



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

DROIT DES MARQUES ET INTÉRÊT GÉNÉRAL : LE DÉSHABILLAGE DES PAQUETS DE CIGARETTES

ALEXANDRA MENDOZA-CAMINADE

Référence de publication : Propriété industrielle n° 1, Janvier 2015, étude 2

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

DROIT DES MARQUES ET INTÉRÊT GÉNÉRAL : LE DÉSHABILLAGE DES PAQUETS DE CIGARETTES

Le gouvernement français a annoncé la mise en œuvre du paquet de cigarettes neutre pour le début de l'année 2016 afin de réduire la consommation de tabac. Par cette mesure spectaculaire, il s'agit de supprimer tout élément attractif de l'emballage et en particulier toute marque figurative des fabricants de tabac. Cette paralysie du droit des marques pose questionnement quant à la légalité de cette mesure et aux recours qui pourraient permettre de la remettre en cause.

1. - Alors que la lutte contre le tabagisme est engagée depuis plusieurs décennies, la politique en la matière a porté des fruits importants mais le niveau de consommation reste encore très élevé. Les conséquences sur la santé sont catastrophiques, le tabac représentant la première cause de mortalité en France. C'est dans ce contexte que le gouvernement a présenté le 25 septembre 2014 un « Programme national de réduction du tabagisme » (PNRT) dont l'une des mesures principales est l'adoption en France du paquet de cigarettes dit « neutre »^{Note 1}. Alors qu'il en est question depuis plusieurs années^{Note 2}, le gouvernement préparerait la mise en œuvre du paquet neutre pour le début de l'année 2016, et la France pourrait alors devenir le premier pays européen à consacrer cette mesure avant l'Angleterre et l'Irlande qui ont également l'intention de l'adopter prochainement. La disposition relative aux paquets de cigarettes standardisés a été adoptée au niveau international dans le cadre de la Convention cadre pour la lutte anti-tabac de l'OMS en novembre 2008 par environ 170 pays. L'Australie fut l'État pionnier dans la lutte contre le tabagisme car il a consacré la législation anti-tabac qualifiée la plus dure au monde, notamment en raison de la mise en place du paquet neutre de cigarettes. Parce que le fumeur est souvent très fidèle à l'univers d'une marque de tabac, cette marque est donc un signe distinctif essentiel pour l'industrie du tabac. En particulier, l'influence de la marque sur le jeune public serait particulièrement importante, ce qui justifie la mise en œuvre du paquet neutre, car ce paquet « (...) neutralise l'attractivité de l'emballage et de la marque, notamment auprès des jeunes »^{Note 3}. Ce paquet neutre est dépouillé de tout élément figuratif propre au fabricant et est soumis à des conditions identiques et impératives de présentation : l'objet deviendra donc totalement standardisé et il ne pourra être distingué des objets concurrents que par la marque nominale apposée. Par cette mesure spectaculaire, il s'agit de faire baisser la consommation de tabac, mais la mesure ne fait pas l'unanimité ; s'il a été constaté une certaine réduction de la consommation de tabac en Australie, les études sont contrastées quant à l'efficacité de la mesure ; elle induirait également des effets pervers, et notamment une augmentation de la contrefaçon, de tels paquets standardisés étant plus faciles à copier ; en outre, la vente de cigarettes au marché noir aurait explosé. D'un point de vue économique, les effets de cette politique pourraient s'avérer en contradiction avec l'effet recherché : la politique de paquets neutres pourrait conduire par l'homogénéisation du produit et la concurrence exacerbée qui en résulte à une baisse des prix du tabac, ce qui apparaît comme un facteur incitant à la consommation^{Note 4}. Quelle que soit son degré d'efficacité, cette mesure largement contestée par les fabricants de tabac et les buralistes pose la question de sa légalité. En effet, le paquet neutre renforce la stigmatisation du droit des marques dans l'industrie du tabac et conduit à sa paralysie pour les titulaires (1). Aussi, cette restriction considérable apportée au droit de propriété pourrait-elle être contestée devant le Conseil constitutionnel (2), mais sans doute de manière plus pertinente devant l'OMC sur le fondement des engagements internationaux pris par la France et qui imposent aux États la protection des droits de propriété intellectuelle (3).

