

25 juillet 1983

CANADA - ADMINISTRATION DE LA LOI SUR L'EXAMEN
DE L'INVESTISSEMENT ETRANGER

*Rapport du Groupe spécial
adopté le 7 février 1984
(L/5504 - 30S/147)*

1. *Introduction*

1.1 Dans une communication en date du 5 janvier 1982, les Etats-Unis ont demandé au gouvernement canadien l'ouverture de consultations au titre de l'article XXII, paragraphe 1, sur l'administration de la Loi canadienne sur l'examen de l'investissement étranger. Entre autres questions que les Etats-Unis désiraient soulever lors des consultations figurait la pratique qui consiste, pour le gouvernement canadien, à conclure avec les investisseurs étrangers des accords en vertu desquels ces investisseurs sont tenus de donner la préférence, dans leurs achats, aux produits canadiens sur les produits importés et d'observer certaines prescriptions de résultats en matière d'exportation. Cette communication des Etats-Unis a été distribuée aux parties contractantes le 7 janvier 1982 (L/5280). Comme les consultations n'ont abouti à aucune solution, les Etats-Unis, dans une communication datée du 19 mars 1982, ont porté la question devant les PARTIES CONTRACTANTES conformément aux dispositions du paragraphe 2 de l'article XXIII (L/5308).

1.2 A sa réunion du 31 mars 1982, le Conseil est convenu d'établir un groupe spécial et a autorisé le Président, de concert avec les deux parties concernées et les autres parties contractantes intéressées, à décider d'un mandat approprié et, en consultation avec les deux parties concernées, à désigner le Président et les membres du Groupe spécial.

1.3 Au cours de la réunion que le Conseil a tenue le 2 novembre 1982, le Président a informé le Conseil que ces consultations avaient eu lieu et que la composition et le mandat du Groupe spécial avaient été arrêtés comme suit:

Composition

Président: M. T.C. O'Brien
Membres: M. J.N. Feij
M. M. Ikeda

Mandat

"Examiner, à la lumière des dispositions de l'Accord général applicables en l'espèce, la question portée devant les PARTIES CONTRACTANTES par les Etats-Unis au sujet de l'administration de la Loi canadienne sur l'examen de l'investissement étranger pour ce qui concerne les achats de marchandises au Canada et/ou les exportations de marchandises du Canada effectués par certaines entreprises soumises aux dispositions de ladite loi; faire les constatations propres à aider les PARTIES CONTRACTANTES à formuler des recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu à l'article XXIII, paragraphe 2."

1.4 Au cours de la réunion du Conseil, un certain nombre de délégations ont émis des doutes au sujet de la compétence du GATT dans le différend entre les Etats-Unis et le Canada, car ce différend portait sur une question, la législation concernant l'investissement, dont l'Accord général ne traite pas. Elles ont donc réservé leur position au sujet du mandat (C/M/162, pages 29 et 30). Le représentant des Etats-Unis a dit que son gouvernement ne contestait pas la législation canadienne sur l'investissement dans son ensemble mais formait un recours au sujet de deux aspects particuliers concernant le commerce,

dont le mandat faisait mention. Le représentant du Canada a dit que, de l'avis de son gouvernement, le mandat garantissait que l'examen ne porterait que sur des problèmes commerciaux qui sont de la compétence du GATT. Suivant les suggestions du Président, le Conseil a décidé que le mandat demeurerait inchangé, que les réserves et les déclarations seraient consignées au procès-verbal et que l'on partirait du principe que, dans ses activités et ses constatations, le Groupe spécial ne sortirait pas du cadre de l'Accord général.

1.5 Les représentants des parties contractantes qui avaient pris la parole au Conseil sur cette question ont été invités par le Président du Groupe spécial, par lettre en date du 20 décembre 1982, à indiquer s'ils désiraient être entendus par le Groupe spécial comme le prévoit le paragraphe 15 du Mémoire d'accord concernant les notifications, les consultations, le règlement des différends et la surveillance.¹ L'Argentine a demandé à user de cette faculté et a été entendue par le Groupe spécial le 25 janvier 1983. (Les vues de l'Argentine sont résumées ci-après aux paragraphes 4.1 et 4.2.)

2. *Aspects factuels*

2.1 La description suivante des aspects factuels, en particulier aux paragraphes 2.3, 2.5, 2.7 et 2.12, contient de nombreuses données relatives à la Loi sur l'examen de l'investissement étranger qui ne concernent pas directement le différend mais qui sont utiles pour situer celui-ci dans son contexte général.

2.2 *Loi sur l'examen de l'investissement étranger.* En décembre 1973, le Parlement canadien a promulgué la Loi sur l'examen de l'investissement étranger. Aux termes de l'article 2, paragraphe 1, de ladite loi, le Parlement a adopté celle-ci parce qu'il reconnaissait "que la mesure dans laquelle le contrôle de l'industrie et du commerce canadiens est passé aux mains de personnes autres que les Canadiens et l'effet de ce contrôle sur la capacité, pour les Canadiens, de conserver le contrôle effectif de leur milieu économique sont des sujets de préoccupation nationale" et qu'il était donc opportun de faire en sorte que les prises de contrôle d'entreprises canadiennes ou la création d'entreprises nouvelles par des personnes autres que des Canadiens soient examinées et appréciées et ne soient autorisées que si le gouvernement a déterminé qu'elles apportent ou sont susceptibles d'apporter des "avantages appréciables".

2.3 Les facteurs à prendre en considération pour apprécier si un projet d'investissement apporte ou est susceptible d'apporter des avantages appréciables au Canada sont énumérés au paragraphe 2 de l'article II sont les suivants:

- a) L'effet de l'acquisition ou de la création d'une entreprise sur le niveau et la nature de l'activité économique au Canada, y compris, sans limiter la portée générale de ce qui précède, l'effet sur l'emploi, la transformation des ressources, l'utilisation de pièces et d'éléments produits et de services rendus au Canada et sur les exportations en provenance du Canada;
- b) l'étendue et l'importance de la participation des Canadiens dans l'entreprise acquise ou créée et dans les industries canadiennes dont cette entreprise fait ou ferait partie;
- c) l'effet de l'acquisition ou de la création sur la productivité, le rendement industriel, les progrès techniques, la création de produits nouveaux et la variété des produits au Canada;

¹IBDD 26S/234.

- d) l'effet de l'acquisition ou de la création sur la concurrence dans les industries du Canada; et
- e) la compatibilité de l'acquisition ou de la création avec les politiques industrielles et économiques nationales, compte tenu des objectifs de politique économique et industrielle définis par le gouvernement ou la législature d'une province, sur lesquels l'acquisition ou la création est susceptible d'avoir des incidences appréciables.

2.4 *Engagements écrits pris par les investisseurs.* La loi prévoit que les investisseurs peuvent prendre des engagements écrits concernant la conduite de l'entreprise qu'ils se proposent d'acquérir ou de créer, auxquels ils souscrivent sous réserve que le gouvernement canadien approuve le projet d'acquisition ou de création. De tels engagements ne sont pas exigés par la Loi mais l'administration de celle-ci a évolué de manière telle qu'il est aujourd'hui de règle d'en présenter à l'appui de la quasi-totalité des grands projets d'investissement. Nombre d'engagements résultent de négociations entre l'investisseur et le gouvernement canadien. Les engagements pris par les investisseurs peuvent porter sur n'importe quel aspect de la conduite d'une entreprise, notamment l'emploi, l'investissement, la recherche et le développement, la participation des actionnaires et cadres canadiens, l'amélioration de la productivité, ainsi que les pratiques en ce qui concerne l'achat, la fabrication et les exportations. Les engagements ne sont régis par aucune formule ou prescription préétablies.

2.5 *Engagements en matière d'achats.* Les diverses formes revêtues par les engagements concernant l'achat de marchandises sont les suivantes:

- efforts maximums pour s'approvisionner au Canada;
- achat de produits canadiens pour un pourcentage ou un montant déterminé;
- remplacement de produits importés par des produits canadiens pour un montant en dollars déterminé;
- achat de produits canadiens ou seulement achat à des fournisseurs canadiens de produits nationaux ou d'importation;
- création d'une division des achats dans la filiale canadienne;
- consultation de spécialistes fédéraux ou provinciaux de l'industrie aux fins d'établissement de listes de soumissionnaires.

Les engagements en matière d'achats sont souvent, mais pas toujours, assortis de la condition que des produits soient disponibles, disponibles à des conditions raisonnables ou disponibles à des conditions concurrentielles au Canada par rapport aux prix, qualités et conditions de livraison etc. spécifiés par l'investisseur.

2.6 *Engagements en matière de fabrication.* Certaines entreprises ont souscrit des engagements de fabriquer au Canada des produits ou des éléments d'un produit utilisé ou vendu par l'entreprise.

2.7 *Engagements en matière d'exportation.* Les diverses formes revêtues par les engagements en matière d'exportation de produits sont les suivantes:

- création de débouchés à l'étranger comme condition à la mise en valeur de ressources naturelles;

- objectif d'exportation précis, exprimé en pourcentage de la production ou des ventes, devant souvent être atteint dans des délais spécifiés;
- octroi à l'entreprise canadienne du droit exclusif d'exporter, soit tous ses produits vers certains pays, soit certains produits dans le monde entier;
- obligation d'aider la filiale canadienne à vendre ses produits à l'étranger;
- toute latitude donnée à l'entreprise canadienne pour rechercher et exploiter des débouchés à l'exportation.

