

**LA CONVENTION-CADRE DE L'OMS POUR LA LUTTE
ANTITABAC DANS UN MONDE AUX ÉCHANGES GLOBALISÉS :
PROGRÈS POUR LA SANTÉ OU ÉCRAN DE FUMÉE ?**

Julien Burda

Volume 19, Number 1, 2006

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1069148ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1069148ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Burda, J. (2006). LA CONVENTION-CADRE DE L'OMS POUR LA LUTTE ANTITABAC DANS UN MONDE AUX ÉCHANGES GLOBALISÉS : PROGRÈS POUR LA SANTÉ OU ÉCRAN DE FUMÉE ? *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 19(1), 19–40. <https://doi.org/10.7202/1069148ar>

Article abstract

The *WHO Framework Convention on Tobacco Control* appears to be a new legal tool against the spread of the tobacco epidemic. According to the provisions of this tobacco convention, states are required to adopt national measures in order to reduce the consumption and the offer of tobacco products. Even if this convention is the first global health treaty concluded under the auspices of the WHO, it has unfortunately not answered some important questions, like its interactions with WTO law. The main question addressed is thus to know whether WTO law could undermine the effectiveness of the tobacco convention. This contribution therefore assesses the compatibility between the WHO framework convention and WTO provisions on goods, services and intellectual property rights.

LA CONVENTION-CADRE DE L'OMS POUR LA LUTTE ANTITABAC DANS UN MONDE AUX ÉCHANGES GLOBALISÉS : PROGRÈS POUR LA SANTÉ OU ÉCRAN DE FUMÉE?

*Par Julien Burda**

L'entrée en vigueur de la *Convention-cadre de l'Organisation mondiale de la santé pour la lutte antitabac* marque un tournant historique pour la protection de la santé publique à l'échelle planétaire. Première convention conclue dans le cadre de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), elle met à la charge des États diverses obligations afin de réduire la consommation et l'offre de tabac. Malgré ses apports indéniables pour la protection de la santé publique, la convention n'a cependant pas répondu à toutes les questions. Ses interactions avec le droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ne sont par exemple pas définies, si bien que des conflits restent aujourd'hui possibles et pourraient, à terme, remettre en cause sa portée et son efficacité dès que son application sera confrontée aux règles du commerce mondial. Cet article propose d'apprécier la compatibilité d'une mesure nationale prise en application de la *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac* avec les dispositions pertinentes des différents accords de l'OMC relatives tant au commerce des marchandises qu'aux droits de propriété intellectuelle et aux services, afin d'évaluer si cette nouvelle convention constitue un réel progrès pour la santé ou un écran de fumée.

The *WHO Framework Convention on Tobacco Control* appears to be a new legal tool against the spread of the tobacco epidemic. According to the provisions of this tobacco convention, states are required to adopt national measures in order to reduce the consumption and the offer of tobacco products. Even if this convention is the first global health treaty concluded under the auspices of the WHO, it has unfortunately not answered some important questions, like its interactions with WTO law. The main question addressed is thus to know whether WTO law could undermine the effectiveness of the tobacco convention. This contribution therefore assesses the compatibility between the WHO framework convention and WTO provisions on goods, services and intellectual property rights.

* Ancien assistant d'enseignement à l'Institut universitaire de hautes études internationales (IUHEI) de Genève. Doctorant à l'IUHEI de Genève et à l'Université Panthéon-Assas Paris II (Paris, France). L'auteur peut être contacté à l'adresse suivante : <burda2@hei.unige.ch>.

Je félicite toutes les personnes qui ont travaillé d'arrache-pied pour parvenir à cet accord important [...]. Pour traiter les problèmes urgents de notre époque, qu'il s'agisse d'améliorer le niveau de santé ou d'éradiquer la pauvreté, il ne fait aucun doute que toutes les nations du monde doivent conjuguer leurs efforts. Une approche multilatérale pour résoudre les problèmes constitue notre plus grande chance de construire un monde meilleur.¹

L'entrée en vigueur de la *Convention-cadre de l'Organisation mondiale de la santé pour la lutte antitabac*² le 27 février 2005 marque un tournant historique pour la protection de la santé publique à l'échelle planétaire. Première convention conclue dans le cadre de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), elle met à la charge des États l'obligation de lutter contre le tabagisme et ses effets néfastes sur les vies humaines.

La consommation de tabac constitue sans doute l'un des plus grands désastres de santé publique du XX^e siècle³. Le tabac est en effet devenu la deuxième cause de décès dans le monde par ordre d'importance, entraînant la mort de près de cinq millions de personnes annuellement. Les estimations démontrent d'ailleurs que ces chiffres iront en croissant dans les prochaines années, le nombre de décès prématurés devant vraisemblablement atteindre le chiffre de neuf millions par année d'ici 2020 si la tendance actuelle se maintient⁴. Les évaluations font aujourd'hui état de 1,25 milliard de fumeurs dans le monde, soit environ un tiers de la population mondiale âgée de plus de quinze ans.

Il n'est point besoin de rappeler longuement les conséquences néfastes du tabac sur la santé et la vie des personnes. Le tabagisme a des effets nocifs sur la quasi-totalité des organes du corps humain; il est à l'origine de la majorité des cancers pulmonaires et est associé à de nombreux autres types de tumeurs malignes. Il est également à la source d'accidents cardiaques et vasculaires cérébraux, de bronchites, d'asthme et d'autres pathologies respiratoires, ainsi que de la stérilité, tant et si bien

¹ Déclaration de monsieur Supachai Panitchpakdi, Directeur général de l'Organisation mondiale du commerce, dans « Le directeur général, M. Supachai, accueille avec satisfaction l'accord de l'OMS sur le tabac », *OMC Nouvelles 2003* (3 mars 2003), en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/news_f/news03_f/sp_who_tobacco_agr_3march03_f.htm>.

² *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac*, 21 mai 2003, 2302 R.T.N.U 166 (entrée en vigueur : 27 février 2005) [*Convention FCTC*]. À partir de cette date, les dispositions de la *Convention FCTC* ont force obligatoire pour les quarante premiers États devenus parties contractantes avant le 30 novembre 2004.

³ Voir Samara Asma *et al.*, « Tobacco » dans Roger Detels *et al.*, dir., *Oxford Textbook of Public Health: The Practice of Public Health*, 4^e éd., vol. 3, New York, Oxford University Press, 2002, 1481.

⁴ Voir sur ce point Allyn L. Taylor et Douglas W. Bettcher, « WHO Framework Convention for Tobacco Control: A Global "Good" for Public Health » (2000) 78 (7) *Bulletin de l'Organisation mondiale de la santé* 923.

que les maladies liées au tabac constituent à elles seules la plus importante cause de décès évitables dans le monde⁵.

Malgré ces effets néfastes sur la santé et la vie des fumeurs – et des non-fumeurs⁶ –, la consommation de tabac n'a cessé de croître ces dernières années, en particulier dans les pays en développement où l'on enregistre aujourd'hui la moitié des décès imputables au tabagisme⁷. Si cette tendance se maintient, sept décès sur dix seront dus au tabac dans les pays en développement d'ici 2020. La libéralisation croissante des échanges qui s'est opérée ces dernières années n'a d'ailleurs pas été sans incidence sur la consommation de tabac et l'augmentation des maladies qui en découlent⁸. En effet, si le commerce des produits manufacturés du tabac a augmenté depuis le milieu des années 1980, celui-ci s'est encore accru avec l'entrée en vigueur de l'*Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce* en 1995⁹. Il ne faut également pas oublier que les produits du tabac constituent souvent une part importante des recettes publiques, ce qui explique que les États se soient montrés parfois réticents à adopter des politiques efficaces de lutte contre le tabagisme¹⁰.

⁵ Voir Douglas W. Bettcher *et al.*, *Confronting the Tobacco Epidemic in an Era of Trade Liberalization*, WHO Tobacco Free Initiative, 2003.

⁶ La *Convention FCTC* entend d'ailleurs s'attaquer au tabagisme passif. *Supra* note 2, art. 8, « Protection contre l'exposition à la fumée du tabac ».

⁷ William Onzivu, « Public Health and the Tobacco Problem: International Legal Implications for Africa » (2001) 29 Ga. J. Int'l & Comp. L. 223 plus spécialement aux pp. 241-242.

⁸ Voir l'importante étude réalisée par Allyn L. Taylor *et al.*, « The Impact of Trade Liberalization on Tobacco Consumption », dans Prabhat Jha et Frank J. Chaloupka, dir., *Tobacco Control in Developing Countries*, New York, Oxford University Press, 2000, 343. Les auteurs ont construit un modèle économique examinant la relation entre l'évolution de la consommation de cigarettes sur un territoire national et l'ouverture de cet État au commerce international des produits du tabac. L'analyse s'est focalisée sur quatre États qui ont été contraints par les États-Unis d'ouvrir leur marché aux cigarettes américaines (Corée du Sud, Japon, Taïwan et Thaïlande). L'étude démontre que l'ouverture des marchés et la libéralisation des échanges dans ce domaine ont conduit à une augmentation de 10 % de la consommation des cigarettes.

⁹ *Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995). Pour les différents textes des accords annexés à l'*Accord instituant l'OMC*, voir la page consacrée aux « Textes juridiques de l'OMC » sur le site de l'OMC, en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm> (13 septembre 2005).

¹⁰ Une étude récente de l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) a par exemple établi que la vente des produits du tabac a rapporté environ 3,11 milliards de dollars US de recettes fiscales en 2001, les taxes représentant environ 74 % du prix d'un paquet de cigarettes. En Chine, le gouvernement gère l'ensemble de l'industrie du tabac si bien que les bénéficiaires comme les taxes contribuent aux recettes publiques. La vente des produits du tabac a ainsi compté pour 10 % de l'ensemble des recettes totales du gouvernement central en 1998. En Turquie, le tabac constitue également une importante source de recettes fiscales indirectes et a rapporté environ 2,3 milliards de dollars US en 1998, soit plus du huitième des recettes fiscales indirectes totales. Il convient également de garder à l'esprit que l'industrie du tabac emploie un grand nombre de personnes, de la production des plants de tabac à la fabrication et la vente. Au Malawi par exemple, l'industrie du tabac (essentiellement des plantations) emploie entre 1 et 1,1 million de personnes pour une population active de cinq millions. Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture, *L'économie mondiale du tabac : un choix d'études de cas*, Étude FAO sur les produits de base 2, Rome, 2004, en ligne : FAO <<http://www.fao.org/docrep/007/y4997f/y4997f00.htm>> (28 février 2007).