1. L'usage paralysé de la marque de tabac : la précarisation du droit des marques

2. - Déjà considérablement limité (A), l'usage de la marque de tabac va devenir très marginal pour les titulaires de droits : la future mesure du paquet neutre conduira à une privation *de facto* du droit de propriété (B).

A. - Un usage de la marque déjà très limité

3. - Parce qu'elle en est elle-même un vecteur de la promotion du tabac, l'usage de la marque de tabac devient exceptionnel et les publicités sont en principe interdites. En France est posé un principe d'interdiction de la publicité en matière de tabac par l'article L. 3511-3 du Code de la santé publique^{Note 5}. Il est même précisé que la propagande ou la publicité indirecte interdite est celle réalisée « (...) *en faveur d'un organisme, d'un service, d'une activité, d'un produit ou d'un article autre que le tabac, un produit du tabac ou un ingrédient défini au deuxième alinéa de l'article L. 3511-1 lorsque, par son graphisme, sa présentation, l'utilisation d'une marque, d'un emblème publicitaire ou un autre signe distinctif, elle rappelle le tabac, un produit du tabac ou un ingrédient défini au deuxième alinéa de l'article L. 3511-1* »^{Note 6}. Ainsi l'usage publicitaire de la marque est interdit y compris pour désigner un produit ou un service différent du tabac, car l'on pourrait craindre un détournement de la loi si le fabricant de cigarettes pouvait déposer le même signe que celui de la marque destiné au tabac pour des produits différents. L'interdiction générale de publicité en matière de tabac ne souffre que d'exceptions très limitées, notamment celle édictée au profit des débits de tabac qui peuvent procéder au sein du débit de tabac à un affichage de publicité de marques de tabac dans un but informatif et non incitatif^{Note 7}. En droit français, la législation en matière de tabac a conduit à réduire considérablement la communication des marques concernées^{Note 8}, y compris dans le cadre d'événements ou de produits culturels^{Note 9} ; lorsque la cigarette a été intégrée dans des œuvres culturelles et artistiques, le droit à la santé peut aboutir à nier le droit à la culture et le droit au respect de l'œuvre^{Note 10}. Jusqu'à présent, l'interdiction de toute publicité pour les fabricants de tabac conduit à interdire l'usage de la marque à titre de communication pour ne permettre quasiment que son apposition sur l'emballage. L'adoption du paquet standardisé va encore réduire ce domaine de la marque de tabac en neutralisant cette dernière prérogative.

B. - L'adoption du paquet neutre : un usage contraint et marginal

4. - Par l'adoption du paquet neutre, il s'agit de contraindre les industriels à exploiter le même paquet standardisé. Le fond de cet emballage se présentera de manière uniforme, d'un coloris identique avec le message sanitaire accompagné d'images montrant les dégâts du tabagisme. La marque sera mentionnée dans une même police et la taille de ses caractères sera imposée, le ministère de la Santé évoquant « une inscription de taille définie et très discrète ». Tout élément personnalisé est par conséquent interdit, qu'il s'agisse de dessins, de logos, de formes, de couleurs, ou encore de typographies distinctives ; tout élément de design est écarté et la marque figurative est donc bannie. Il ne resterait que la marque nominale pouvant figurer sur le paquet dans des caractéristiques strictement identiques pour l'ensemble des concurrents. Ainsi, la mesure aboutit à interdire l'usage des marques figuratives sur le paquet de cigarettes et ne fait que tolérer une présence prédéfinie de la marque nominale. La marque nominale devient totalement marginalisée : elle consistera en une inscription nominale au bas du paquet à la présence « discrète ». La marque permettrait donc uniquement de nommer le produit pour en assurer la garantie d'origine