2.8 *Statistiques relatives aux engagements.* La loi est entrée en vigueur le 9 avril 1974 en ce qui concerne les prises de contrôle, et le 15 octobre 1975 pour ce qui est des créations d'entreprises. D'avril 1974 à septembre 1982, le gouvernement canadien a statué sur 4 103 projets d'investissement, dont 2 448 provenaient des Etats-Unis. Pour environ 90 pour cent des projets d'investissement entrant dans le champ d'application de la loi et sur lesquels le gouvernement s'est prononcé, il a été jugé qu'ils apportaient des avantages appréciables au Canada et ils ont, de ce fait, été autorisés. Le Groupe spécial a posé des questions sur la fréquence des diverses formes d'engagement. Afin de répondre à ces questions, le gouvernement canadien a examiné un échantillon de 181 investissements autorisés au mois de novembre des années 1980, 1981 et 1982. (Novembre étant le dernier mois pour lequel les statistiques sont connues.) Dans cet échantillon, 55 investisseurs, soit 30 pour cent du total, n'ont pris aucun engagement concernant les sources d'approvisionnement. Les 126 investisseurs restants ont souscrit dans ce domaine un total de 178 engagements. (Certains investisseurs ont pris plus d'un engagement de cette sorte.) Sur ces 178 engagements, 65 pour cent faisaient expressément ou indirectement référence à l'achat de biens et de services à des fournisseurs canadiens et 15 pour cent concernaient l'achat de produits fabriqués au Canada. Les 20 pour cent restants étaient des engagements d'approvisionnement d'autres sortes et consistaient, par exemple, à créer une division des achats canadienne ou à consulter un organisme gouvernemental pour recenser les fournisseurs canadiens potentiels. Parmi ces 20 pour cent figuraient également des engagements portant exclusivement sur l'achat de services. Soixante et onze pour cent des engagements de procéder à des achats au Canada ou d'acheter des produits de fabrication canadienne étaient assortis d'une restriction concernant la possibilité de se procurer les produits à des conditions concurrentielles.

2.9 S'agissant des engagements d'exporter compris dans ce même échantillon de 181 investissements, 97 investisseurs, soit 54 pour cent du total, n'en ont pris d'aucune sorte. Les 84 investisseurs restants en ont souscrit 96 (dans ce cas également, certains investisseurs en ont souscrit plusieurs). Sur ces 96 engagements, 32 pour cent impliquaient un niveau quantifiable d'exportations, par exemple l'indication de la valeur d'objectif des exportations ou d'un pourcentage de la production. Les 68 pour cent restants consistaient en engagements d'exportation d'autres sortes par exemple un engagement de ne pas limiter les activités d'exportation de l'entreprise canadienne ou d'exploiter activement des débouchés à l'exportation.

2.10 *Exécution des engagements.* Les engagements écrits souscrits par les entreprises prennent légalement valeur d'obligation pour l'investisseur si l'investissement est autorisé. En vertu de l'article 21 de la Loi, le Ministre chargé de l'administration de celle-ci peut demander aux tribunaux de rendre une ordonnance d'exécution si un investisseur ne se conforme pas aux engagements qu'il a pris. Le Ministre en question a fait la déclaration suivante devant le Parlement canadien en 1973 en ce qui concerne l'exécution des engagements:

"Dans des circonstances normales, l'incapacité de se conformer à des engagements conduira à des entretiens avec le Ministre et peut-être à la négociation de nouveaux engagements. Comme tout contrat, un engagement peut être modifié avec le consentement des deux parties. Toutefois,

si la non-exécution d'un engagement résulte à l'évidence de l'évolution de la situation du marché - par exemple si, après la prise d'un engagement d'exporter un produit, le marché de ce produit s'effondre - la personne qui a pris cet engagement ne sera pas jugée responsable. Il convient de se rappeler, cependant, que certains engagements peuvent être adaptés à diverses évolutions possibles du marché."

2.11 Tous les investissements qui sont autorisés en vertu de la Loi sont surveillés par le gouvernement canadien. Si l'investissement implique des engagements précis, l'investisseur est invité à intervalles réguliers à présenter des rapports intérimaires sur l'exécution de ses engagements. Tous les engagements sont contrôlés au moins une fois avant que le dossier ne soit classé, ce qui a lieu en principe à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter de la date à laquelle l'investissement a été autorisé. Si le rapport intérimaire de l'investisseur révèle un écart par rapport aux engagements ou la non-exécution de ceux-ci, il est demandé à l'investisseur de fournir des explications plus détaillées. Selon les circonstances, l'exécution des engagements non respectés a toujours donné lieu jusqu'ici à sursis, dérogation ou remplacement par des engagements révisés. A ce jour, le Ministre chargé de l'administration de la Loi n'a pas demandé aux tribunaux l'exécution forcée d'un engagement écrit d'un investisseur.

2.12 *Changements récemment introduits dans l'administration de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger.* Au cours du second semestre de 1982, certains changements ont été introduits dans l'administration de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger sans toutefois que la Loi elle-même ait été modifiée. Au nombre des changements les plus importants a figuré la décision de porter de 2 millions de dollars canadiens et de 100 employés à 5 millions de dollars canadiens et 200 employés le seuil prévu pour l'examen des nouveaux investissements ou des acquisitions d'entreprises au titre de la procédure concernant les petites entreprises. Ladite procédure n'exige pas un examen complet sauf dans des circonstances spéciales. Environ 85 pour cent de tous les projets relèvent de la procédure concernant les petites entreprises.

3. *Principaux arguments*

3.1 Les *Etats-Unis* ont demandé au Groupe spécial de constater que les engagements écrits obtenus par le gouvernement canadien au titre de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger qui obligent les investisseurs étrangers soumis à la Loi

a) à acheter des produits d'origine canadienne de préférence à des produits importés, à en acheter en quantités ou en proportions déterminées ou encore à acheter des produits auprès de fournisseurs canadiens, ou

b) à fabriquer au Canada des biens qui, autrement, seraient importés,

sont incompatibles avec les articles III:4, III:5, XI et XVII:1 c) de l'Accord général et que les engagements qui obligent les investisseurs étrangers

c) à exporter des quantités ou des proportions déterminées de leur production

sont incompatibles avec l'article XVII:1 c) de l'Accord général et que tout engagement de cette nature vaut présomption qu'un avantage est annulé ou compromis au sens de l'article XXIII de l'Accord général. Les *Etats-Unis* ont demandé en outre au Groupe spécial de suggérer aux PARTIES CONTRACTANTES de recommander que le Canada: a) précise qu'il ne considérera pas comme ayant force obligatoire et ne cherchera pas à mettre en vigueur dans le cadre de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger tout engagement de cette nature dont il aurait été constaté qu'il est incompatible avec l'Accord général, et b) cesse de susciter et d'accepter de tels engagements dans le cadre de projets d'investissements.

3.2 Le *Canada* a demandé au Groupe spécial de constater que les engagements d'achat (paragraphe 3.1 *a*) pris par les investisseurs étrangers ne sont pas incompatibles avec les dispositions des articles III:4, III:5, XI et XVII:1 *c*) de l'Accord général, que les engagements d'exportation (paragraphe 3.1 *c*) ne sont pas incompatibles avec les dispositions de l'article XVII:1 *c*) et que, dans l'hypothèse où ces engagements d'achat et/ou d'exportation tomberaient sous le coup des dispositions de l'un ou de plusieurs de ces articles, ils seraient à considérer comme des mesures prises au titre de l'article XX *d*). Quant aux engagements de fabrication (paragraphe 3.1 *b*)), le Canada a demandé au Groupe spécial de constater qu'ils n'entraient pas dans son mandat.

3.3 Les *deux parties* sont convenues que la question dont était saisi le Groupe spécial n'était pas la Loi sur l'examen de l'investissement étranger proprement dite, ni le droit du Canada à réglementer l'entrée et l'expansion des investissements directs étrangers, mais la compatibilité avec l'Accord général des engagements d'achat et d'exportation pris par des investisseurs au titre de la loi précitée.

a) Engagement d'acheter des produits d'origine canadienne de préférence à des produits importés, d'en acheter en quantités ou en proportions déterminées ou d'acheter des produits auprès de fournisseurs canadiens.

3.4 *Article III.4.* Les *Etats-Unis* ont prétendu que les engagements écrits qui obligeaient les investisseurs à acheter des produits d'origine canadienne de préférence à des produits importés, d'en acheter en quantités ou en proportions déterminées ou d'acheter des produits auprès de fournisseurs canadiens (ci-après désignés sous le nom d'"engagements d'achat") violaient l'article III:4 du fait qu'ils constituaient des prescriptions ayant pour effet d'accorder un traitement moins favorable aux produits importés qu'aux produits similaires d'origine nationale.

3.5 De l'avis des *Etats-Unis*, même les engagements qui obligent une entreprise à acheter des produits au Canada dans tous les cas où ils sont "disponibles", "disponibles à des conditions raisonnables" ou "disponibles à des conditions concurrentielles" ont pour effet d'accorder un traitement moins favorable aux produits importés. De tels engagements empêchent l'investisseur de choisir librement entre produits importés et produits nationaux puisqu'ils l'obligent à opter en faveur des produits nationaux dans tous les cas où les conditions de disponibilité sont remplies. Les clauses "disponibles à des conditions raisonnables" ou "disponibles à des conditions concurrentielles" sont vagues et impliquent des jugements de valeur en matière de qualité, de sécurité d'approvisionnement, etc. Une entreprise qui a souscrit à un engagement comportant une telle clause achètera donc probablement des produits canadiens même s'ils présentent moins d'intérêt que les produits importés afin d'éviter un conflit éventuel avec les fonctionnaires canadiens chargés de veiller à ce que l'engagement soit bien respecté, lesdits fonctionnaires ayant un point de vue différent et appliquant des jugements de valeur différents sur ces questions. L'engagement d'acheter auprès de fournisseurs canadiens (que les produits achetés soient nationaux ou importés) entraînera aussi un traitement moins favorable pour les importations que pour les produits canadiens du fait que, dans les cas où un produit se fabrique aussi bien au Canada que dans d'autres pays, un tel engagement obligera l'investisseur à acheter les produits importés auprès d'un "intermédiaire" canadien (importateur/distributeur/détaillant); l'investisseur encourra donc des frais supplémentaires correspondant aux bénéfices de l'intermédiaire s'il décide d'importer, mais il sera libre d'acheter directement à un fabricant canadien, évitant ainsi les frais supplémentaires entraînés par l'"intermédiaire". La discrimination sera encore plus grande à l'égard des produits importés dans les cas où les fournisseurs canadiens ne stockent pas et ne distribuent pas les produits d'importation recherchés par l'investisseur.

