitaires explicites ne pouvaient pas être rendues *plus* efficaces, malgré l'existence d'un niveau élevé de connaissances ou de sensibilisation aux risques en Australie⁵³; ii) des éléments de preuve étayaient l'affirmation selon laquelle, en présence de l'emballage neutre du tabac, l'incidence et l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites augmentaient⁵⁴; et iii) les plaignants n'avaient pas démontré que la suppression des éléments d'identification de la marque qui communiquaient des messages susceptibles de concurrencer les mises en garde sanitaires explicites et de détourner l'attention de ces mises en garde ne pouvait pas être à même d'influencer les comportements tabagiques, y compris l'initiation et le sevrage⁵⁵;
- les plaignants ne l'ont pas convaincu que les mesures TPP, en réduisant l'aptitude de l'emballage du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme (troisième mécanisme), ne seraient pas capables d'avoir une incidence sur le sevrage tabagique.⁵⁶ Pour parvenir à cette conclusion, le Groupe spécial a une fois encore formulé une série de constatations intermédiaires selon lesquelles: i) les plaignants n'avaient pas démontré que les mesures TPP n'étaient pas capables de réduire l'aptitude du paquet à induire les consommateurs en erreur quant à la nocivité de la consommation de tabac⁵⁷; ii) les plaignants ne l'avaient pas convaincu que les mesures TPP ne pourraient pas fonctionner comme prévu dans une plus grande mesure que ce qui était déjà possible dans le cadre des lois existantes⁵⁸; et iii) les plaignants n'avaient pas démontré que les mesures TPP, en réduisant l'aptitude de l'emballage du

⁴⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.777, 7.778.

⁴⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.655 à 7.662, 7.659, 7.638.

⁵⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.667, 7.682, 7.683.

⁵¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.774 à 7.778.

⁵² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.869.

⁵³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.843.

⁵⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.825.

⁵⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.860, 7.863.

⁵⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.924.

⁵⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.904.

⁵⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.917.

tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme, n'auraient pas d'effet sur les comportements tabagiques, tels que le sevrage.⁵⁹

76. Après avoir consacré plus de 100 pages de son rapport à examiner soigneusement les éléments de preuve antérieurs à la mise en œuvre, le Groupe spécial a conclu que les plaignants n'avaient pas démontré que les mesures TPP étaient incapables de contribuer à l'objectif de santé publique de l'Australie sur la base de la conception, de la structure et du fonctionnement des mesures.

2. Les assertions des appelants selon lesquelles le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en ce qui concerne les éléments de preuve antérieurs à la mise en œuvre sont dénuées de fondement

77. La République dominicaine allègue que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en n'examinant pas les éléments de preuve démontrant que l'emballage de marque du tabac en *Australie* n'était pas attrayant.⁶⁰ Elle allègue également que le raisonnement du Groupe spécial présentait des "incohérences internes" car, d'après ses allégations, ses éléments de preuve contredisent directement la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'emballage du tabac est utilisé pour communiquer des associations positives aux consommateurs.⁶¹ Ces allégations sont indéfendables.

78. Le Groupe spécial a expressément tenu compte des éléments de preuve spécifiques au marché australien et a admis l'argument de la République dominicaine selon lequel "même avant l'introduction des mesures TPP, l'emballage en Australie offrait un attrait négatif".⁶² En outre, l'argument de la République dominicaine concernant la cohérence interne des constatations du Groupe spécial implique que la perception des produits du tabac avant l'introduction des mesures TPP était aussi négative que ce que l'Australie pouvait raisonnablement espérer obtenir. L'allégation de la République dominicaine selon laquelle les éléments de preuve antérieurs à la mise en œuvre démontraient que l'attrait de l'emballage du tabac ne pouvait pas être réduit davantage en Australie est également inconciliable avec les constatations de son propre expert selon lesquelles les mesures TPP ont effectivement réduit l'attrait de l'emballage du tabac en Australie.⁶³

79. En outre, le Honduras allègue que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question dont il était saisi car il a attribué une valeur probante aux éléments de preuve antérieurs à la mise en œuvre en dépit de leurs "sérieuses limitations"⁶⁴ et soutient que le Groupe spécial a conclu à tort qu'il était possible de remédier à toutes limitations des éléments de preuve antérieurs à la mise en œuvre en les considérant dans le contexte de publications plus générales.⁶⁵ Ces allégations d'erreur doivent être rejetées car les assertions du Honduras visent directement le pouvoir discrétionnaire qu'a le Groupe spécial d'évaluer la crédibilité des éléments de preuve versés au dossier, de déterminer leur poids et de formuler des constatations sur la base de ces éléments de preuve.

80. Enfin, tant la République dominicaine que le Honduras allèguent que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en ne vérifiant pas si les éléments de preuve antérieurs à la mise en œuvre étaient corroborés par les éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre.⁶⁶ Cette assertion est manifestement fausse. En ce qui concerne les éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre se rapportant aux résultats "proximaux", par exemple, le Groupe spécial a constaté que les mesures TPP avaient "effectivement réduit l'attrait des produits du tabac, comme le prévoyaient un certain nombre d'études antérieures à la mise en œuvre qui [avaient] été critiquées par les plaignants".⁶⁷

⁵⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.924.

⁶⁰ République dominicaine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 700.

⁶¹ République dominicaine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 740.

⁶² Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.657, 7.436.

⁶³ Rapport Ajzen et al. sur les données (pièce DOM/IDN-2), paragraphes 90 et 106.

⁶⁴ Honduras, communication en tant qu'appelant, paragraphe 800.

⁶⁵ Honduras, communication en tant qu'appelant, paragraphe 801.

⁶⁶ République dominicaine, communication en tant qu'appelant, paragraphes 747 à 779; Honduras, communication en tant qu'appelant, paragraphes 806 à 814.

⁶⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1036. (pas d'italique dans l'original)

81. En résumé, les allégations d'erreur limitées formulées par les appelants en ce qui concerne l'analyse par le Groupe spécial des éléments de preuve antérieurs à la mise en œuvre sont trompeuses et incorrectes et doivent être rejetées.

E. Allégations concernant les éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre

82. Les appelants ont axé la plupart de leurs nombreuses allégations au titre de l'article 11 sur l'analyse par le Groupe spécial des éléments de preuve empiriques concernant l'application des mesures après leur entrée en vigueur en décembre 2012 (à savoir les "éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre"). L'Australie examinera plus loin dans la partie 0 les allégations des appelants en ce qui concerne l'analyse par le Groupe spécial des éléments de preuve se rapportant aux résultats "proximaux" (appendice A) et "distaux" (appendice B) et les allégations des appelants en ce qui concerne l'analyse par le Groupe spécial des éléments de preuve se rapportant aux comportements tabagiques (appendices C et D).

1. Les allégations des appelants concernant les appendices A et B sont dénuées de fondement

83. Le Groupe spécial a commencé son analyse des éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre figurant dans l'appendice A en évaluant les études axées sur l'incidence des mesures TPP et des mises en garde sanitaires explicites agrandies sur les résultats proximaux autres que comportementaux (à savoir la réduction de l'attrait des produits du tabac, l'accroissement de l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et la réduction de l'aptitude du paquet à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme). Il a conclu qu'il y avait des éléments de preuve empiriques, étayés par les constatations des propres experts des plaignants, qui indiquaient que les mesures TPP avaient réduit l'attrait des produits du tabac et conféré plus de relief aux mises en garde sanitaires explicites.⁶⁸ Il a considéré que ces éléments de preuve "confirm[aient] ..., plutôt qu'ils ne discrédit[aient], la "direction envisagée" des mesures TPP.⁶⁹

84. Ayant formulé ces constatations, le Groupe spécial a ensuite examiné l'incidence des mesures TPP sur les "résultats distaux" figurant dans l'appendice B (à savoir les connaissances liées à l'arrêt du tabac, la dissimulation des paquets, les tentatives d'arrêter de fumer, etc.). Malgré les difficultés inhérentes aux données qu'il a identifiées⁷⁰, il a néanmoins conclu que même si une partie des résultats étaient "limité[s]" ou "limité[s] et mitigé[s]", les éléments de preuve empiriques postérieurs à la mise en œuvre disponibles concernant les résultats "distaux" donnaient à penser que les mesures TPP fonctionnaient comme prévu du point de vue des effets statistiquement significatifs sur les comportements d'évitement et l'augmentation des appels reçus par Quitline.⁷¹ Il a en outre rejeté l'argument des plaignants selon lequel, même si les mesures TPP avaient les effets attendus sur les comportements antécédents (ce qui, d'après ce qu'ils faisaient valoir, n'était pas le cas), ces effets seraient susceptibles de subir une "usure".⁷²

85. Les allégations des appelants au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord qui concernent l'analyse par le Groupe spécial des éléments de preuve figurant dans les appendices A et B sont également dénuées de fondement et devraient être rejetées.

86. Premièrement, les deux appelants font valoir que les constatations du Groupe spécial sont "incohérentes" ou n'ont pas de "fondement motivé et adéquat".⁷³ Spécifiquement, ils font valoir que,

⁶⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.955; rapport du Groupe spécial, appendice A, paragraphe 29.

⁶⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.954.

⁷⁰ Rapport du Groupe spécial, appendice B, paragraphe 118 (le Groupe spécial a noté que les données d'enquête utilisées dans les études pouvaient être plus adaptées pour analyser l'incidence des mesures TPP et des mises en garde sanitaires explicites agrandies sur des résultats "proximaux" que sur des résultats plus distaux, en particulier du fait qu'aucun des ensembles de données d'enquête ne "sui[vait] les non-fumeurs qui pourraient s'être mis à fumer en l'absence des mesures TPP et des mises en garde sanitaires explicites agrandies").

⁷¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.963.

⁷² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.941. Le Groupe spécial a noté qu'il n'était pas convaincu que les exemples cités par les plaignants à l'appui de cet argument étaient directement transposables aux effets des mesures TPP sur les résultats comportementaux pertinents.

⁷³ Voir, par exemple, République dominicaine, communication en tant qu'appelant, paragraphes 893 à 919; Honduras, communication en tant qu'appelant, paragraphes 755 à 794.

dans son évaluation globale des éléments de preuve, le Groupe spécial s'est appuyé sur les éléments de preuve "positifs" de résultats "proximaux" figurant dans l'appendice A qui démontraient que les mesures TPP avaient les effets prévus dans les études antérieures à la mise en œuvre, en "ne tenant pas compte" ou en "réduisant à néant" d'autres éléments de preuve "limité[s]" ou "limit[és]" et mitigé[s]" figurant dans les appendices A et B.⁷⁴

87. Ce que les appelants contestent c'est le pouvoir discrétionnaire qu'a le Groupe spécial d'évaluer la crédibilité des éléments de preuve versés au dossier, de déterminer leur poids et de formuler des constatations sur la base de ces éléments de preuve. Les appelants ne tiennent pas compte du fait que le Groupe spécial a soupesé les éléments de preuve figurant dans les appendices A et B, en étant conscient des limites des données postérieures à la mise en œuvre et en ce qui concerne la charge non contestée qui incombait aux plaignants de prouver que les mesures TPP étaient *incapables de* contribuer à l'objectif de l'Australie par le fonctionnement de la "chaîne de causalité" proposée. Les éléments de preuve figurant dans les appendices A et B étaient plus que suffisants pour étayer la constatation générale du Groupe spécial selon laquelle les plaignants ne s'étaient pas acquittés de cette charge *prima facie*.

88. Deuxièmement, la République dominicaine fait valoir que le Groupe spécial a présenté un résumé de l'effet des mesures TPP sur les résultats distaux qui "manque de cohérence" avec ses propres constatations formulées dans l'appendice B de son rapport.⁷⁵ Ces arguments ne devraient pas retenir l'Organe d'appel trop longtemps. Chacune des allégations de la République dominicaine relevant de cette "deuxième allégation d'erreur" repose sur une lecture sélective de l'analyse et des conclusions du Groupe spécial. Une fois les présentations erronées de la République dominicaine corrigées, les arguments qu'elle formule sont dénués de tout fondement.

89. Troisièmement, la République dominicaine fait valoir que l'évaluation par le Groupe spécial de la solidité de certains éléments de preuve des parties figurant dans l'appendice B était incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord. Étant donné qu'à l'évidence ces allégations d'erreur ne sont pas importantes pour les constatations du Groupe spécial relatives à la contribution⁷⁶, l'Australie ne pense pas qu'elles méritent plus d'attention.

90. En résumé, les allégations des appelants au titre de l'article 11 concernant les résultats "proximaux" et "distaux" sont totalement dénuées de fondement et devraient être rejetées.

2. Les allégations des appelants concernant les appendices C et D sont dénuées de fondement

91. Ayant constaté que les éléments de preuve immédiatement postérieurs à la mise en œuvre se rapportant aux résultats proximaux et aux résultats distaux confirmaient que les mesures TPP fonctionnaient "comme prévu", le Groupe spécial a ensuite examiné les éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre concernant les taux de consommation de tabac (prévalence) et le volume des produits du tabac vendus (consommation). Il a exposé en détail ses constatations sur la prévalence et la consommation dans les appendices C et D, respectivement.

92. Initialement, les plaignants ont cherché à démontrer que les mesures TPP n'étaient pas à même de contribuer à l'objectif légitime de l'Australie car les mesures "avaient produit des effets contraires" en entraînant une *augmentation* au moins dans certaines catégories de prévalence et de consommation. Ils ont abandonné cette position lorsque les éléments de preuve ont établi que les taux de prévalence et de consommation avaient continué de *diminuer* après la mise en œuvre des mesures TPP. Ils ont ensuite changé de tactique et ont cherché à prouver qu'*aucune partie* des baisses observées dans la prévalence et la consommation ne pouvait être *imputée* aux effets des mesures TPP. À cette fin, les plaignants ont premièrement cherché à prouver que les baisses de la

⁷⁴ Voir, par exemple, République dominicaine, communication en tant qu'appelant, paragraphes 877 et 878, 881; Honduras, communication en tant qu'appelant, paragraphes 773 à 775.

⁷⁵ République dominicaine, communication en tant qu'appelant, section II.F.3.c.