commerciale et toute autre fonction de la marque serait écartée : l'usage de la marque sur le paquet de cigarettes se limite à la fonction basique du signe distinctif, à savoir permettre au public de distinguer une cigarette d'une autre. La fonction d'indication de provenance permet en effet d'assurer au consommateur que des produits identiques ou similaires d'origines distinctes ne soient désignés par une marque identique ou similaire s'il existe un risque de confusion^{Note 11}. Avec le paquet neutre, la différenciation des produits se fondera exclusivement sur la dénomination apposée sur le paquet, ce qui risque de nuire à l'identification et à la différenciation des paquets, en particulier si cette inscription est peu apparente. En réduisant la présence de la marque nominale, ne favorise-t-on pas le risque de confusion dans l'esprit du consommateur ? L'effet recherché en dépit de l'intérêt légitime du consommateur consiste à ne plus avoir de différenciation par les signes distinctifs qui séduisent le consommateur et à mettre les fabricants dans une situation d'égalité forcée à l'égard du public : l'emballage devient impersonnel^{Note 12}. Cet encadrement normatif confine à une paralysie du droit en pratique. Théoriquement, les marques figuratives ou semi-figuratives pourraient être exploitées parce qu'un usage marginal pourrait subsister, par exemple au sein des débits de tabac. Si leur validité n'est pas remise en cause, leur valeur économique en revanche pourrait en souffrir considérablement car cette valeur est liée à la notoriété qui est elle-même liée à la communication de la marque devenue en l'espèce quasi-impossible. Finalement, il serait possible de déposer des marques pour l'industrie du tabac, mais il ne serait presque pas possible d'en faire une exploitation normale : la mesure heurte frontalement les droits de propriété intellectuelle^{Note 13} qui sont complètement anéantis et on peut considérer qu'en réalité, l'essentiel des droits des titulaires sont supprimés ainsi que leur liberté d'expression commerciale ; aussi les fabricants de tabac peuvent-ils tenter de remettre en cause cet emballage neutre par un recours constitutionnel.

2. Un recours constitutionnel fondé sur le droit de propriété

5. - Les propriétaires des droits de propriété intellectuelle peuvent tenter de sauvegarder leurs droits en remettant en cause la limitation imposée à l'exercice de leurs droits par le futur dispositif : soit au titre d'une expropriation de fait de leurs marques (A), soit au titre d'une atteinte disproportionnée à leur droit de propriété (B).

A. - L'argument de l'expropriation des marques figuratives

6. - Dès la présentation de la future mesure, les fabricants de cigarettes l'ont contesté en invoquant notamment l'atteinte à leurs droits de propriété intellectuelle. En tant que propriétaires des marques, les fabricants de tabac pourraient rechercher la défense de ce droit de propriété, car la propriété intellectuelle renvoie aux dispositions relatives à la propriété auxquelles se réfère la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789^{Note 14} et elle est protégée à l'instar du droit de propriété lui-même. Or selon l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme, « *la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* »^{Note 15}. Les fabricants ont déjà brandi la menace d'une action en justice pour obtenir l'indemnisation de ce qu'ils qualifient d'expropriation^{Note 16}. En interdisant un libre usage de leur marque, l'État porterait atteinte à leur droit de propriété au point que le paquet neutre constituerait une expropriation du droit sur leur marque. L'argument de l'expropriation n'avait pas été retenu par le Conseil constitutionnel lors de la contestation de la loi n° 91-32 du 10 janvier 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, dite loi *Evin*^{Note 17}. Le Conseil constitutionnel avait en