3.6 Le *Canada* a fait valoir que les engagements d'achat ne constituaient pas des lois, des règlements ou des prescriptions au sens de l'article III:4. Il n'existe aucune disposition dans la Loi sur l'examen de l'investissement étranger, dans ses règlements d'application ou dans aucune autre loi ou aucun autre règlement canadiens qui stipule qu'un investissement sera subordonné à un engagement de la part d'une entreprise. Bien que la Loi prévoie de manière générale que les investisseurs étrangers doivent apporter

la preuve que, globalement, leur projet apporte ou est susceptible d'apporter des avantages appréciables au Canada, le choix des moyens pour y parvenir leur appartient entièrement. Fréquemment, les investisseurs choisissent d'offrir des engagements d'achat à l'appui de leurs projets. Le Canada a déclaré en outre que les procédures d'examen des investissements n'avaient pas pour objet d'assurer une protection aux fabricants canadiens ni d'obliger des sociétés à s'écarter de pratiques commercialement saines et qu'elles n'étaient pas non plus appliquées en ce sens. Les investisseurs, après avoir arrêté le plan des affaires qu'ils entendent mener au Canada, n'ont généralement aucune hésitation à prendre des engagements qui cadrent avec ce plan. Puisque l'investisseur et le gouvernement canadien doivent l'un et l'autre agir sur des marchés où les concurrents de l'investisseur opèrent sans avoir souscrit d'engagement, il est très improbable que des engagements d'achats s'écartant sensiblement des pratiques que l'investisseur suivrait en l'absence d'engagements soient proposés ou demandés. Lorsque des engagements sont pris, ils traduisent une décision de l'investisseur concernant la manière dont il entend mener ses affaires au Canada. Les engagements représenteraient uniquement de ce qu'ils ont déjà identifié leurs sources d'approvisionnement, soit parce que, étant donné la nature de leurs affaires, les achats sont ordinairement effectués localement. Un examen des circonstances relatives aux projets d'investissements cités par les Etats-Unis dans leur document n'étaye pas la thèse selon laquelle les engagements pris en rapport avec ces projets doivent être regardés comme des prescriptions.

3.7 Les *Etats-Unis* ont répliqué que, s'il était exact que la loi proprement dite n'exigeait pas des investisseurs qu'ils soumettent des engagements, une fois pris, ces engagements doivent être considérés comme des prescriptions compte tenu des circonstances dans lesquelles ils ont été offerts et acceptés et du fait qu'ils sont légalement obligatoires. Aucune entreprise privée ne se liera quant à ses futures pratiques en matière d'achats à moins que ce ne soit une condition nécessaire pour obtenir un avantage ou éviter une pénalisation. Les investisseurs n'offrent des engagements que pour faire agréer leurs projets d'investissements par le gouvernement canadien. En outre, il existe de nombreux cas dans lesquels les engagements d'achat sont le résultat de négociations au cours desquelles le Canada a cherché des engagements nouveaux ou "améliorés". Le gouvernement canadien lui-même a indiqué que la majeure partie du travail effectué par l'Agence d'examen de l'investissement étranger créée au titre de la loi visait à préciser ou améliorer les clauses initiales des projets d'investissements.¹ Une fois que le projet d'investissement a été agréé, l'engagement acquiert force obligatoire pour l'investisseur qui n'est plus libre de modifier son engagement d'achat sans l'autorisation du gouvernement canadien, même si les circonstances changent. Dans la conjoncture actuelle, il est difficile d'imaginer qu'une société ne veuille pas modifier les plans qu'elle a établis plus d'un an auparavant, à moins qu'elle n'encoure plus de désagréments à les modifier qu'à les suivre tels quels. La menace d'une action en justice et les risques de refus des demandes d'autorisation d'investir ultérieures qui peuvent résulter du non-respect d'un engagement ne laissent pas insensibles les entreprises qui souscrivent à des engagements. Bien que les engagements ne soient pas obligatoires, le *Canada* a répondu que, lorsqu'un investissement assorti d'un engagement est autorisé, il est à la fois raisonnable et nécessaire que le gouvernement canadien puisse prendre des mesures d'exécution forcée au cas où l'investissement serait mis en oeuvre de manière incompatible avec l'autorisation donnée. La possibilité d'obtenir l'exécution forcée en vertu de la Loi contraint simplement l'investisseur, une fois qu'il a pris un engagement, à tenir ses promesses et sert à le décourager de présenter ses intentions de manière grandiloquente ou exagérée dans le simple but de faire agréer son projet.

3.8 Le *Canada*, citant comme précédents les rapports de groupes spéciaux reproduits dans les IBDD, Supplément N°7, page 64 et Supplément N°25, page 53, a déclaré que le mot "prescriptions" à l'article III devait être interprété en relation avec les mots "lois et règlements" et que, dans ce contexte

¹Compte rendu de la Commission permanente des affaires financières, commerciales et économiques de la Chambre des Communes (26 mai 1981).

il devait être défini comme une règle obligatoire d'application générale visant globalement un produit ou une gamme de produits particuliers. Les engagements, par contre, sont des obligations contractuelles de droit privé souscrites par un investisseur étranger particulier. Ils s'appliquent à un investissement précis et non au commerce des produits de manière générale. Les Etats-Unis ont répondu que l'exercice de maintes fonctions du gouvernement et l'octroi de nombreux avantages dans le cadre des pouvoirs d'un gouvernement pouvaient être considérés ou présentés de manière à apparaître comme des "contrats de droit privé" entre des entreprises et le gouvernement. Considérer que de tels "contrats de droit privé" ne sont pas des prescriptions au sens de l'article III reviendrait à inviter les parties contractantes à faire "par contrat de droit privé" ce que l'Accord général ne permet pas de faire en vertu de lois d'application générale. Aucune disposition de l'Accord général ni aucun rapport antérieur d'un groupe spécial ne permet d'affirmer que seules les mesures générales qui s'appliquent aux achats de tous les produits d'une certaine catégorie sont assujetties aux obligations découlant de l'Accord général.

3.9 Le *Canada* a déclaré que le mot "prescriptions" de l'article III:4 de l'Accord général devrait être interprété à la lumière de l'article 12 de la Charte de La Havane qui stipule notamment ce qui suit: "Les Etats membres reconnaissent que... sans préjudice des accords internationaux existants auxquels les Etats membres sont parties, un Etat membre a le droit... de déterminer s'il autorisera, à l'avenir, les investissements étrangers, et dans quelle mesure et à quelles conditions il les autorisera; de prescrire et d'appliquer des conditions¹ équitables en ce qui concerne la propriété des investissements existants et à venir et de prescrire et d'appliquer d'autres conditions¹ raisonnables en ce qui concerne les investissements existants et à venir". L'historique de la rédaction de l'Accord général montre qu'il était dans l'intention de ses auteurs que la portée des droits et obligations prévus dans l'Accord soit compatible avec la Charte de La Havane et définie dans le contexte plus large de ladite Charte. Les rédacteurs ont travaillé dans un cadre conceptuel qui englobait les échanges et les investissements ainsi que les droits et les obligations qui s'y rapportent. L'article III de l'Accord général a été modifié en 1948 pour incorporer le texte de la Charte de La Havane sur le traitement national. Le Canada ne dit pas que la Charte de La Havane est en vigueur mais plutôt que l'on ne peut pas voir dans l'Accord général des obligations que ses rédacteurs n'avaient pas l'intention d'y faire figurer. Etant donné qu'il est reconnu que les dispositions de la Charte de La Havane doivent être interprétées comme un tout cohérent, Il est raisonnable de conclure que le terme "prescriptions" dans la disposition de la Charte sur le traitement national qui correspond à l'article III de l'Accord général ne recouvre pas les "conditions en ce qui concerne la propriété" ni les "autres conditions raisonnables" qui sont autorisées par les dispositions de la Charte concernant les investissements. Bien que le chapitre de la Charte qui traite des investissements n'ait pas été incorporé dans l'Accord général, il s'agit d'un des chapitres dont les parties contractantes se sont engagées à l'article XXIX à observer les principes généraux dans toute la mesure compatible avec les pouvoirs exécutifs dont elles disposent en attendant la ratification de la Charte. Il est donc raisonnable de penser qu'il n'était pas dans l'intention des auteurs de l'Accord général d'englober dans l'acceptation du terme "prescriptions" à l'article III de l'Accord général les "conditions" prévues à l'article 12 de la Charte de La Havane. Si donc, le Groupe spécial tendait à interpréter les engagements comme étant des prescriptions, ce qu'ils ne sont pas selon le Canada, il s'agirait de "conditions" au sens de l'article 12 de la Charte de La Havane.

¹Les termes "conditions", dans la Charte de la Havane (article 12) et "prescriptions", dans l'Accord général (article iii), correspondent à un seul et même mot en anglais ("requirements") dans les deux instruments.

3.10 Les *Etats-Unis* ont répondu que le Canada demandait au Groupe spécial de décider d'interpréter une disposition d'un projet d'accord qui n'est jamais entré en vigueur comme l'emportant sur des obligations expresses de l'Accord général. Les dispositions de la Charte de La Havane concernant les investissements, si elles étaient entrées en vigueur, n'auraient très probablement *pas* été interprétées comme l'emportant sur l'obligation de la Charte concernant le traitement national. Une vaste gamme de prescriptions, par exemple celles qui ont trait à l'engagement de ressortissants nationaux, à l'administration, etc. pouvaient être imposées sans qu'il y ait de conflit avec l'obligation d'accorder aux produits importés un traitement qui ne soit pas moins favorable que le traitement accordé aux produits d'origine nationale. Selon le simple bon sens et l'interprétation normale d'un accord international, des prescriptions contraires à une autre obligation expresse de la Charte n'auraient pu être interprétées comme étant "raisonnables" au sens des dispositions de la Charte traitant des investissements.

3.11 Les Etats-Unis ont relevé que, lorsque la Charte avait été abandonnée, l'article III avait été modifié mais pas dans le sens d'une exemption au bénéfice des prescriptions en rapport avec le commerce et visant les investisseurs étrangers. Le *Canada* a répondu que l'article III avait été modifié pour la dernière fois en 1948 alors que l'article XXIX était entré en vigueur en 1952.