⁷⁶ La République dominicaine reconnaît expressément, pour sa première "allégation concernant la solidité", que "[d]ans une perspective "d'ensemble", cette différence [de durée de l'augmentation statistiquement significative des appels reçus par Quitline] n'est pas importante pour une évaluation de la réussite des mesures TPP". République dominicaine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 971. Elle consacre néanmoins près de 20 pages de sa communication d'appelant à son argument selon lequel le Groupe spécial a fait erreur dans son évaluation des éléments de preuve relatifs aux appels reçus par Quitline.

prévalence et de la consommation ne s'étaient pas *accélérées* depuis la mise en œuvre des mesures TPP en décembre 2012.⁷⁷ Deuxièmement, ils ont présenté des modèles économétriques prétendant montrer que les mesures TPP n'avaient pas apporté de contribution statistiquement significative aux baisses observées.⁷⁸

93. Dans son évaluation des éléments de preuve concernant la prévalence (appendice C) et la consommation (appendice D), le Groupe spécial a divisé son analyse en trois étapes. Premièrement, il a examiné les éléments de preuve se rapportant à la question de savoir si la prévalence ou la consommation "avait diminué après la mise en œuvre des mesures TPP".⁷⁹ Deuxièmement, il a examiné les éléments de preuve se rapportant à la question de savoir si la réduction de la prévalence ou de la consommation "s'[était] accélérée" après la mise en œuvre des mesures TPP".⁸⁰ Troisièmement, il a examiné les éléments de preuve se rapportant à la question de savoir si les mesures TPP "avaient contribué à une réduction" de la prévalence du tabagisme ou de la consommation, "en discernant et en quantifiant les différents facteurs qui pouvaient expliquer l'évolution" de la prévalence et de la consommation.⁸¹

94. En ce qui concerne les première et deuxième étapes de ses analyses, le Groupe spécial a constaté qu'il y avait eu une *baisse* de la prévalence et de la consommation ainsi qu'une *accélération* du taux de réduction après la mise en œuvre des mesures TPP. Les appelants ne contestent pas la première constatation. Seule la République dominicaine conteste la constatation d'une *accélération* dans le cas de la prévalence mais cette contestation est fondée sur une description erronée flagrante des constatations antérieures du Groupe spécial. Selon l'Australie, nul ne peut contester de façon crédible que la prévalence et la consommation ont diminué après la mise en œuvre des mesures TPP et que les taux de réduction se sont accélérés dans les deux cas.

95. S'agissant de la troisième étape de ses analyses, le Groupe spécial a identifié de nombreux vices dans les modèles économétriques des plaignants qui prétendaient démontrer qu'*aucune partie* des baisses observées dans la prévalence et la consommation ne pouvait être imputée aux mesures TPP, contrairement à d'autres facteurs qui affectaient la prévalence et la consommation. Parmi les principaux vices identifiés par le Groupe spécial se trouvait le fait qu'une grande partie des modèles de prévalence des plaignants laissaient entendre que les déterminants *non contestés* de la prévalence – tels que le prix des produits du tabac et les augmentations des droits d'accise – n'avaient pas d'effet statistiquement significatif sur les taux de prévalence. Le Groupe spécial a identifié des vices similaires dans les modèles de consommation des plaignants, y compris le fait qu'une grande partie de ces modèles cherchaient à tenir compte des prix du tabac en tant que déterminant distinct de la consommation sans reconnaître que les mesures TPP elles-mêmes affectaient les prix du tabac. Il a mis en cause la validité et la valeur probante d'éléments de preuve économétriques qui produisaient ce type de résultats anormaux et présentaient ce type de vices tout en prétendant prouver que les mesures TPP n'avaient apporté *aucune* contribution aux baisses observées dans la prévalence et la consommation.

96. Pendant la procédure du Groupe spécial, les experts en économétrie de l'Australie, principalement Mme Tasneem Chipty, ont présenté des éléments de preuve à titre de réfutation qui identifiaient des vices dans les modèles économétriques des plaignants et démontraient en outre que, une fois les principaux vices de ces modèles corrigés, leurs résultats étaient compatibles avec une contribution négative et statistiquement significative des mesures TPP aux baisses observées dans la prévalence et la consommation. Le Groupe spécial a constaté que les modifications apportées par Mme Chipty aux modèles des plaignants avaient répondu à "certaines" ou à "un certain nombre" des préoccupations qu'il avait identifiées en examinant ces modèles.⁸² Avec ces modifications et à la lumière de tous les éléments de preuve économétriques versés au dossier, il a considéré que "certains éléments de preuve économétriques" donnaient à penser que les mesures TPP,

⁷⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.971 b); rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.977 b).

⁷⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.971 c); rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.977 c).

⁷⁹ Rapport du Groupe spécial, appendice C, paragraphe 5; rapport du Groupe spécial, appendice D, paragraphe 6.

⁸⁰ Rapport du Groupe spécial, appendice C, paragraphe 5; rapport du Groupe spécial, appendice D, paragraphe 6.

⁸¹ Rapport du Groupe spécial, appendice C, paragraphe 5; rapport du Groupe spécial, appendice D, paragraphe 6.

⁸² Rapport du Groupe spécial, appendice D, paragraphe 115; appendice C, paragraphe 120.

conjointement avec les mises en garde sanitaires explicites agrandies, avaient contribué aux baisses observées dans la prévalence et la consommation.⁸³

97. Les contestations des appelants concernant les constatations de fait formulées par le Groupe spécial sur la prévalence et la consommation se rapportent très largement à la troisième étape de ses analyses, à savoir l'évaluation qu'il a faite des éléments de preuve des plaignants qui prétendaient isoler et quantifier les déterminants de la prévalence et de la consommation et prouver ainsi qu'aucune partie des baisses observées dans la prévalence et la consommation ne pouvait être imputée aux mesures TPP. La plupart des allégations des appelants au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord se rapportant à ces constatations concernent la contestation de la façon dont le Groupe spécial a évalué des éléments de preuve économétriques complexes. Ces allégations sont centrées sur des questions telles que les contrôles économétriques appropriés concernant les effets des prix du tabac et des taxes, la spécification correcte des tendances temporelles dans les modèles économétriques, la question de savoir si certaines variables dans les modèles étaient corrélées et communiquaient donc les mêmes renseignements et la question de savoir si certaines variables explicatives et dépendantes étaient potentiellement endogènes.

98. Au lieu de résumer les éléments fournis par l'Australie à titre de réfutation pour chacune de ces questions techniques, il suffit de noter que les contestations des appelants concernant les constatations de fait formulées par le Groupe spécial reposent sur plusieurs erreurs récurrentes qu'ils ont commises.

99. Les allégations des appelants sont fondées sur des **descriptions erronées de ce qui a été constaté par le Groupe spécial**. L'exemple qui illustre le mieux ce phénomène est l'allégation de la République dominicaine selon laquelle le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective du "taux de réduction servant de point de repère" aux étapes 2 et 3 de son analyse de la prévalence. Cette allégation est fondée sur l'hypothèse que le Groupe spécial a identifié un "taux de réduction servant de point de repère" dans la première étape de son analyse, alors qu'en réalité ce n'est pas le cas.

100. Les appelants **se méprennent sur le rôle du Groupe spécial en tant que juge des faits**. Bon nombre des allégations des appelants présupposent que le Groupe spécial était tenu d'agir comme un simple destinataire passif des éléments de preuve présentés par les parties et qu'il n'était pas autorisé à examiner véritablement ces éléments de preuve. Les allégations des appelants ne tiennent pas compte du fait que l'Organe d'appel a reconnu précédemment que, pour s'acquitter de son devoir en tant que juge des faits, un groupe spécial devait dûment "examiner" les éléments de preuve économétriques et "formuler des conclusions quant à la valeur probante qu'il accord[ait]".⁸⁴ C'est exactement ce que le Groupe spécial a fait dans le présent différend.

101. Dans leurs allégations, les appelants **se méprennent sur la charge de la preuve** et sur le rôle qu'elle a joué dans l'évaluation par le Groupe spécial des éléments de preuve statistiques et économétriques. Le Groupe spécial a compris à juste titre que les plaignants avaient présenté des éléments de preuve économétriques pour *prouver* qu'aucune partie des baisses observées dans la prévalence et la consommation ne pouvait être imputée aux mesures TPP. Il a également compris que les éléments de preuve économétriques de l'Australie étaient des éléments de preuve présentés à titre de *réfutation* pour montrer que les modèles des plaignants ne prouvaient pas ce qu'ils prétendaient prouver. Les appelants donnent à plusieurs reprises une description erronée de la nature des constatations du Groupe spécial en ce qui concerne les éléments de preuve présentés à titre de réfutation par l'Australie. Le Groupe spécial n'a pas constaté, et n'avait aucun besoin de constater, que les éléments de preuve présentés à titre de réfutation par l'Australie avaient parfaitement répondu à *toutes* les préoccupations qu'il avait identifiées au sujet des éléments de preuve économétriques des *plaignants* pour conclure que les éléments de preuve des plaignants, modifiés par Mme Chipty, fournissaient "certains éléments de preuve économétriques" à l'appui de la conclusion selon laquelle les mesures TPP avaient contribué aux baisses observées dans la prévalence et la consommation.

102. Bon nombre des allégations des appelants font abstraction du principe bien établi selon lequel un groupe spécial n'est **pas tenu de tester son raisonnement** auprès des parties avant de

⁸³ Rapport du Groupe spécial, appendice C, paragraphe 123 c); appendice D, paragraphe 137 c).

⁸⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 357.

distribuer son rapport.⁸⁵ Un groupe spécial ne porte pas atteinte à la régularité de la procédure tant que son raisonnement ne "s'écarte[] [pas] si radicalement" des questions et des éléments de preuve qui lui ont été présentés que les parties en seraient "réduites à deviner quelle preuve elles devraient présenter".⁸⁶ Les questions soulevées dans le rapport du Groupe spécial dont il est allégué qu'elles sont "nouvelles" et qui sont maintenant contestées par les appelants, comme les références du Groupe spécial à la multicolinéarité et à la non-stationnarité potentielles de leurs modèles, étaient des questions qui découlaient directement des nombreuses communications d'experts des parties. Les appelants ont eu des possibilités plus que amples de convaincre le Groupe spécial de la validité et de la valeur probante de leurs éléments de preuve économétriques mais n'ont finalement pas réussi à le faire.

103. Les allégations formulées par les appelants selon lesquelles ils ont été "privés de la possibilité de formuler des observations" sur certaines des constatations du Groupe spécial et donc privés de leur droit à une procédure régulière ne tiennent pas compte de **la possibilité d'utiliser le réexamen intérimaire au titre de l'article 15:2 du Mémoire d'accord**. Pendant la phase de réexamen intérimaire, les appelants n'ont soulevé aucune des questions qu'ils indiquent maintenant en appel, bien que chacune d'elle soit un type de question que les parties à d'autres différends ont soulevé dans des réexamens intérimaires antérieurs. Quelle que soit la mesure dans laquelle le Groupe spécial a identifié, dans son rapport intérimaire, des questions que les appelants ne pouvaient pas raisonnablement prévoir, ceux-ci ont eu la possibilité d'exprimer leurs préoccupations au Groupe spécial et ont choisi de ne pas le faire.

104. Les appelants ne tiennent pas compte du fait que le Groupe spécial a évalué la validité et la valeur probante de leurs éléments de preuve économétriques à la lumière de **la nature constamment changeante des éléments de preuve des plaignants**. Le Groupe spécial a identifié de nombreux cas dans lesquels les experts des plaignants avaient modifié leurs positions sur des questions méthodologiques importantes, ce qui a souvent eu pour effet d'invalidier les résultats indiqués dans leurs communications antérieures. Au lieu de se confronter aux implications des vices identifiés dans les spécifications antérieures de leurs modèles, les experts des plaignants ont fréquemment modifié d'autres aspects de leurs modèles ou abandonné complètement des modèles antérieurs pour tenter de changer les règles du jeu et de recommencer le débat depuis le début. Le Groupe spécial a dûment tenu compte de cette considération lorsqu'il a évalué le poids à attribuer aux éléments de preuve économétriques des plaignants.

105. Enfin, bon nombre des contestations des appelants concernant les constatations de fait formulées par le Groupe spécial sur la prévalence et la consommation constituent une tentative à peine déguisée de **revenir sur des questions de fait ou d'obtenir que l'Organe d'appel soupèse à nouveau les éléments de preuve**.

106. Chacune des contestations des appelants concernant les constatations du Groupe spécial sur la prévalence et la consommation est dénuée de fondement pour l'une des raisons énumérées plus haut ou plusieurs.

107. Outre le fait qu'ils n'ont pas établi une absence d'évaluation objective à quelque égard que ce soit, les appelants ne *tentent* même pas de démontrer, au-delà de la simple affirmation, que l'une quelconque des erreurs alléguées concernant l'évaluation objective, ou toute combinaison de ces erreurs, était *importante* pour les constatations intermédiaires du Groupe spécial sur la prévalence et la consommation. Comme il a été résumé plus haut dans la partie 0, les allégations des appelants selon lesquelles les constatations du Groupe spécial sur la prévalence et la consommation dénotent une absence d'évaluation objective constituent un apport clé pour leur contestation concernant la constatation *générale* du Groupe spécial relative à la contribution. Les appelants n'ont pas établi le prédicat fondamental de cette contestation plus large.

F. CONCLUSION

108. L'Australie affirme que les demandes des appelants visant l'infirmerie des constatations du Groupe spécial devraient être intégralement rejetées pour les raisons exposées plus haut.

⁸⁵ Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique)*, paragraphe 7.177.

⁸⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique)*, paragraphe 7.177.

109. Les appelants ont formulé des allégations d'erreur juridique spécieuses et leurs nombreuses allégations selon lesquelles le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord dans son évaluation de la contribution sont dénuées de fondement. Comme il ressort clairement de ce qui précède, ils n'ont pas établi que le Groupe spécial avait outrepassé les limites du pouvoir discrétionnaire dont il disposait pour juger les faits au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord en constatant que les plaignants n'avaient pas démontré que les mesures TPP n'étaient pas à même d'apporter une contribution aux objectifs de santé publique de l'Australie.⁸⁷

⁸⁷ Conformément aux *Lignes directrices concernant les résumés analytiques des communications écrites*, WT/AB/23 (11 mars 2015), l'Australie indique que le présent résumé analytique contient 11 767 mots (notes de bas de page incluses) (dans la version originale), ce qui est égal ou inférieur à 10% du nombre total de mots de sa communication d'intimité qui contient 129 096 mots.