effet considéré que « le droit de propriété d'une marque régulièrement déposée n'est pas affecté dans son existence par les dispositions de l'article 3 de la loi ; que celles-ci ne procèdent en rien à un transfert de propriété qui entrerait dans le champ des prévisions de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen »^{Note 18}. L'argument de l'expropriation pour cause d'utilité publique pourrait donc être écarté en l'absence de transfert de droit sur les marques au profit de l'État, comme l'a d'ailleurs décidé la Haute Cour de Sydney en Australie. Cette Haute Cour a définitivement rejeté le recours à l'encontre du projet de loi australien exercé par Philip Morris, British American Tobacco, Japan Tobacco International et Imperial Tobacco le 15 août 2012^{Note 19}. Les demandeurs contestaient la validité de la loi sur le paquet neutre en faisant valoir que l'État avait exproprié les entreprises de leurs droits de propriété intellectuelle et clientèles à des conditions inéquitables. Mais la Haute Cour considère que la loi est valide car elle n'emporte aucune acquisition de propriété qui doit le cas échéant être effectuée à des conditions équitables en vertu de l'article S 51 (XXXI) de la constitution australienne. Selon la Haute Cour, bien que la loi limite les droits de propriété intellectuelle des demandeurs, elle ne confère pas pour autant un avantage exclusif ou un intérêt au profit du *Commonwealth* ou de toute autre personne : de l'extinction de droits ne naît pas corrélativement une acquisition de ces droits. En conséquence, ni le *Commonwealth*, ni aucune autre personne n'a acquis les biens et l'article S 51 (XXXI) n'est pas applicable, et la loi litigieuse est donc conforme à la constitution australienne. Un autre argument pourrait également être invoqué devant le Conseil constitutionnel, celui du défaut de proportionnalité de l'atteinte portée au droit des marques au nom de la préservation de la santé publique.

B. - L'argument d'une atteinte disproportionnée au droit de propriété

7. - La diminution apportée à la jouissance des marques figuratives serait bien trop importante. La propriété intellectuelle se heurte souvent à des libertés et à des droits fondamentaux et elle apparaît comme un droit de propriété qui n'est pas absolu^{Note 20} susceptible d'être limité par d'autres droits ou libertés^{Note 21}. La question est alors de dégager les modalités de combinaison des deux valeurs dans la mesure où les atteintes portées à l'exercice d'une liberté ou d'un droit doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi. Le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion de préciser dans la décision du 8 janvier 1991 l'articulation entre le droit de propriété et l'intérêt général lors de l'examen de la loi *Evin* dont l'une des mesures consistait en la limitation de la publicité faisant la promotion du tabac. Le Conseil constitutionnel affirme que parmi les domaines nouveaux du droit de propriété « figure le droit pour le propriétaire d'une marque de fabrique, de commerce ou de service d'utiliser celle-ci et de la protéger dans le cadre défini par la loi et les engagements internationaux de la France »^{Note 22}. Mais un tel droit de propriété reste toutefois susceptible de limitation au nom de l'intérêt général, en particulier au titre de la protection de la santé visée notamment par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946^{Note 23}. À ce titre, « la prohibition de la publicité et de la propagande en faveur du tabac est susceptible d'affecter dans son exercice le droit de propriété d'une marque concernant le tabac ou les produits du tabac »^{Note 24}. Pour justifier la mesure, la Haute Cour australienne a même considéré que les droits de propriété intellectuelle peuvent cesser d'exister et que la propriété de la marque n'est pas permanente : il s'agit d'un droit purement négatif qui consiste surtout à prévenir la réalisation de copies^{Note 25}. Il reviendra sans doute au Conseil constitutionnel de se prononcer sur la proportionnalité de l'atteinte portée par le paquet de cigarettes neutre par rapport à l'intérêt général : dans le cas d'une éventuelle saisine du Conseil constitutionnel, il paraît vraisemblable que le droit de propriété intellectuelle s'effacerait au profit de l'intérêt général et que dans un souci de protection de la santé publique soit affirmée à nouveau la primauté de la lutte contre le tabagisme sur la propriété industrielle. Parce que les recours constitutionnels semblent voués à l'échec, des plaintes ont été déposées à l'encontre de l'Australie devant

l'Organisation mondiale du commerce (OMC) dont la mission est notamment de surveiller le respect des règles du commerce international par les États membres.