3.12 *Article III:5*. Les *Etats-Unis* ont fait valoir que les engagements d'achat qui obligeaient l'investisseur à acheter au Canada une quantité ou une proportion déterminée des produits dont il avait besoin constituaient une réglementation quantitative intérieure concernant la transformation ou l'utilisation de produits par l'investisseur et qu'ils étaient donc contraires à l'article III:5. Le *Canada* a déclaré que la Loi sur l'examen de l'investissement étranger n'établissait pas de réglementation quantitative intérieure. Dans les cas relativement peu nombreux où les investisseurs ont souscrit des engagements d'achat qui mentionnent des quantités ou des proportions déterminées de produits dont ils ont besoin, les chiffres mentionnés correspondent aux prévisions des investisseurs. Les réglementations, de l'avis du Canada, sont des règles subsidiaires d'application générale promulguées par l'exécutif conformément à un texte législatif existant. Le mot "réglementation" à l'article III:5 implique une règle d'application générale, comme c'était le cas dans les rapports précédents des groupes spéciaux qui faisaient intervenir l'article III:5¹. Les engagements d'achat sont propres à une entreprise et ne se rapportent pas de manière générale au commerce international des produits considérés; ils ne sauraient donc être considérés comme une "réglementation" au sens de l'article III:5. Les *Etats-Unis* ont répondu que chaque engagement en soi n'avait manifestement pas le même effet qu'une réglementation générale applicable à une industrie entière. mais de tels engagements ont pour effet de limiter le marché intérieur pour divers produits importés en obligeant des entreprises individuelles à utiliser des produits canadiens en quantités ou en proportions déterminées.

3.13 *Article XI*. Les *Etats-Unis* ont fait valoir que les engagements en matière d'achats avaient l'effet de restrictions à l'importation de produits au Canada et étaient donc contraires aux dispositions de l'article XI. De l'avis du *Canada*, l'Accord général opère une distinction fondamentale entre les mesures qui visent l'importation de produits et les mesures qui visent les produits importés. Les premières sont régies par l'article XI, dans lequel apparaît clairement le terme "importation", et les dernières par l'article III, qui mentionne les "produits importés". Si l'on doit interpréter l'article XI comme étant applicable également aux mesures intérieures qui visent les produits importés, l'article III n'a aucune fonction. Les *Etats-Unis* ont déclaré que, même si c'est essentiellement les systèmes traditionnels de contingentement des importations que vise l'article XI, son libellé est toutefois assez général pour

¹IBDD, 11S/98 et 25S/53.

couvrir aussi d'autres obstacles non tarifaires également restrictifs qui ne sont pas appliqués à la frontière. De l'avis des Etats-Unis, l'objet des engagements est de limiter les importations et de réserver une partie du marché intérieur aux produits canadiens, ce que l'article XI vise à interdire.

3.14 *Article XVII:1 c)*. Les *Etats-Unis* ont soutenu que les engagements en matière d'achats empêchaient les investisseurs de s'inspirer uniquement de considérations d'ordre commercial et qu'ils étaient donc contraires aux obligations du Canada au titre de l'article XVII:1 c). Le Canada a répliqué que l'article XVII:1 ne faisait qu'étendre le principe de la nation la plus favorisée aux entreprises commerciales d'Etat et à d'autres entreprises et qu'il était donc hors de propos, étant donné le sens dudit article, de se demander si la loi en cause empêchait l'investisseur de s'inspirer de considérations d'ordre commercial. Le Canada a examiné attentivement l'historique de la négociation de l'article XVII:1 et il n'a trouvé aucune mention du traitement national dans les débats qui ont abouti à l'adoption dudit article. Aux termes de l'article 26 du "Projet de Charte pour une Organisation Internationale du Commerce des Nations Unies" élaboré aux Etats-Unis, qui a servi de base à la Conférence de Londres d'octobre-novembre 1946, les entreprises commerciales d'Etat devaient accorder "un traitement non discriminatoire, par comparaison au traitement accordé au commerce de tout pays autre que celui dans lequel est située l'entreprise...". A la Conférence de Londres, l'obligation de non-discrimination a été reformulée comme suit: "... le commerce des autres Etats membres devra faire l'objet d'un traitement non moins favorable que celui qui est accordé au commerce de tout pays, autre que celui dans lequel est située l'entreprise...". La formulation de l'obligation de non-discrimination retenue à l'article XVII reprend les termes d'un projet adopté à la Conférence de Genève de 1947. Si l'on avait voulu que les modifications apportées alors au libellé du texte introduisent l'obligation d'accorder le traitement national dans les dispositions sur le commerce d'Etat, cette modification fondamentale aurait été mentionnée dans les comptes rendus détaillés des séances de rédaction. Une mention de l'article relatif au commerce d'Etat figurant dans le compte rendu de la Conférence de Genève (E/PC/T/A/SR/10, page 43) confirme, de l'avis du Canada, qu'il était entendu que cet article instituait seulement l'obligation d'accorder le traitement de la nation la plus favorisée: lors d'un débat sur les marchés publics, un délégué a signalé que l'article relatif au commerce d'Etat faisait seulement référence "au traitement de la nation la plus favorisée et non au traitement national" et il a ensuite estimé que, pour l'élaboration des règles concernant les marchés publics, "il faut s'en tenir au traitement de la nation la plus favorisée comme dans le cas du commerce d'Etat".

3.15 Les *Etats-Unis* ont déclaré qu'ils n'étaient pas d'accord avec l'interprétation canadienne pour deux raisons. Premièrement, le paragraphe 1 a) mentionne les *principes* de non-discrimination.¹ Si le principe de la nation la plus favorisée avait été le seul principe que l'on veuille viser, le mot *principe* n'aurait pas été utilisé au pluriel. Deuxièmement, le paragraphe 2 de l'article XVII ne serait pas nécessaire si le principe de la nation la plus favorisée était le seul principe de non-discrimination visé par le paragraphe 1 a). Le paragraphe 2 permet aux parties contractantes d'accorder aux importations un traitement moins favorable qu'aux produits nationaux lorsqu'elles achètent des produits destinés à être consommés par les pouvoirs publics. Cette exception à l'obligation d'accorder le traitement national serait superflue si le terme "principe de non-discrimination" n'englobait que le principe de la nation la plus favorisée.

3.16 Le *Canada* a déclaré que l'article XVII:1 b), et les principes qu'il énonce concernant les "considérations d'ordre commercial" et "toutes facilités de participer... dans des conditions de libre concurrence", visaient à définir le principe de la nation la plus favorisée en matière de commerce d'Etat, énoncé à l'article XVII:1 a). C'est ce qu'indique clairement la première phrase de l'alinéa b), qui

¹Le mot "principe", au singulier dans la version française de l'Accord général, figure au pluriel dans la version anglaise.

a la teneur suivante: "Les dispositions de l'alinéa *a*) du présent paragraphe devront être interprétées comme imposant...". La mention des "considérations d'ordre commercial" dans ce contexte permet de déroger au principe de la nation la plus favorisée; elle n'impose pas une obligation supplémentaire de grande portée, comme les Etats-Unis le laissent entendre. L'obligation formulée à l'article XVII:1 *c*) consiste en ce qu'une partie contractante n'empêchera pas une entreprise d'agir conformément aux principes énoncés à l'article XVII:1 *a*) et 1 *b*). Le mot principe est utilisé au pluriel parce que l'obligation, formulée dans l'Accord général, d'accorder le traitement de la nation la plus favorisée recouvre un certain nombre de principes, comme ceux qui figurent à l'article premier, à l'article IV relatif aux contingents à l'écran fixés pour les films et à l'article XIII concernant les contingents d'importation. En réponse à l'argument selon lequel le paragraphe 2 de l'article XVII ne serait pas nécessaire si le principe de la nation la plus favorisée était le seul principe de non-discrimination visé par le paragraphe 1 *a*), le Canada a déclaré que l'article relatif au commerce d'Etat avait été mentionné lors de la Conférence de Genève (E/PC/T/A/SR/37, page 7) d'une façon qui montrait que le paragraphe 2 de l'article XVII n'englobait pas le principe du traitement national. On trouve une autre preuve de ce que l'article XVII concerne le traitement de la nation la plus favorisée dans le fait que le paragraphe 1 *a*) dudit article traite des achats ou des ventes des entreprises d'Etat se traduisant par des importations ou des exportations. Les termes "importations" et "exportations" décrivent le passage d'une frontière et le dédouanement d'un produit. Une fois que le produit est entré dans le pays ou l'a quitté, c'est un produit "importé" ou "exporté". (Aussi, l'article III parle-t-il de produits "importés"). Le champ d'application de l'article XVII est donc limité aux achats ou ventes effectués par l'entreprise d'Etat à l'étranger. Ledit article ne vise pas le traitement que l'entreprise commerciale d'Etat accorde sur son marché intérieur aux produits importés ou nationaux.

b) Engagement de fabriquer au Canada des produits qui, autrement, seraient importés

3.17 Les *Etats-Unis* ont déclaré que les engagements en vertu desquels des entreprises doivent fabriquer des produits au Canada afin de substituer des articles produits dans le pays à des articles qui seraient importés si elles n'avaient pas pris ces engagements (ci-après dénommés engagements en matière de fabrication) constituaient une infraction aux dispositions de l'article III:4. Au titre de ces engagements, une partie du marché intérieur est réservée aux produits d'origine nationale, les produits importés s'en trouvant exclus. Les engagements qui obligent l'investisseur à fabriquer au Canada des pièces ou des éléments déterminés d'un produit particulier sont également incompatibles avec les dispositions de l'article III:5, parce qu'ils constituent des réglementations quantitatives intérieures concernant le mélange, la transformation ou l'utilisation de certains produits, qui exigent qu'une quantité ou une proportion déterminée de produits proviennent de sources nationales de production.

3.18 Le *Canada* a déclaré que l'article III:4 ne traitait pas de la fabrication ou de la production de biens et ne s'appliquait donc pas aux engagements en matière de fabrication. Les engagements qui sont pris de fabriquer au Canada des pièces ou des éléments de produits particuliers traduisent l'intention de chaque investisseur et sont propres à chaque entreprise. Ce ne sont donc pas des "réglementations" au sens de l'article III:5. De l'avis des *deux parties*, leurs arguments concernant l'applicabilité ou la non-applicabilité des articles XI et XVII:1 *c*) aux engagements en matière d'achats sont également valables pour les engagements en matière de fabrication (voir les paragraphes 3.4 à 3.16 ci-dessus).