Ce sont ces différents éléments qui ont poussé l'OMS à lancer des négociations afin de conclure une convention sur le tabac en mai 1999¹¹. Celles-ci ont finalement conduit à l'adoption de la *Convention FCTC*¹², lors de la 56^e Assemblée mondiale de la santé, le 21 mai 2003.

I. Présentation des principales dispositions de la *Convention FCTC*

L'OMS, qui compte aujourd'hui 192 États membres, a pour but principal d'amener tous les peuples au niveau de santé le plus élevé possible en agissant dans le domaine de la santé en tant qu'autorité directrice et coordinatrice des travaux à caractère international, en aidant les gouvernements à renforcer leurs services de santé et en leur fournissant l'assistance technique appropriée¹³. Définie comme « un état de complet bien-être physique, mental et social »¹⁴, la santé est, comme l'a rappelé la *Déclaration d'Alma-Ata* de 1978, « un droit fondamental de l'être humain »¹⁵. Bien que ce droit soit de « portée universelle »¹⁶, l'OMS n'avait jamais élaboré de texte de portée normative avant la *Convention FCTC*¹⁷, ce qui avait eu pour conséquence de rattacher les différentes questions de santé aux autres branches du droit international¹⁸. Diverses initiatives avaient cependant été entreprises au sein de l'OMS en vue de lutter contre le tabagisme¹⁹, en particulier quelques résolutions invitant ses membres à prendre des mesures nationales pour réduire la consommation de tabac. Celles-ci n'avaient toutefois pas eu beaucoup de succès, comme le

¹¹ Voir la résolution « Vers une Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac », 52^e Assemblée mondiale de la santé, 24 mai 1999, WHA52.18, par laquelle l'Assemblée mondiale de la santé a mis en place un groupe de travail pour « élaborer des projets de dispositions à faire figurer dans la future convention-cadre de l'OMS ». Par la suite, un organe intergouvernemental de négociation (*intergovernmental negotiating body*), ouvert à tous les États membres, a été établi en vue de rédiger et négocier la *Convention FCTC* [Notre traduction].

¹² Voir la résolution intitulée « Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac », 56^e Assemblée mondiale de la santé, 28 mai 2003, WHA56.1. *Convention FCTC*, *supra* note 2.

¹³ Voir la *Constitution de l'Organisation mondiale de la santé*, 7 avril 1948, 14 R.T.N.U. 185 (29 août 1946 : 22 juillet 1946) à l'art. 2(a), (c) et (d) [*Constitution de l'OMS*].

¹⁴ Voir le préambule de la *Constitution de l'OMS*, *ibid.*

¹⁵ Voir la Conférence internationale sur les soins de santé primaires réunie du 6 au 12 septembre 1978 à Alma-Ata (URSS) à l'initiative de l'OMS et de l'UNICEF. *Déclaration d'Alma-Ata*, 12 septembre 1978, point n° 1, en ligne : OMS <http://www.who.int/hpr/NPH/docs/declaration_almaata.pdf>.

¹⁶ La *Déclaration d'Alma-Ata* précise que ce droit intéresse « le monde entier et suppose la participation de nombreux secteurs socioéconomiques autres que celui de la santé », *ibid.*

¹⁷ Notons cependant que l'Assemblée mondiale de la santé avait adopté deux règlements, à savoir le *Règlement de nomenclature de l'OMS*, 20^e Assemblée mondiale de la santé, 22 mai 1967, WHA20.18; et le *Règlement sanitaire international* (3^e édition), Genève, OMS, 1969, RSI1969. Ce règlement sanitaire fait aujourd'hui l'objet d'une révision, voir en ligne : OMS <<http://www.who.int/gb/ghs/f/>>.

¹⁸ Sur les raisons de cette faible production normative, voir Gian Luca Burci et Claude-Henri Vignes, *World Health Organization*, New York, Kluwer Law International, 2004 aux pp. 324-325.

¹⁹ En réalité, cette question figure à l'ordre du jour de l'Assemblée mondiale de la santé de l'OMS depuis 1970. Voir la résolution intitulée « Effets de l'usage du tabac sur la santé », 23^e Assemblée mondiale de la santé, 19 mai 1970, WHA23.32, en ligne : OMS <http://www.who.int/tobacco/framework/whaEb/wha23_32/en/>.

reconnaissait le directeur général de l'OMS lui-même en 1994²⁰. Ce n'est que ces dernières années qu'un environnement favorable a permis d'engager des discussions en vue d'une convention sur le tabac²¹. La libéralisation des échanges orchestrée par l'OMC a en effet facilité la conquête de nouveaux marchés par les industries du tabac et l'augmentation inquiétante de la consommation de ses produits, en particulier dans les pays en développement²². Par ailleurs, quelques procès retentissants impliquant certaines entreprises de l'industrie du tabac²³ ont fait éclater au grand jour des pratiques contestables²⁴ et permis de dévoiler certaines informations sur la dépendance et la dangerosité du tabac pour la santé. Ils ont surtout renforcé la conviction qu'il était désormais nécessaire d'entreprendre une action au niveau international.

Les principales dispositions de la *Convention FCTC*²⁵ s'inscrivent directement dans l'objectif de protection et de promotion de la santé publique tel que consacré par l'OMS. Une première série de règles vise ainsi la réduction de la consommation de tabac (partie III). La *Convention* recommande l'application de mesures financières et fiscales dissuasives (article 6) qui sont un « moyen efficace et important de réduire la consommation de tabac pour diverses catégories de la population, en particulier les jeunes ». Elles doivent être accompagnées d'autres mesures complémentaires, comme la protection des non-fumeurs contre la fumée du tabac (article 8)²⁶, la réglementation de la composition des produits du tabac

²⁰ Le directeur général de l'OMS soulignait alors que seul un petit nombre d'États avaient adopté des règles pour lutter efficacement contre le tabagisme. Voir le rapport du directeur général de l'OMS, *Le tabac ou la santé*, 24 octobre 1994, WHO doc. EB95/27.

²¹ Voir Alyssa Woo, « Health Versus Trade: The Future of the WHO's Framework Convention on Tobacco Control » (2002) 35 Vand. J. Transnat'l L. 1731 plus spécialement aux pp. 1734 à 1736.

²² Voir Allyn L. Taylor et Ruth Roemer, *International Strategy for Tobacco Control*, 1996, WHO doc. WHO/PSA/96.6 à la p. 2.

²³ Voir par exemple dans la presse : « États-Unis : premier jugement rendant l'industrie responsable de décès dus au tabac » *Les Échos* (17 mai 1993) 12; ou encore « Cinq fabricants du tabac condamnés à une amende de près de 145 milliards de dollars US » dépêche *AFP* (14 juillet 2000). Voir également le site du Tobacco Control Resource Center qui recense un certain nombre d'affaires jugées aux États-Unis, en ligne : <<http://www.tobacco.neu.edu/litigation/cases/index.htm>>.

²⁴ Pour une analyse de la stratégie des grandes multinationales de l'industrie du tabac, voir Jeff Collin, Kelley Lee et Karen Bissel, « The Framework Convention on Tobacco Control: The Politics of Global Health Governance » (2002) 23:2 *Third World Quarterly* 265. Voir également *Les stratégies utilisées par l'industrie du tabac pour contrer les activités de lutte antitabac à l'Organisation mondiale de la santé*, rapport rendu par un comité d'experts mandaté par le directeur général de l'OMS, octobre 2000, disponible en ligne : OMS <<http://www.who.int/genevahearings/inquiry.html>> (page consultée le 29 août 2005).

²⁵ Pour un aperçu des principales dispositions de la *Convention*, voir entre autres, Gian Luca Burci, « La Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac » (2005) 135 *J.D.I.* 77; Benjamin Mason Meier, « Breathing Life into the Framework Convention on Tobacco Control: Smoking Cessation and the Right to Health » (2005) 5 *Yale J. Health Policy, Law & Ethics* 137; Gregory F. Jacob, « Without Reservation » (2004) 5 *Chicago J. Int'l L.* 287; Christine P. Bump, « Close but no Cigar: The WHO Framework Convention on Tobacco Control's Futile Ban on Tobacco Advertising » (2003) 17 *Emory Int'l L. Rev.* 1251; Chrystal H. Williamson, « Clearing the Smoke: Addressing the Tobacco Issue as an International Body » (2002) 20 *Penn State Int'l L. Rev.* 587.

²⁶ Le traité reconnaît ainsi la preuve scientifique que l'exposition à la fumée du tabac a des conséquences sur la santé. Chaque partie doit donc prendre les mesures nécessaires pour protéger les non-fumeurs

(article 9)²⁷ ou encore l'obligation d'informer les consommateurs par le conditionnement et l'étiquetage des produits du tabac (article 11). Cette dernière disposition est primordiale. En effet, chaque paquet de tabac ou de cigarettes devra désormais comporter « des mises en garde sanitaires » contre les dangers du tabac « de grande dimension, claires, visibles et lisibles »; les avertissements devront couvrir au moins 30 % des principales faces des paquets²⁸. L'étiquetage trompeur est également interdit dès qu'il donne « l'impression erronée qu'un produit du tabac particulier est moins nocif que d'autres, comme des termes tels qu'« à faible teneur en goudrons, légère, ultralégère ou douce » »²⁹. D'autres mesures telles que l'éducation, la communication, la formation et la sensibilisation du public (article 12), la limitation de la publicité³⁰ et la promotion et le parrainage (article 13) s'inscrivent dans cette même perspective de réduction de la consommation. Notons à ce propos que l'article 13 constitue l'une des dispositions les plus importantes de la *Convention*, en permettant à chaque partie, « dans le respect de sa constitution ou de ses principes constitutionnels », de choisir entre une interdiction totale ou de simples restrictions de la publicité, de la promotion ou du parrainage³¹.