3. Le recours au droit commercial international fondé sur la protection de la propriété intellectuelle

8. - Les titulaires de droits de propriété intellectuelle peuvent tenter de faire sanctionner la limitation imposée à l'exercice de leurs droits par un recours au droit du commerce international sur le fondement de l'accord sur les ADPIC^{Note 26}. Plusieurs plaintes ont déjà été déposées à l'encontre de l'Australie (A), ce qui confère à l'OMC un rôle essentiel par cet arbitrage très attendu (B).

A. - Des plaintes déposées devant l'OMC pour non-respect des droits de propriété intellectuelle

9. - Imposer un emballage générique des produits de tabac constituerait une atteinte aux engagements pris par les membres de l'OMC qui consistent notamment à respecter l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) : à ce titre, les États membres s'engagent au respect des droits de propriété intellectuelle et notamment du droit des marques^{Note 27}. Il y aurait donc une incompatibilité entre cet engagement international et les législations internes consacrant le paquet neutre de cigarettes^{Note 28}. Plusieurs plaintes ont été déposées devant l'OMC à l'encontre de l'Australie par des pays comme Cuba, l'Indonésie, le Honduras, l'Ukraine ou encore la République dominicaine. En effet, ces pays s'estiment lésés par la législation australienne anti-tabac, soit qu'ils soient de grands fabricants de tabac, soit qu'ils soient des exportateurs de ces produits et considèrent que la législation australienne n'est pas conforme aux règles du commerce international. C'est l'OMC qui devra arbitrer ce conflit commercial^{Note 29} et qui décidera de la conformité de la législation australienne anti-tabac avec les règles du commerce international. Lors d'une réunion de l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'OMC le 25 avril 2014, la mise en place de panels constitués de trois experts indépendants a été décidée^{Note 30}. Si la décision des experts doit en principe intervenir rapidement, la procédure risque de durer en raison des possibilités d'appels et de contre-appels offertes aux parties^{Note 31}. Il s'agira d'établir si l'atteinte au droit des marques détenues par les fabricants de cigarettes par la mise en place de paquet neutre est compatible avec l'accord sur les ADPIC. Pour les demandeurs, l'imposition de l'emballage neutre est contraire aux obligations de l'Australie au titre de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)^{Note 32}, et il y aurait bien une incompatibilité entre la loi australienne et les règles du commerce international que l'Australie s'est engagée à respecter. De son côté, l'Australie a réaffirmé que les paquets neutres sont une mesure légitime pour atteindre un objectif fondamental, la protection de la santé publique. L'arbitrage de l'OMC va s'avérer déterminant pour le sort de législations restrictives des marques figuratives sur l'emballage des paquets de cigarettes.

B. - Un arbitrage très attendu de l'OMC

10. - La décision attendue est donc fondamentale puisqu'elle va conduire l'OMC à arbitrer entre le respect des impératifs commerciaux et des mesures de santé publique. Or, l'accord sur les ADPIC prévoit bien la prise en considération de la protection de la santé publique mais à la mesure de la compatibilité avec l'accord. En effet, l'article 8, 1 de l'accord sur les