ANNEXE C**ARGUMENTS DES PARTICIPANTS TIERS**

	Table des matières	Page
Annexe C-1	Résumé analytique de la communication de l'Argentine en tant que participant tiers	82
Annexe C-2	Résumé analytique de la communication du Brésil en tant que participant tiers	83
Annexe C-3	Résumé analytique de la communication du Canada en tant que participant tiers	84
Annexe C-4	Résumé analytique de la communication de la Chine en tant que participant tiers	86
Annexe C-5	Résumé analytique de la communication de la République dominicaine en tant que participant tiers	87
Annexe C-6	Résumé analytique de la communication de l'Union européenne en tant que participant tiers	88
Annexe C-7	Résumé analytique de la communication de l'Indonésie en tant que participant tiers	90
Annexe C-8	Résumé analytique de la communication du Japon en tant que participant tiers	95
Annexe C-9	Résumé analytique de la communication du Malawi en tant que participant tiers	96
Annexe C-10	Résumé analytique de la communication du Mexique en tant que participant tiers	97
Annexe C-11	Résumé analytique de la communication de la Nouvelle-Zélande en tant que participant tiers	99
Annexe C-12	Résumé analytique de la communication du Nigéria en tant que participant tiers	102
Annexe C-13	Résumé analytique de la communication de la Norvège en tant que participant tiers	103
Annexe C-14	Résumé analytique de la communication des Philippines en tant que participant tiers	104
Annexe C-15	Résumé analytique de la communication de Singapour en tant que participant tiers	105
Annexe C-16	Résumé analytique de la communication de la Thaïlande en tant que participant tiers	107
Annexe C-17	Résumé analytique de la communication des États-Unis en tant que participant tiers	108
Annexe C-18	Résumé analytique de la communication de la Zambie en tant que participant tiers	110
Annexe C-19	Résumé analytique de la communication du Zimbabwe en tant que participant tiers	111

ANNEXE C-1**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DE L'ARGENTINE
EN TANT QUE PARTICIPANT TIERS*****I. Article 16:1 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)**

1. L'Argentine considère que les droits conférés par l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC sont, essentiellement, des droits d'exclusion accordés au titulaire d'une marque pour empêcher des tiers de faire usage, au cours d'opérations commerciales, de signes identiques ou similaires.

2. En conséquence, l'Argentine considère que le Groupe spécial a correctement interprété cet article en constatant que l'obligation de protection ne s'étendait pas à l'obligation de maintenir des conditions de marché qui rendent possibles certaines circonstances factuelles prévues par cet article, y compris le risque de confusion.

II. Article 20 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)

3. L'Argentine considère que le Groupe spécial a donné une interprétation adéquate de l'expression adverbiale "de manière injustifiable" dans le cadre de l'article 20.

4. L'Argentine considère que l'analyse du "caractère justifiable" au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC a sa propre spécificité et diffère d'autres critères figurant dans d'autres dispositions des accords visés.

5. L'Argentine est d'accord avec le critère développé par le Groupe spécial ainsi qu'avec les facteurs pris en compte au moment de procéder à l'analyse du "caractère justifiable" au titre de l'article 20.

6. L'Argentine considère que le Groupe spécial a donné une interprétation correcte lorsqu'il a établi que la contribution de la mesure analysée à l'objectif poursuivi devait être évaluée d'une manière globale.

7. Enfin, l'Argentine soutient que l'article 8 de l'Accord sur les ADPIC offre des indications contextuelles utiles pour l'interprétation de l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20. Spécifiquement, les principes reflétés à l'article 8:1 visent à préserver la capacité des Membres de l'OMC de poursuivre certains intérêts sociétaux légitimes tels que la santé publique.

* Le texte a initialement été communiqué en espagnol par l'Argentine.

ANNEXE C-2**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DU BRÉSIL
EN TANT QUE PARTICIPANT TIERS**

1. Dans sa communication, le Brésil souligne qu'il est important d'analyser le présent différend dans le contexte de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac. Il formule ensuite des observations sur: le critère du "caractère restrictif pour le commerce" au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC; l'interprétation de l'expression "entravent de manière injustifiable" au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC; et la marge de manœuvre dont disposent les Membres pour mettre en œuvre des politiques publiques.
2. En ce qui concerne le critère du "caractère restrictif pour le commerce", le Brésil note qu'en appliquant uniquement un critère des "effets sur le commerce" au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, le Groupe spécial a établi un seuil plus élevé pour l'analyse des mesures non discriminatoires. Il croit comprendre que le critère qualitatif ne pourrait être omis que si un groupe spécial pouvait recueillir des renseignements quantitatifs précis concernant la restriction au commerce causée par une mesure OTC et ses effets sur les possibilités de concurrence. Il considère également que le plaignant n'est pas tenu de démontrer l'existence d'effets sur le commerce pour s'acquitter de la charge de la preuve qui lui incombe.
3. Pour ce qui est de l'interprétation de l'expression "entraver de manière injustifiable" employée à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, le Brésil soutient que le Groupe spécial a reconnu qu'il était nécessaire que l'entrave soit proportionnelle à l'importance de l'objectif poursuivi en constatant que les raisons de l'application des prescriptions spéciales devaient "étay[er] suffisamment" l'entrave. Le Brésil convient que l'article 20 présuppose un équilibre entre l'intérêt des titulaires à utiliser leurs marques et la capacité des Membres d'adopter des mesures pour atteindre des objectifs sociétaux.
4. Enfin, le Brésil soutient que les Membres de l'OMC peuvent entraver l'usage des marques à l'aide de prescriptions spéciales, telles que l'usage sous une forme spéciale, à la seule condition que l'entrave soit justifiable. L'Accord sur les ADPIC n'indique pas quels types de motivations légitimeraient l'adoption de prescriptions spéciales ni ne définit aucune limite pour l'entrave à l'usage d'une marque autre que sa nature justifiable.

ANNEXE C-3**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DU CANADA
EN TANT QUE PARTICIPANT TIERS**

1. Les constatations de l'Organe d'appel dans le présent différend auront d'importantes conséquences systémiques pour tous les Membres de l'OMC. Le présent différend concerne l'équilibre fondamental entre la protection des droits de propriété intellectuelle et de la facilitation des échanges, et le droit d'un Membre de prendre des mesures de santé publique légitimes au titre de l'Accord sur les ADPIC et de l'Accord OTC.
2. Les allégations des appelants selon lesquelles le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation des articles 16:1 et 20 de l'Accord sur les ADPIC et de l'article 2.2 de l'Accord OTC sont dénuées de fondement et devraient être rejetées.
3. Le Groupe spécial a eu raison de conclure que l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC n'incluait *pas* le droit: d'utiliser une marque; de préserver ou de renforcer le caractère distinctif d'une marque; ou de protéger la capacité d'un titulaire de démontrer qu'il existait un "risque de confusion" dans le contexte d'une procédure nationale pour atteinte aux droits. Une constatation contraire au titre de cette disposition de l'Accord sur les ADPIC, ou d'une autre disposition de cet accord, aboutirait au résultat intenable de restreindre ou d'annuler la capacité des Membres de prendre des mesures de politique publique légitimes, y compris des mesures pour protéger la santé publique.
4. Les appelants présentent de façon erronée les constatations du Groupe spécial concernant l'interprétation de l'expression "de manière injustifiable" employée à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC. Le Groupe spécial n'a pas constaté que l'article 20 établissait une "exception relative à la politique générale". Il a conclu à juste titre que l'article 20 établissait l'obligation positive pour les Membres de ne pas imposer de prescriptions spéciales qui entravaient de manière injustifiable l'usage d'une marque. Il a en outre constaté à juste titre qu'il n'était pas automatiquement requis de procéder à une évaluation des marques individuelles et de leurs attributs spécifiques pour déterminer si une mesure était justifiable au regard de l'article 20.
5. Le Canada pense comme le Groupe spécial que le critère "de manière injustifiable" ne s'apparente pas à un critère "non nécessaire". Lorsque l'on compare le sens ordinaire du terme "nécessaire" au sens ordinaire de l'expression "de manière justifiable", il est évident que le seuil prescrit pour établir qu'une mesure est "nécessaire" doit être plus élevé et plus strict que le seuil prescrit pour établir qu'une mesure est "justifiable". Il n'y a rien dans le texte ni dans l'historique de la négociation qui permette d'adopter un critère "nécessaire" dans le cadre de l'article 20. Par conséquent, l'allégation des appelants selon laquelle la composante comparative du critère de la "nécessité" devrait être transposée dans l'article 20 doit être rejetée.
6. Le Canada propose d'ajouter des éléments au critère "de manière injustifiable" du Groupe spécial pour faire en sorte que l'équilibre fondamental et voulu soit préservé entre la protection des droits de propriété intellectuelle et le droit d'un Membre de prendre des mesures de politique publique légitimes. En particulier, le critère doit inclure les questions de savoir si les "raisons" de la prescription sont légitimes; s'il existe un lien ou une connexion entre la prescription et ces raisons; et si la prescription contribue ou peut contribuer à ces raisons. Le critère ne devrait *pas* inclure une analyse comparative de la prescription en cause et de l'existence de prescriptions de rechange.
7. Les allégations des appelants au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC devraient être rejetées car elles ne sont pas étayées par une lecture simple des constatations du Groupe spécial et elles sont dénuées de fondement. L'interprétation du "caractère restrictif pour le commerce" donnée par le Groupe spécial est compatible avec la jurisprudence existante et ne constitue pas une erreur de droit.

8. Le Canada encourage l'Organe d'appel à appliquer rigoureusement le critère prévu à l'article 11 du Mémoire d'accord pour rejeter tout argument visant simplement l'infirmité de constatations de fait en appel.¹

¹ Conformément aux *Lignes directrices concernant les résumés analytiques des communications écrites*, WT/AB/23 (11 mars 2015), le Canada indique que le présent résumé analytique contient 542 mots, ce qui est égal ou inférieur à 10 % du nombre total de mots de sa communication en tant que participant tiers (y compris les notes de bas de page), qui contient 5 483 mots.

ANNEXE C-4**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DE LA CHINE
EN TANT QUE PARTICIPANT TIERS**

1. Les présents différends concernent des questions importantes relatives à l'équilibre entre les intérêts en matière de santé, les intérêts en matière de commerce et les intérêts en matière de propriété intellectuelle, au titre des Accords de l'OMC visés. Il n'est pas contesté que les Membres de l'OMC peuvent prendre des mesures appropriées afin de protéger la santé publique.
2. Même si elle ne prend pas position sur le fond précis des différends et les questions concernant l'évaluation des éléments de preuve, la Chine souhaite formuler des observations sur l'interprétation juridique de deux dispositions des accords visés: l'article 20 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC) et l'article 2.2 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (Accord OTC).
3. En ce qui concerne l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, le critère "de manière injustifiable" prévu à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC n'est pas nécessairement le même que le critère "nécessaire" prévu à l'article 2.2 de l'Accord OTC ou à l'article XX du GATT de 1994.
4. Il apparaît que le critère "de manière injustifiable" n'est ni identique ou semblable au critère prévu à l'article 2.2 de l'Accord OTC ou dans le GATT de 1994, ni un critère du "tout ou rien" pour ce qui est du lien rationnel entre la mesure et l'objectif de politique générale. L'existence de solutions de rechange moins restrictives ne pourrait ne pas, en soi, établir que la mesure en cause est injustifiable. De même, un lien rationnel qui serait *de minimis* ne pourrait ne pas, en soi, démontrer que la mesure est justifiable.
5. S'agissant de l'article 2.2 de l'Accord OTC, la Chine espère que l'Organe d'appel pourra clarifier la relation entre l'article 2.2 et l'article 2.1 de l'Accord OTC, ainsi que la question de savoir si une charge de la preuve plus lourde consistant à démontrer l'existence d'effets réels sur le commerce a été imposée en ce qui concerne des règlements techniques non discriminatoires en vue d'éclairer le caractère restrictif pour le commerce.
6. La Chine est préoccupée par l'interprétation rigide et étroite de l'expression "degré équivalent de contribution à l'objectif légitime pertinent". Elle espère que l'Organe d'appel pourra clarifier le champ de l'objectif légitime en l'espèce, qui fait référence au principal objectif de politique générale, qui est de protéger la santé des personnes, ou l'effet de la mesure contestée, qui est la réduction de l'attrait de l'emballage du tabac.

ANNEXE C-5

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DE LA RÉPUBLIQUE DOMINICAINE
EN TANT QUE PARTICIPANT TIERS

1. La République dominicaine présente des arguments interprétatifs sur une question soulevée dans l'appel du Honduras au titre de l'article 20 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ("Accord sur les ADPIC"): le fait que le Groupe spécial n'a pas pris en compte de façon appropriée les caractéristiques individuelles de chaque marque affectée lorsqu'il a examiné la nature et l'étendue des entraves, ainsi que le caractère justifiable de l'entrave telle qu'elle se rapportait aux marques affectées.
2. Établir si l'"usage" commercial a été "entravé de manière injustifiable" implique premièrement d'évaluer s'il existe une entrave et, deuxièmement, d'évaluer son caractère justifiable. Les deux étapes de cette analyse doivent être menées sur la base d'une évaluation de "chaque marque affectée individuellement".¹ Le Groupe spécial n'a pas appliqué l'article 20 comme exigeant que chaque marque affectée soit prise en compte de façon appropriée.²
3. Comme le Honduras l'explique, le contexte des articles 15, 16, 17 et de la note de bas de page 3 de l'Accord sur les ADPIC confirme que l'article 20 exige une évaluation individualisée de chaque marque spécifique.³ Au titre de l'Accord sur les ADPIC, tous les aspects de la réglementation des marques, y compris la *teneur*, l'*acquisition*, la *jouissance* des droits et les *moyens de les faire respecter*, reposent sur un examen individuel de chaque marque particulière. La réglementation de l'usage est également importante, étant donné que l'usage est essentiel pour garantir qu'une marque remplit sa fonction distinctive de base. Comme c'est le cas pour d'autres aspects de la réglementation des marques, la réglementation de l'usage doit prendre en compte les caractéristiques individuelles de chaque marque affectée.
4. Le Groupe spécial ne l'a pas fait. Il a constaté que la prohibition des marques dénominatives stylisées, des marques composées et des marques figuratives était "atténuée[] en partie" par le maintien de l'usage des marques dénominatives non stylisées. Cette constatation supprime les distinctions juridiques et factuelles entre différentes marques et différentes catégories de marques remplissant des fonctions distinctes. La prohibition de l'usage d'une marque n'est pas affaiblie par l'usage d'une autre. Une marque dont l'usage est prohibé ne peut pas remplir sa fonction de base.
5. De même, le Groupe spécial a fait erreur en constatant qu'une évaluation individuelle n'était pas nécessaire parce que l'Australie n'avait "pas [*l'intention de*] viser les marques individuelles".⁴ La compatibilité d'une mesure avec les règles de l'OMC ne dépend pas des intentions du défendeur. Le Groupe spécial aurait dû évaluer les prescriptions TPP relatives aux marques par référence à leurs *effets* sur les marques.
6. Le Groupe spécial confond également la réglementation des *marques* avec la réglementation des *produits*. L'entrave aux marques dont il faut montrer le caractère injustifiable n'est pas l'"uniformisation" des produits du tabac, comme l'a dit le Groupe spécial.⁵ C'est la prohibition de l'usage des marques dénominatives stylisées, des marques composées et des marques figuratives sur un produit particulier.