Dans un second temps, la *Convention FCTC* cherche à réduire l'offre de tabac (partie IV) en s'attaquant au commerce illicite (article 15) et à la vente aux mineurs et par les mineurs des produits du tabac (article 16). Le commerce illicite a toujours constitué une préoccupation majeure des négociateurs de la *Convention*. On estime en effet que près de 8 % des cigarettes consommées chaque année dans le monde sont contrefaites³². Ces chiffres ne cessent d'augmenter³³ et démontrent, s'il en était encore besoin, que des réseaux criminels parfaitement organisés sont derrière ce type de trafic³⁴. La dimension actuelle de ce phénomène est telle que les fabricants de

par le biais d'interdictions complètes de fumer, ce qui apparaît comme la mesure la plus efficace. *Convention FCTC*, *supra* note 2, art. 8.

²⁷ L'article 9 impose aux États parties d'exiger dorénavant des fabricants qu'ils révèlent au gouvernement le contenu de leurs produits du tabac et les émissions qu'ils dégagent. *Ibid.*, art. 9.

²⁸ *Ibid.*, art. 11.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Sur l'impact de la publicité sur la vente des produits du tabac, en particulier chez les jeunes, voir Christine P. Bump, *supra* note 25 aux pp. 1267-1273.

³¹ *Convention FCTC*, *supra* note 2 à l'art. 13.

³² Voir David Merriman, Ayda Yurekli et Frank J. Chaloupka, « How Big is the Worldwide Cigarette-Smuggling Problem? », dans Prabhat Jha et Frank J. Chaloupka, dir., *Tobacco Control in Developing Countries*, *supra* note 8 aux pp. 365-392. En 2003, les administrations douanières du monde entier ont signalé à l'Organisation mondiale des douanes la saisie de 2,6 milliards de cigarettes de contrebande. Organisation mondiale des douanes, « Nouvelle procédure d'échange de données pour contribuer à la lutte contre la contrebande de cigarettes à l'échelle mondiale » communiqué de presse (30 septembre 2003), en ligne : OMD <<http://www.wcoomd.org/ie/fr/Presse/presse.html>>.

³³ Sur l'augmentation de la contrefaçon de cigarettes, voir Luk Joossens, *Improving Public Health through an International Framework Convention on Tobacco Control*, 1999, doc. OMS WHO/NCD/TFI/99.2 aux pp. 21-25, en ligne : OMS <http://whqlibdoc.who.int/hq/1999/WHO_NCD_TFI_99.2.pdf>. Sur la lutte contre la contrefaçon de cigarettes, voir Luk Joossens et Martin Raw, « How Can Cigarette Smuggling Be Reduced? » (Octobre 2000) 321 *British Medical Journal* 947.

³⁴ Sur ce point, voir Yves Reboul, Emmanuel Py et Stéphane Thomas, *Impacts de la contrefaçon et de la piraterie en Europe, rapport final*, étude réalisée par l'équipe de recherche du Centre d'études internationales de la propriété industrielle (CEIPI), Strasbourg, Université Robert Schuman, 9 juillet

tabac sont parfois soupçonnés de participer à ce trafic³⁵. C'est pour cela que l'article 15 de la *Convention* impose aux États parties de s'assurer que les paquets et cartouches de cigarettes destinés à la vente mentionnent leur origine et leur destination et, dans la mesure du possible, leurs mouvements, de leur lieu de fabrication à leur point de vente³⁶. L'article 16 interdit de son côté la vente des produits du tabac aux personnes de moins de dix-huit ans et invite les États à prendre toutes les mesures nécessaires pour s'assurer que les distributeurs automatiques ne sont pas accessibles aux mineurs.

La *Convention FCTC* affiche de sérieuses ambitions dans la lutte contre le tabagisme³⁷; tout l'enjeu consistera désormais à en faire une réalité sur le terrain. Cela passera nécessairement par son intégration dans les législations nationales et par la mise en place des fondations techniques nécessaires à son application.

Toutefois, malgré ses apports indéniables pour la protection de la santé publique, la *Convention* n'a pas répondu à toutes les attentes, en particulier en ce qui concerne son interaction avec les règles relatives à la libéralisation des échanges. Il s'agit ici d'un point controversé qui n'a pu trouver de solution lors des différentes phases de négociation. Les grandes puissances commerciales avaient certes fait part de leurs préoccupations quant aux effets restrictifs sur le commerce de certaines dispositions de la future convention et donc de sa compatibilité avec les règles du commerce international établies dans le cadre de l'OMC³⁸. Les premiers projets de convention contenaient d'ailleurs une clause permettant de concilier les objectifs de santé de l'OMS avec ceux de l'OMC en reconnaissant que les mesures commerciales et les mesures de lutte antitabac pouvaient être mises en œuvre de manière à se soutenir mutuellement. La condition était que les « mesures de lutte antitabac [ne

2004, en ligne : Union européenne <http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/crime/studies/study_ceipi_counterfeiting_fr.pdf>.

³⁵ En 2000 et 2001, la Commission européenne et dix États membres ont par exemple lancé une action civile devant les juridictions de New York à l'encontre de différents fabricants de cigarettes en alléguant une participation à la contrebande de cigarettes et au blanchiment d'argent. Voir le Rapport de la Commission européenne au Conseil et au Parlement européen. UE, Commission, *Protection des intérêts financiers des Communautés et lutte contre la fraude : rapport annuel 2004*, Luxembourg, EUR-OP, 2005 à la p. 6, en ligne : Union européenne <http://europa.eu.int/eurlex/lex/LexUriServ/site/fr/com/2005/com2005_0323fr01.pdf>.

³⁶ *Convention FCTC*, supra note 2 à l'art. 15. Cette disposition risque cependant d'être détournée et transformée en barrière technique illicite au commerce, en violation de l'article 2 de l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce* conclu dans le cadre de l'OMC. *Accord relatif aux obstacles techniques au commerce*, 12 avril 1979, R.T. Can. 1980 n° 41 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1980) [*Accord OTC*]. Voir Joseph N. Eckhardt, « Balancing Interests in Free Trade and Health: How the WHO's Framework Convention on Tobacco Control Can Withstand WTO Scrutiny » (2002) 12 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 197.

³⁷ Voir Ross Hammond et Mary Assunta, « The Framework Convention on Tobacco Control: Promising Start, Uncertain Future » (septembre 2003) 12 *Tobacco Control* 241.

³⁸ Nous n'aborderons pas ici les interactions possibles entre la *Convention FCTC* et d'autres accords commerciaux comme l'ALÉNA, dont certaines dispositions pourraient également entrer en conflit avec les objectifs de santé. Sur cette question, voir par exemple : Cynthia Callard, Hatai Chitanondh et Robert Weissman, « Why Trade and Investment Liberalisation May Threaten Effective Tobacco Control Efforts » (mars 2001) 10 *Tobacco Control* 68; Ellen R. Shaffer, J. E. Brenner et T. P. Houston, « International Trade Agreements: A Threat to Tobacco Control Policy » (août 2005) 14 *Tobacco Control* 19.

constituent pas] un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable dans le commerce international »³⁹. Cette disposition reprenait mot pour mot l'alinéa b) de l'article XX – exceptions générales – de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*⁴⁰ (GATT), permettant de prendre des mesures nécessaires à la protection de la santé. Mais l'opposition de nombreux pays en développement a eu raison de cette proposition qui a finalement dû être retirée du projet définitif. Il s'agit indéniablement d'un point faible de la *Convention* et des différends risquent d'émerger entre les États parties par ailleurs membres de l'OMC. Il y a effectivement fort à craindre que les États où l'industrie du tabac est particulièrement puissante – comme la Chine, les États-Unis et le Royaume-Uni⁴¹ – contesteront devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC les mesures visant à restreindre leurs exportations de cigarettes ou à limiter la publicité sur les produits du tabac. Comment, dès lors, résoudre les conflits qui surgiront entre les mesures prises sur la base de la *Convention* et ces accords commerciaux?

La *Convention FCTC* et l'*Accord instituant l'OMC* sont, aux yeux du droit international, deux traités, soumis en tant que tels aux règles pertinentes en la matière, à savoir les règles coutumières en grande partie codifiées dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités*⁴² de 1969. Ces règles donnent quelques indications sur la manière dont les éventuels conflits entre conventions doivent être résolus. Le principe *lex posterior derogat priori*, selon lequel le traité le plus récent prévaut sur le plus ancien⁴³, pourrait être mis en œuvre et, dans la mesure où l'*Accord instituant l'OMC* est plus ancien que la *Convention FCTC*, c'est cette dernière qui devrait, en toute logique, prévaloir. De même, la seconde règle incarnée par le principe *lex specialis derogat generali*, selon lequel la convention la plus spécifique doit prévaloir sur la convention la plus générale⁴⁴, pourrait être également utilisée. Ces deux règles devraient donc conduire à donner la priorité, en cas de conflit, à la

³⁹ Voir *New Chair's Text of a Framework Convention on Tobacco Control*, Intergovernmental Negotiating Body on the WHO Framework Convention on Tobacco Control, 5^e session, 25 juin 2002, WHO doc. A/FCTC/INB5/2 à l'article 4(5).

⁴⁰ *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 55 R.T.N.U. 187 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1948), article XX(b) [GATT]. L'article XX(b) dispose que « Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent *Accord* ne serait interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures [...] b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ».

⁴¹ Plusieurs entreprises issues de ces trois pays, à savoir la compagnie chinoise China National Tobacco Corporation (CNTC), Altria Group (anciennement Philip Morris Companies), British American Tobacco, Gallaher et Imperial Tobacco se partagent près de 80 % du marché mondial. Voir la page *Aperçu des principales sociétés de tabac internationales* de la Conférence des Nations unies pour le commerce et le développement (CNUCED), 2004, en ligne : UNCTAD <<http://r0.unctad.org/infocomm/francais/tabac/societes.htm>>.

⁴² *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980) [*Convention de Vienne*].

⁴³ Cette règle est en partie consacrée par l'article 30 de la *Convention de Vienne*. *Ibid.*

⁴⁴ Sur l'application de ces deux principes pour résoudre les éventuels conflits entre les règles de l'OMC et celles de la *Convention FCTC*, voir Joost Pauwelyn, « WTO Compassion or Superiority Complex?: What to Make of the WTO Waiver for "Conflict Diamonds" » (2002-2003) 24 *Mich. J. Int'l L.* 1177.

Convention FCTC, plus récente et plus précise sur les questions de santé que les règles de l'OMC.