ADPIC prévoit que « *les Membres pourront, lorsqu'ils élaboreront ou modifieront leurs lois et réglementations, adopter les mesures nécessaires pour protéger la santé publique et la nutrition et pour promouvoir l'intérêt public dans des secteurs d'une importance vitale pour leur développement socio-économique et technologique, à condition que ces mesures soient compatibles avec les dispositions du présent accord* ». Un arbitrage a déjà été rendu en faveur de la protection de la santé publique et au détriment des droits sur des brevets d'invention en matière d'accès aux médicaments par les populations pauvres. La conférence ministérielle de l'OMC de Doha en 2001 a permis à l'OMC de préciser que « *nous convenons que l'Accord sur les ADPIC n'empêche pas et ne devrait pas empêcher les Membres de prendre des mesures pour protéger la santé publique. En conséquence, tout en réitérant notre attachement à l'Accord sur les ADPIC, nous affirmons que ledit accord peut et devrait être interprété et mis en œuvre d'une manière qui appuie le droit des Membres de l'OMC de protéger la santé publique et, en particulier, de promouvoir l'accès de tous aux médicaments* »^{Note 33}. Ainsi, l'adoption de la Déclaration de Doha a permis d'instaurer des flexibilités afin de faire cohabiter le droit de la propriété intellectuelle avec l'accès de populations à des médicaments à des prix abordables. Une telle flexibilité est-elle envisageable pour protéger la santé publique au travers de l'adoption par certains États du paquet de cigarettes neutre ? L'équilibre est délicat à trouver, car la mesure aboutit à une privation indirecte du droit sur la marque dans les pays concernés. L'accord sur les ADPIC pourrait être invoqué pour faire sanctionner l'adoption du paquet neutre^{Note 34} sur le fondement de l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC relatif aux exceptions susceptibles d'être apportées aux droits du titulaire de marque. Cette disposition prévoit en effet que « *les Membres pourront prévoir des exceptions limitées aux droits conférés par une marque de fabrique ou de commerce, par exemple en ce qui concerne l'usage loyal de termes descriptifs, à condition que ces exceptions tiennent compte des intérêts légitimes du titulaire de la marque et des tiers* ». Les exceptions visées doivent diminuer les droits de manière limitée, et la dérogation apportée aux droits du titulaire doit permettre de maintenir les prérogatives du titulaire. Or, le paquet neutre remet en cause de manière radicale une part substantielle des droits du titulaire et fait fi des intérêts légitimes du titulaire. Par ailleurs, l'article 20 de l'accord sur les ADPIC pourrait également être utilisé pour invoquer l'incompatibilité du paquet neutre avec cet accord. Selon cet article, « *l'usage d'une marque de fabrique ou de commerce au cours d'opérations commerciales ne sera pas entravé de manière injustifiable par des prescriptions spéciales, telles que l'usage simultané d'une autre marque, l'usage sous une forme spéciale, ou l'usage d'une manière qui nuise à sa capacité de distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises* ». L'emballage neutre impose un usage de la marque sous une forme spéciale qui diminue la capacité distinctive de la marque à l'égard des produits du titulaire. Ce caractère distinctif serait-il totalement supprimé ? Certes non, puisque la marque nominale sera tolérée et permettra une identification *a minima* des biens. Toutefois, il est certain que l'usage imposé au titre du paquet standardisé altère sa capacité de distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises. Il faudra déterminer si ces prescriptions spéciales sont justifiées : les producteurs de tabac considèrent que les prescriptions sont excessives alors qu'il existe d'autres moyens pour atteindre l'objectif de réduction de la consommation de tabac qui éviteraient une atteinte disproportionnée aux droits des titulaires de marque^{Note 35}.

11. - La marque est le siège d'intérêts contradictoires entre les utilités qu'elle fournit à son titulaire et les autres valeurs à défendre en dehors du droit de la propriété intellectuelle. Ce dernier est fortement diminué en raison de la hiérarchie des valeurs à défendre : la lutte contre les effets du tabagisme prime sur le droit des marques. La finalité sociale l'emporte sur la finalité économique et, par les diverses limitations qu'elle subit, la conception de la marque évolue de manière considérable^{Note}

³⁶. Par cette prochaine affirmation probable du caractère relatif et très précaire du droit de propriété sur la marque, le tribut sera

lourd pour les titulaires de marques : cette mesure envisagée constitue en pratique la négation du droit, et les titulaires qui ont procédé à d'importants investissements aux fins de valorisation de leurs marques ont beaucoup à y perdre. En outre, s'il s'avère que la présence de la marque sur l'emballage des cigarettes est trop risquée pour la santé publique, cette solution pourrait alors concerner d'autres produits mettant en cause la santé publique et sur lesquels figurent des marques, tels que les vins et les alcools. Reste à voir si en dépit des recours devant l'OMC, l'initiative de l'Australie sera effectivement suivie par d'autres pays dont la France. ▀

Note 1 *PNRT, dossier de presse, 25 sept. 2014* : http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/250914_-_Dossier_de_Presse_-_PNRT_2_.pdf.