¹ Honduras, communication en tant qu'appelant, paragraphes 140, 181.

² Voir plus généralement Honduras, communication en tant qu'appelant, section III.

³ Honduras, communication en tant qu'appelant, paragraphe 163. (pas d'italique dans l'original)

⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.2594. (pas d'italique dans l'original)

⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.2594.

ANNEXE C-6**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DE L'UNION EUROPÉENNE
EN TANT QUE PARTICIPANT TIERS¹****1.1 Article 2.2 de l'Accord OTC**

1. L'Union européenne est elle aussi attentive au fait que, **pour garantir la régularité de la procédure, les groupes spéciaux sont tenus de communiquer aux parties au différend les éléments de preuve factuels sur lesquels ils s'appuient** pour qu'elles puissent exprimer leurs vues sur la valeur et l'utilisation de ces éléments de preuve. Cependant, même dans le cas où l'évaluation par le Groupe spécial des éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre serait affectée par un manquement à l'article 11 du Mémoire d'accord, il faudrait examiner dans quelle mesure le Groupe spécial aurait quand même pu parvenir à sa conclusion selon laquelle la mesure TPP était à même d'apporter une contribution importante à ses objectifs déclarés. L'Union européenne est plutôt d'avis que cette conclusion serait valable. Il devrait être possible de parvenir à cette conclusion sur la base d'un examen d'un nombre raisonnable d'éléments de preuve, y compris un raisonnement qualitatif. Pour que la marge de manœuvre réglementaire soit significative, il faut que les autorités réglementaires disposent d'une latitude suffisante pour pouvoir choisir entre les différentes options disponibles, sans être constamment contredites par les organes juridictionnels de l'OMC. Elles ne devraient pas avoir à craindre d'être submergées par un nombre excessif d'"éléments de preuve" produits par les parties au différend, qui transformerait le processus réglementaire en guerre d'usure.

2. En ce qui concerne l'allégation selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur dans l'**application de l'article 2.2 de l'Accord OTC lorsqu'il a évalué la contribution de la mesure TPP**, l'Union européenne note que le Groupe spécial a jugé convaincantes les considérations de l'Australie selon lesquelles l'incidence des mesures ne pouvait se manifester pleinement que sur une période d'application plus longue. Au lieu d'accepter simplement qu'il était "raisonnable" que les mesures soient à même d'apporter une contribution importante, le Groupe spécial s'est référé à l'effet attendu des mesures en cause à *plus long terme*. Il a reconnu que les éléments de preuve correspondant au début de la période d'application des mesures "[pouvaient] ne pas donner une image complète" et que sa détermination "n'entend[ait] pas préjuger de l'évolution future de la contribution des mesures TPP à la réduction de la consommation de produits du tabac et de l'exposition à ces produits". Pourtant, il a considéré que les éléments de preuve concernant les résultats "proximaux" et "distaux" corroboraient l'allégation de l'Australie.

3. Pour ce qui est du **critère du caractère restrictif pour le commerce**, l'Union européenne convient que toute mesure réglementant l'activité économique modifierait probablement les conditions de concurrence pour tous les produits et les producteurs considérés. On ne peut pas en conclure qu'il y a aussi – nécessairement – une restriction au commerce international. La tentative des plaignants de transposer l'expression "possibilités de concurrence" du contexte de la discrimination *de facto* reflète une tentative d'échapper aux conséquences qui découlent de la façon dont ils ont formulé leurs arguments. Si leur véritable préoccupation avait été qu'ils étaient affectés d'une manière différente par les mesures, alors ils auraient dû formuler une allégation NPF. Ils ne l'ont pas fait. Ils ont ainsi été confrontés à un casse-tête qu'ils ont eux-mêmes créé. Ils doivent faire valoir que les mesures sont *inefficaces* et pourtant, en même temps, *restrictives pour le commerce*. C'est pourquoi ils cherchent à étendre le concept de caractère restrictif pour le commerce de façon à inclure la manière différente dont ils sont affectés par la mesure, d'après les allégations. Cela crée une confusion entre le concept de discrimination *de facto* et le concept distinct de caractère restrictif pour le commerce.

4. S'agissant de la plainte selon laquelle le Groupe spécial aurait dû **examiner la contribution des mesures de rechange à la lumière des "mécanismes" spécifiques selon lesquels les mesures TPP fonctionnaient, plutôt que de leurs objectifs**, l'Union européenne considère que

¹ Nombre total de mots de la communication (y compris les notes de bas de page mais à l'exclusion du résumé analytique) = 13 451; nombre total de mots du résumé analytique = 1 263 (dans leur version originale).

le Groupe spécial a reconnu de façon appropriée que la mesure TPP faisait partie d'une "série de mesures" traitant un problème à multiples facettes, visant à réaliser l'objectif plus général et ultime de réduire la consommation de tabac. La réduction de l'attrait des produits du tabac chez les jeunes, en supprimant la possibilité de faire concurrence sur la base de l'image de marque et de la diversification, apparaîtrait comme l'un des mécanismes de causalité par lesquels cet objectif global devrait être réalisé. Il semble raisonnable d'affirmer que l'objectif socioéconomique complexe et multifacette poursuivi par l'Australie devra peut-être être abordé sous tous les angles disponibles, simultanément, chaque mesure venant à bout d'une facette particulière du problème. Cependant, si une mesure était omise dans la série, cela risquerait fort de créer un vide, réduisant de fait l'efficacité de la série complète.

5. L'Union européenne ne considère pas qu'un **critère de l'"équivalence" différent ait été imposé dans le cas d'une "série de mesures"**. Le Groupe spécial a souligné, conformément à ce qu'avait dit l'Organe d'appel dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, que les éléments spécifiques de la stratégie de l'Australie concernant le tabac ne pouvaient pas être remplacés par des solutions de rechange qui constituaient une modification ou une amélioration de mesures existantes faisant déjà partie de la série de mesures si ces solutions, en elles-mêmes, ne traitaient pas de manière adéquate le mécanisme de causalité particulier en cause, aboutissant ainsi à une série incomplète. Selon l'Union européenne, le traitement spécifique de l'effet des images et des messages transmis par les éléments figuratifs et autres caractéristiques de conception de l'emballage du tabac est un mécanisme de causalité particulier, qui conduit à l'objectif à plus long terme d'une réduction globale du tabagisme. Il peut raisonnablement être considéré comme un élément nécessaire dans la série globale de mesures, essentiel pour garantir l'efficacité de la série considérée dans son ensemble. En d'autres termes, nous considérons qu'un organisme de réglementation devrait avoir la possibilité, dans le cadre d'une série globale de mesures, de traiter une forme de concurrence spécifique au sujet de laquelle il a été prouvé qu'elle exerce un attrait sur les consommateurs.

1.2 Article 20 de l'Accord sur les ADPIC

6. Le Groupe spécial a énoncé, au sujet de l'expression "de manière injustifiable", un critère juridique qui s'apparente aux justifications au titre de l'article XX du GATT de 1994 et qui apparaît conforme à l'article 20. Le concept "justifiable" est suffisamment large pour rendre compte des divers types de justification, avec leurs divers types de liens, et garantit, comme il est dit à l'article 8:1 de l'Accord sur les ADPIC, qu'il y a suffisamment de marge dans l'Accord sur les ADPIC pour les mesures nécessaires pour protéger la santé publique.

7. L'expression "de manière injustifiable" implique l'existence de certains objectifs sous-tendant les "prescriptions spéciales" puisqu'elle fait référence à la capacité de fournir une "justification" ou une "bonne raison" qui soit raisonnable pour l'action ou la situation pertinente. L'article 20 n'indique pas expressément les types de raisons qui peuvent constituer le fondement du "caractère justifiable" d'une entrave. Le libellé large de l'article 20 indique que les Membres de l'OMC pourraient tenir compte des objectifs de politique publique; on peut trouver des indications utiles dans le contexte des autres dispositions de l'Accord sur les ADPIC, en particulier les articles 7 et 8.

8. Le critère juridique adopté par le Groupe spécial n'est pas limité à la fourniture de "bonnes raisons". En réalité, il soupèse et met en balance plusieurs éléments dans chaque cas spécifique: la nature et l'étendue de l'entrave découlant des prescriptions spéciales; l'intérêt légitime de la marque; les raisons sous-tendant les prescriptions spéciales; et le point de savoir si ces raisons fournissent un appui suffisant. Il apparaît que le critère juridique tient également compte des préoccupations spécifiques soulevées par les marques considérées dans le cadre de l'analyse.

9. Il n'apparaît pas que le sens ordinaire, le contexte ainsi que l'objet et le but de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC montrent que cet article autorise uniquement des entraves qui reposent sur des "préoccupations spécifiques à une marque" et qui sont appliquées d'une "manière limitée" ou "avec une incidence minimale sur [la] fonction distinctive [de cette marque]". Les exemples introduits par "telles que" à l'article 20 et la nature "spéciale[]" des prescriptions ne laissent pas entendre que l'expression "de manière injustifiable" doit être interprétée comme autorisant uniquement des entraves limitées. En outre, étant donné que l'"usage" pertinent aux fins de l'article 20 ne se limite pas à distinguer les produits et les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises, il apparaît donc que l'"incidence minimale sur [la] fonction distinctive [de cette marque]" n'est pas déterminante.

ANNEXE C-7**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DE L'INDONÉSIE
EN TANT QUE PARTICIPANT TIERS****I. INTRODUCTION¹**

1. La République dominicaine et le Honduras (les "appelants") contestent divers aspects du rapport du Groupe spécial. Ils demandent l'infirmer des interprétations juridiques données par le Groupe spécial de l'article 2.2 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce ("Accord OTC") et des articles 16:1 et 20 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ("Accord sur les ADPIC"). Les appelants estiment également que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question, en violation de l'article 11 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends ("Mémorandum d'accord"). Ils présentent des arguments et des éléments de preuve montrant que le Groupe spécial n'a pas examiné la question d'une manière impartiale, appliquant un double critère de la preuve qui a bénéficié à plusieurs reprises à l'Australie. Enfin, ils soutiennent que le Groupe spécial n'a pas respecté leurs droits en matière de régularité de la procédure. Dans leurs communications écrites, ils expliquent de quelle manière le Groupe spécial a rejeté les éléments de preuve des plaignants selon lesquels les mesures concernant l'emballage neutre du tabac de l'Australie (les "mesures TPP") ne contribuaient pas à leur objectif, à l'aide de tests économétriques a) qu'il avait élaborés seul, b) au sujet desquels il n'avait pas ménagé aux plaignants la possibilité de formuler des observations, et c) qui ne faisaient pas partie de son dossier.

II. LE GROUPE SPÉCIAL A FAIT ERREUR EN CONSTATANT QUE LES MESURES TPP DE L'AUSTRALIE N'ÉTAIENT PAS INCOMPATIBLES AVEC L'ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC**A. Le Groupe spécial a fait erreur lorsqu'il a évalué le caractère restrictif pour le commerce des mesures TPP**

2. Le Groupe spécial aurait dû fonder sa constatation relative au caractère restrictif pour le commerce sur la question de savoir si les mesures contestées modifiaient les conditions de concurrence au détriment des produits importés. Au lieu de cela, il a adopté un critère des "effets sur le commerce" fondé sur la mesure dans laquelle les mesures TPP de l'Australie avaient réduit le volume des importations. Il a aggravé son erreur en insistant sur le fait que tout effet sur le commerce devait être causé exclusivement par les mesures TPP.

3. L'Organe d'appel a indiqué clairement que les groupes spéciaux devaient évaluer le caractère restrictif pour le commerce des règlements techniques au titre de l'article 2.2 en faisant référence à leur effet limitatif sur les ""possibilités de concurrence" offertes aux produits importés".² Le concept de "[caractère] restrictif pour le commerce [est] large" et sa présence peut être démontrée sans avoir à quantifier les effets sur le commerce.³

4. Les plaignants ont présenté des éléments de preuve selon lesquels la conception, la structure et le fonctionnement attendu de l'emballage neutre du tabac restreignaient les possibilités de concurrence offertes aux produits du tabac importés. L'Australie admet que l'emballage neutre du tabac est censé empêcher les sociétés de l'industrie du tabac d'utiliser les marques pour distinguer leurs produits et renforcer les possibilités de concurrence. Malgré cela, le Groupe spécial a indiqué qu'"il [était] nécessaire de montrer *comment* ces effets sur les conditions de concurrence sur le marché engendr[aien]t un effet limitatif sur le commerce international des produits du tabac".⁴

¹ Conformément aux Procédures de travail de l'Organe d'appel, le nombre total de mots de la communication de l'Indonésie en tant que participant tiers est de 20 697. Le nombre total de mots du présent résumé analytique est de 2 051.

² Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 477.

³ *Id.*

⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1168.

5. Les plaignants ont présenté des éléments de preuve indiquant des effets sur le commerce. Ils ont fourni des éléments de preuve (qui n'ont pas été réfutés par l'Australie) montrant que l'emballage neutre du tabac avait amené certains consommateurs à se tourner vers des produits du tabac meilleur marché.⁵ Pourtant, le Groupe spécial n'a toujours pas constaté de restriction au commerce pour ces raisons. Il a allégué que les éléments de preuve ne montraient pas que l'augmentation relative des ventes de produits du tabac meilleur marché était due "exclusivement" à la descente en gamme causée par les mesures TPP.