Un examen plus approfondi démontre cependant que la mise en œuvre de ces deux règles n'est pas aussi simple qu'il n'y paraît au premier abord. En effet, la *Convention FCTC* et les accords de l'OMC ne sont pas des accords « figés » : la première prévoit que certaines questions seront réglées ultérieurement, par le biais de protocoles additionnels⁴⁵, alors que les seconds sont amenés à évoluer au gré des cycles successifs de négociations⁴⁶. L'application du principe *lex posteriori derogat priori* conduirait donc, au fil des années, à des résultats différents et nécessairement incohérents, en fonction de l'avancée des travaux réalisés à l'OMS et à l'OMC. De même, peut-on définitivement considérer la *Convention FCTC* comme une convention spéciale au regard des accords de l'OMC? Si certains arguments plaident en faveur d'une telle solution – en particulier lorsque l'on se penche sur les prescriptions à apposer sur les paquets de cigarettes –, d'autres vont dans le sens contraire, comme en matière de protection des marques déposées pour lesquelles l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*⁴⁷ (ADPIC) est sans doute plus spécifique. Les deux règles conduisent ainsi à des résultats incertains et paraissent difficilement applicables.

En cas de conflit, les États utiliseront néanmoins les mécanismes internationaux de règlement des différends qui sont à leur disposition. Les accords de l'OMC possèdent à cet égard un avantage indéniable sur la *Convention FCTC* qui ne prévoit aucun règlement juridictionnel des différends relatifs à son application. Tout au plus, l'article 27 demande-t-il aux parties de régler leur différend

par les voies diplomatiques, par la négociation ou par tout autre moyen pacifique de leur choix, y compris en recourant aux bons offices ou à la médiation d'un tiers ou à la conciliation. En cas d'échec, les Parties en cause restent tenues de poursuivre leurs efforts en vue de parvenir à un règlement.⁴⁸

⁴⁵ Voir par exemple l'article 13(8) qui prévoit que la définition des mesures appropriées qui nécessitent une collaboration internationale en vue d'une interdiction globale de la publicité, de la promotion et du parrainage transfrontières sera l'objet d'un protocole additionnel. *Convention FCTC*, *supra* note 2.

⁴⁶ Il en va ainsi des listes de concessions octroyées par les membres. Dans l'affaire des *CE – Matériels informatiques*, l'Organe d'appel a précisé qu'« [u]ne liste [de concessions tarifaires] devient partie intégrante du GATT de 1994 en vertu de l'article II(7) du GATT de 1994. En conséquence, les concessions reprises dans cette liste font partie des termes du traité. » Voir l'affaire *CE – Classement tarifaire de certains matériels informatiques (Plainte des États-Unis)* (1998), OMC Doc. WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R au para. 84 (Rapport de l'Organe d'appel) [*CE – Matériels informatiques*].

⁴⁷ *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Annexe 1C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 332 [ADPIC].

⁴⁸ *Convention FCTC*, *supra* note 2, art. 27.

Les accords de l'OMC, de leur côté, possèdent un mécanisme de règlement des différends désormais bien rodé et dont l'efficacité n'est plus à démontrer⁴⁹. Dès lors, en cas de conflit entre une mesure prise sur la base de la *Convention FCTC* et les règles de l'OMC, il ne fait aucun doute que les États se tourneront vers ce mécanisme efficace. Le risque est alors de voir, comme pour d'autres domaines du droit international tels que la protection de l'environnement et la promotion des droits sociaux ou des droits humains⁵⁰, le « juge » de l'OMC interpréter⁵¹, dans le cadre d'un différend commercial, une convention qui ne ressort pas directement du commerce international.

Cela soulève également une autre question relative à l'invocation des questions de santé publique devant l'OMC : sera-t-il possible de se retrancher derrière les dispositions de la *Convention FCTC* pour déroger aux règles de l'OMC? À défaut, ne risque-t-on pas de remettre en cause l'efficacité de la *Convention* dès que son application sera confrontée aux règles du commerce mondial? Aussi proposons-nous d'apprécier la compatibilité d'une mesure nationale prise en application de la *Convention FCTC* avec les dispositions pertinentes des différents accords de l'OMC relatives tant au commerce des marchandises que des droits de propriété intellectuelle et des services.

II. *Convention FCTC* et accords de l'OMC : vers une remise en cause de l'efficacité de la lutte antitabac?

L'*Accord instituant l'OMC* constitue, au regard du droit international général, un traité unique auquel est annexé un ensemble d'accords spécifiques. Les membres ont l'obligation de se conformer simultanément et cumulativement aux obligations de ces différents accords⁵². Dans cette perspective, une mesure nationale prise en

⁴⁹ Voir par exemple William J. Davey, « The WTO Dispute Settlement System: The First Ten Years » (2005) 8 J. Int'l Econ. L. 17. Voir également John H. Jackson, « The Role and Effectiveness of the WTO Dispute Settlement Mechanism » (2000) Brookings Trade Forum 179, en ligne : Projet Muse <http://muse.jhu.edu/demo/brookings_trade_forum/v2000/2000.1jackson.html>.

⁵⁰ Seules les questions environnementales ont pour l'heure fait l'objet d'un examen dans le cadre de l'OMC. Les questions de droits de l'homme ou des droits sociaux n'ont pas encore été abordées directement. Cependant, elles auraient pu l'être dans l'affaire *États-Unis – Mesures affectant les marchés publics*, qui concernait une loi du Massachusetts de 1996 interdisant aux autorités de l'État de conclure des marchés publics avec les personnes qui commercent avec la Birmanie en raison des violations massives des droits de l'homme qui y sont commises. Cette affaire n'a toutefois pas été jugée, les communautés européennes ayant suspendu leur plainte en février 1999. *États-Unis – Mesures affectant les marchés publics (Plainte des Communautés européennes)* (1997), OMC Doc. WT/DS88/1 (Demande de consultations).

⁵¹ Nous n'entrerons pas ici dans le débat sur la nature juridictionnelle ou non de l'Organe de règlement des différends de l'OMC. Sur cette question, on pourra se référer avec intérêt à l'article suivant : Carlo Santulli, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale? Des organes répressifs internationaux à l'ORD » (2000) 46 A.F.D.I. 58. Voir également, Julien Burda, « L'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC : vers une meilleure prévisibilité du système commercial multilatéral » (2005) 18:2 R.Q.D.I. 31.

⁵² L'Organe d'appel de l'OMC a eu l'occasion de consacrer ce principe. Dans l'affaire *Corée – Mesures de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers*, il a par exemple précisé qu'« il est maintenant bien établi que l'Accord sur l'OMC constitue un “engagement unique” et, par

application de la *Convention FCTC* qui conduirait à limiter ou entraver la vente des produits du tabac, en imposant par exemple des quotas sur les cigarettes importées ou en obligeant à apposer certaines prescriptions techniques sur les paquets, devrait être compatible avec toutes les dispositions des différents accords de l'OMC.

A. *Convention FCTC* et *Accord OTC* : une « norme internationale pertinente »?

Une mesure nationale qui viserait à restreindre le commerce des produits du tabac étrangers devrait répondre aux exigences posées par le GATT et par l'*Accord OTC*⁵³. Sa compatibilité sera examinée en premier lieu au regard de l'*Accord OTC* puisqu'il s'agit de l'accord le plus spécifique⁵⁴ – l'*Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires*⁵⁵ n'a, en outre, pas vocation à s'appliquer.

Les barrières techniques, à la différence des droits de douane, n'ont pas pour objet premier de limiter les marchandises étrangères, mais plutôt d'en contrarier la commercialisation. Elles portent en général sur la composition du produit, son mode de fabrication ou sur les conditions de sa mise en vente. De telles mesures paraissent

conséquent, toutes les obligations contractées dans le cadre de l'OMC sont en général cumulatives et les membres doivent se conformer simultanément à la totalité d'entre elles». *Corée – Mesures de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers (Plainte des Communautés européennes)* (1999), OMC Doc. WT/DS98/AB/R au para. 74 (Rapport de l'Organe d'appel) [*Corée – Produits laitiers*]. Voir également l'affaire *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (Plaintes de l'Équateur et al.)* (1997), OMC Doc. WT/DS27/AB/R aux para. 157-158 (Rapport de l'Organe d'appel) [*CE – Bananes III*].

⁵³ Ce dernier accord est toujours applicable à une mesure qui entrave le commerce des marchandises étrangères, à moins d'avoir une restriction absolue, sans aucune forme de conditions ou d'exigences. *Accord OTC*, *supra* note 36. Voir sur ce point, l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (Plainte du Canada)* (2001), OMC Doc. WT/DS135/AB/R au para. 64 (Rapport de l'Organe d'appel) [*CE – Amiante*].

⁵⁴ Dans un certain nombre d'affaires, l'Organe d'appel a effectivement procédé en premier lieu à l'analyse de l'accord le plus spécifique. Par exemple, dans l'affaire *CE – Bananes III*, *supra* note 52 au para. 204, il a examiné le rapport entre l'article X du GATT et l'article 1(3) de l'*Accord sur les licences d'importation* et a conclu que, puisque ce dernier était plus spécifique, il aurait dû être examiné en premier.

⁵⁵ *Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, Annexe IA de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 14 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 508 [*Accord SPS*]. L'objet de l'*Accord SPS* vise à régir toutes les mesures adoptées par les membres afin d'assurer l'innocuité des produits alimentaires pour les consommateurs et d'empêcher la dissémination de parasites ou de maladies chez les animaux et les végétaux. À ce titre, une mesure SPS est définie (Annexe A) comme toute mesure destinée à protéger : – un pays contre les dommages découlant de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de parasites (y compris les mauvaises herbes) ; – la vie des animaux ou la préservation des végétaux, y compris les poissons, les forêts, la faune sauvage et la flore sauvage contre les parasites, maladies ou organismes pathogènes ; – la vie des personnes et des animaux contre les risques découlant des additifs, contaminants, toxines ou organismes pathogènes présents dans les produits alimentaires, les boissons ou les aliments pour animaux, mais également contre les maladies transmises par les plantes ou les animaux (zoonoses). Les produits du tabac ne sauraient être considérés comme des « produits alimentaires » dans la mesure où ceux-ci n'ont pas pour finalité d'être « ingérés » selon la définition consacrée des aliments ; voir par exemple la définition du mot *food* dans le *Cambridge Advanced Learner's Dictionary*, 3^e éd., s.v. « food ».

a priori contraires au principe fondamental de l'OMC qui préside au commerce des marchandises, à savoir le principe de non-discrimination. Pourtant, les « objectifs légitimes » qui les motivent parfois, comme la santé des consommateurs, peuvent les justifier⁵⁶.