Note 2 Un député avait déjà proposé en 2010 la mise en place d'un paquet de cigarettes neutre : *M. Joseph, Un député propose un paquet de cigarettes sans logo : Le Figaro, 12 août 2010.*

Note 3 *PNRT, dossier de presse, préc., V. spéc. p. 6* : le paquet neutre figure dans l'axe « Protéger les jeunes et éviter l'entrée dans le tabagisme ».

Note 4 Évoquant l'ambiguïté des études réalisées en matière d'impact de la marque sur la consommation de tabac et la nécessaire différenciation à opérer entre un jeune fumeur « novice » et un fumeur « confirmé » sur lequel la mesure du paquet neutre pourrait bien n'avoir aucune influence : *M. Ivaldi, Le paquet de cigarettes neutre, une fausse bonne idée : Les Échos, 5 nov. 2014.*

Note 5 Selon cette disposition, « *la propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur du tabac, des produits du tabac ou des ingrédients définis au deuxième alinéa de l'article L. 3511-1 ainsi que toute distribution gratuite ou vente d'un produit du tabac à un prix inférieur à celui mentionné à l'article 572 du code général des impôts sont interdites* ».

Note 6 *C. santé publ., art. L. 3511-4.*

Note 7 S'agissant des autres exceptions, *V. C. santé publ., art. L. 3511-3.*

Note 8 *L. Arcelin Lécuyer, Publicités interdites et réglementées : JCl. Concurrence – Consommation, Fasc. 795, 2013.*

Note 9 Évoquant la modification de publicités ou encore d'affiches de film afin de respecter les dispositions relatives à la santé publique : *J.-M. Bruguière et F. Dumont, La question prioritaire de constitutionnalité dans le droit de la propriété intellectuelle : Comm. com. électr. 2010, étude 10, V. spéc. n° 28.*

Note 10 En faveur d'une coexistence entre droit à la santé et le droit à la culture : *P.-Y. Gautier, Exercices de doctrine engagée : au sujet des limites de l'intervention normative antitabac, D. 2009, p. 1105. – J.-M. Bruguière et F. Dumont, préc., spéc. n° 29. – V. aussi une proposition de loi – non adoptée – déposée à l'Assemblée nationale pour concilier la lutte contre le tabagisme avec la préservation de l'intégrité des œuvres culturelles et artistiques : Prop. de loi n° 2972, 18 nov. 2010.*

Note 11 En ce sens, *J. Passa, Droit de la propriété industrielle : LGDJ, 2e éd. 2009, t. 1, spéc. n° 8 et n° 48.*

Note 12 Considérant qu'une telle présentation peut « risquer de fausser la concurrence entre les acteurs du marché du tabac, les mettre dans une égalité forcée et artificielle » : *P-Y. Gautier, Exercices de doctrine engagée : au sujet des limites de l'intervention normative anti-tabac : D. 2009, p. 1105.*

Note 13 On pourrait même s'interroger sur la pertinence de recourir à une marque sur le futur paquet de cigarettes au vu des maigres usages de la marque qui subsistent et qui pourraient être assurés de la même manière par d'autres signes distinctifs, tels que la dénomination sociale ou le nom commercial ; toutefois, la notoriété des marques de tabac capitalisée depuis de nombreuses années postule le maintien d'un usage de la marque, de même que la sécurité apportée par l'action en contrefaçon.

Note 14 V. notamment *DDHC, art. 2.*

Note 15 V. aussi *Prot. additionnel à la Conv. EDH, art. 1er* : « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ».