B. Le Groupe spécial a fait erreur lorsqu'il a évalué s'il existait des solutions de rechange moins restrictives pour le commerce pour remplacer les mesures TPP

6. En expliquant comment il évaluerait la contribution relative des solutions de rechange moins restrictives pour le commerce à l'objectif de l'Australie, le Groupe spécial note (à juste titre, selon l'Indonésie) l'indication suivante donnée par l'Organe d'appel:

[c]e qui est pertinent dans une évaluation de l'"équivalence" est "le degré *global* de contribution que le règlement technique apporte à l'objectif poursuivi ... et non un quelconque *aspect ou élément particulier* de la contribution *pris isolément*".⁶

7. Malheureusement, le Groupe spécial évalue ensuite les contributions relatives de solutions de rechange moins restrictives pour le commerce et de l'emballage neutre du tabac, du point de vue non pas de leur contribution globale à la réduction de la consommation des produits du tabac et de l'exposition à ces produits, mais plutôt de leurs contributions aux "mécanismes" de l'emballage neutre du tabac (à savoir, la réduction de l'attrait, l'accroissement de l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et l'élimination de la capacité des fabricants de tabac d'induire les consommateurs en erreur). Cette approche va à l'encontre des indications données par l'Organe d'appel de ne pas lier l'équivalence à un aspect ou à un élément particulier de la contribution, et dénote une violation de l'article 2.2 de l'Accord OTC.

C. Le Groupe spécial a permis à l'Australie de montrer que l'emballage neutre du tabac pourrait fonctionner dans le futur mais les plaignants avaient dû montrer qu'il était certain que le contrôle préalable comme solution de rechange fonctionnerait

8. Bien que l'Indonésie ne partage pas l'avis selon lequel une solution de rechange moins restrictive pour le commerce doit apporter une contribution au moyen des mêmes mécanismes que l'emballage neutre du tabac, les plaignants ont inclus au moins une solution de rechange, à savoir le contrôle préalable, pour laquelle c'était le cas. Le Groupe spécial est convenu que:

le ... contrôle préalable ... réaliser[ait] l'objectif de l'Australie consistant à améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits au moyen des mêmes mécanismes de causalité que ceux qui sont employés par les mesures TPP, à savoir la diminution de l'attrait, le renforcement de l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et la réduction de l'aptitude de l'emballage pour la vente au détail de produits du tabac à induire les consommateurs en erreur quant aux effets nocifs du tabagisme ou de la consommation de produits du tabac.⁷

9. Malgré ces constatations, le Groupe spécial a conclu que la contribution apportée par le contrôle préalable n'était pas équivalente à celle qui était apportée par l'emballage neutre du tabac du fait de la *possibilité* d'un moindre degré de contribution à l'objectif de l'Australie qui pourrait en résulter.⁸ Il émet l'hypothèse qu'un contrôle préalable pourrait aboutir à ce que certains éléments de conception de l'emballage du tabac soient autorisés sur le marché, et que le fait d'autoriser l'apparition de ces produits sur le marché, même pendant une brève période, pourrait avoir des effets défavorables sur la santé.⁹

⁵ *Id.*, paragraphe 7.1197.

⁶ *Id.*, paragraphe 7.1368.

⁷ *Id.*, paragraphe 7.1664.

⁸ *Id.*, paragraphes 7.1680 à 7.1683.

⁹ *Id.*, paragraphe 7.1680.

III. LES CONSTATATIONS DU GROUPE SPÉCIAL RELATIVES À LA CONTRIBUTION DE L'EMBALLAGE NEUTRE DU TABAC À SON OBJECTIF AU TITRE DE L'ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC ET DE L'ARTICLE 20 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC SONT ENTACHÉES D'ERREURS JURIDIQUES ET SONT INCOMPATIBLES AVEC LES PRESCRIPTIONS IMPOSANT DE PROCÉDER À UNE ÉVALUATION OBJECTIVE AU TITRE DE L'ARTICLE 11 DU MÉMORANDUM D'ACCORD

A. Le Groupe spécial a fait erreur lorsqu'il a amalgamé les effets de l'emballage neutre du tabac avec les effets des mises en garde sanitaires explicites agrandies

10. Les plaignants ont fait valoir que l'emballage neutre du tabac n'apportait pas une contribution significative à son objectif. Pour faire cette démonstration, les plaignants ont été confrontés à une "confusion totale".¹⁰ Spécifiquement, lorsqu'elle s'est orientée vers l'emballage neutre du tabac, l'Australie a nettement augmenté la taille de ses mises en garde sanitaires explicites sur l'emballage.

11. Pour résoudre ce casse-tête, les experts des plaignants ont supposé que *tous* les effets sur la prévalence du tabagisme étaient imputés à l'emballage neutre du tabac et qu'*aucun* ne résultait des mises en garde sanitaires explicites. Lorsqu'ils l'ont fait, les éléments de preuve ont continué à montrer que l'emballage neutre du tabac n'avait pas d'effet durable sur la prévalence du tabagisme.

12. Malheureusement, le Groupe spécial n'a jamais examiné l'allégation des plaignants selon laquelle les mesures TPP ne contribuent pas à leur objectif. Au lieu de cela, il constate que l'emballage neutre du tabac et les mises en garde sanitaires explicites agrandies contribuent à l'objectif de l'Australie.¹¹

13. Le fait que le Groupe spécial n'examine pas l'allégation des plaignants entache de vices ses constatations relatives à la contribution au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Cela reflète également un manquement à l'obligation prévue à l'article 11 du Mémoire d'accord de procéder à une évaluation objective de la question.¹²

B. Le Groupe spécial a étayé ses constatations relatives à la contribution sur la base d'évaluations qui n'étaient pas spécifiques à l'Australie ni au contexte australien

14. Pour procéder à une "évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris les faits de la cause" conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord, un groupe spécial doit interpréter les Accords de l'OMC d'une manière très contextualisée. Il doit examiner les faits et les "circonstances propres à un cas donné".¹³

15. La République dominicaine estime que le Groupe spécial a étayé sa constatation relative à la contribution sur la base d'évaluations des éléments de preuve qui n'étaient pas spécifiques à l'Australie ni au contexte australien.¹⁴ L'Indonésie partage cet avis.

16. Le Groupe spécial a fondé son évaluation de la contribution de l'emballage neutre du tabac à son objectif, y compris son incidence sur l'attrait du paquet, l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites et la capacité du paquet d'induire en erreur, sur des scénarios hypothétiques ou des faits dépassés.

¹⁰ "A Consideration of the Empirical Evidence on the Effect of Australia's Tobacco Plain Packaging Legislation", Prof. J. List, p. 30, 1 June 2015, pièce DR/IND-1.

¹¹ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1025.

¹² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone (Inde)*, paragraphe 4.233.

¹³ Rapports de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 24.

¹⁴ République dominicaine, communication en tant qu'appelant, paragraphes 652 à 825.

C. Le Groupe spécial a privé les plaignants de la possibilité de formuler des observations sur les critères de "solidité" qu'il a appliqués pour évaluer les éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre concernant la contribution présentés par les plaignants

17. Les parties ont présenté de nombreuses études sur la question de savoir si les mesures TPP apportaient une contribution à leur objectif. Une grande partie de ces études étaient fondées sur de vastes ensembles de données et modèles économétriques.

18. Le Groupe spécial a rejeté les avis des experts des plaignants, en s'appuyant non pas sur un quelconque point avancé ou présenté par l'Australie mais sur des "critères de solidité" qu'il a élaborés mais jamais présentés aux parties. Si les plaignants s'étaient vu ménager la possibilité de formuler des observations sur les critères de solidité élaborés par le Groupe spécial, ils auraient été en mesure d'examiner les anomalies spécifiques relevées dans la manière dont les critères avaient été appliqués et de réfuter la conclusion selon laquelle les éléments de preuve des plaignants n'étaient pas solides.

19. L'approche suivie par le Groupe spécial pour évaluer la solidité des éléments de preuve économétriques présentés par les plaignants est incompatible avec l'article 11 car il n'a pas garanti une procédure régulière aux plaignants. Le Groupe spécial n'a pas autorisé les plaignants à formuler des observations sur les critères qu'il a retenus, ni sur sa conclusion selon laquelle certains éléments de preuve présentés par leurs experts ne pouvaient pas être utilisés parce qu'ils n'étaient pas suffisamment solides.

D. Le Groupe spécial a appliqué des critères de solidité aux éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre concernant la contribution présentés par les plaignants mais pas aux éléments de preuve substantiellement semblables présentés par l'Australie

20. En plus de priver les plaignants d'une procédure régulière, le Groupe spécial a également appliqué ses critères de solidité d'une manière discriminatoire. Il apparaît qu'au lieu de les appliquer de la même manière aux données élaborées par les plaignants et aux données élaborées par l'Australie, le Groupe spécial les a appliqués uniquement aux données élaborées par les plaignants. Si le Groupe spécial avait appliqué les mêmes critères de solidité que ceux qu'il a utilisés pour critiquer les données des plaignants aux données substantiellement semblables présentées par l'Australie, on peut supposer qu'il aurait exprimé des préoccupations semblables. Par exemple, selon la République dominicaine, les travaux de Mme Chipty (présentés par l'Australie) suscitent les mêmes préoccupations en matière de solidité que celles qui ont été constatées, d'après les allégations du Groupe spécial, pour les éléments de preuve élaborés par les professeurs Klick et List. Ce manque d'impartialité est contraire à l'article 11 du Mémoire d'accord.

IV. LE GROUPE SPÉCIAL A FAIT ERREUR EN CONSTATANT QUE LES MESURES TPP DE L'AUSTRALIE N'ÉTAIENT PAS INCOMPATIBLES AVEC L'ARTICLE 16:1 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

21. L'Indonésie soutient l'appel du Honduras concernant la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'emballage neutre du tabac n'enfreint pas l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC. Premièrement, elle convient qu'"[u]n Membre qui cherche directement et délibérément à réduire la force de la marque, faisant ainsi qu'il devient impossible, avec le temps, de démontrer qu'il existe un risque de confusion ... enfreint l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC".¹⁵ Deuxièmement, elle convient que le Groupe spécial a appliqué à tort le principe d'économie jurisprudentielle lorsqu'il a refusé d'examiner si l'emballage neutre du tabac limitait le droit des titulaires de marques de tabac d'empêcher un usage portant atteinte aux droits.¹⁶

V. LE GROUPE SPÉCIAL A FAIT ERREUR EN CONSTATANT QUE LES MESURES TPP DE L'AUSTRALIE N'ÉTAIENT PAS INCOMPATIBLES AVEC L'ARTICLE 20 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

22. Premièrement, l'article 20 interdit aux Membres d'imposer des "prescriptions spéciales" qui "entrav[ent] de manière injustifiable" l'"usage d'une marque au cours d'opérations commerciales".

¹⁵ Honduras, communication en tant qu'appelant, paragraphe 435.

¹⁶ *Id.*, paragraphe 445.

Les constatations du Groupe spécial en relation avec l'article 20 reflètent une interprétation erronée de l'expression "de manière injustifiable".¹⁷ Une interprétation correcte aurait amené à conclure que l'expression "de manière injustifiable" qualifie la mesure dans laquelle l'usage *d'une marque particulière* peut être entravé, et non la question de savoir si les prescriptions imposées sont justifiables pour de "bonnes raisons".

23. Deuxièmement, le Groupe spécial n'a pas examiné les allégations du Honduras et des autres plaignants concernant le caractère injustifiable de l'entrave causée par la prohibition de toutes les marques sur les *bâtonnets* de cigarettes. Cette prohibition élimine entièrement l'aptitude à différencier les cigarettes une fois qu'elles sont sorties de leur emballage.¹⁸ Ce manquement du Groupe spécial à l'obligation d'examiner les arguments des plaignants constitue également un manquement à l'obligation de "se conformer à l'obligation ... au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord de procéder à une évaluation objective de la question".¹⁹

VI. CONCLUSION

24. L'Indonésie remercie l'Organe d'appel de bien vouloir prendre en compte les vues qu'elle a exprimées.

¹⁷ Honduras, communication en tant qu'appelant, paragraphes 52 à 322.

¹⁸ Le fait que le Groupe spécial n'a pas appliqué le droit aux faits de la cause en l'espèce, tels qu'ils se rapportaient aux bâtonnets de cigarettes, constitue une erreur de droit. Honduras, communication en tant qu'appelant, paragraphe 58.

¹⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone (Inde)*, paragraphe 4.233.

ANNEXE C-8**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DU JAPON
EN TANT QUE PARTICIPANT TIERS**

1. Pour effectuer un examen de la question de savoir si une marque a été entravée "de manière injustifiable" par les prescriptions spéciales au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, le Japon est d'avis qu'il est essentiel d'identifier objectivement et précisément l'objectif de politique générale de la mesure contestée, pour commencer. Sans cela, il serait irréalisable d'évaluer si la mesure est raisonnablement calibrée pour contribuer à son objectif de politique générale.
2. En ce qui concerne le premier facteur de cet examen, le Japon note que les effets des mesures TPP sur l'utilisation d'aspects figuratifs et d'aspects de conception des marques, ainsi que les effets de la valeur économique des marques qui en résultent, devraient être dûment pris en compte lors de l'évaluation de la nature et de l'étendue de l'entrave.
3. Pour ce qui est du deuxième facteur, le Japon note que les objectifs de politique générale devraient être évalués sur la base de la structure, de la conception et des principes de base objectifs de la mesure. Cela ne signifie pas que l'objectif de politique générale doive être spécifié à un niveau de détail décrivant la manière dont la mesure réalise cet objectif de politique générale. Plus l'objectif est détaillé, plus le risque est grand qu'il soit toujours constaté que la mesure contribue à l'objectif et qu'aucune mesure de rechange ne pourrait apporter une contribution égale.
4. Le Japon formule deux observations concernant le troisième facteur. Premièrement, il note que les règlements relatifs à l'étiquetage, de par leur structure et leur conception, sont généralement destinés à empêcher la confusion chez le consommateur en ce qui concerne la teneur, les qualités et les caractéristiques des produits en cause. Il est donc inapproprié de conclure que toute fonction publicitaire ou promotionnelle des marques devrait être prohibée pour tout produit ayant des effets nocifs, en particulier si les marques ne créent pas une méconnaissance de la nocivité des effets. Deuxièmement, le Japon conteste la constatation du Groupe spécial selon laquelle les mesures TPP garantissaient que les objectifs d'autres mesures (ne relevant pas de son mandat) n'étaient pas compromis. Il considère que le cadre approprié pour analyser les effets de soutien de la mesure en cause sur d'autres mesures devrait d'abord consister en une évaluation de la contribution de ces autres mesures à leurs propres objectifs.
5. Le Japon formule deux observations concernant l'article 2.2 de l'Accord OTC. Premièrement, il estime que l'examen du "caractère restrictif pour le commerce" au titre de la deuxième phrase de l'article 2.2 devrait principalement reposer sur un examen de la conception, des principes de base, de la structure et du fonctionnement de la mesure. Une analyse qualitative peut être suffisante. Le Japon note également que les effets réels sur le commerce peuvent ne pas nécessairement révéler l'existence d'un caractère restrictif pour le commerce du fait de l'interaction de divers facteurs de marché. Tant qu'un Membre démontre qu'il y a une modification des possibilités de concurrence, au détriment des importations, il devrait logiquement s'ensuivre qu'il y a un effet limitatif sur le commerce international.
6. Deuxièmement, le Japon considère que le Groupe spécial a appliqué un critère incorrect en exigeant que les mesures de rechange "remplacent" les mesures en cause. Le fait d'accorder du poids aux caractéristiques ou aux effets directs uniques de la mesure en cause et, par conséquent, d'exiger que les mesures de rechange proposées remplacent complètement la mesure contestée, peut amener à exiger dans les faits qu'il y ait une contribution qui ne soit pas seulement "équivalente" mais plutôt "identique" à celle de la mesure.