3.19 Pour le *Canada*, les engagements en matière de fabrication ne sont pas seulement pleinement conformes aux obligations qui lui incombent au titre de l'Accord général; ils ne sont, en outre, pas visés par le mandat du Groupe spécial. Le Canada demande donc que le Groupe ne les examine pas.

c) Engagements d'exporter des quantités ou des proportions déterminées de la production

3.20 Les *Etats-Unis* ont déclaré que l'article XVII:1 *c*), qui interdisait aux pouvoirs publics d'interférer dans la prise en compte des considérations d'ordre commercial, s'appliquait aussi aux engagements

d'exporter des quantités ou des proportions déterminées de la production. On ne peut penser que le niveau des exportations des sociétés assujetties à ces engagements soit le résultat de prises de décisions fondées sur des considérations d'ordre commercial. Aucune entreprise ne se lierait volontairement en s'engageant à exporter des quantités ou des proportions fixes de sa production étant donné l'incertitude des marchés et les conditions de la concurrence. Une fois que les engagements ont été pris, l'investisseur ne peut pas adapter ses ventes à l'exportation en fonction de considérations d'ordre commercial il lui faut l'assentiment du gouvernement canadien pour modifier l'engagement. Il risque donc d'être forcé de vendre ses produits à l'étranger à des conditions de dumping pour remplir ses obligations.

3.21 Le *Canada* a redit que l'article XVII:1 n'énonçait que l'obligation d'accorder le traitement de la nation la plus favorisée et ne saurait donc s'appliquer aux engagements en matière d'exportation, dont aucun ne fait de distinction entre parties contractantes. Le *Canada* a rejeté également l'affirmation selon laquelle un investisseur risquerait de vendre ses produits à des conditions de dumping afin de tenir un engagement. Cet argument est dépourvu de crédibilité, parce que les investisseurs souscrivent à des engagements en matière d'exportations en se fondant sur les perspectives qu'offrent, selon eux, les marchés d'exportation et en sachant que le *Canada* fait preuve de souplesse quant à la façon dont les engagements sont tenus.

d) *Article XX d)*

3.22 Le *Canada* a soutenu que, au cas où le Groupe spécial estimerait que les engagements en question sont incompatibles avec les dispositions des articles III, XI ou XVII, lesdits engagements entreraient alors dans le cadre de l'exception prévue à l'article XX d) de l'Accord général. Au sens de l'article XX d), la Loi sur l'examen de l'investissement étranger n'est pas incompatible avec les dispositions de l'Accord général et les pratiques administratives découlant de cette loi en matière d'engagements entrent bien dans la catégorie des mesures mentionnées dans ledit article, c'est-à-dire des mesures nécessaires pour assurer l'application de la loi. Dans tout régime en vertu duquel un Etat autorise un investisseur étranger à investir sur son territoire, il doit y avoir des moyens de vérifier la nature de l'investissement autorisé et la compatibilité de l'investissement réalisé avec l'autorisation donnée. Les engagements écrits décrivant les intentions des investisseurs servent à ces deux fins. Ils permettent de définir avec un certain degré de précision l'investissement pour lequel l'autorisation a été accordée et, avec les procédures de contrôle à la disposition du gouvernement, qui sont renforcées par les articles 19 à 22 de la loi, ils permettent également au gouvernement de veiller à ce que les investissements soient réalisés conformément à l'autorisation donnée.

3.23 Si le gouvernement n'avait pas la possibilité de faire exécuter les engagements, son seul recours, au cas où les termes de l'autorisation d'investir ne seraient pas respectés, serait de frapper de nullité l'investissement. Il pourrait s'ensuivre des difficultés économiques et des suppressions d'emplois. La possibilité de faire exécuter des engagements et d'accepter qu'ils soient appliqués avec souplesse offre au gouvernement un recours raisonnable dans les cas où l'investissement n'est pas réalisé conformément à ce qui avait été projeté et autorisé. En outre, les engagements donnent au gouvernement le moyen de vérifier, avec certitude, qu'un investissement projeté apporte ou est susceptible d'apporter des avantages appréciables. Des engagements peuvent être souscrits pour tout aspect de l'investissement projeté, selon les critères énumérés dans la loi qui doivent être pris en compte pour évaluer les avantages appréciables. Les plans d'un investisseur concernant l'utilisation de produits canadiens et les exportations peuvent être pris dûment en considération pour évaluer l'effet d'un projet d'investissement. Il se peut que de nombreux investisseurs présentant des projets, notamment des projets prévoyant la fourniture de services et l'octroi de droits de distribution, n'aient pas d'autres moyens que leurs engagements en matière d'achats ou d'exportations pour prouver les avantages appréciables de leur investissement. Si les engagements en matière d'achats et d'exportations n'étaient pas licites, de nombreux investisseurs potentiels seraient privés d'un moyen équitable de prouver ces avantages appréciables.

3.24 Les mesures que le gouvernement canadien a prises pour assurer l'application de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger sont, dans la mesure où elles concernent l'achat ou la vente de produits, identiques à tous égards aux mesures visant les autres aspects des investissements que la loi autorise. Les pratiques canadiennes en la matière ne sont donc pas des restrictions déguisées au commerce au sens de la première phrase de l'article XX. L'explication détaillée donnée au sujet de la nécessité des engagements montre aussi que ces engagements et les pratiques administratives connexes ne sont pas des restrictions déguisées au commerce.

3.25 Les *Etats-Unis* ont déclaré que les engagements en cause n'étaient pas nécessaires pour mettre en oeuvre la Loi sur l'examen de l'investissement étranger et qu'ils constituaient des restrictions déguisées au commerce international. Deux des conditions de l'exception énoncées à l'article XX *d)* ne sont donc pas respectées. La Loi sur l'examen de l'investissement étranger n'exige pas elle-même d'engagements de quelque type que ce soit, sans parler d'engagements prévoyant que la préférence sera donnée à l'achat ou à l'utilisation de produits canadiens ou que certains objectifs concernant les résultats à l'exportation seront atteints. La Loi elle-même exige seulement que les projets d'investissement soient examinés en vue de déterminer s'ils apportent ou sont susceptibles d'apporter des avantages appréciables au Canada. L'effet de l'investissement sur l'utilisation de pièces et éléments canadiens et sur les exportations n'est qu'un des nombreux facteurs que le gouvernement canadien doit prendre en considération pour déterminer si un projet apporte ou est susceptible d'apporter des avantages appréciables au Canada. Le fait d'obtenir ou d'accepter des engagements obligatoires prévoyant que la préférence sera donnée aux produits canadiens ou que certains objectifs seront atteints à l'exportation est donc une manifestation d'autorité du pouvoir administratif dans le cadre de la loi et non une mesure nécessaire pour assurer l'application de la loi. Les engagements en cause ont également l'effet de restrictions déguisées au commerce international. Une préférence exigeant l'achat ou l'utilisation de biens produits dans le pays limite manifestement le commerce. Les prescriptions concernant les résultats à l'exportation limitent le commerce en créant des objectifs d'exportation artificiels pour des produits que les biens fabriqués par les branches de production d'autres parties contractantes doivent concurrencer. En outre, les engagements en cause vont bien au-delà de ce qui est nécessaire pour répondre aux préoccupations qui ont abouti à l'adoption de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger.

4. *Position de l'Argentine*

4.1 L'Argentine a été entendue par le Groupe spécial conformément au paragraphe 15 du Mémoire d'accord concernant les notifications, les consultations, le règlement des différends et la surveillance (voir le paragraphe 1.5 ci-dessus). L'Argentine a déclaré qu'une distinction devrait être faite entre les engagements en matière d'achats et d'exportations et leur comptabilité avec l'Accord général d'une part, et la législation canadienne en matière d'investissement à proprement parler, d'autre part. Si l'on peut considérer que la première question est de la compétence du GATT, la seconde ne relève manifestement pas de l'Accord général. A cet égard, l'Argentine a rappelé qu'il avait été décidé de ne pas inclure la question des investissements dans la Déclaration ministérielle de novembre 1982. Le Groupe spécial devrait prendre en considération la question de la compétence du GATT pour interpréter son mandat.

4.2 L'Argentine a déclaré en outre que le différend soumis au Groupe spécial mettait en jeu deux parties contractantes développées. Les dispositions et arguments avancés à l'encontre du Canada ne sont pas nécessairement ceux qui pourraient être légitimement avancés à l'encontre de pays en voie de développement, étant donné la protection que ces pays ont le droit d'accorder, au titre de l'Accord général, à leurs branches de production en développement. L'Argentine a demandé au Groupe spécial de tenir compte de cet élément dans ses délibérations.

5. Constatations

a) Observations générales

5.1 Comme l'Accord général n'empêche pas le Canada d'exercer son droit souverain de réglementer les investissements directs étrangers, c'est uniquement à la lumière des obligations d'ordre commercial découlant pour lui de l'Accord général que le Groupe spécial s'est penché sur les engagements pris par les investisseurs en matière d'achats et d'exportations au titre de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger. Cette approche est conforme aux conclusions que le Président du Conseil a présentées à l'issue du débat sur cette question à la réunion du Conseil du 2 novembre 1962.

5.2 Dans la déclaration qu'elle a faite au Groupe spécial, l'Argentine a également souligné que les dispositions et arguments invoqués à l'encontre du Canada dans cette affaire n'étaient pas nécessairement ceux qui pourraient légitimement l'être à l'encontre des pays peu développés, étant donné la protection que ces pays ont le droit d'accorder à leurs branches de production nationale en vertu de l'Accord général. Le Groupe spécial reconnaît que, dans les différends où apparaissent des parties contractantes peu développées, il convient de tenir pleinement compte des dispositions spéciales de l'Accord général relatives à ces pays (telles que l'article XVIII C). Il n'a pas examiné les questions dont il était saisi à la lumière de ces dispositions car le différend ne concernait que des parties contractantes développées.