Note 16 S'interrogeant sur l'analyse de la mesure en expropriation, parce que la mesure est « destinée à sciemment dévaloriser un actif, en l'espèce une marque » : *M.-H. Fabiani, Paquets de cigarettes neutres : propriété intellectuelle et intérêt général : Gaz. Pal. 9 oct. 2014, n° 282, p. 5.*

Note 17 *L. n° 91-32, 10 janv. 1991, relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme : JO 12 janv. 1991, p. 615.*

Note 18 *Cons. const., déc. 8 janv. 1991, n° 90-283 DC : JO 10 janv. 1991, consid. 9.*

Note 19 *High Court of Australia, 15 août 2012, n° S389/2011 : <http://www.hcourt.gov.au/cases/case-s389/2011>.*

Note 20 En ce sens, *J.-M. Bruguière et F. Dumont, préc., V. spéc. n° 21.*

Note 21 Ce fut le cas pour le droit d'auteur confronté à la liberté de communication : dans sa décision du 10 juin 2009, le Conseil constitutionnel a considéré que l'exercice de cette liberté « est une condition de la démocratie (...) : les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi » ; sous ces réserves, il a fait prévaloir la liberté de communication sur le droit d'auteur : *Cons. const., déc. 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, spéc. consid. 15 : JO 13 juin 2009, p. 9675.*

Note 22 *Cons. const., déc. 8 janv. 1991, n° 90-283 DC, préc.*

Note 23 Plus précisément, *préambule, al. 11.*

Note 24 *Cons. const., déc. 8 janv. 1991, n° 90-283, préc., consid. 10.*

Note 25 *High Court of Australia, 15 août 2012, n° S389/2011, préc., spéc. pts 31 et s.*

Note 26 *Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avr. 1994, ann. 1 C : http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm#TRIPs.*

Note 27 À propos du projet de loi australien, *V. P. Arhel, Emballages neutres pour les produits du tabac. Droit des marques et application des règles de l'OMC : Propr. industr. 2011, étude 19.*

Note 28 Le dispositif du paquet neutre serait contraire aux dispositions de l'accord sur les ADPIC mais également à celle de la Convention de Paris (CUP), puisqu'en vertu de l'article 2 de l'accord sur les ADPIC, les membres de l'OMC s'engagent également à respecter la CUP. Ainsi, le paquet neutre pourrait à la fois constituer une violation des règles de l'accord sur les ADPIC mais également une violation des règles de la CUP, et les deux violations pourraient être l'objet de plaintes devant l'OMC : *P. Arhel, préc., n° 5.*

Note 29 *A. Alemanno et E. Bonadio, Do you mind my smoking ? Plain packaging of cigarettes under the TRIPS Agreement : The John Marshall Review of intellectual property law, 10.450.2011, p. 450.*

Note 30 Pour une réunion plus récente lors de laquelle la question du paquet neutre a été à nouveau abordée : *réunion formelle du Conseil de l'OMC, 28 et 29 oct. 2014 : http://www.wto.org/french/news_f/news14_f/trip_28oct14_f.htm.*

Note 31 *V. http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_f.htm#dsb.*

Note 32 La mesure porterait également atteinte à l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC) et à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) de 1994.

Note 33 *OMC, déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, 20 nov. 2001 : www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min01_f/mindecl_trips_f.htm.*

Note 34 L'article 15, 4 de l'accord sur les ADPIC ne serait pas un obstacle en ce qu'il 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 ». Cette disposition ne vise pas effectivement l'usage de la marque et la limitation découlant du paquet neutre, mais pourrait rendre l'enregistrement futur de marques inopérant au titre du conditionnement du tabac.

Note 35 *Lalive, Why Plain Packaging is in Violation of WTO Members' International, Obligations under TRIPS and the Paris Convention : http://www.smoke-free.ca/plain-packaging/documents/industry-responses/LALIVE_Analysis_23_July_2009.pdf.*

Note 36 En ce sens, *J.-P. Clavier, Marques et droits des tiers – (vers un droit des « marques-médias ») : Propr. industr. 2004, étude 13.*