L'applicabilité de l'*Accord OTC* à une mesure nationale qui imposerait certaines prescriptions pour les produits du tabac dépendrait d'abord de sa qualification comme « règlement technique ». Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a développé trois critères cumulatifs pour une telle qualification⁵⁷. Le premier impose ainsi que la mesure s'applique à un produit, ou groupe de produits, identifiable. Le deuxième précise que le document doit énoncer une ou plus d'une caractéristique du produit qui peut y être intrinsèque ou s'y rapporter. Enfin, le troisième critère exige que le respect des caractéristiques du produit soit obligatoire⁵⁸. Une fois qualifiée de « règlement technique », la mesure nationale prise en vertu de la *Convention FCTC* ne devra avoir, selon l'article 2(2) de l'*Accord OTC* ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. De tels règlements doivent être élaborés afin de « réaliser un objectif légitime » consistant « entre autres [en] la sécurité nationale, la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement »⁵⁹. Une telle mesure de lutte contre le tabagisme s'inscrirait directement dans cet objectif légitime de santé des personnes et semblerait *a priori* compatible avec l'*Accord OTC*. Cela dit, la mesure devrait encore passer un « test de nécessité » afin d'apprécier si elle est « plus restrictive pour le commerce qu'il est nécessaire pour réaliser [cet] objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait »⁶⁰. La jurisprudence reste ici incertaine quant à la nature de ce test : faut-il, en effet, utiliser le test de nécessité élaboré par les décisions successives de l'OMC dans le cadre de l'article XX du *GATT* ou reconnaître au contraire le

⁵⁶ Outre le cas où un objectif légitime est poursuivi, les États ont l'obligation de respecter le principe de non-discrimination lors de l'application de règlements techniques. L'article 2(1) de l'*Accord OTC* dispose en effet que « les membres feront en sorte, pour ce qui concerne les règlements techniques, qu'il soit accordé aux produits importés en provenance du territoire de tout membre un traitement non moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires d'origine nationale et aux produits similaires de tout autre pays ». *Accord OTC*, *supra* note 36.

⁵⁷ Voir l'affaire *CE – Amiante*, *supra* note 53 aux para. 66-70.

⁵⁸ Ces trois critères ont par la suite été repris et appliqués par l'Organe d'appel dans l'affaire des *Sardines*, opposant le Pérou aux Communautés européennes. Affaire *CE – Désignation commerciale des sardines (Plaintes du Pérou)* (2002), OMC Doc. WT/DS231/R (Rapport du Groupe spécial); WT/DS231/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) [*CE – Sardines*]. Sur cette affaire, voir entre autres : James Mathis, « WTO Panel Report, *European Communities – Trade Description of Sardines*, WT/DS231/R, 29 May 2002 » (2002) 29 L.I.E.I. 335; R. Howse, « The Sardines Panel and AB Rulings – Some Preliminary Reactions » (2002) 29 L.I.E.I. 247; R. Munoz, « La Communauté entre les mains des normes internationales : les conséquences de la décision "Sardines" au sein de l'OMC » (2003) R.D.U.E. 457. Dans cette affaire de toute première importance pour la portée de l'*Accord OTC*, le Pérou reprochait à un règlement communautaire d'empêcher ses exportateurs de continuer à utiliser pour leurs produits la désignation commerciale « sardines », laquelle était réservée à la *Sardina pilchardus*, espèce que l'on ne trouve que sur les côtes du nord-est de l'Atlantique, en Méditerranée et en mer Noire.

⁵⁹ *Accord OTC*, *supra* note 36 à l'art. 2(2).

⁶⁰ *Ibid.*

caractère particulier de l'*Accord OTC* et appliquer cette disposition au regard du contexte particulier dans lequel elle s'inscrit? Dans l'affaire *CE – Sardines*, les États parties au différend se sont opposés sur la portée de ce test⁶¹ sans qu'aucune solution ne soit finalement donnée par l'Organe d'appel⁶² qui a préféré se concentrer sur l'article 2(4) de l'*Accord OTC*. Cet article impose que les règlements techniques soient pris sur la base de « normes internationales pertinentes »⁶³.

Si l'on se place dans la même perspective que l'Organe d'appel, il faudrait examiner si la *Convention FCTC* peut être considérée comme une « norme internationale pertinente » pour la santé publique et la lutte contre le tabagisme. Élaboré dans le cadre de l'OMS, l'objectif de cette convention est précisément de lutter contre la « propagation de l'épidémie de tabagisme [qui] est un problème mondial aux conséquences sérieuses pour la santé publique [et qui] appelle la coopération internationale la plus large possible et la participation de tous les pays à une action internationale efficace, adaptée et globale »⁶⁴; un règlement technique pris sur la base de la *Convention FCTC* poursuivrait donc, selon toute vraisemblance, un tel objectif légitime. Mais est-ce à dire pour autant que toute mesure nationale visant le tabagisme, prise sur la base de la *Convention FCTC*, serait nécessairement compatible avec l'*Accord OTC*? Rien n'est moins sûr, puisque la jurisprudence actuelle n'a pas encore permis de clarifier les relations entre les articles 2(4) et 2(2) de l'*Accord OTC*. Faut-il par exemple qu'une mesure compatible avec l'article 2(4) passe malgré tout le test de nécessité de l'article 2(2)? Dans l'affirmative, en quoi consistera un tel test de nécessité? Dans l'affaire *CE – Sardines*, le Groupe spécial et l'Organe d'appel avaient décidé, par « économie jurisprudentielle »⁶⁵, de s'arrêter à l'analyse de

⁶¹ Le Pérou faisait ainsi valoir que la jurisprudence du *GATT* et de l'OMC relative au terme « nécessaire » employé aux alinéas b) et d) de l'art. XX du *GATT* présente un intérêt pour interpréter l'article 2(2) de l'*Accord OTC*. Une mesure serait réputée plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire au sens de l'article 2(2) s'il existe une mesure de rechange moins restrictive, raisonnablement disponible, qui réalise l'objectif légitime du membre et qui est compatible, ou moins incompatible, avec l'*Accord OTC*. À l'inverse, les Communautés européennes estimaient que l'art. XX(d) du *GATT* définit une exception et non, comme l'article 2(2) de l'*Accord OTC*, une obligation. Une autre approche non développée consisterait à se focaliser sur la portée de l'article 5(6) de l'*Accord SPS*, particulièrement proche dans sa portée et sa rédaction de l'article 2(2) de l'*Accord OTC*. Ce test de nécessité établi dans le cadre de l'*Accord SPS* et développé dans l'affaire *Australie – Mesures visant les importations de saumons (Plainte du Canada)* (1998), OMC Doc. WT/DS18/AB/R au para 194 (Rapport de l'Organe d'appel), pourrait selon toute vraisemblance être utilisé dans le cadre de l'*Accord OTC*. Il est par ailleurs vrai que l'Organe d'appel a d'ores et déjà utilisé la jurisprudence développée sous l'*Accord SPS* pour l'appliquer dans le cadre de l'*Accord OTC*. Voir par exemple dans l'affaire *CE – Sardines*, *supra* note 58 aux para. 206-207, les nombreuses références à l'affaire *CE – Hormones*, en particulier sur le champ d'application temporel de l'*Accord OTC*.

⁶² Voir l'affaire *CE – Sardines* (Rapport du Groupe spécial), *supra* note 58 au para. 7.18.

⁶³ L'article 2(4) de l'*Accord OTC* dispose que « [d]ans les cas où des règlements techniques sont requis et où des normes internationales pertinentes existent ou sont sur le point d'être mises en forme finale, les membres utiliseront ces normes internationales ou leurs éléments pertinents comme base de leurs règlements techniques, sauf lorsque ces normes internationales ou ces éléments seraient inefficaces ou inappropriés pour réaliser les objectifs légitimes recherchés, par exemple en raison de facteurs climatiques ou géographiques fondamentaux ou de problèmes technologiques fondamentaux. » *Accord OTC*, *supra* note 36 à l'art. 2(4).

⁶⁴ Voir le préambule de la *Convention FCTC*, *supra* note 2.

⁶⁵ Voir l'affaire *CE – Sardines* (Rapport du Groupe spécial), *supra* note 58 au para. 7.151 et (Rapport de l'Organe d'appel), *supra* note 58 au para. 311.

l'article 2(4) et conclu au caractère restrictif pour le commerce du *Règlement communautaire* sans examiner la mesure à la lumière de l'article 2(2). Il est cependant vrai que l'article 2(5) de l'*Accord OTC* établit une présomption contestable selon laquelle un règlement technique qui se fonde sur des normes internationales pertinentes « sera présumé [...] ne pas créer un obstacle non nécessaire au commerce international »⁶⁶. À l'inverse, un règlement technique non conforme aux normes internationales pertinentes crée nécessairement un « obstacle plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire », sans qu'il soit besoin d'en apporter la preuve⁶⁷. On peut néanmoins se demander si la constatation du Groupe spécial – à savoir que le règlement technique en cause était effectivement restrictif pour le commerce – n'aurait été réellement pertinente que dans le cadre d'un examen au titre de l'article 2(2).

La compatibilité de mesures antitabac avec les règles de l'*Accord OTC* paraît probable, mais pourra s'avérer délicate à démontrer, en particulier si la qualité de « norme internationale pertinente » est refusée à la *Convention FCTC*. Avant de conclure définitivement à la validité de telles mesures, encore faudra-t-il vérifier leur compatibilité avec les règles du *GATT*.

B. *Convention FCTC* et non-discrimination des produits du tabac étrangers : l'obligation d'invoquer l'exception de santé publique

Le concept d'accès aux marchés pour les marchandises recouvre les conditions ainsi que les mesures tarifaires et non tarifaires convenues par les membres pour l'admission de produits spécifiques sur leurs marchés. Les tarifs sur les produits du tabac, comme les cigarettes, dépendent des engagements figurant dans les listes de concessions des pays, listes qui sont aujourd'hui consolidées. Les droits de douane sur ces produits varient donc considérablement d'un membre à un autre. Par exemple, le Japon ne perçoit aucun droit sur les cigarettes importées et a abaissé les droits sur les cigares à 4 %. La Nouvelle-Zélande a quant à elle ramené son tarif sur les cigarettes à 8,5 %, alors que l'Union européenne et les États-Unis ont diminué leurs droits de 50 % sur les cigares et cigarettes.