ANNEXE C-9**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DU MALAWI
EN TANT QUE PARTICIPANT TIERS**

1. Le Malawi se félicite de l'occasion qui lui est donnée d'exposer ses vues sur les constatations 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*. Il accorde un grand intérêt à l'issue du présent différend, ainsi qu'à ses répercussions sur les principes fondamentaux qui sous-tendent le système commercial multilatéral.
2. Le tabac représente la majeure partie de la valeur des exportations du Malawi et est le moyen de subsistance de 70% des citoyens du pays. Le Malawi fait partie des principaux producteurs de Burley et de tabac brut. Les mesures concernant l'emballage neutre du tabac sont susceptibles d'avoir une incidence importante et négative sur les intérêts économiques et commerciaux du Malawi parce qu'elles restreignent les échanges.
3. Le Malawi est donc préoccupé par l'approche du Groupe spécial en ce qui concerne la perte de possibilités de concurrence pour différencier les produits du tabac, qui semble être en contradiction avec la signification de l'expression "caractère restrictif pour le commerce" au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC.
4. Premièrement, selon le Groupe spécial, la perte de possibilités de concurrence était insuffisante pour démontrer que les mesures TPP étaient "restrictives pour le commerce", en l'absence d'effets réels sur le commerce. Toutefois, conformément à l'article 2.2, il n'est pas nécessaire d'examiner les effets sur le commerce lorsqu'une mesure, de par sa conception, limite des possibilités de concurrence notables.
5. Deuxièmement, le Groupe spécial a conclu que, bien que les mesures puissent, avec le temps, affecter la valeur globale des importations de tabac, elles n'avaient pas d'effet limitatif car les éléments de preuve ne montraient pas d'effet "à ce jour". Or dans le cadre de l'article 2.2, les possibilités de concurrence sont protégées à la fois maintenant et dans le future.
6. Le Malawi demande en outre instamment à l'Organe d'appel de s'assurer que le Groupe spécial a procédé à une évaluation objective des faits au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord. La régularité de la procédure est essentielle pour qu'un groupe spécial puisse établir un équilibre neutre entre les intérêts concurrents des Membres et constitue donc une partie importante de la légitimité du système de règlement des différends de l'OMC. Les allégations selon lesquelles le Groupe spécial a élaboré ses propres tests économétriques et a utilisé les résultats de ses propres vérifications internes comme "éléments de preuve" justifient un réexamen approfondi.

ANNEXE C-10**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DU MEXIQUE
EN TANT QUE PARTICIPANT TIERS***

1. Le Mexique a un intérêt systémique dans la procédure d'examen en appel concernant le rapport distribué par le Groupe spécial dans le présent différend. Concrètement, il pense qu'il y a, dans l'interprétation donnée par le Groupe spécial, certains éléments qui ne sont pas compatibles avec la jurisprudence établie à ce jour en ce qui concerne les obstacles techniques au commerce. Compte tenu de cela, il dépose la présente communication en tant que participant tiers en vue de contribuer à l'analyse que fera l'Organe d'appel pour clarifier les droits et obligations des Membres en ce qui concerne les dispositions en cause.
2. L'interprétation du caractère restrictif pour le commerce international à la lumière de l'examen de la "nécessité" au titre de l'article 2.2 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (Accord OTC) constitue l'élément essentiel pour déterminer si un règlement technique est autorisé ou interdit par cette disposition.
3. De l'avis du Mexique, il y a des incohérences dans l'analyse juridique du Groupe spécial concernant: i) le sens de l'expression "restrictif pour le commerce"; et ii) l'application du critère aux mesures contestées.
4. S'agissant du sens de l'expression "restrictif pour le commerce", même si la recommandation du Comité OTC peut être pertinente pour l'évaluation du caractère restrictif pour le commerce, le Mexique considère que l'article 2.1 de l'Accord OTC et les interprétations concernant l'évaluation des effets préjudiciables sur les conditions de concurrence constituent un contexte pertinent pour évaluer le caractère restrictif. Bien qu'elles établissent des obligations distinctes, les deux dispositions peuvent s'éclairer l'une l'autre. À cet égard, indépendamment de la question de savoir s'il s'agit d'une mesure discriminatoire ou non discriminatoire, de l'avis du Mexique, la modification des conditions de concurrence peut avoir un effet limitatif sur le commerce et peut être évaluée en fonction de la conception, de la structure et du fonctionnement de la mesure. De plus, même si les éléments de preuve concernant les effets réels peuvent être pertinents, il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'effets réels sur le commerce découlant d'un règlement technique pour déterminer son incompatibilité avec l'article 2.2 de l'Accord OTC.
5. S'agissant de l'application des mesures contestées, de l'avis du Mexique, le Groupe spécial n'a pas procédé à une analyse fondée sur la conception, la structure et le fonctionnement de la mesure pour déterminer s'il y avait un effet limitatif sur les possibilités de concurrence résultant de la limitation de la capacité à se faire concurrence sur la base des marques. En outre, bien que le Groupe spécial ait indiqué que l'analyse des mesures pouvait être qualitative, il a en fait procédé à une analyse des effets réels des mesures. D'autre part, en concluant que la baisse de la consommation et des importations de tabac haut de gamme n'était pas le résultat exclusif de la "descente en gamme", le Groupe spécial semble avoir considéré qu'un certain seuil devait être atteint dans le caractère restrictif. De l'avis du Mexique, même si un groupe spécial doit s'efforcer de déterminer jusqu'à quel point une mesure est restrictive pour le commerce, une telle détermination n'exigerait pas qu'un seuil particulier soit atteint. En d'autres termes, il n'est pas indispensable que la restriction atteigne un certain niveau de limitation, mais il faut pouvoir discerner à quel niveau ou degré et de quelle manière le commerce est limité. L'évaluation collective de la question de savoir si une mesure est plus restrictive pour le commerce "qu'il n'est nécessaire" supposera en outre et nécessairement un examen avec d'autres facteurs qui permettront de déterminer s'il s'agit ou non d'un obstacle non nécessaire.
6. Enfin, bien que le Mexique n'écarte pas la possibilité que l'analyse des effets d'une mesure sur l'offre puisse être pertinente, il ne considère pas non plus que le fait que les prix ont augmenté ou qu'ils se sont maintenus au même niveau indique que les effets restrictifs d'une mesure ont été neutralisés. À son avis, il est nécessaire d'évaluer s'il existe une réelle relation entre la mesure et

* Le texte a initialement été communiqué en espagnol par le Mexique.

un effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence, étant donné qu'il peut y avoir des situations dans lesquelles la mesure elle-même incite les particuliers à agir d'une certaine manière.

ANNEXE C-11

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DE LA NOUVELLE-ZÉLANDE
EN TANT QUE PARTICIPANT TIERS

I. INTRODUCTION

1. Le présent appel a directement trait à la légitimité des mesures concernant l'emballage neutre du tabac de l'Australie (les "**mesures TPP**"). Toutefois, il concerne de manière plus générale le droit des Membres de l'OMC de protéger la santé publique à l'intérieur de leur pays, et la nécessité de préserver l'équilibre atteint dans le cadre des Accords de l'OMC entre les engagements commerciaux des Membres et leur droit de réglementer pour répondre à des objectifs de politique publique légitimes. Les appels constituent une contestation infondée de cet équilibre et de l'interprétation correcte des Accords de l'OMC concernés.

II. ARTICLE 11 DU MÉMORANDUM D'ACCORD

2. Il y a quatre vices primordiaux dans les allégations des appelants au titre de l'article 11.

3. Le premier est la formulation de **contestations inadmissibles concernant les constatations de fait du Groupe spécial**, comme les allégations selon lesquelles le Groupe spécial a manqué à son obligation d'agir d'une manière objective au titre de l'article 11. Ce qui est particulièrement préoccupant c'est la formulation d'appels purement factuels comme les allégations selon lesquelles le Groupe spécial "n'a pas fourni d'explication motivée ou adéquate de ses constatations", ou selon lesquelles ses constatations "n'[avaient] pas de base d'éléments de preuve". La Nouvelle-Zélande n'accepte aucune de ces deux affirmations. Mais surtout, elle est préoccupée par le fait que, si les deux manquements suggérés étaient admis en tant que base d'une violation de l'article 11, le point central ne serait plus l'évaluation de l'objectivité du Groupe spécial mais l'évaluation de la question de savoir si sa décision était correcte. Cela serait incompatible avec le sens courant de l'article 11¹ et ferait de cet article un moyen de contester les constatations de fait du Groupe spécial, ce qui est contraire à l'article 17:6 du Mémoire d'accord.

4. Le deuxième vice est la **méconnaissance de l'attribution de la charge de la preuve** entre les parties. Les appelants laissent entendre que la tâche du Groupe spécial était de décider qui des plaignants ou de l'Australie avait les arguments les plus solides. Cela est incorrect. La charge de la preuve incombait aux plaignants qui devaient établir *prima facie* que, en mettant en œuvre les mesures TPP, l'Australie avait manqué à ses obligations dans le cadre de l'OMC. L'un des moyens par lesquels les plaignants ont cherché à établir le bien-fondé de leur argumentation était de faire valoir que les mesures TPP ne *pouvaient pas* contribuer, et ne contribuaient *pas*, à la réduction de la consommation de produits du tabac et de l'exposition à ces produits.² L'objectif de l'Australie au stade du Groupe spécial n'était pas d'établir le bien-fondé de ses propres arguments mais plutôt de démontrer que les plaignants n'avaient pas établi le bien-fondé des leurs. Le Groupe spécial a agi conformément à cette attribution de la charge de la preuve et aux arguments dont les plaignants cherchaient à établir le bien-fondé.

5. Le troisième problème est la **qualification incorrecte de l'exercice par le Groupe spécial de son pouvoir discrétionnaire** comme étant un manquement à l'obligation d'agir d'une manière objective. La Nouvelle-Zélande est particulièrement préoccupée par les contestations présentées concernant le pouvoir discrétionnaire du Groupe spécial de choisir les éléments de preuve sur lesquels il s'appuie dans son rapport et son pouvoir discrétionnaire de choisir ou non de mandater un expert. Le Groupe spécial a le pouvoir discrétionnaire de choisir les éléments de preuve auxquels il fera référence dans son rapport.³ Le fait qu'il ne partage pas l'avis des plaignants sur le poids et le sens à attribuer aux éléments de preuve ne signifie pas qu'il n'a pas agi d'une manière objective.⁴

¹ En particulier, l'article 11 ne concerne que la question de savoir si la décision d'un groupe spécial était "objective".

² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.485.

³ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphes 135 et 138.

⁴ Rapport de l'Organe d'appel *Australie – Saumons*, paragraphe 267.

Le Groupe spécial a également le pouvoir discrétionnaire de ne pas choisir de mandater un expert. Les libellés de l'article 13 du Mémoire d'accord et de l'article 14.2 de l'Accord OTC sont permissifs et non impératifs. L'Organe d'appel a indiqué clairement, dans l'affaire *CE – Sardines*, que l'exercice du pouvoir discrétionnaire de mandater ou non un expert ne constituerait pas une infraction à l'article 11.⁵

6. Le dernier problème est la **présentation erronée des constatations du Groupe spécial**. Cela tient en grande partie à la reproduction sélective de constatations particulières. Sorties de leur contexte plus large, ces déclarations peuvent facilement être mal interprétées. En ce qui concerne les allégations au titre de l'article 11, l'Organe d'appel devrait avoir conscience de la facilité avec laquelle les parties peuvent créer une apparence d'incohérence dans les raisons avancées par le Groupe spécial en les présentant d'une manière sélective et potentiellement trompeuse.

III. CRITÈRE JURIDIQUE POUR DÉTERMINER LA CONTRIBUTION DES MESURES TPP

7. Le Honduras fait valoir que le Groupe spécial n'a pas appliqué le critère juridique correct pour évaluer la contribution des mesures TPP à l'objectif de réduction de la consommation de produits du tabac et de l'exposition à ces produits.⁶ La Nouvelle-Zélande formule deux observations principales:

- a. premièrement, il s'agit d'une tentative de présenter à nouveau les allégations au titre de l'article 11, sous la forme d'une question de droit nouvelle, et d'une contestation inappropriée des constatations de fait du Groupe spécial qui ne devrait pas être retenue par l'Organe d'appel;
- b. deuxièmement, dans son analyse du critère juridique indiqué par le Groupe spécial, le Honduras présente de façon erronée un certain nombre d'aspects essentiels. Il surévalue le poids qu'il faudrait accorder, selon le Groupe spécial, aux éléments de preuve postérieurs à la mise en œuvre⁷; il sous-estime la reconnaissance par le Groupe spécial de la pertinence de la série plus large de mesures de lutte antitabac⁸; et il cite le Groupe spécial de façon erronée pour ce qui est des limites de sa capacité de procéder à sa propre évaluation de l'incidence des mesures.⁹

IV. ARTICLES 16:1 ET 20 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

8. Le Honduras conteste l'interprétation que le Groupe spécial donne de l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC. Le Groupe spécial a correctement interprété cette disposition comme accordant le droit exclusif d'empêcher l'usage de certains signes lorsque cet usage entraînerait un risque de confusion, plutôt qu'un droit positif obligeant les Membres de l'OMC à faire en sorte que le titulaire d'une marque puisse faire usage de cette marque.