5.3 Le Groupe spécial a considéré que l'examen que demandaient les Etats-Unis des engagements de *fabriquer* des produits qui, autrement, seraient importés (paragraphe 3.1 *b*) et 3.17 à 3.19 ci-dessus), n'entraînait pas dans son mandat, qui ne mentionne que "les *achats* de marchandises au Canada et/ou les *exportations* de marchandises du Canada". En conséquence, il n'a pas examiné cette question.

b) Engagements d'acheter des produits d'origine canadienne de préférence à des produits importés, d'en acheter en quantités ou en proportions déterminées ou d'acheter des produits auprès des fournisseurs canadiens

5.4 *Article III:4*. Le Groupe spécial a d'abord examiné la question de savoir si les engagements en matière d'achats doivent être considérés comme étant des "lois, règlements ou prescriptions" au sens de l'article III:4. Etant donné que les deux parties étaient convenues que la Loi sur l'examen de l'investissement étranger et le Règlement sur l'examen de l'investissement étranger - tout en prévoyant la possibilité d'engagements écrits - ne les rendaient pas obligatoires, il restait à se demander si les engagements pris dans des cas particuliers doivent être considérés comme étant des "prescriptions" au sens de l'article III:4. A cet égard, le Groupe spécial a noté que l'article 9 *c*) de la loi mentionne "tout engagement écrit ... se rattachant à l'investissement proposé ou effectif remis par une partie à celui-ci sous réserve d'autorisation de l'investissement" et que l'article 21 de la loi porte que "lorsqu'une personne qui a contracté un engagement écrit ... omet ou refuse de se conformer à cet engagement", une cour peut rendre une ordonnance "enjoignant à cette personne de se conformer à cet engagement". Le Groupe spécial a également noté que, une fois acceptés, les engagements écrits en matière d'achats - abstraction faite de la manière dont ils ont pu être pris (action volontaire, encouragement, négociation, etc.) - font partie des conditions d'approbation des projets d'investissement et peuvent faire l'objet d'une exécution forcée. Le Groupe spécial a donc constaté que le mot "prescriptions" tel qu'il est employé à l'article III:4 pouvait être considéré comme s'appliquant bien aux engagements existants.

5.5 Le Groupe spécial n'a pas pu souscrire à l'opinion du Canada suivant laquelle le mot "prescriptions" à l'article III:4 doit être interprété comme désignant "des règles obligatoires d'application générale", parce que ce dernier concept est déjà mieux visé par le mot "règlements" et que les auteurs de cette disposition ont dû penser à quelque chose d'autre lorsqu'ils ont ajouté le mot "prescriptions". Le simple fait que les quelques différends qui ont été portés à ce jour devant les PARTIES CONTRACTANTES au sujet de l'application de l'article III:4 n'ont concerné que des lois et règlements

n'autorise pas, de l'avis du Groupe spécial, à assimiler les "prescriptions" aux règlements. Le Groupe spécial a également considéré qu'en jugeant si une mesure est contraire aux obligations découlant de l'article III:4, il n'y a pas lieu de tenir compte du fait qu'elle s'applique globalement ou seulement dans des cas isolés. Toute interprétation qu'exclurait une action particulière irait, de l'avis du Groupe spécial, contre les intentions des auteurs de l'article III:4.

5.6 Le Groupe spécial a examiné attentivement l'opinion du Canada selon laquelle les engagements en matière d'achats doivent être considérés comme des obligations contractuelles de droit privé souscrites par des investisseurs étrangers particuliers vis-à-vis du gouvernement canadien. Il a reconnu que les investisseurs pourraient avoir avantage, au plan économique, à prendre des engagements en matière d'achats, compte tenu des autres conditions d'autorisation de l'investissement. Toutefois, il a estimé que même si tel était le cas, les obligations contractuelles de droit privé assumées par les investisseurs ne doivent pas porter atteinte aux droits que les parties contractantes, y compris les parties contractantes qui ne sont pas concernées par le différend, ont en vertu de l'article III:4 de l'Accord général et qu'elles peuvent exercer au nom de leurs exportateurs. Il en est ainsi en particulier des droits découlant du principe du traitement national qui - comme le dit l'article III:1 - vise à empêcher d'utiliser des mesures intérieures "de manière à protéger la production nationale".

5.7 Le Groupe spécial a ensuite examiné la question de savoir si les produits importés étaient soumis à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires d'origine canadienne en ce qui concerne les prescriptions affectant leur achat. A cet effet, il a distingué les engagements d'acheter des produits d'origine canadienne et les engagements de recourir à des fournisseurs canadiens (quelle que soit l'origine des produits), et pour les deux types d'engagements il a tenu compte des clauses restrictives "disponibles", "disponibles à des conditions raisonnables", ou "disponibles à des conditions concurrentielles".

5.8 Le Groupe de travail spécial a constaté que les engagements d'acheter des *produits d'origine canadienne* pris sans aucune restriction excluent la possibilité d'acheter des produits importés disponibles, de sorte que ces derniers sont évidemment traités de façon moins favorable que les produits nationaux et que de telles prescriptions ne sont donc pas compatibles avec l'article III:4. Cette constatation n'est pas modifiée dans les cas où les engagements d'acheter des produits d'origine canadienne sont soumis à la clause restrictive que ces produits soient "disponibles". Il est évident que si des produits canadiens ne sont pas disponibles, la question du traitement moins favorable pour les produits importés ne se pose pas.

5.9 Lorsque ces engagements sont pris sous réserve que les produits soient "disponibles à des conditions concurrentielles" (comme dans la plupart des cas), le choix entre produits canadiens et produits importés peut souvent être le même que celui qui serait inspiré par des considérations commerciales normales et celles-ci ne seront pas affectées quand l'une ou l'autre des offres sera plus compétitive. Toutefois, selon l'interprétation du Groupe spécial, la clause restrictive "disponibles à des conditions concurrentielles" est destinée à régler les cas où il existe effectivement des produits canadiens disponibles à des conditions concurrentielles. Le Groupe spécial a considéré que dans les cas où les produits importés et les produits nationaux sont offerts à des conditions équivalentes, le respect de l'engagement ferait donner la préférence aux produits nationaux. Le fait que l'investisseur étranger choisisse ou non d'acheter des produits canadiens dans telle ou telle situation pratique n'est pas en cause. Le but de l'article III:4 n'est pas de protéger les intérêts de l'investisseur étranger mais d'assurer que les produits originaires de toute autre partie contractante bénéficient d'un traitement non moins favorable que les produits nationaux (canadiens) pour ce qui est des prescriptions affectant leur achat (au Canada). Se fondant sur ces considérations, le Groupe spécial a constaté que la prescription d'acheter des produits d'origine canadienne, même si elle est subordonnée à la "possibilité de se les procurer à des conditions concurrentielles", est contraire à l'article III:4. Il a estimé que l'autre clause restrictive "disponibles à des conditions raisonnables", qui est employée dans certains cas est *a fortiori* également incompatible

avec l'article III:4, car l'engagement dans ces cas implique que la préférence doit être donnée aux produits canadiens même s'ils ne sont pas disponibles à des conditions tout à fait concurrentielles.

5.10 Le Groupe spécial est passé ensuite aux engagements d'acheter à des *fournisseurs canadiens*. Il n'a pas considéré la situation où des produits nationaux ne sont pas disponibles car celle-ci n'est pas visée par l'article III:4. Selon son interprétation, avec ce type de prescription, le choix existe entre les produits importés, s'ils sont achetés par l'intermédiaire d'un agent ou d'un importateur canadien, et les produits canadiens, qui peuvent être achetés soit à un "intermédiaire" canadien soit directement au producteur canadien. Le Groupe spécial a reconnu que dans un certain nombre de cas, ces prescriptions ne pouvaient guère influencer, si tant est qu'elles le fassent, sur le choix entre produits importés et produits nationaux. Toutefois, la possibilité d'acheter des produits importés *directement* au producteur étranger serait exclue et comme les conditions d'achat de produits importés par l'intermédiaire d'un agent ou d'un importateur canadien seraient normalement moins avantageuses, le produit importé concurrencerait donc plus difficilement les produits canadiens (dont la vente n'est pas soumise à des prescriptions semblables) et serait traité moins favorablement. Pour cette raison, le Groupe spécial a constaté que les prescriptions imposant l'achat à des fournisseurs canadiens sont incompatibles avec l'article III:4.

5.11 Dans les cas où les engagements d'acheter à des fournisseurs canadiens comportent, comme il arrive souvent, la clause restrictive de "la possibilité de se procurer les produits à des conditions concurrentielles", le handicap pour le produit importé est atténué car il est permis de se le procurer directement auprès du producteur étranger si celui-ci l'offre à des conditions plus concurrentielles que les fournisseurs canadiens. Dans les cas où ceux-ci et un fabricant étranger offrent un produit à des conditions équivalentes, le respect de l'engagement ferait donner la préférence aux fournisseurs canadiens, ce qui, en pratique, tendrait à faire acheter directement aux producteurs canadiens, excluant ainsi le produit étranger. Le Groupe spécial a donc constaté que les prescriptions imposant d'acheter à des fournisseurs canadiens, même si elles sont subordonnées à la possibilité de se procurer les produits à des conditions concurrentielles, sont contraires à l'article III:4. Comme précédemment (paragraphe 5.9), le Groupe spécial a considéré que la clause restrictive "disponibles à des conditions raisonnables" est, *a fortiori*, également incompatible avec l'article III:4.