Il est désormais établi que la libéralisation des échanges a conduit à faciliter les importations des produits du tabac et à accroître la consommation de cigarettes. L'ouverture des marchés a en effet pour conséquence d'accroître la compétition entre les entreprises de l'industrie du tabac et d'entraîner une baisse des prix⁶⁸. Un État membre pourrait, en conséquence, être tenté de restreindre l'accès à son marché pour les produits du tabac étrangers en augmentant les tarifs douaniers ou en imposant des quotas afin de protéger la santé des consommateurs sur son territoire⁶⁹. De telles

⁶⁶ *Accord OTC*, *supra* note 36 à l'article 2(5).

⁶⁷ Voir affaire *CE – Sardines* (Rapport du Groupe spécial), *supra* note 58 à la note de bas de page n° 35.

⁶⁸ Voir Allyn L. Taylor *et al.*, *supra* note 8 aux pp. 345-346.

⁶⁹ Les études démontrent d'ailleurs que la taxation des produits du tabac est la meilleure solution pour réduire la consommation. Voir par exemple les études qui ont été menées à Taïwan et en Chine : Jie-Min Lee *et al.*, « Effect of Cigarette Tax Increase on Cigarette Consumption in Taiwan » (juin 2005)

mesures iraient bien entendu directement à l'encontre des articles I, III et XI du *GATT* portant respectivement sur la nation la plus favorisée, le traitement national et l'élimination générale des restrictions quantitatives. Tel était précisément le cas dans l'affaire des *Cigarettes thaïlandaises* qui avait opposé les États-Unis à la Thaïlande dans le cadre de l'ancien *GATT*⁷⁰.

Dans cette affaire, une loi thaïlandaise de 1966 interdisait l'importation et la vente de cigarettes et autres préparations à base de tabac sans l'obtention préalable d'une licence délivrée par les autorités thaïlandaises que seul le monopole thaïlandais des tabacs avait obtenue entre 1966 et 1980. Les États-Unis avaient contesté ces restrictions estimant qu'il s'agissait de mesures incompatibles avec les articles III(2) et XI du *GATT*. La Thaïlande soutenait au contraire que sa mesure s'inscrivait dans un objectif de santé publique afin de limiter la consommation de tabac⁷¹, ce que le Groupe spécial a admis dans son rapport. La loi s'inscrivait bien dans un objectif de santé publique et entrait dans le champ d'application des exceptions générales de l'article XX(b)⁷². Mais pour le Groupe spécial, la Thaïlande aurait très bien pu répondre à cet objectif de santé publique par d'autres mesures non discriminatoires, comme l'élaboration d'un règlement exigeant la divulgation complète des substances contenues dans les cigarettes, doublées d'une interdiction des substances nocives. D'autres mesures moins restrictives pour le commerce offraient donc des solutions de rechange compatibles avec le *GATT*.

De telles mesures financières ou fiscales visant à restreindre les échanges des produits du tabac seront de ce fait incompatibles avec les articles I, III et XI du *GATT*, même si elles sont considérées par l'article 6 de la *Convention FCTC* comme « un moyen efficace et important [pour] réduire la consommation de tabac »⁷³. Elles obligeront ainsi le membre mis en cause à se retrancher derrière les exceptions de l'article XX(b) du *GATT*.

La jurisprudence relative à l'article XX(b) est désormais bien établie⁷⁴ et impose que la mesure en cause passe différents tests. Le premier est un test de nécessité : la mesure doit être « nécessaire » à la protection de la santé et de la vie des personnes. Dans l'affaire des *Cigarettes thaïlandaises*, le Groupe spécial avait souligné que « l'usage du tabac constituait un risque sérieux pour la santé des personnes et qu'en conséquence, les mesures destinées à réduire la consommation de

14 (supp. 1) Tobacco Control 71; Teh-Wei Hu and Mao Z., « Effects of Cigarette Tax on Cigarette Consumption and the Chinese Economy » (juin 2002) 11 Tobacco Control 105.

⁷⁰ Voir l'affaire *Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes (Plainte des États-Unis)* (1990), GATT Doc. DS10/R, Supp. n° 37 I.B.D.D. (1990) 367 [*Cigarettes thaïlandaises*].

⁷¹ La Thaïlande estimait par ailleurs que les cigarettes américaines étaient plus nocives que les cigarettes nationales dans la mesure où elles contenaient des produits chimiques inconnus introduits pour compenser en partie la réduction de la teneur en goudron et en nicotine. *Ibid.* au para. 14.

⁷² Voir *GATT*, *supra* note 40.

⁷³ *GATT*, *ibid.* aux art. 1, 3 et 11; *Convention FCTC*, *supra* note 2 à l'art. 6.

⁷⁴ Plusieurs affaires ont permis de clarifier la portée des différents alinéas de l'article XX. Sur ce point, voir le document *Pratique du GATT/de l'OMC en matière de règlement des différends se rapportant à l'article XX, paragraphes b), d) et g) du GATT de 1994* (2002), OMC Doc. WT/CTE/W/203 (Comité du commerce et de l'environnement, note du secrétariat).

cigarettes entraient dans le champ d'application de l'article XX(b) »⁷⁵. Dans l'affaire *Corée – Bœuf*⁷⁶, l'Organe d'appel a élaboré un critère de « sous-pesage et de mise en balance » permettant de déterminer si une mesure est « nécessaire » au sens de l'article XX(b). L'importance des valeurs que la mesure antitabac est censée protéger⁷⁷ – c'est-à-dire la vie et la santé des personnes⁷⁸ –, la possibilité qu'elle réalise effectivement l'objectif qu'elle poursuit⁷⁹ et l'incidence de cette mesure sur le commerce doivent être successivement analysées⁸⁰.

Une fois ce test accompli⁸¹, la mesure doit encore passer un second test, dit de « bonne foi » (ou « test du chapeau de l'article XX »). En effet, selon le texte introductif de l'article XX, les mesures nationales en cause ne doivent pas être « appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international »⁸². La portée générale de ce texte a été définie par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Crevettes* et n'est autre « qu'une façon d'exprimer le principe de la bonne foi »⁸³ permettant d'évaluer si la mesure en cause

⁷⁵ Voir l'affaire des *Cigarettes thaïlandaises*, *supra* note 70 au para. 73.

⁷⁶ Voir l'affaire *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée (Plaintes des États-Unis et de l'Australie)* (2000), OMC Doc. WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R au para.161 (Rapport de l'Organe d'appel) [*Corée – Bœuf*].

⁷⁷ En ce qui concerne cette première prescription, l'Organe d'appel a laissé entendre que si la valeur ou l'intérêt visés étaient jugés importants, il était plus probable que la mesure soit « nécessaire ». *Ibid.* au para. 162.

⁷⁸ L'Organe d'appel a eu l'occasion de souligner l'importance fondamentale de la protection de la santé dans l'affaire *CE – Amiante*. La protection de la santé publique constitue « une valeur [...] à la fois vitale et importante au plus haut point » devant être soupesée dans le cadre du test de nécessité. Voir l'affaire *CE – Amiante*, *supra* note 53 au para. 172.

⁷⁹ L'Organe d'appel a précisé à cette fin que plus cette législation favorise l'objectif poursuivi, plus grande était sa probabilité d'être jugée « nécessaire ». Affaire *Corée – Bœuf*, *supra* note 76 au para. 163.

⁸⁰ Pour cette dernière prescription, l'Organe d'appel a estimé que si la mesure avait une incidence relativement faible sur le commerce, il était plus probable qu'elle apparaisse comme « nécessaire ». Il a également indiqué que l'éventuelle existence d'une autre mesure compatible avec les règles de l'OMC raisonnablement disponible devait être prise en considération pour l'application de cette prescription. *Ibid.* aux para. 163 et 166.

⁸¹ Notons que la charge de la preuve dans le cadre de ce test a été légèrement modifiée lors de l'affaire *États-Unis – Jeux*. Il incombait jusqu'à présent à la partie défenderesse invoquant un des moyens de défense de l'article XX de démontrer que sa mesure était « nécessaire » pour réaliser les objectifs se rapportant à la moralité publique [20(a)] ou à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou la préservation des végétaux [20(b)] (voir par exemple l'affaire *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules (Plainte du Venezuela)* (1996), OMC Doc. WT/DS2/AB/R aux pp. 23-25 (Rapport de l'Organe d'appel) [*États-Unis – Essence*]). Or, dans l'affaire *États-Unis – Jeux*, l'Organe d'appel a renversé la charge de la preuve, précisant qu'il « n'incombe pas à la partie défenderesse de montrer d'emblée qu'il n'y a pas de mesures de rechange raisonnablement disponibles pour réaliser ses objectifs ». Affaire *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris (Plaintes d'Antigua-et-Barbuda)* (2005), OMC Doc. WT/DS285/AB/R au para. 309 (Rapport de l'Organe d'appel) [*États-Unis – Jeux*].

⁸² *GATT*, *supra* note 40, art. 20.

⁸³ Voir l'affaire *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Plaintes de l'Inde)* (1998), OMC Doc. WT/DS58/AB/R aux para. 158-159 (Rapport de l'Organe d'appel) [*États-Unis – Crevettes*]. Par ailleurs, dans l'affaire *États-Unis – Essence*, *supra* note 81 aux pp. 23, 25-26, l'Organe d'appel a précisé que la fonction de ce texte introductif était de prévenir « l'abus des exceptions énumérées à [l'article XX] ou l'utilisation illégitime des exceptions aux règles de fond prévues à l'article XX ».

visé réellement à protéger un intérêt supérieur ou si, au contraire, elle ne consiste qu'en une forme de protectionnisme déguisé. Une mesure de lutte antitabac devra encore une fois satisfaire à trois prescriptions⁸⁴. Il faudra, en premier lieu, examiner si elle constitue « un moyen de discrimination injustifiable »⁸⁵ ou « un moyen de discrimination arbitraire »⁸⁶ et si tel n'est pas le cas, évaluer si la mesure consiste en « une restriction déguisée au commerce international »⁸⁷.