9. Le Honduras allègue également que le Groupe spécial n'a pas adopté une approche par marque dans son interprétation de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, et fait valoir que l'expression "de manière injustifiable" exige la prise en compte de mesures équivalentes qui entravent moins les marques, comme cela se fait pour le critère de la "nécessité" dans le cadre d'autres accords visés. Cela est incorrect et affaiblirait le sens de l'expression "de manière injustifiable", correctement interprétée dans son contexte et à la lumière de son objet et de son but. Le Groupe spécial a conclu à juste titre que les plaignants n'avaient pas démontré que toute entrave à l'usage des marques imposée par l'Australie était "injustifiable".

V. ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC

10. Les appelants allèguent que le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation de l'expression "restrictifs pour le commerce" figurant à l'article 2.2 de l'Accord OTC. Le Groupe spécial

⁵ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 302.

⁶ Honduras, communication en tant qu'appelant, paragraphes 532 à 558.

⁷ Comparer la communication du Honduras en tant qu'appelant, paragraphe 541, avec le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.500.

⁸ Comparer la communication du Honduras en tant qu'appelant, paragraphe 553 iii), avec le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.506.

⁹ Comparer la communication du Honduras en tant qu'appelant, paragraphe 553 vi), avec le rapport du Groupe spécial, appendice A, paragraphe 5.

a correctement interprété cette disposition pour confirmer qu'une modification des conditions dans lesquelles tous les fabricants seront en concurrence ne serait pas, en elle-même, suffisante pour démontrer l'existence d'un caractère restrictif pour le commerce. La Nouvelle-Zélande ne partage pas non plus l'avis des plaignants selon lequel le Groupe spécial a introduit un critère plus élevé lorsqu'il a examiné le "caractère restrictif pour le commerce" de mesures discriminatoires.

11. Les appelants soutiennent en outre que le Groupe spécial a fait erreur dans son analyse comparative des mesures de rechange qu'ils avaient proposées. Cette allégation est entièrement corollaire de leur allégation selon laquelle le Groupe spécial a appliqué un critère juridique incorrect pour déterminer le "caractère restrictif pour le commerce" des mesures. En tout état de cause, la constatation du Groupe spécial selon laquelle les mesures n'apportent pas une contribution équivalente à l'objectif légitime de l'Australie était correcte.

ANNEXE C-12**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DU NIGÉRIA
EN TANT QUE PARTICIPANT TIERS**

1. Le Nigéria est heureux de présenter ses vues à l'Organe d'appel dans le cadre des différends DS435 et DS441. Le tabac est important pour son développement économique et le pays a un intérêt dans les incidences de l'emballage neutre pour les fabricants cherchant à entrer sur des marchés étrangers. Le Nigéria pense que les mesures TPP de l'Australie peuvent créer un précédent pour des restrictions similaires sur les marques imposées à d'autres produits.
2. Le Nigéria demande à l'Organe d'appel de remédier à tout manquement du Groupe spécial à l'obligation de procéder à une évaluation objective au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord. Le manque d'objectivité apparent du Groupe spécial n'inspire pas confiance dans un pays qui, comme le Nigéria, aspire à utiliser davantage le système de règlement des différends de l'OMC.
3. En outre, le Groupe spécial a appliqué, au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, un critère du caractère restrictif pour le commerce qui est excessivement contraignant. Le caractère restrictif pour le commerce d'une mesure peut être démontré au travers de "sa conception, ses principes de base et sa structure révélatrice". Le Groupe spécial est convenu que les mesures TPP, de par leur conception, limitaient la capacité de faire concurrence sur la base de la différenciation des marques. Cependant, il a également exigé des éléments de preuve indiquant des effets sur le commerce, au motif que les mesures TPP étaient non discriminatoires. Cette prescription additionnelle est dénuée de fondement.
4. Le Nigéria est également préoccupé par le fait que le Groupe spécial a imposé une charge indue aux plaignants qui présentaient des éléments de preuve indiquant des effets sur le commerce. Le Groupe spécial a constaté que les éléments de preuve indiquant une descente en gamme devaient montrer que cette descente en gamme était la cause exclusive des modifications de la consommation et il a exigé des éléments de preuve montrant que les producteurs avaient modifié les prix. Le Nigéria ne comprend pas pourquoi le Groupe spécial a considéré que les plaignants devaient aller jusque-là pour montrer qu'il y avait une restriction au commerce.
5. Le Nigéria note que cette application viciée du critère a également servi de base pour comparer le caractère restrictif pour le commerce des solutions de rechange moins restrictives pour le commerce et celui des mesures TPP. En outre, le Groupe spécial a rendu impossible, dans les faits, l'identification d'une mesure de rechange en exigeant que les solutions de rechange fonctionnent selon les mêmes mécanismes que les mesures TPP.
6. L'évaluation du Groupe spécial au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC est également contestable. Toute entrave visant une marque doit être justifiable et se rapporter à un problème posé par une marque individuelle. Or le Groupe spécial n'a exigé aucun examen des marques individuelles affectées. Il a également agi d'une manière contraire aux articles 7:1 et 11 du Mémoire d'accord en n'examinant pas l'usage des marques dénominatives sur les cigarettes.

ANNEXE C-13**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DE LA NORVÈGE
EN TANT QUE PARTICIPANT TIERS**

1. La Norvège ne souscrit pas à l'argument des appelants selon lequel toute modification des "possibilités de concurrence" aurait en soi un effet limitatif réel sur le commerce international et violerait donc l'article 2.2 de l'Accord OTC. En fait, le Groupe spécial a constaté à juste titre qu'"il était nécessaire de montrer *comment* ces effets sur les conditions de concurrence sur le marché engendr[aient] un effet limitatif sur le commerce international des produits du tabac".¹
2. Les mesures de rechange proposées, à savoir un relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat et une augmentation des droits d'accise, n'élimineraient pas l'emballage en tant qu'outil publicitaire et promotionnel, et n'apporteraient donc pas une contribution équivalente aux objectifs de la mesure TPP. En outre, l'âge minimum légal pour l'achat ne cible que les jeunes et est donc moins efficace que la mesure TPP, qui vise toutes les tranches d'âge. Lorsque le marché d'un Membre n'est approvisionné que par des produits du tabac importés, toute *contribution* équivalente entraînerait aussi nécessairement un *effet limitatif* équivalent sur le commerce international.
3. Il appartient aux plaignants de démontrer que les mesures de rechange proposées apporteraient une contribution équivalente en raison des effets synergiques qu'elles auraient avec d'autres aspects des stratégies globales mises en œuvre pour lutter contre un problème de santé complexe particulier.
4. Les appelants allèguent que l'évaluation de la contribution de l'emballage neutre du tabac faite par le Groupe spécial manquait d'impartialité, en violation de l'article 11 du Mémoire d'accord, et ne reconnaissent pas que la charge de la preuve incombait aux plaignants pour ce qui est d'établir *prima facie* que les mesures TPP ne contribuaient pas à l'objectif.²

¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1168. (italique dans l'original)

² Australie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 491.

ANNEXE C-14**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DES PHILIPPINES
EN TANT QUE PARTICIPANT TIERS**

1. En tant que partie à la Convention-cadre pour la lutte antitabac engagée et en tant que pays cultivateur, producteur et exportateur de tabac et de produits du tabac, les Philippines ont des intérêts multidimensionnels dans la présente affaire. Elles reconnaissent les objectifs de santé publique de l'Australie et n'abordent pas les questions liées à ces objectifs. Par contre, elles examinent trois questions systémiques au titre des accords visés, qui se rapportent aux constatations du Groupe spécial concernant la contribution, le caractère restrictif pour le commerce et les mesures de rechange au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC.
2. En ce qui concerne les constatations relatives à la **contribution**, les groupes spéciaux doivent respecter les droits des parties en matière de régularité de la procédure. Les Philippines savent qu'un groupe spécial peut se faire aider pour comprendre des éléments de preuve économétriques émanant d'experts dont l'identité est cachée ou non divulguée. Cependant, les groupes spéciaux doivent ménager aux parties une possibilité appropriée de se faire entendre sur des questions essentielles pour son évaluation. Si un groupe spécial élabore ses propres "éléments de preuve" économétriques¹ – peut-être en recourant à des experts dont l'identité est cachée – à l'aide de tests non identifiés par les parties, celles-ci devraient avoir la possibilité de formuler des observations. Cela garantit la régularité de la procédure et la transparence – les parties n'en sont pas réduites à "deviner" quels sont les éléments de preuve pertinents. Le fait de consulter les parties permet également aux groupes spéciaux d'avoir une meilleure base pour formuler leurs constatations. En tout état de cause, les groupes spéciaux doivent faire en sorte de disposer d'une base transparente et vérifiable dans leur dossier pour leurs constatations.
3. Les Philippines rappellent que le **caractère restrictif pour le commerce** est considéré à travers le prisme des possibilités de concurrence découlant de la conception, de la structure et du fonctionnement d'une mesure. Des éléments de preuve indiquant des effets sur le commerce "peuvent être" requis si un effet limitatif sur les possibilités de concurrence n'est pas établi à partir de la conception de la mesure. La conclusion du présent Groupe spécial selon laquelle la preuve des effets sur le commerce doit toujours être apportée dans le cas de mesures non discriminatoires semble s'écarter de cette interprétation.
4. Les Philippines croient comprendre que les **mesures de rechange proposées** doivent, par définition, fonctionner selon un mécanisme différent pour obtenir le même résultat que la mesure en cause. Toutefois, le Groupe spécial semble avoir adopté une conception indûment étroite, constatant que les mesures de rechange et les mesures concernant l'emballage neutre du tabac ne pouvaient pas apporter une contribution "équivalente" puisqu'elles fonctionnaient selon des mécanismes différents.

¹ Rapport du Groupe spécial, appendice C, paragraphe 107.

ANNEXE C-15**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DE SINGAPOUR
EN TANT QUE PARTICIPANT TIERS**

1. Singapour se félicite d'avoir la possibilité de présenter ses vues dans le présent appel. Dans sa communication écrite, elle examine les points suivants.¹

a) Le Groupe spécial n'a pas fait erreur dans son interprétation de l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC

2. La constatation du Groupe spécial selon laquelle le caractère injustifiable des entraves au titre de l'article 20 n'exige pas une évaluation en ce qui concerne les marques individuelles est correcte et étayée par la jurisprudence de l'OMC. Le Groupe spécial a également eu raison de conclure que la santé publique revêtait un intérêt sociétal reconnu qui pouvait servir à justifier des entraves au regard de l'article 20. Singapour réaffirme que l'évaluation de l'article 20 porte sur le caractère injustifiable et non sur la nécessité et donc *n'exige pas* que l'on examine des mesures de rechange disponibles.

b) Le Groupe spécial n'a pas fait erreur dans son application de l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC

3. Le Groupe spécial n'a pas fait erreur dans son application de la première étape du critère en trois étapes. L'allégation du Honduras selon laquelle trop d'importance a été accordée à la perte de valeur économique des marques est malvenue. Le Groupe spécial n'a pas non plus fait erreur dans son application de la troisième étape du critère en trois étapes. Étant donné que le critère de la nécessité ne devrait pas être utilisé pour déterminer le caractère justifiable de la mesure au titre de l'article 20, il n'est pas nécessaire que le Groupe spécial examine si des mesures de rechange sont disponibles.

c) Le Groupe spécial n'a pas fait erreur dans son interprétation de l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC

4. Singapour considère que l'interprétation de l'article 16:1 donnée par le Groupe spécial est correcte. L'article 16:1 prévoit un droit d'exclure, qui appartient au seul titulaire d'une marque enregistrée, et non un droit de faire usage. Ce dernier n'existe *pas* en raison d'un droit d'exclure un usage de la marque par des tiers. Même si des titulaires de marques peuvent avoir un intérêt légitime à préserver le caractère distinctif de leur marque, cela n'équivaut pas à un "droit" en tant que tel, au titre de l'article 16:1, et encore moins à un droit de faire usage d'une marque.

d) Le Groupe spécial n'a pas fait erreur dans son évaluation du caractère restrictif pour le commerce conformément à l'article 2.2 de l'Accord OTC

5. L'assertion du Honduras selon laquelle "la question du caractère restrictif pour le commerce exige la démonstration d'un effet limitatif sur les possibilités de concurrence" dans chaque cas est trop restrictive et n'est pas étayée par la jurisprudence. En tout état de cause, les plaignants n'ont pas établi d'une manière adéquate *en quoi* la restriction des possibilités de concurrence par les mesures TPP aurait, sans plus, un effet limitatif sur le commerce international. Singapour ne partage pas non plus l'avis selon lequel le Groupe spécial a appliqué un critère plus élevé dans son analyse de la question de savoir si les mesures TPP étaient restrictives pour le commerce en exigeant une démonstration des effets réels sur le commerce. En fait, le Groupe spécial a examiné des éléments de preuve qui ne se rapportaient *pas* aux effets réels sur le commerce lorsqu'il a pris en considération la conception des mesures TPP pour conclure que les mesures étaient restrictives pour le commerce.

¹ Le présent résumé analytique contient 1 096 mots au total (y compris les notes de bas de page) (dans leur version originale). La communication écrite de Singapour en tant que tierce partie contient 10 989 mots au total (y compris les notes de bas de page) (dans leur version originale).

e) Le Groupe spécial n'a pas 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

6. Singapour pense comme le Groupe spécial que les mesures de rechange proposées par les plaignants ne seraient pas moins restrictives pour le commerce que les mesures TPP. Ayant déterminé que les mesures TPP étaient restrictives pour le commerce à la fois du point de vue de leur incidence *visée* et de leur incidence *réelle* sur le volume du commerce des produits du tabac, le Groupe spécial n'a pas fait erreur en constatant que les mesures de rechange seraient également restrictives pour le commerce, dans la mesure où elles étaient conçues pour atteindre le même degré de contribution que les mesures TPP. Il en est ainsi compte tenu des circonstances particulières qui se caractérisent par le fait que le marché australien est entièrement approvisionné par des produits du tabac importés, et du fait qu'il a été constaté que les mesures TPP étaient restrictives pour le commerce uniquement sur la base de leur incidence sur le volume du commerce.

7. Le Groupe spécial n'a pas fait erreur dans son évaluation de l'équivalence de la contribution des mesures de rechange à l'objectif de l'Australie. Il n'a pas exigé que les mesures de rechange fonctionnent selon les mêmes "moyens" ou "mécanismes" que les mesures TPP pour réduire le tabagisme. Le fait qu'une mesure contestée fasse partie d'un cadre réglementaire plus large, à lui seul, ne devrait pas empêcher de constater qu'une mesure de rechange apporterait une contribution équivalente à l'objectif d'un Membre, même si cette mesure de rechange n'apporte pas une contribution identique selon les mêmes "moyens" ou "mécanismes" que la mesure contestée. Cependant, Singapour ne considère pas que le Groupe spécial a imposé ou appliqué une telle prescription.