5.12 Le Groupe spécial a examiné l'opinion du Canada exprimée au paragraphe 3.9 ci-dessus, selon laquelle le mot "prescriptions" à l'article III:4 de l'Accord général devrait être interprété à la lumière de l'article 12 de la Charte de La Havane, dont les parties contractantes sont convenues à l'article XXIX de l'Accord général d'observer les principes généraux dans toute la mesure compatible avec leurs pouvoirs exécutifs. Le Groupe spécial a noté que la suppression de l'article XXIX de l'Accord général a été proposé en 1955 par toutes les parties contractantes sauf une¹ et que - bien que cet article soit encore juridiquement en vigueur - il mentionne un instrument qui, lui-même, n'a jamais été appliqué et qui n'est plus en instance d'acceptation comme le supposait l'article XXIX. Il en résulte que la manière dont les dispositions de cet instrument auraient été interprétées si elles étaient entrées en vigueur est enveloppée d'un doute considérable. Le Groupe spécial a noté en outre que le paragraphe 1 c) de l'article 12 de la Charte devait s'appliquer "sans préjudice des accords internationaux existants auxquels les Etats membres sont parties" et que les alinéas a), b) et d) du paragraphe 1, de même que les paragraphes 2 et 3 de cet article tendaient à encourager les investissements internationaux (y compris la coopération internationale dans ce domaine). Il est donc douteux que l'alinéa c) du paragraphe 1 qui réserve le droit des Etats membres de prescrire des "conditions raisonnables" doive par lui-même

¹Protocole portant amendement de la Partie 1 et des articles XXIX et XXX de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, annexé à l'Acte final adopté à la neuvième session des PARTIES CONTRACTANTES, qui a été publié le 10 mars 1955. Ce Protocole n'est pas entré en vigueur (voir Situation des instruments juridiques, pages 2-7.1).

être considéré comme un "principe général" au sens de l'article XXIX:1 de l'Accord général. Le libellé de cette dernière disposition donne à penser que l'intention de ses rédacteurs était non pas que les parties contractantes "s'engagent à observer dans toute la mesure compatible avec les pouvoirs exécutifs dont elles disposent" ce qu'elles jugeraient de toute manière être dans leur propre intérêt, ou qu'elles se prévalent de la Charte pour réduire leurs obligations au titre de l'Accord général, mais plutôt qu'elles observent les principes généraux qui renforcent ou étendent ces obligations. A la lumière des faits et des considérations exposés ci-dessus, le Groupe spécial n'a pas pu souscrire à l'hypothèse que les rédacteurs de l'article III entendaient que le terme "prescriptions" ne vise pas les prescriptions liées à la réglementation des investissements internationaux, et il n'a rien trouvé dans l'historique de la négociation, le libellé, les objectifs ou l'application ultérieure de l'article III qui appuie une telle interprétation.

5.13 *Article III:5.* Le Groupe spécial a examiné ensuite l'affirmation des Etats-Unis selon laquelle les engagements en matière d'achats qui obligent l'investisseur à acheter au Canada une quantité ou une proportion déterminée de produits dont il a besoin étaient également contraires à l'article III:5. Il a noté que les deux parties avaient défini ces engagements comme étant des engagements en matière d'achats (paragraphe 2.5) et que les Etats-Unis les avaient également présentés comme tels (paragraphe 3.1 a) et 3.12). A cet égard, le Groupe spécial a noté qu'au paragraphe 5 de l'article III, ce ne sont pas les conditions d'achat qui sont en cause mais plutôt l'existence de réglementations quantitatives intérieures concernant le mélange, la transformation ou l'utilisation des produits (que ceux-ci soient achetés ou obtenus par d'autres moyens). Sur la base des exposés présentés, le Groupe spécial (qui n'a pas pu procéder à un examen détaillé de cas individuels où les engagements en matière d'achats concernaient des pourcentages ou des quantités précises) n'a donc pas trouvé de raisons suffisantes d'examiner les engagements en question à la lumière de l'article III:5, mais il est arrivé à la conclusion qu'ils relevaient des prescriptions en matière d'achats qui avaient été jugées incompatibles avec l'article III:4.

5.14 *Article XI.* Les Etats-Unis ont également demandé au Groupe spécial de constater que les engagements en matière d'achats avaient l'effet de restrictions à l'importation de produits au Canada et étaient donc contraires à l'article XI:1. Le Groupe spécial pense comme le Canada que l'Accord général opère une distinction entre les mesures qui visent "l'importation" de produits, qui sont régies par l'article XI:1, et les mesures qui visent les "produits importés", qui sont traitées à l'article III. Si l'on interprétait extensivement l'article XI pour englober les prescriptions intérieures, l'article III serait partiellement superflu. En outre, les exceptions à l'article XI:1, en particulier celles qui figurent à l'article XI:2, s'appliqueraient aussi aux prescriptions intérieures restreignant les importations, ce qui serait contraire à l'objectif fondamental de l'article III. Le Groupe spécial n'a trouvé ni dans l'historique de la rédaction de l'Accord général ni dans les cas précédents examinés par les PARTIES CONTRACTANTES, d'éléments justifiant une telle interprétation de l'article XI. Pour ces raisons, le Groupe spécial, notant que les engagements en matière d'achats n'empêchent pas l'importation de produits en tant que telle, est arrivé à la conclusion qu'ils ne sont pas incompatibles avec l'article XI:1.

5.15 *Article XVII:1 c).* Les Etats-Unis ont demandé au Groupe spécial de constater que les engagements en matière d'achats obligeant les investisseurs à soumettre les produits importés à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits nationaux les empêchent de s'inspirer uniquement de considérations d'ordre commercial et qu'ils sont donc contraires aux obligations du Canada au titre de l'article XVII:1 c).

5.16 Le Groupe spécial estime que l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article XVII de l'Accord général, en se référant à l'alinéa a) du même paragraphe, impose aux parties contractantes l'obligation, dans leurs relations avec les entreprises commerciales d'Etat et autres entreprises de se conformer "au principe général de non-discrimination prescrit par le présent Accord pour les mesures d'ordre législatif ou administratif concernant les importations ou les exportations qui sont effectuées par des commerces

privés". Cette obligation est définie à l'alinéa *b*) qui porte, notamment, que ce principe devra être interprété comme imposant à ces entreprises l'obligation de ne procéder à des achats ou à des ventes de cette nature qu'en s'inspirant uniquement de considérations d'ordre commercial. Le fait que l'alinéa *b*) n'établit pas une obligation générale distincte de permettre aux entreprises de s'inspirer de considérations d'ordre commercial mais définit simplement les obligations énoncées à l'alinéa précédent ressort clairement des mots par lesquels il commence: "Les dispositions de l'alinéa *a*) du présent paragraphe devront être interprétées comme imposant ...". Pour ces raisons, le Groupe spécial considère que le critère des considérations d'ordre commercial ne devient applicable que quand il a été déterminé que la mesure d'ordre législatif ou administratif en cause entre dans le cadre du principe général de non-discrimination prescrit par l'Accord général. Le Groupe spécial attache beaucoup de poids à l'argument du Canada selon lequel seule l'obligation d'accorder le traitement de la nation la plus favorisée et non pas l'obligation d'accorder le traitement national ressortit du principe général mentionné à l'article XVII:1 *a*). Toutefois, il n'a pas jugé nécessaire de décider en l'espèce si la mention générale du principe de non-discrimination qui figure à l'article XVII:1 englobe également le principe du traitement national car il avait déjà constaté que les engagements en matière d'achats qui sont en cause sont incompatibles avec l'article III:4 qui met expressément en oeuvre le principe du traitement national à l'égard des prescriptions en matière d'achats.

c) Engagements d'exporter des quantités ou des proportions déterminées de la production

5.17 Les Etats-Unis ont demandé au Groupe spécial de constater que les engagements qui obligent les investisseurs à exporter des quantités ou des proportions déterminées de leur production sont incompatibles avec l'article XVII:1 *c*), car on ne peut penser que le niveau des exportations de sociétés assujetties à de tels engagements puisse résulter de décisions fondées sur des considérations d'ordre commercial.

5.18 Comme on l'a vu au paragraphe 5.16 ci-dessus, l'article XVII:1 *b*) n'impose pas une obligation séparée de permettre aux entreprises d'agir en s'inspirant de considérations d'ordre commercial, mais se borne à préciser l'obligation faite aux entreprises, à l'alinéa *a*), de se conformer "au principe général de non-discrimination" prescrit par l'Accord général. Il a donc fallu qu'avant d'apprécier les engagements en matière d'exportation au regard du critère des considérations commerciales, le Groupe spécial détermine si le Canada, lorsqu'il subordonne l'acceptation de projets d'investissements à la condition que l'investisseur exporte une certaine quantité ou proportion de sa production, enfreint l'un quelconque des principes généraux de non-discrimination que comporte l'Accord général. Le Groupe spécial a constaté que rien dans ledit Accord n'interdit les prescriptions imposant de vendre des marchandises sur les marchés étrangers plutôt que sur le marché intérieur. En particulier, l'Accord général ne fait pas obligation aux parties contractantes d'empêcher les entreprises de pratiquer le dumping. Le Groupe spécial est donc d'avis que le Canada, lorsqu'il subordonne l'autorisation d'investissements étrangers à la condition que les investisseurs exportent une certaine quantité ou proportion de leur production, n'enfreint aucun des principes du traitement non discriminatoire que prescrit l'Accord général en ce qui concerne les mesures gouvernementales touchant les exportations de négociants privés. C'est pourquoi l'article XVII:1 *c*) n'est pas applicable aux engagements d'exportation en cause.

d) Article XX d)

5.19 Le Canada a soutenu que, au cas où le Groupe spécial estimerait que les engagements en matière d'achats sont incompatibles avec les dispositions de l'article III:4, lesdits engagements entreraient dans le cadre de l'exception prévue à l'article XX *d*) de l'Accord général, car, au sens de cet alinéa, la Loi sur l'examen de l'investissement étranger "est une loi qui n'est pas incompatible avec les dispositions de l'Accord général" et les engagements en matière d'achats sont "des mesures nécessaires pour assurer l'application" de cette Loi.