Les éléments qui viennent d'être présentés laissent entendre que des restrictions imposées à l'encontre des produits du tabac pourraient être légitimées en invoquant les exceptions à la libéralisation des échanges; elles ne remettraient alors pas en cause l'efficacité de la *Convention FCTC*. Elles devraient cependant être imposées de bonne foi, dans le souci unique de protéger la santé et la vie des consommateurs de tabac, sans aucune arrière-pensée protectionniste. Cela n'empêchera toutefois pas d'avancer d'autres arguments fondés sur d'autres accords de l'OMC, en particulier l'*ADPIC* et l'*Accord général sur le commerce des services*⁸⁸ (*AGCS*).

C. *Convention FCTC*, droits de propriété intellectuelle et droit à la marque

L'*ADPIC* définit une marque de fabrique ou de commerce comme étant les « signes ou combinaison de signes, propres à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises »⁸⁹. Il peut s'agir à la fois de mots, de lettres, de chiffres, d'éléments figuratifs voire de combinaisons de couleurs. Pour les produits du tabac, tous les emballages des paquets ou cartouches de cigarettes, les

⁸⁴ Voir l'affaire *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes – Recours de la Malaisie à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (Plaintes de l'Inde et al.)* (2001), OMC Doc. WT/DS58/AB/RW au para. 118 (Rapport de l'Organe d'appel) [*Crevettes (article 21:5)*].

⁸⁵ Dans l'affaire *CE – Amiante*, le Groupe spécial a estimé que la détermination du caractère discriminatoire injustifiable d'une mesure est à traiter de manière séparée de son caractère arbitraire. *CE – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (Plainte du Canada)* (2000), OMC Doc. WT/DS135/R au para. 8.226 (Rapport du Groupe spécial) [*CE – Amiante*]. Pour déterminer si la mesure en cause a été appliquée d'une façon injustifiable, le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans les affaires *États-Unis – Crevettes*, *supra* note 83 au para 166, et *Crevettes (article 21:5)* (Rapport du Groupe spécial), *ibid.* au para. 5.93 ont retenu deux critères : un sérieux effort de négociation dans le but de conclure des accords bilatéraux et multilatéraux en vue de la réalisation d'un certain objectif politique doit avoir été entrepris et la mesure doit présenter un certain degré de flexibilité.

⁸⁶ Pour conclure au caractère non arbitraire de la mesure, celle-ci ne doit imposer aux membres exportateurs aucune « prescription unique, rigide et stricte » les obligeant à adopter les mêmes politiques ou pratiques. Voir l'affaire *États-Unis – Crevettes*, *ibid.* au para. 177.

⁸⁷ Pour ce dernier critère, la jurisprudence de l'OMC a eu l'opportunité d'en préciser les contours dans l'affaire *CE – Amiante* (Rapport du Groupe spécial), *supra* note 85 au para. 8.236, où trois critères ont de nouveau été introduits. Le premier repose sur la publicité de la mesure; le deuxième, sur l'application d'une mesure comme équivalant aussi à une discrimination arbitraire ou injustifiable; enfin, le troisième consiste en l'examen de la conception, des principes de base et de la structure révélatrice de la mesure en question, afin d'en déterminer les réels objectifs.

⁸⁸ *Accord général sur le commerce des services, Annexe 1B de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 219 [*AGCS*].

⁸⁹ *ADPIC*, *supra* note 47 à l'article 15(1).

noms comme les éléments figuratifs qui y sont apposés, font l'objet d'une protection en tant que marques déposées.

Plusieurs mesures prises en application de la *Convention FCTC* pourraient être contestées au titre du droit à la marque. Dans un premier temps, les mesures qui imposeraient de faire figurer un certain nombre d'indications sur les paquets de cigarettes comme la dangerosité, la teneur, mais aussi l'origine et la destination des produits du tabac, pourraient contrevenir aux droits des marques en empêchant de distinguer un produit d'un autre. D'autres mesures visant à interdire le dépôt ou l'utilisation des marques déposées contenant les termes « légères », « ultralégères » ou « douces » pourraient également être contestés à la lumière de l'*ADPIC*. La grande majorité des fabricants ont d'ailleurs déposé des marques contenant ces termes et ont d'ores et déjà soutenu que de telles mesures violeraient l'*ADPIC*⁹⁰, en particulier par les articles 15(2) et 20 relatifs à l'enregistrement et l'utilisation de la marque.

L'article 15(2) autorise un membre à refuser l'enregistrement d'une marque pour certains motifs (à savoir la morale et l'ordre public) précisés dans la *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle* de 1967 à laquelle l'*ADPIC* fait référence⁹¹. L'Organe d'appel a cependant précisé que « le fait de refuser l'enregistrement pour d'« autres motifs » dérogerait à la *Convention de Paris* (1967) uniquement si les motifs du refus étaient incompatibles avec les dispositions de cette convention »⁹². Pourrait-on, dans cette perspective, refuser d'enregistrer de nouvelles marques de cigarettes au simple motif qu'elles contiennent les termes « légères » ou « ultralégères »? Il faudrait pour cela démontrer que ces termes constituent une marque déceptive, à savoir qu'ils risquent de tromper le public sur l'un des aspects du

⁹⁰ En 2001, plusieurs entreprises de l'industrie du tabac (British American Tobacco, Imperial Tobacco et Japan Tobacco) s'étaient opposées à une directive communautaire de juin 2001 relative à la fabrication, la présentation et la vente des produits du tabac, très proche, dans ses dispositions, de l'actuelle *Convention FCTC*. Deux dispositions de cette directive étaient plus particulièrement visées. La première fixait des exigences en matière d'étiquetage et prévoyait l'obligation de faire figurer sur les emballages des produits certaines informations essentielles (teneurs en goudron, nicotine, etc.). La seconde interdisait d'utiliser, sur l'emballage des produits du tabac, des textes, dénominations, marques, signes figuratifs ou autres indiquant qu'un produit du tabac particulier est moins nocif que les autres (comme les termes « légères », « douces », etc.). Pour les industries du tabac, ces deux dispositions étaient de nature à les empêcher de jouir ou de faire usage, sur le territoire de la Communauté, de la propriété intellectuelle de leur marque; elles alléguaient que la directive allait à l'encontre de l'article 20 de l'*ADPIC*. Dans son arrêt, la Cour de justice des Communautés européennes ne s'est pas prononcée sur la validité de la mesure au regard de l'*ADPIC*, se contentant de déclarer les dispositions valides au regard du droit communautaire, car permettant « de garantir un niveau de protection élevé de la santé » sur le territoire de la Communauté. Voir l'affaire *The Queen v. Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd. et Imperial Tobacco Ltd.*, C-491/01, [2002] E.C.R. I-11453 au para. 154.

⁹¹ Voir l'article 6(b)(iii) de la *Convention de Paris* (1967) qui précise que « les marques de fabrique ou de commerce, visées par le présent article, ne pourront être refusées à l'enregistrement ou invalidées que dans les cas suivants : [...] (iii) lorsqu'elles sont contraires à la morale ou à l'ordre public et notamment de nature à tromper le public ». *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle*, 14 juillet 1967, 828 R.T.N.U. 305 (entrée en vigueur : 26 avril 1970) [*Convention de Paris* (1967)].

⁹² Voir l'affaire *États-Unis – Article 211 de la loi générale de 1998 portant ouverture de crédits (Plainte des Communautés européennes)* (2002), OMC Doc. WT/DS176/AB/R au para. 177 (Rapport de l'Organe d'appel).

produit sur lequel ils sont apposés⁹³. Il conviendrait, en somme, de prouver que les cigarettes « légères » ou « ultralégères » ne possèdent aucune qualité intrinsèque particulière et qu'elles sont tout aussi dangereuses que les cigarettes normales, ce qui justifierait le refus d'enregistrer la marque. Il ne faut cependant pas oublier l'article 15(4) de l'*ADPIC* qui précise que « la nature des produits ou services auxquels une marque de fabrique ou de commerce s'appliquera ne constituera en aucun cas un obstacle à l'enregistrement de la marque »⁹⁴. Aussi le refus d'enregistrement devra-t-il reposer uniquement sur le caractère trompeur des termes et non sur la nature dangereuse des produits du tabac, faute de quoi il sera illicite.

De son côté, l'article 20 porte sur l'utilisation de la marque et précise que l'usage d'une marque ne doit pas être gêné de manière injustifiée par des exigences spéciales telles qu'une utilisation susceptible de la priver de son aptitude à distinguer les biens ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises⁹⁵. Certaines entreprises de l'industrie du tabac ont soutenu que l'interdiction d'utiliser les termes « légères » ou « ultralégères » serait incompatible avec cet article, car elle constituerait une exigence spéciale qui empêcherait de manière injustifiée d'utiliser la marque déposée⁹⁶. Selon elles, une telle interdiction ne permettrait plus de distinguer entre les différents produits du tabac et irait à l'encontre de la raison d'être des marques⁹⁷.

Pour l'heure, aucun État membre de l'OMC n'a pris l'initiative de contester une telle mesure. La seule échappatoire serait alors d'invoquer l'article 8(1) qui précise que « les membres pourront [...] adopter les mesures nécessaires pour protéger la santé publique [...], à condition que ces mesures soient compatibles avec les dispositions du présent accord »⁹⁸. Il est vrai que l'article 8(1) ne constitue pas une véritable exception, au même titre que les articles XX du *GATT* et 14 de l'*AGCS*; il apparaît plutôt comme une règle énonçant un principe au regard duquel l'*ADPIC* doit être interprété⁹⁹. La mesure en cause devrait passer ici encore un test de nécessité identique à celui requis dans le cadre de l'article XX(b) du *GATT*. Toutefois, à la

⁹³ Voir sur ce point Benn McGrady, « Trips and Trademarks: The Case of Tobacco » (2004) 3 World Trade Review 53, plus spécialement à la p. 59.

⁹⁴ *ADPIC*, *supra* note 47 à l'art. 15(4).

⁹⁵ *Ibid.* à l'art. 20.

⁹⁶ Voir par exemple la réponse adressée par l'entreprise Philip Morris International Inc. au projet de loi sur le tabac du ministère de la Santé canadien visant à interdire l'affichage des descripteurs « légère » et « douce » sur les emballages de produits du tabac. Philip Morris International Inc., *Submission by Philip Morris International Inc. in Response to The National Center for Standards and Certification Information Foreign Trade Notification n° G/TBT/N/CAN/22* à la p. 9, en ligne : Essential Action <<http://www.essentialaction.org/tobacco/pmresponsetonoi.pdf>>.