8. Par ailleurs, Singapour convient que la façon dont les mesures de rechange proposées fonctionneraient dans le cadre d'une série de mesures ainsi que leur effet sur les synergies dans le cadre de la série de mesures, *y compris* la création de nouvelles synergies, seraient des considérations pertinentes. Toutefois, rien dans le rapport du Groupe spécial ne justifie l'assertion selon laquelle il a écarté la possibilité que de nouvelles synergies soient créées par les mesures de rechange.

f) Le Groupe spécial n'a pas enfreint l'article 11 du Mémoire d'accord

9. Bon nombre des allégations concernent l'évaluation et le traitement par le Groupe spécial des éléments de preuve contradictoires présentés au sujet de l'efficacité (ou de l'absence d'efficacité) des mesures TPP. En substance, les appelants sont en désaccord avec le Groupe spécial sur le poids à accorder aux éléments de preuve. Toutefois, un groupe spécial ne commet pas d'erreur simplement parce qu'il s'abstient d'accorder aux éléments de preuve le poids qui, selon l'une des parties, devrait leur être accordé. En l'espèce, il était raisonnable et correct que le Groupe spécial indique que les éléments de preuve, *pris dans leur totalité*, étayaient sa conclusion concernant l'efficacité des mesures TPP. Il incombe aux appelants de prouver leurs allégations et non à l'Australie de prouver le contraire.

10. L'allégation selon laquelle le Groupe spécial a fait preuve de partialité, par exemple dans son approche concernant les mises en garde sanitaires explicites, est dénuée de fondement. Un corpus d'études étaye l'idée selon laquelle l'emballage neutre des produits du tabac (indépendamment des mises en garde sanitaires explicites) réduirait l'attrait exercé par ces produits sur le consommateur et augmenterait l'efficacité des mises en garde sanitaires explicites. On ne peut pas en dire autant des mesures de rechange proposées.

11. Enfin, il est surprenant de voir avec quelle énergie les appelants s'emploient maintenant à formuler des allégations relatives à la régularité de la procédure. Le Honduras n'a jamais suggéré ni demandé que le Groupe spécial consulte des experts conformément à l'article 13 du Mémoire d'accord ou à l'article 14.2 de l'Accord OTC. De même, les appelants n'ont exprimé aucune préoccupation concernant le défaut de régularité de la procédure au cours de la phase de réexamen intérimaire de la procédure du Groupe spécial. En tout état de cause, les constatations du Groupe spécial ne devraient pas être altérées à la légère en l'absence d'éléments de preuve contraires qui soient convaincants.

ANNEXE C-16**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DE LA THAÏLANDE
EN TANT QUE PARTICIPANT TIERS**

1. Selon la Thaïlande, le Groupe spécial a dûment respecté les règles coutumières d'interprétation des traités dans son interprétation de l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, en interprétant cette expression dans son contexte et à la lumière de son objet et de son but énoncés dans le préambule et aux articles 7 et 8 de l'Accord sur les ADPIC, ainsi que dans la Déclaration de Doha. À cet égard, la Thaïlande souhaite formuler deux observations spécifiques.

2. Premièrement, la Thaïlande pense comme le Groupe spécial que l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC ne fournit aucune base juridique permettant d'indiquer qu'une mesure, même celle qui impose l'"entrave suprême"¹, est intrinsèquement injustifiable.² Les prescriptions spéciales ne seraient prohibées, conformément à cette disposition, que si elles "entrav[aient] de manière injustifiable" l'usage d'une marque au cours d'opérations commerciales.

3. Deuxièmement, la Thaïlande ne considère pas que le Groupe spécial a transposé tel quel le critère du "caractère restrictif pour le commerce" au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC à l'analyse de l'"entrave à l'usage des marques" au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC. Plutôt que d'inclure à tort l'existence d'un critère de la "nécessité" dans le contexte de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, le Groupe spécial a simplement reconnu que la disponibilité d'une mesure de rechange comportant une entrave moindre pouvait *éclairer* une évaluation du "caractère injustifiable" et donc *amener à se demander* si la justification donnée étayait suffisamment les entraves à l'usage d'une marque.³ La manière précise dont la disponibilité de mesures de rechange ferait partie de l'analyse globale devrait être déterminée au cas par cas, compte tenu de l'équilibre entre les droits de propriété intellectuelle et les intérêts publics.

¹ Honduras, communication en tant qu'appelant, paragraphe 267.

² Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.2441 et 7.2442.

³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.2598.

ANNEXE C-17**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DES ÉTATS-UNIS
EN TANT QUE PARTICIPANT TIERS****I. INTRODUCTION¹**

1. Les États-Unis se félicitent d'avoir la possibilité de présenter leurs vues sur des questions soulevées en appel par le Honduras et la République dominicaine. Conformément à la communication de la section du 23 juillet 2018, ils présentent leurs communications en tant que participant tiers dans les appels concernant les deux présents différends sous la forme d'un document unique.² Dans le présent document, ils présentent leurs vues sur le traitement juridique approprié de la *Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique* ("Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC") et les allégations formulées en relation avec les articles 7:1 et 11 du *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* ("Mémorandum d'accord").

2. Les États-Unis se concentrent sur les deux séries de questions identifiées plus haut pour examiner les préoccupations systémiques découlant des présents appels. Une résolution appropriée de ces deux séries de questions ne modifierait pas les conclusions finales du Groupe spécial dans les présents différends.

II. CLARIFICATION CONCERNANT LE TRAITEMENT PAR LE GROUPE SPÉCIAL DE LA DÉCLARATION DE DOHA SUR L'ACCORD SUR LES ADPIC ET LA SANTÉ PUBLIQUE

3. Dans son rapport, le Groupe spécial a examiné les types de raisons qui étayeraient suffisamment l'application d'une entrave à l'usage d'une marque pour déterminer le sens de l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC.³ Il a considéré à juste titre que, conformément à l'article 3:2 du Mémorandum d'accord, il devrait interpréter l'expression en appliquant les règles coutumières d'interprétation du droit international public, énoncées aux articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* ("Convention de Vienne").

4. Dans le cadre de son analyse, le Groupe spécial a indiqué que le paragraphe 5 a) de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC "[pouvait], à [son] avis, être considéré comme constituant un "accord ultérieur" des Membres de l'OMC au sens de l'article 31 3) a) de la Convention de Vienne."⁴

5. En appel, le Honduras fait valoir que le Groupe spécial a commis une erreur de droit en constatant que le paragraphe 5 de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC "constitu[ait] un "accord ultérieur" au sens de l'article 31.3 a) de la Convention de Vienne dont il [fallait] tenir compte en tant que partie du contexte de l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC."⁵

6. La question de savoir si les déclarations convenues par les Membres peuvent constituer un "accord ultérieur concernant l'interprétation" a soulevé des difficultés dans le fonctionnement de certains comités de l'OMC. Dans le présent appel, au lieu d'examiner cette question, l'Organe d'appel pourrait appliquer le principe d'économie jurisprudentielle à l'allégation d'erreur formulée par le Honduras, qui n'a aucun rapport avec l'appel concernant l'interprétation ou la conclusion juridiques du Groupe spécial.

¹ Le présent résumé analytique contient 776 mots au total (y compris les notes de bas de page), et la communication des États-Unis en tant que participant tiers contient 8 573 mots (y compris les notes de bas de page) (dans leur version originale).

² Voir la décision procédurale de l'Organe d'appel (23 juillet 2018).

³ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.2396 et suivants.

⁴ *Idem*, paragraphe 7.2409 (pas d'italique dans l'original).

⁵ Honduras, communication en tant qu'appelant, paragraphe 254.

III. ALLÉGATIONS D'ERREUR FORMULÉES PAR LES PLAIGNANTS AU TITRE DU MÉMORANDUM D'ACCORD

7. Le Honduras et la République dominicaine font tous deux appel de douzaines de constatations de fait au titre de l'article 11. Les deux appels formés devant l'Organe d'appel par le Honduras et la République dominicaine comportent de nombreuses allégations au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord concernant ce qui constitue clairement des erreurs factuelles alléguées du Groupe spécial. En vertu d'un accord entre tous les Membres de l'OMC, le Mémoire d'accord prévoit expressément qu'un appel couvre uniquement les *erreurs de droit* alléguées d'un groupe spécial et non ses erreurs factuelles.⁶ Les États-Unis ne souscrivent pas à ces tentatives visant à revenir sur des douzaines de déterminations factuelles défavorables du Groupe spécial au moyen d'allégations de violation de l'article 11 du Mémoire d'accord.

8. L'Organe d'appel a la possibilité, dans le cadre du présent appel, de réexaminer comment les appelants se sont saisis de l'approche limitée qu'il a initialement adoptée pour examiner l'"évaluation objective" d'un groupe spécial, afin de couvrir pratiquement toutes les déterminations factuelles établies par un groupe spécial. Compte tenu de l'absence de base textuelle dans le Mémoire d'accord pour examiner en appel l'établissement des faits par un groupe spécial, l'Organe d'appel pourrait à la place réaffirmer que les questions appropriées dans le cadre d'un appel sont les questions de droit et interprétations du droit figurant dans le rapport de groupe spécial.⁷

9. En outre, les États-Unis pensent comme l'Australie que l'allégation d'infraction à l'article 7:1 du Mémoire d'accord formulée par la République dominicaine est dénuée de fondement. Il apparaît que cette allégation est une tentative visant à faire réexaminer le différend en alléguant à tort que le Groupe spécial n'a pas examiné l'allégation de la République dominicaine selon laquelle les mesures concernant l'emballage neutre de l'Australie en ce qui concerne l'emballage des cigarettes individuelles constituaient une infraction à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC. Le Groupe spécial a bien examiné cette allégation et, en tout état de cause, il s'agirait d'une question concernant une conclusion juridique erronée et non d'une question relative au mandat. Ces deux motifs d'appel sont gravement viciés et doivent être rejetés.

⁶ Voir l'article 17:6 du Mémoire d'accord.

⁷ *Idem*. ("L'appel sera limité aux questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et aux interprétations du droit données par celui-ci.").

ANNEXE C-18**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DE LA ZAMBIE
EN TANT QUE PARTICIPANT TIERS**

1. La Zambie remercie le Groupe spécial pour le travail qu'il a accompli et demande à l'Organe d'appel de prendre en considération ses communications ainsi que les points soulevés par le Honduras et la République dominicaine dans leur appel.
2. La Zambie exprime des préoccupations liées à l'application par le Groupe spécial de l'article 2.2 de l'Accord OTC. La mesure de rechange devrait apporter une "contribution significative" équivalente, mais pas une "contribution identique", à l'objectif. Par conséquent, le Groupe spécial n'aurait pas dû rejeter les mesures de rechange du Honduras et des autres plaignants puisque celles-ci seraient aussi efficaces pour réduire le tabagisme, et moins restrictives pour le commerce, que les règles concernant l'emballage neutre de l'Australie. En outre, le Groupe spécial aurait dû analyser la "contribution effective" des mesures concernant l'emballage neutre puisqu'il s'agit du critère habituel dans le cadre de l'article 2.2.
3. La Zambie fait observer que l'approche adoptée par le Groupe spécial pour interpréter l'expression "de manière injustifiable" au titre de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC n'est peut-être pas la manière appropriée de comprendre cette disposition. Au lieu de faire référence à toutes "bonnes raisons" qui seraient suffisantes pour étayer la mesure, le critère aurait dû examiner s'il y avait quelque chose à redire à une marque spécifique. La Zambie souscrit au point de vue des plaignants selon lequel l'article 16 de l'Accord sur les ADPIC prévoit des droits importants pour les marques utilisées dans le commerce.
4. La Zambie estime que, du fait que le Groupe spécial n'a tenu compte d'aucun élément de preuve contraire présenté par les plaignants, il n'apparaît pas qu'il a examiné les éléments de preuve d'une manière partielle conformément à ses obligations au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord.

ANNEXE C-19**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DU ZIMBABWE
EN TANT QUE PARTICIPANT TIERS**

1. Le Zimbabwe est heureux de pouvoir exposer à l'Organe d'appel ses préoccupations concernant le rapport du Groupe spécial dans le présent différend, qui pourrait l'affecter en tant que pays en développement dont l'économie est tributaire des produits de base agricoles. Il appuie les arguments importants avancés par les appelants et demande à l'Organe d'appel de tenir compte de ces arguments, comme indiqué ci-après.
2. Il apparaît que le Groupe spécial n'a pas traité les éléments de preuve des plaignants d'une manière équitable et qu'il ne les a pas objectivement mis en balance avec les éléments de preuve du défendeur. Le Groupe spécial aurait pu bénéficier d'une aide s'il avait désigné un expert indépendant conformément aux règles du règlement des différends mais il ne l'a pas fait.
3. Il n'apparaît pas que l'application de l'article 2.2 de l'Accord OTC par le Groupe spécial reflète avec exactitude cette obligation contractées dans le cadre de l'OMC. Le Zimbabwe appuie les arguments formulés par le Honduras en ce qui concerne l'évaluation par le Groupe spécial du "caractère restrictif pour le commerce" des mesures sur la base de leurs effets sur le commerce et non de leur conception et leurs principes de base généraux; le fait qu'il est exigé des mesures de rechange qu'elles apportent une contribution "identique", et non une contribution "équivalente", à l'objectif; et l'évaluation de la contribution potentielle future des mesures concernant l'emballage neutre au lieu de leur contribution effective.
4. Le Groupe spécial donne de l'expression "de manière injustifiable" figurant à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC une interprétation qui est éloignée du contexte des marques. Le Zimbabwe estime que, comme le fait valoir le Honduras, le Groupe spécial n'a pas examiné si les marques elles-mêmes posaient problème ni si une quelconque limitation pouvait être justifiée sur la base de l'analyse de chaque marque.
5. Enfin, le Groupe spécial a constaté que l'article 16 de l'Accord sur les ADPIC ne conférait aux titulaires de marques qu'un nombre limité de droits en matière de respect pour s'opposer à un usage non autorisé dans des situations où il existait un risque de confusion effective sur le marché. Le Zimbabwe craint que cette interprétation ne soit trop limitée pour fournir aux titulaires de marques des protections appropriées au titre de l'Accord sur les ADPIC, en particulier l'article 20 de cet accord.