5.20 Comme l'article XX d) énonce une exception à l'Accord général, c'est au Canada qu'il incombe, du fait qu'il s'en prévaut, d'apporter la preuve que les engagements en matière d'achat sont nécessaires pour assurer l'application de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger. En se fondant sur les explications fournies par le Canada, le Groupe spécial n'a pas pu conclure que les engagements en matière d'achat dont il a été constaté qu'ils étaient incompatibles avec les dispositions de l'article III:4, étaient nécessaires pour assurer l'application effective de la Loi. En particulier, le Groupe spécial n'est pas convaincu qu'il est nécessaire, pour atteindre les buts recherchés par la Loi, d'imposer aux investisseurs qui présentent des demandes au titre de celle-ci l'obligation de se conformer à des pratiques d'achat ayant pour effet d'accorder une préférence aux produits d'origine nationale. Le Groupe spécial ne voit pas très bien pourquoi un examen détaillé des projets d'investissement, sans que des prescriptions soient imposées en matière d'achat, ne serait pas suffisant pour que le gouvernement canadien puisse déterminer si ces projets apportent ou sont susceptibles d'apporter les avantages appréciables au Canada, au sens de l'article 2 de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger.

e) *Autres engagements*

5.21 Afin d'éviter tout malentendu, le Groupe spécial tient à souligner que certains des engagements mentionnés au paragraphe 2.5 ci-dessus, concernant par exemple la création d'une division des achats dans la filiale canadienne ou la consultation de spécialistes de l'industrie aux fins d'établissement de listes de soumissionnaires, n'ont pas été contestés par les Etats-Unis devant le Groupe spécial, bien que ces engagements soient en rapport avec l'achat de marchandises au Canada, et n'ont donc pas été examinés. Le Groupe spécial tient également à souligner que les considérations relatives aux engagements en matière d'achats qui sont examinés aux paragraphes 5.1 à 5.20 ci-dessus ne préjugent absolument en rien du statut des autres engagements convenus dans le cadre de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger, qui sont mentionnés au paragraphe 2.4, et qui se rapportent à l'emploi, à l'investissement, à la recherche et au développement ainsi qu'à d'autres questions ne relevant manifestement pas de l'Accord général.

6. *Conclusions*

6.1 A la lumière des considérations exposées dans les paragraphes 5.4 à 5.12 ci-dessus, le Groupe spécial a conclu que la pratique du Canada qui consiste à subordonner l'autorisation de certains investissements tombant dans le champ d'application de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger à la condition que les investisseurs s'engagent par écrit à *acheter* des marchandises d'origine ou de provenance canadienne, est incompatible avec les dispositions de l'article III:4 de l'Accord général qui stipule que les parties contractantes ne soumettront pas les produits importés à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires d'origine nationale en ce qui concerne toutes les prescriptions intérieures affectant l'achat desdits produits. Le Groupe spécial a également conclu qu'il n'y avait pas de motifs suffisants d'examiner au regard des dispositions de l'article III:5, les engagements en matière d'achats se rapportant à des quantités ou proportions déterminées (paragraphe 5.13). Notant que les engagements en matière d'achats n'empêchent pas les importations de marchandises en tant que telles, le Groupe spécial est arrivé à la conclusion qu'ils ne sont pas incompatibles avec les dispositions de l'article XI:1 (paragraphe 5.14). En outre, comme il s'est prononcé sur le statut des prescriptions en matière d'achat au regard des dispositions de l'article III:4, il n'a pas jugé nécessaire de se prononcer spécialement sur l'interprétation de l'article XVII:1 c) dans le contexte de la présente affaire, et n'a donc pas statué séparément sur la compatibilité des prescriptions en matière d'achats avec les dispositions dudit article (paragraphe 5.15 et 5.16). Au vu des éléments de preuve dont il disposait, le Groupe spécial n'a pas pu conclure que les engagements en matière d'achats dont on avait constaté qu'ils étaient incompatibles avec les dispositions de l'article III:4, étaient nécessaires au sens de l'article XX d) pour assurer l'administration effective de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger (paragraphe 5.19 et 5.20).

6.2 Pour les raisons exposées aux paragraphes 5.17 et 5.18 ci-dessus, le Groupe spécial a constaté que le Canada ne va pas à l'encontre des dispositions de l'article XVII:1 c) de l'Accord général lorsqu'il subordonne l'autorisation de certains investissements assujettis aux dispositions de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger à la condition que les investisseurs s'engagent à *exporter* une quantité ou une proportion déterminée de leur production. Enfin, il a estimé que l'examen des engagements concernant la *fabrication* de marchandises qui, autrement, seraient importées, n'entraîne pas dans son mandat (paragraphe 5.3).

6.3 Le Groupe spécial est bien conscient que l'incompatibilité avec les dispositions de l'article III:4 n'est pas délibérée - la Loi sur l'examen de l'investissement étranger ne rendant pas obligatoire la souscription d'engagements -, mais que cette pratique s'est développée à mesure que l'administration de la loi évoluait, au point qu'il est aujourd'hui de règle de proposer de tels engagements par écrit à l'appui de la quasi-totalité des grands projets d'investissement (paragraphe 2.4 ci-dessus). Cette évolution s'explique peut-être en partie par le fait que les investisseurs étrangers doivent prouver, de cette façon entre autres, à l'administration canadienne que leurs projets d'investissement apporteront des avantages appréciables au Canada. Le Groupe spécial peut comprendre que les autorités canadiennes soient désireuses d'assurer aux produits et aux fournisseurs canadiens des chances équitables de concurrencer les produits importés. Il estime néanmoins que les prescriptions en matière d'achats qu'il a été chargé d'examiner ne se limitent pas à cet objectif mais tendent à faire pencher la balance en faveur des produits canadiens et entrent ainsi en conflit avec les dispositions de l'article III:4.

6.4 Le Groupe spécial reconnaît que les prescriptions en matière d'achats peuvent correspondre à des plans que les investisseurs auraient mis en oeuvre même en l'absence d'engagements; que les engagements qui comportent des clauses telles que "disponibles à des conditions concurrentielles" ne portent préjudice aux produits importés que si les produits importés et les produits d'origine canadienne sont proposés à des conditions équivalentes; et que les engagements sont appliqués avec flexibilité. Nombre d'entre eux, même s'ils constituent - d'un point de vue technique - une infraction à l'Accord général, n'ont donc pas nécessairement pour effet d'annuler ou de compromettre des avantages résultant pour les Etats-Unis de l'Accord général. Néanmoins, suivant la pratique habituelle du GATT, la violation d'une règle emporte présomption de conséquences défavorables pour d'autres parties contractantes¹, et c'est à cette présomption que le Groupe spécial s'est arrêté.

6.5 Pour ce qui est de savoir dans quelle mesure les prescriptions en matière d'achat correspondent aux plans des investisseurs, le Groupe spécial estime qu'il est sans intérêt - et qu'il n'a d'ailleurs pas compétence pour le faire - de juger comment les investisseurs étrangers sont touchés par les prescriptions en matière d'achat, étant donné que les obligations énoncées à l'article III de l'Accord général en ce qui concerne le traitement national ne s'appliquent pas aux personnes ou sociétés étrangères, mais aux produits importés, et ont pour objet de protéger les intérêts des producteurs et des exportateurs établis sur le territoire de toute partie contractante. Les prescriptions en matière d'achat appliquées par le Canada aux investisseurs étrangers, qui sont incompatibles avec les dispositions de l'article III:4, peuvent nuire aux intérêts commerciaux de toutes les parties contractantes et porter atteinte à leurs droits.

¹IBDD, 26S/237.

6.6 Le Groupe spécial a étudié attentivement la question des effets des prescriptions en matière d'achat sur le commerce. Il a conclu qu'une évaluation de ces effets nécessiterait une analyse méthodique et détaillée de la mise en oeuvre de plusieurs milliers d'engagements, souvent formulés en termes différents, et l'amènerait à se livrer à des spéculations pour déterminer quel aurait été le comportement des investisseurs étrangers en matière d'achat si de tels engagements n'avaient pas été pris. Le Groupe spécial n'a pas pu procéder à une évaluation de ce genre et n'est donc pas en mesure de juger dans quelle mesure les prescriptions en matière d'achat conduisent les investisseurs à se comporter autrement qu'ils l'auraient fait en l'absence des engagements, ni, par conséquent, dans quelle mesure ces prescriptions nuisent aux intérêts commerciaux des autres parties contractantes. Par ailleurs, il estime qu'une évaluation des effets de ces prescriptions sur le commerce est sans rapport direct avec ses constatations, étant donné que la violation d'une règle de l'Accord général emporte présomption de conséquences défavorables pour d'autres parties contractantes (voir le paragraphe 6.4 ci-dessus).

6.7 Tenant compte de tout ce qui précède, le Groupe spécial a examiné quelles étaient les possibilités de modifier les pratiques administratives relevant de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger afin de les rendre conformes aux obligations du Canada au titre de l'Accord général. A cet égard, le Groupe spécial a estimé que les arguments ci-après, exposés par le Canada au paragraphe 3.6, présentaient un intérêt particulier:

"Puisque l'investisseur et le gouvernement canadien doivent l'un et l'autre agir sur des marchés où les concurrents de l'investisseur opèrent sans avoir souscrit d'engagement, il est très improbable que des engagements d'achat s'écartant sensiblement des pratiques que l'investisseur suivrait en l'absence d'engagement soient proposés ou demandés."

De prime abord, cette déclaration et les considérations susmentionnées semblent laisser entrevoir la possibilité d'adapter les modalités d'administration de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger de telle manière que l'on ne puisse plus supposer que les produits importés reçoivent un traitement moins favorable que les produits d'origine nationale. Le Groupe spécial note que, dans une affaire antérieure, un autre groupe spécial s'est trouvé en face d'une situation plus ou moins similaire et a suggéré une solution allant dans le même sens¹. En l'espèce, le Groupe spécial estime que les autorités canadiennes pourraient résoudre le problème en faisant en sorte que les engagements d'achats futurs ne prévoient pas un traitement plus favorable pour les produits canadiens que pour les produits importés. Les constatations du Groupe spécial valent également pour les engagements d'achat *existants*. Toutefois, le Groupe spécial reconnaît qu'une application immédiate de ses constatations aux engagements en question risquerait de soulever des difficultés dans l'administration de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger. En conséquence, il suggère que les PARTIES CONTRACTANTES recommandent au Canada de rendre aussitôt que possible les engagements d'achat existants conformes aux obligations que lui impose l'Accord général, et qu'elles l'invitent à présenter, avant la fin de 1985, un rapport sur les mesures prises à cet effet.

¹IBDD, 7S/70: "Le Comité a été d'avis, au surplus, que si l'opinion mûrement réfléchie du gouvernement italien est que ces facilités de crédit n'ont eu aucune incidence sur les conditions de la concurrence sur le marché italien, la modification des conditions d'application de la loi de façon à éviter toute discrimination contre les tracteurs et machines agricoles d'origine nationale d'une part et d'importation d'autre part ne semblerait pas présenter de grandes difficultés".