⁹⁷ Cela suppose cependant que soit démontré que l'article XX confère effectivement un droit d'utilisation de la marque. Sur cette question, voir Benn McGrady, *supra* note 93 aux pp. 64 à 67.

⁹⁸ *ADPIC*, *supra* note 47 à l'art. 8(1).

⁹⁹ L'article 8, lu conjointement avec l'article 7, ne fait qu'indiquer les objectifs essentiels de l'*ADPIC*, à savoir « assurer un équilibre entre les droits de propriété intellectuelle créés par l'*Accord* et d'autres politiques socio-économiques importantes des gouvernements membres de l'OMC », en particulier les « politiques en matière de santé publique et de nutrition ». Voir l'affaire *Canada – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques (Plainte des Communautés européennes)* (2000), OMC Doc. WT/DS114/R au para. 7.24 (Rapport du Groupe spécial).

différence des exceptions des autres accords, l'article 8(1) impose que la mesure en cause soit compatible avec les dispositions de l'ADPIC. Même si « nécessaire » pour atteindre l'objectif de santé publique qu'elle s'est fixée, une mesure qui ne serait pas « compatible » avec l'ADPIC ne pourrait être valide.

Il existe donc de nombreux doutes quant à la compatibilité entre la *Convention FCTC* et l'ADPIC, doutes subsistant également avec l'AGCS.

D. *Convention FCTC*, commerce des services et interdiction de la publicité des produits du tabac

L'application de la *Convention FCTC* pourrait également poser certains problèmes au regard de l'AGCS. Tous les services sont visés par cet accord, qu'il s'agisse des services bancaires, du tourisme, des télécommunications ou de la publicité. Le traitement de la nation la plus favorisée s'applique à tous les services ainsi que le traitement national pour les domaines dans lesquels des engagements ont été pris par les membres. Ils doivent établir des listes d'engagements spécifiques par service, pour lesquelles ils ont alors l'obligation de libéraliser l'accès à leur marché national (*market access*) et d'assurer un traitement non moins favorable aux services ou fournisseurs étrangers que celui accordé aux services ou fournisseurs nationaux.

Les membres avaient eu conscience dès 1998 que la publicité des produits du tabac pouvait être une source de difficultés. En effet, dans une note d'information, le Comité du commerce des services avait souligné qu'il serait utile pour les membres d'approfondir la question de l'incidence sur le secteur de la publicité des restrictions en cette matière, en particulier pour les produits du tabac¹⁰⁰. Cette question n'a fait malheureusement l'objet d'aucun nouveau développement, tant et si bien qu'il paraît aujourd'hui possible que les mesures prises en application de la *Convention FCTC* contreviendraient aux règles de l'AGCS.

Les services de publicité sont actuellement régis par l'AGCS¹⁰¹ et font l'objet d'engagements de la part de cinquante et un membres. Des mesures nationales qui entendraient limiter ou interdire la publicité des produits du tabac, en particulier pour certaines formes de publicité, pourraient être contestées à la lumière de l'AGCS. Une agence étrangère qui se serait, par exemple, spécialisée dans la création de publicités télévisuelles pour les produits du tabac pourrait argumenter qu'une telle interdiction constitue une discrimination à l'égard des fournisseurs étrangers de services. Cet argument serait d'ailleurs renforcé si l'interdiction n'était pas étendue aux autres médias. De même, pour les domaines qui font l'objet d'un engagement, les membres ont l'obligation de ne maintenir aucun monopole national ou de limiter le nombre de

¹⁰⁰ Voir Comité du Commerce des Services, *Services de publicité, note d'information du Secrétariat*, 9 juillet 1998, S/C/W/47 à la p. 10.

¹⁰¹ Les services de publicité incluent la vente ou la location d'espace ou de temps d'antenne pour la publicité, la planification, la création et le placement de la publicité, la publicité extérieure et aérienne et la livraison d'échantillons et d'autre matériel publicitaire. Voir la page consacrée aux services de publicité sous l'AGCS, en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/tratop_f/serv_f/advertising_f/advertising_f.htm>.

fournisseurs de services¹⁰². Un membre qui imposerait une distribution des produits du tabac uniquement par des centres nationaux agréés pourrait également être attaqué sur la base des règles de l'AGCS.

Il ne fait ici encore aucun doute que le membre mis en cause invoquera les exceptions générales de l'AGCS, en particulier l'article 14(b), identique à l'article XX(b) du GATT, avec l'obligation que les restrictions soient mises en œuvre de bonne foi, sans caractère injustifiable ou arbitraire¹⁰³.

* * *

À la lumière des éléments qui ont été avancés, l'application de la *Convention FCTC* pourrait être remise en cause par les règles de l'OMC, au risque d'en limiter la portée et l'efficacité. Aussi peut-on regretter que les interactions avec les règles du commerce international n'aient pas été abordées dans le cadre de cette convention. L'insertion d'une clause permettant de concilier les objectifs de santé de l'OMS avec ceux de l'OMC aurait sans doute permis de prévenir l'émergence de tels conflits plutôt que de laisser des solutions être trouvées au cas par cas.

Il existe cependant une alternative qui consisterait à se focaliser sur le caractère particulièrement dangereux des produits du tabac afin de les soustraire aux règles du commerce international. Certains produits dangereux sont en effet d'ores et déjà exclus des accords relatifs au commerce des marchandises¹⁰⁴. Des accords bilatéraux récents conclus par les États-Unis ont expressément écarté l'application des règles commerciales aux produits du tabac¹⁰⁵. Dans le cadre de l'OMC, l'adoption d'une dérogation par le Conseil général permettrait de ne plus leur appliquer les règles multilatérales¹⁰⁶ et éliminerait tout risque de conflit entre le commerce des produits du

¹⁰² AGCS, *supra* note 88 à l'art. 16(2).

¹⁰³ Dans l'affaire *États-Unis – Jeux*, l'Organe d'appel a reconnu que la jurisprudence développée dans le cadre de l'article XX du GATT était transposable à l'article 14 de l'AGCS. Affaire *États-Unis – Jeux*, *supra* note 81 au para. 291.

¹⁰⁴ Tel est le cas des matières fossiles, des armes et munitions et du matériel de guerre. GATT, *supra* note 40, « Exceptions concernant la sécurité », art. 21(b)(i) et (ii).

¹⁰⁵ Voir les accords de libre-échange conclus par le Vietnam et la Jordanie avec les États-Unis, respectivement les 13 juillet et 24 octobre 2000. *US-Vietnam Bilateral Trade Agreement, Agreement between the United States of America and the Socialist Republic of Vietnam on Trade Relations*, États-Unis et Vietnam, 13 juillet 2000, (entrée en vigueur : 10 décembre 2001), en ligne : U.S. Vietnam Trade Council <http://www.usvtc.org/trade/bta/text/full_text.htm>. *Jordan Free Trade Agreement, Agreement between the United States of America and the Hashemite Kingdom of Jordan on the Establishment of a Free Trade Area*, États-Unis et Jordanie, 24 octobre 2000, (entrée en vigueur : 17 décembre 2001), en ligne : Trade Compliance Center <http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/All_Trade_Agreements/exp_005607.asp>.

¹⁰⁶ Cela s'est déjà produit dans le cadre de l'OMC, pour les diamants de conflit. Le Conseil général de l'OMC a en effet adopté une dérogation par consensus le 15 mai 2003 afin d'assurer la pleine compatibilité entre le système de Kimberley visant à faire cesser le commerce des diamants de conflit et les règles de l'OMC. Le processus de Kimberley est une initiative unique prise par les gouvernements, l'industrie mondiale du diamant et certaines ONG pour stopper le commerce des « diamants de conflit », c'est-à-dire les diamants utilisés par des mouvements rebelles pour financer

tabac et la protection de la santé publique. Pour l'heure, et à défaut d'une telle décision, l'efficacité de la *Convention FCTC* ressortira de la bonne foi avec laquelle elle sera mise en œuvre par les membres de l'OMC, entre la volonté affichée de promouvoir la santé publique et la tentation, somme toute naturelle, d'un retour au protectionnisme. Bref, nous ne pouvons qu'espérer que les États l'appliqueront avec pour seul objectif la prévention des maladies liées au tabagisme.

Il n'en demeure pas moins que la *Convention FCTC* reste un succès, aussi bien pour la promotion de la santé publique au niveau mondial que pour l'OMS et le droit international. On ne peut que se réjouir que les États aient enfin décidé d'élaborer des règles communes en vue de lutter contre cette pandémie, car seuls le renforcement de la coopération multilatérale et la mise en œuvre de stratégies transnationales permettront de lutter efficacement contre ce grave problème de santé publique. D'ailleurs, les discussions qui se sont tenues dans le cadre de l'OMS et les ratifications recueillies en l'espace de deux ans¹⁰⁷ démontrent que les États sont aujourd'hui parfaitement conscients des dangers que le tabac fait peser sur la santé publique et les économies nationales. Ils ont pleinement pris la mesure de l'enjeu de cette convention et affichent désormais la ferme résolution de « donner la priorité à leur droit de protéger la santé publique »¹⁰⁸.

des conflits contre les gouvernements légitimes (essentiellement en Afrique). Le dispositif mis en place par le processus de Kimberley est un système de certification qui lie soixante-dix États. Son objectif est de faire cesser le commerce des diamants de conflit en exigeant que tous les chargements de diamants soient accompagnés de certificats particuliers, en interdisant tout commerce de diamants bruts avec les pays qui ne participent pas au système et en exigeant que tous les participants respectent des normes minimales de production et de commerce du diamant. Dans le cadre de l'OMC, la dérogation « Kimberley » autorise les participants au processus de Kimberley à prendre les mesures nécessaires pour interdire l'importation et l'exportation de diamants bruts en provenance et vers des pays qui ne participent pas au processus (pour une période allant du 1^{er} janvier 2003 au 31 décembre 2006). Voir OMC, Conseil du commerce des marchandises, *Dérogation concernant le système de certification du processus de Kimberley pour les diamants bruts*, 12 novembre 2002, G/C/W/432.

¹⁰⁷ La *Convention* a été signée par 168 États et en lie 144 au 2 mars 2007. Voir le *Statut de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac*, en ligne : OMS <<http://www.who.int/tobacco/framework/countrylist/fr/>>.

¹⁰⁸ *Convention FCTC*, *supra* note 2 au préambule.